

مكتبة
مستشرقين

مكتبة المرسلة - جامعة دمشق

النظريات الفقهية

الطبعة الرابعة

مكتبة المؤلف والتبع والنشر محفوظة لجامعة دمشق

١٤١٦ - ١٤١٧ هـ

١٩٩٦ - ١٩٩٧ م

مكتبة جامعة دمشق









Handwritten scribbles or marks in the top right corner.

Small mark or character on the right edge of the page.

Vertical text or markings along the right edge of the page.

Small mark or character at the bottom right corner.

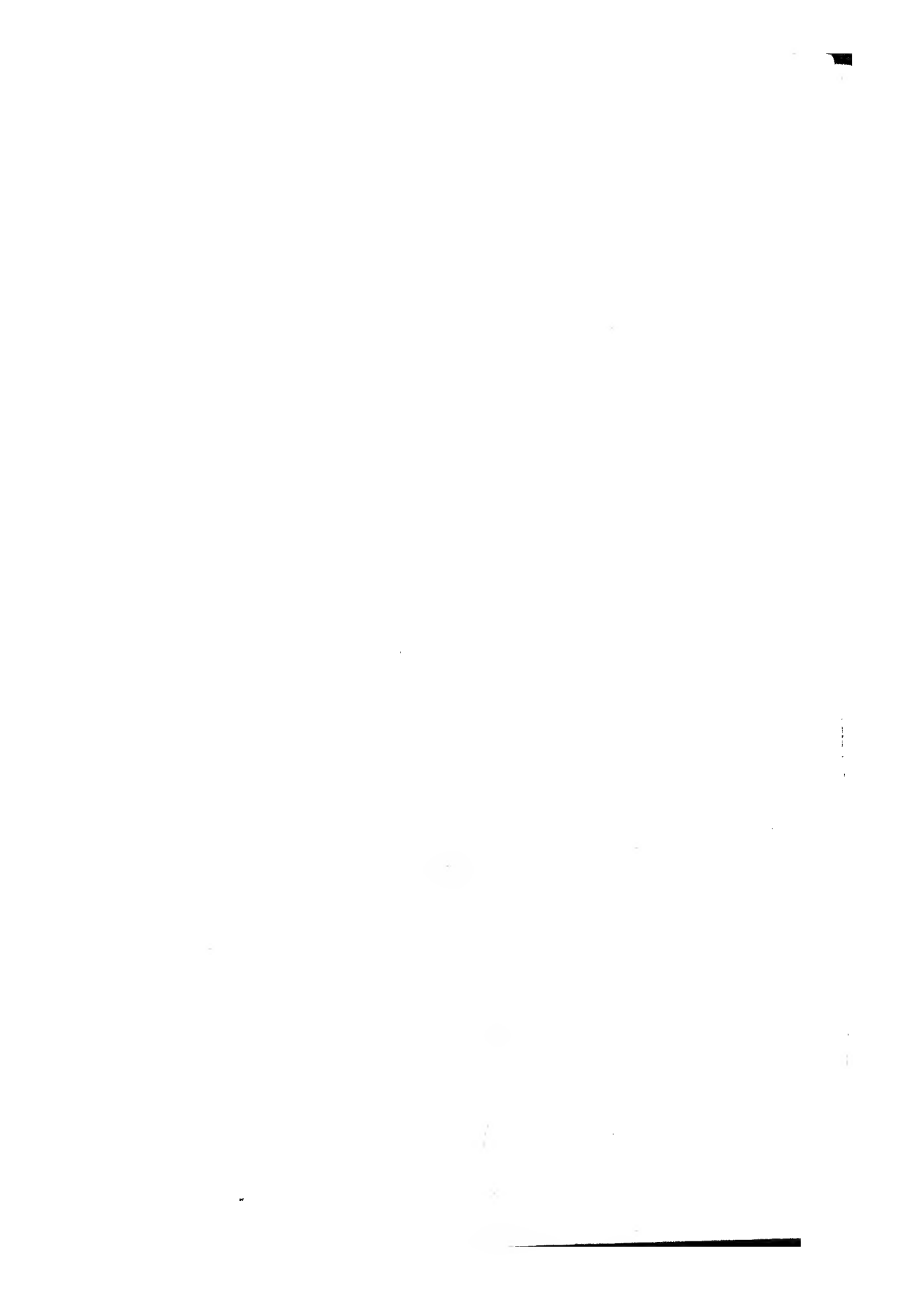
الدكتور
فتحي الدريني

النظريات الفقهية

سنة ١٩٦٠
لأجله

حقوق التأليف والطبع والنشر محفوظة لجامعة دمشق

الطبعة الثانية



النظريات الفقهية

مفردات المنهاج المقرر وفق الخطة الجديدة ،

١ - نظرية الحق والتعسف في استعماله ،

٢ - نظرية الظروف الطارئة ،

٣ - نظرية المسؤولية التقصيرية والعقدية ،

٤ - نظرية العقد واثره ،

٥ - الباعث في العقود ،

٦ - قواعد الحكم في الاسلام ،

1

قواعد الحكم في الاسلام

١- ليست السياسة في التشريع الاسلامي امرا^(١) عارضا
الجأت الظروف الى اتخاذ سبيلا لتدبير شئون المسلمين في مجتمعهم
الجديد في (المدينة) بعد الهجرة ، وانما كانت استمرارا لما بدأ
أولا في مكة قبل الهجرة ، ابان ظهور الدعوة ، يؤكد هذا بيعتنا
العقبة ، الاولى والثانية^(٢) ، ان كانت كل منهما عقدا تاريخيا حقيقيا
بين الرسول - صلى الله عليه وسلم - وبين وفود من المدينة ، قامت
على أساسه الدولة الاسلامية^(٣) ، وكانت الهجرة احدى النتائج التي
ترتبت عليهما^(٤) ، بأمر الله عز وجل .

ان لم يكن عقد البيعة - في الاسلام - وهما ، على النحو الذي
رأينا في فلسفة اصحاب نظرية : (العقد الاجتماعي) من مثل جان
جاك روسو ، وهومز ، ولوك ، وبودان ، وغيرهم ، ان لم يثبت
تاريخيا ان مثل هذا العقد المزعوم : قد وقع فعلا ، وكان أساسا
لنشوء الدولة في ازمانهم .

واما بعد الهجرة فقد رأينا من مظاهر سيادة الدولة من الناحية

(١) كانت هذه دعوى بعض الكاتبيين المحدثين هو القاضي الشرعي

المصري علي عبد الرزاق في كتابه الاسلام واصول الحكم = ص

(٢) سيرة ابن هشام : ج ٢ ص ٤٠ وما يليها .

(٣) النظريات السياسية : ص ٢٠ الدكتور فحيم الدين الراسي

(٤) محاضرات في تاريخ الامم الاسلامية : ج ١ ص ١٠٠

للاستاذ محمد الخضري .

العملية ، ما يثبت قيام الدولة فعلا ، وليس أدل على ذلك من توافر عناصرها ، من المجتمع والتشريع ، والموطن ، والسلطة الحاكمة - ان لم يثبت ان كان لغير الرسول - صلى الله عليه وسلم - سلطة على هذا المجتمع الجديد ، او تسيير شئون الحكم فيه .

وأیضا (الصحيفة) تعتبر اول دستور لهذه الدولة الناهضة .

یؤكد ما قلنا ان من مقان السياسة لم تكن امرا عارضا بحكم الظروف الجديدة في المدينة بعد الهجرة ، كما زعم بعض المستشرقين ومن جاراتهم من الكتاب العرب المحدثين ، وانما كانت استمرارا لما وقع قبلها ، وكانت الهجرة احدي نتائجه ، فالسياسة تقوم على اكد الاصول في الاسلام على ما بينا ، وما سيأتي تفصيله .

ولا يعكز على هذه الاصول ، ان الدولة الجديدة تستند اساسا الى عقيدة دينية ، وذات اهداف ومقاصد دينية ، لان النظر من هذا الوجه نظرة مبتسر لا يلغي الوجه الاخر الذي اكتملت فيه مظاهر سيادة الدولة باجلى معانيها ، ان الاسلام يجمع بين شئون الدنيا والدين كما يجمع بين الاولى والاخرة ،

نعم ظهرت الدعوات - في اول امرها - قائمة على اصول الكيان الاقتصادي ، والمعنادى بمعناه الخاص ، والخلقي ، وهذه بمجموعها تمثل الاصل العام الذي تستند اليه سائر الكيانات التي تم ابتناؤها في المدينة بعد الهجرة ، كالكيان الاجتماعي والاقتصادي والسياسي وحين توافرت المقومات الاساسية للدولة ، من الارض والمجتمع ، والتشريع والسلطة الحاكمة ، فكانت هذه استمرارا متصلا لما بدى اولاً ، كما اسلفنا .

أول دستور للدولة الجديدة في المدينة (الصحيفة) (١)

هذا ، وقد وضع الرسول - صلى الله عليه وسلم - اثر هجرته الى المدينة ، اول دستور^(٢) للدولة الجديدة على نحو لم يكن معهودا في الفكر السياسي في ذلك العهد بعد أن توافرت عناصر الدولة من الاقليم ، والامة والتشريع والسلطة القائمة بتنفيذه .

على ان هذا الدستور بوجه عام - على الرغم من نسخ بعض احكامه العامة بالتشريع السياسي اللاحق - يعتبر بحق ميثاقا دليا من حيث مفاهيمه العامة ، بما تصلح لاقامة علاقات دولية ، في عصرنا هذا ، لما يمتاز به من خصائص انسانية عامة ، وبما يقوم عليه ، من العدل المطلق والمساواة بين البشر في الاعتبار الانساني ، وتقدير المساواة بين الشعوب تأسيسا على وحدة الاصل ، وتحريم الاستعلاء بالعنصر ، وما استلزم هذا الاستعلاء من التوسع العدواني ، مما سيأتي تفصيل القول فيه .

-
- (١) راجع الوثائق السياسية : ص ١٠ للدكتور حميد الله .
 - (٢) الدستور نقصد به القواعد الاساسية العامة التي يقوم عليها الحكم - وقد اطلق عليه (الصحيفة) - سيرة ابن هشام : ج ٢ ص ١٤٩ - وراجع نصوص هذه الصحيفة محققة في كتاب الوثائق : ص ٥٠ حميد الله - وقد نسخ بعض من قواعد الصحيفة ، كالارث بالمواخاة فاصبح بالقرابة والزوجية ، ومن مثل وجوب القتال على مواطني الدولة من اليهود فاصبح على المسلمين خاصة ، لما ثبت من مكروهم وعدم اخلاصهم للدولة وكذا ، سلخ حق المواطنة عن العربي المشرك ، فاصبح لا يقبل منه - لاكتساب هذا الحق الا الاسلام .

ثم تتابع نزول التشريع السياسي بعد ذلك وحيا ، يرسى قواعد
الحكم الصالح العادل ، ويحدد مقاصده الموضوعية^(١) المجردة في
المجتمع البشرى كله .

وجوب اقامة الدولة ، وجهاز الحكم فيها ، ثبت بالتشريع الاسلامي

نفسه ، كتابا وسنة وبالاجماع والمعقول .

١ - وجوبها بالاجماع :

هذا ، وقد ثبت وجوب اقسمة الدولة ، وتولية من يمثلها عملا
بالاجماع ، فضلا عن الكتاب ، والسنة ، والمعقول .

يقول الامام الماوردي في هذا الصدد : " وعقدها^(٢) لمن يقوم بها
في الامة ولجب الاجماع^(٣) " وهو اجماع الصحابة والتابعين .

(١) يقصد بالموضوعية ، المنزهة عن الغرض العنصري ، او الهوى
الاقليمي ، او المظع الشخصي اى المجردة عن جميع المنازع
والاهواء الخاصة قال تعالى " ولو اتبع الحق اهواءهم لفسدت السموات
والارض ، ولا ريب ان الانانية العنصرية او الاستئثار الاقليمي او المظع
الذاتي دون حق من اسباب استئثار الفساده في الارض واتارة
الحروب المدمرة ، والاستعمار الظالم .
واساس الفساد في هذا هو الغيب باستواء ميزان الحسب
والعدل المطلق القدي وضعه الاسلام .

(٢) يعني عقد " الامامة " وهي الحكومة التي تقوم على اساس الشرع
الاسلامي .

(٣) الاحكام السلطانية - صه - للماوردي .

واجتماع الصحابة أكد الاجماع على وجوب اقامة الدولة ، وادارة الحكم فيها ، ولقد تقرر هذا تاريخيا في اجتماع السقيفة ، انه لم يخالف احد الصحابة في أصل اقامتها وان اختلفوا في صفات الشخص الذي يستحق توليها ، وحين قال ابو بكر الصديق : " لا بد لهذا الامر من قائم يقوم به ، فانظروا ، وهاتوا آراءكم (١) لم يخالف احد ، او ينكر عليه هذا القول ، فكان اجماعا ، ودليلا قاطعا على وجوب اقامتها .

ب - ادلة وجوبها بالكتاب والسنة :

١- اما الكتاب فلقوله تعالى : " يا ايها الذين امنوا اطيعوا الله ، واطيعوا الرسول وأولي الامر منكم " وقوله تعالى : " ولتكن منكم امة ، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر " .
ووجه الاستدلال بالآية الاولى ، ان أولي الامر ، هم اصحاب الشئون (٢) ولا شأن اعظم من الولاية العامة ، فكان من يتولاها اجدر بالطاعة ، فدل ذلك لزوما على توليته ، واما وجه الاستدلال بالآية الثانية ، فلان الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، هو الشريعة كلها ، وتنفيذ الشريعة واجب ، فمن يتوقف عليه القيام على الشريعة بتنفيذ احكامها ، من المسلمين تجب اقامته بالنص الامر ، كما تجب طاعته ، لانها طاعة الله في شرعه وهو له . هم أولو الامر ، ولان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب .

(١) المواقف في شرح الجرجاني - ج ١ ص ٢٤ وانظر الشهرستاني في كتابه نهاية الاقدام - ص ٤٧٩ - والنظريات السياسية - ص ٢٠ للدكتور الرئيس . هذا والقيام بخدمة الحكم فرض على الكفاية . (٢) لان لفظ الامر ، مفرد معرف بال الاستغراقية ، وهي المصموم وان كان الامر بمعنى الشأن فأولوا الامر هم اصحاب الشئون في الامة .

٢- وأما السنة ، فقد علمت ما كان من امر بيعتي السقبة ، قبل

الهجرة ، والصحيفة بعد الهجرة .

وكذلك ورد من السنة القولية احاديث صحيحة تفيد بمجموعها وجوب

اقامة الدولة ، ووجوب طاعة اولي الامر فيها ، فيما عدا الامر بالمعصية

لقوله - صلى الله عليه وسلم - : " لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق " .

ج - واما وجوبها بالمسقول ، فلان الامة " التي اوجب الكتاب

العزير قيام وحدتها ، بقوله تعالى : (واعتصموا بحبل الله جميعا

ولا تفرقوا) وقوله سبحانه (وان هذه امة واحدة) كقروض من اعظم

فرائض الدين ، لا يمكن تحقيق وحدتها هذه في مجتمع سياسي منظم

واقعا وما يستلزم ذلك من وجود سلطة قائمة على القوة والمنعة لحفظ

كيان الامة وسيادتها في الداخل ، باستقامة امرها ، واستتباب الامن

فيها ، واقامة العدل الشامل فيما بينها ، صونا للنفس ، والاموال

والاعراض ، وقطع دابر الفوضى والتنازع والتظالم وتعزيز تلك السيادة

في الخارج ايضا ، على الصعيد الدولي ، بتحسين حدودها ، وسد

ثغورها بالجند المرابط ، اقول لا يمكن تحقيق ذلك عملا : الا بالدولة

وايضا ، الغرض من انزال الشريعة هو تحقيق مقاصدها في الخلق

ولا يتم ذلك الا بتنفيذها ولا يمكن ان يتم الا بالدولة فكانت اقامتها

واجبة لذلك ، بالبداية .

وسا يروك هذا ايضا ، ان التشريع الاسلامي ، قد تضمن كثيرا

من مظاهر سيادة الدولة على الصعيد الدولي ، من مثل قواعد

الجهاد " الحرب " والسلم ، وابرام المعاهدات ، ومعاملة الاسرى

وغير ذلك ، كما تضمن من مظاهر سيادتها في الداخل ، من مثل

اقامة الحدود ، والتمازير ، استئصالا لشأفة الجرائم ، وعملا على
استتباب الامن العام ، ومن مثل قواعد نظام الاسرة ومبادئ الاقتصاد
والمعاملات واقامة العدل الشامل وانشاء مرافق الدولة التي تعتبر
فروضا كفاية عامة وفي مقدمتها مرفق القضاء وتنفيذ الاحكام وتطبيقها
عملا ، امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر اقول لا يمكن ان يتم تحقيق
ذلك كله عقلا دون دولة قائمة ، بجهازها الحاكم .

ومن مقررات الشرع المحكمة التي تعتبر من اهم قواعد سياسة
التشريع في الاسلام ، أن " ما لا يتم الواجب الا به ، فهو واجب " فكل
ما لا تتم مصلحة الامة الا به فهو واجب تحقيقه واقما وعملا .

وفي هذا المعنى يقول الامام الماوردي : " وبعض الفقهاء اوجبها
عقلا ، لما في طباع العقلاء من التسليم لزعم ينعمهم من التظالم
وبفصل بينهم في التنازع والتخاصم ، ولولا الولاة ، لكانوا فوضى
مهملين وهنجا مضاعيين " (١) .

ولذا ، نرى ائمة الفقه السياسي الاسلامي ، من مثل الامام
الجزراني ينتهي به اجتهاده الى ان اقامة الدولة من اعظم مقاصد
الدين ، اذ يقول : (نصب الامام من اتم مصالح المسلمين ، واعظم
مقاصد الدين) (٢) .

وكذلك يرى الامام الغزالي أن (السياسة) في الاسلام ، اصل
من اشرف الاصول التي لا قوام للعالم الا بها ، على حد تعبير
الامام الغزالي ، لانها تستهدف استصلاح البشر ، ودون تمييز

(١) الاحكام السلطانية : ص ٥ وما يليها - للماوردي .

(٢) ف - الاحكام على المواقف : ج ٨ ص ٣٤٦ .

تحقيقا لانسانية الانسان ، وعمارة الدنيا ، واقامتها على اساس من الحق والعدل المطلق ، والفضائل والوحدة الانسانية ، ومصحتها العليا ، وما يستلزم ذلك من تحقيق (التكافل) الانساني الملزم في مجالات الحياة كلها عملا ، والتعاون المثمر على الصعيد الدولي بحيثى الوسائل الممكنة ، على الرغم من اختلاف الدين ، كما اشرنا وهذا هو التواصل الحضارى ، بما يكفل اسباب الامن والاستقرار ، والتكافؤ ، ويصون حرية الاعتقاد ، في العالم كله لقوله تعالى : (لا اكراه في الدين ، قد تبين الرشد من الغي) ولقوله تعالى : (ولو شاء ربك لامن من في الارض كلهم جميعا ، أفأنت تكفره الناس أن يكونوا مؤمنين) .

وبذلك قضى الاسلام على جميع اسباب الاضطراب العالمي ، من العنصرية ، ومبدأ مصلحة الاقوى ، وسياسة الامر الواقع وما يسوغ ذلك من التوسع العدواني ، والاستعمار الاقتصادي والسياسي للشعوب المستضعفة المقهورة في الارض ، اناية وشعبية واستعلاء عنصريا .

وهذا ما أشار اليه الامام الغزالي ايضا ، مؤكداً ان اقامة الدولة من ضروريات الشرع ، لتوقف استقامة نظام الدين ونظام الدنيا معا على وجودها بل وتوقف الظفر بسعادة الاخرة على قيامها ايضا ، حيث يقول : " فبان أن السلطان (الدولة وجهاز الحكم فيها) ضرورى في نظام الدنيا ضرورى في نظام الدين ، ونظام الدين ضرورى في الفوز بسعادة الاخرة ، وهو مقصود الانبياء قطما ، فكان وجوب نصب الامام (١)

من ضروريات الشرع الذي لا سبيل الى تركه ، فأعلم ذلك * (١) .
فالنتيجة المنطقية (٢) لمقدّمات الامام الغزالي - كما ترى - أن
نظام الدنيا - وهو الدولة وسلطانها وجهاز الحكم فيها - اساس
للدنيا والدين والسعادة الاخرى ، وفي هذا من رفع شأن الدولة
وبيان ضرورتها القوي في حياة الامة ، كقالة لاستمرار تبليغ التشريع
وتطبيقه وتحقيق مقاصد ، ما لا يخفى .

ثم ينتهي الامام الغزالي الى ان اقامة الدولة مما انعقد علي
وجوبها اجماع الانبياء ، وهي مقصودهم قطعا .
وأكد الغزالي ضرورة الدولة للدين ، وان التلازم بينهما لا ينفك
ان لا يستقيم امر أي منهما دون الاخر ، فهما صنوان حيث يقوّل
في موضوع آخر من مؤلفاته ما نصه : (لا يتم الدين الا بالدنيا ولذلك
قيل : الدين والملك توأمان ، والدين اصل والسلطان - الدولة -
حارس وما لا اصل له فمهدوم ، وما لا حارس له فضائع (٣)
هذا النظر من قبل فلاسفة السياسة المسلمين ، ينطلق مما
استقر في اذهانهم ، من تصور او مفهوم للدولة ، مستقى من مبادئ

(١) - الاقتصار في الاعتقاد : ص ١٠٦ وانظر في هذا المعنى ايضا

: العقائد النفسانية بشرح التفتتازاني ص ١٤٠ وما يليها -

وابن خلدون - وفي مقدمته ص ١٤٩ وما يليها

(٢) انظر في هذا التلازم بين الدين والدنيا ، في التشريع الاسلامي
السياسي الذي أكد عليه الامام الماوردي ، كتابه (ادب الدين
والدنيا - ص ١١٠ وما يليها .

(٣) الفوضى دليل التخلف والبدائية والضعف وضياح الحق وانهايارالعدل
واستشراء الفساد والظلم وهذا ليس من المدنية والحضارة في شيء

الاسلام ومثاليته ، وهو تصور " حضارى " .
وبيان ذلك ، ان تحليلهم يشعر بأن وجوب اقامة الدولة لدفع
الفوضى وتجنب تسافك الدماء ، والحيلولة دون التظالم والاعتداء على
الاموال والاعراض ، ولاقامة عدل الشريعة المطلق ، بما قد منا من
خصائص ومثل ، لاجرم ان هذا النظر ينطلق من مفهوم (حضارى
انسانى عام) قوامه العدل ، والحق والمساواة والفضيلة والنظام
والمصلحة الانسانية العليا ، كما بينا .

على ان هذا النظر يفسر لنا ايضا ظاهرة اهتمام فلاسفة السياسة
في الاسلام بشخصية رئيس الدولة التي احتلت مكانا بارزا في بحوثهم
لان الشخصية المعنوية للدولة وخصائصها ، تتمثل واقما وعملا في
شخصية رئيسها الاعلى وجهاز الحكم فيها من وزرائه وموظفيه الذين
ينبغي ان يراعي في توليهم كفاءات تتعلق بطبيعة وظائفهم وعلى ارفع
مستوى ، يتفق وطبيعة المناصب الرفيعة الحسابية التي يتقلدونها
في الدولة .

شخصية الانسان الفرد الخاصة والعامة لا يمكن تحقيقها الا في ظل

الدولة :

هذا وما يؤكد وجوبها ان شخصية الانسان الفرد ، الخاصة
والعامة ، لا يتمكن من تحقيقها عقلا وواقعا على اكمل الوجوه
فيما يقوم به من نشاط حيوى روحيا واجتماعيا وسياسيا واقتصاديا وعلميا
الا في ظل دولة فثبت ان قيام الدولة ضرورى لتحقيق المصلحة السامة
للمجتمع وتحقيق المصالح الفردية على السواء .

ولعل هذا هو السر في تمجيد الاسلام للدولة تمجيدها لم نره فيما بين ايدينا من مصادر الفقه السياسي الوضعي او على النحو الذي قرره فلاسفة السياسة في الاسلام ، من مثل الامام ابن تيمية بقوله :

" فالواجب اتخاذ الامارة ديناً وقرية يتقرب بها الى الله (١) " .

تمجيد فلاسفة السياسة في الاسلام للدولة مشتق من عظم المهمات

والوظائف المنوطة بها

ويبدو وتمجيد فلاسفة السياسة المسلمين للدولة ، من انهم اعتبروا رئيسها الاعلى قائما مقام " النبوة " في حراسة الدين و سياسة الدنيا فهذا الامام الماوردي مثلاً يؤكد هذا المعنى بقوله وهو بصدد تعريفه للدولة او الحكومة التي تمثلها ، وتتولى مقاليد الحكم بأنها : (موضوعة لخلافة النبوة ، في حراسة الدين ، وسياسة الدنيا) (٢) .

ولهذا ، يشترط فيمن يتبوأ منصب الرئاسة - في نظر الامام الغزالي - ان يدرك طبيعة الولاية العامة ، وقدرها ، وخطرها ، أي ان يتفهم تبعاتها ووظائفها وأعباءها الجسام (٣) .

ولعل هذه الاعباء الجسام من السياسية والاجتماعية والاقتصادية والامنية التي القى بها الاسلام على عاتق الرئيس الاعلى وموظفيه ترسو على المهام الدينية ، مما يجعل منه حاكماً سياسياً في المقام الاول في شرع الاسلام ، نجد هذا واضحاً فيما يقرر الامام الماوردي من مقومات الدولة الاساسية التي يجب تحقيقها ، وتتلخص فيما يلي :

- (١) السياسة الشرعية ص ٧٧ . ابن تيمية .
- (٢) الاحكام السلطانية : ص ٥ - للماوردي .
- (٣) التبر المسبوك : ص ٢٠ - للامام الغزالي .

أ - دين متبع : (أى لا ابتداع فيه ولا انحراف عن مقاصده
او تهاون في اقامته وتنفيذ احكامه) .

ب - سلطان قاهر : (أى سلطة وقوة ومنعة ، تحفظ الامن داخلا
وتحمي الحدود من اى عدوان ولا سيما من الجواو من الشغور) وهذا
يتمثل في الشرطة والجيش ، وما يتبعهما من اجهزة .

ج - عدل شامل : (بتنفيذ الشريعة والتشريع الاجتهادى لما
تحتاجه الامة من تبين الاحكام الشرعية فيما لا نص فيه - واقامة مرفق
القضاء - والحسبة وولاية المظالم) .

د - امن عظام : (باستئصال شأفة الجرائم ، ومطاردة المجرمين
وقطاع الطرق وتحقيق التكافل عملا وحسبة في الامر بالمعروف والنهي عن
المنكر ، بقدر الطاقة واقامة الحدود ، والتعازير) . وهي العقوبات
التي استتبطت اجتهاداً فضلاً عن العقوبات المنصوصة .

هـ - خصب دائم : (أى العمل على استثمار الارض ، والعمل
بما يحققه على اكمل وجه وباستمرار ، وذلك انما يتم باتباع احدث الطرق
العملية في هذا الاستثمار توفيراً للحاجات الاساسية للامة والدولة .

و - أمل فسيح ^(١) : (عدم الجنوح الى التشاؤم ، او اليأس
فالثقة بالله تعالى يجب ان تكون متوافرة مع السمل الدائم) .
وهذه العناصر الاجمالية ، ومعظمها امور تتعلق بمظاهر سيادة

(١) ادب الدين والدنيا ص ١١٦ - ١١٧ للماوردى .

الدولة ، كما تسرى ، من تنفيذ التشريع القائم ، وتطبيق احكامه
وبما يستلزم من الاجتهاد التشريعي في كل ما لم يرد فيه نص ، وفناء
لحاجة المجتمع المتزايدة ، من النظم واللوائح والاجراءات مما تقتضيه
مبادئ هذا التشريع واصله العامة ، وهو ما يفيد قول الامام الماوردي
(دين متبع) .

هذا وهيمنة التشريع على الحاكم والمحكوم بينة ، وهو اهم مظهر
من مظاهر السيادة .

وأيا ، يتعلق بتلك العناصر ، اقامة العدل الشامل في جميع
مجالات الحياة : الاجتماعية والاقتصادية والادارية والسياسية ، وامام
القضاء .

وهذا ما يفيد قوله (عدل شامل)

أ- اما العدل الاجتماعي : فذلك ما يستحقه كل فرد في الدولة
من تأمين كفايته ، في الغذاء والكساء ، والسكن والمستوى الصحي
سواء اكان اجر عمله لا يكفيه ، ام كان عاجزا او فقيرا او شيخا هرميا
او طفلا يتيما . من اموال الزكاة وغيرها وهذا ضرب من التكافل الاجتماعي
الذي شرعه الاسلام ركنا اساسيا من اركان الدين الخمسة يتصل
بالمعقيدة ، وهو من صميم العدل الاجتماعي ، فالنظر كيفاتصل
العدل بالمعقيدة نفسها .

ب- واما العدل الاقتصادي : فبتحريم الربا ، والاستغلال
بجميع صوره ولا سيما عن طريق الاحتكار ، او الاضرار ، او عدم
الخبرة ، او الاضرار بالصالح العام ، وكذلك تحريم القمار والرشوة
والغش وسائر طرق الكسب غير المشروعة . ومن العدل الاقتصادي

اقرار حق الملكية بمفهومها الاجتماعي ، بما يمنع التعسف فيسه
على النحو الذي بسطناه ، سواء أكان اثر التعسف لاحقا بالفرد ام
المجتمع ، وكذلك اباحة التملك ، اداءً للوظيفة الاجتماعية للحقوق
وفي اطار الصالح العام .

وأيضاً ، اتاحة الفرص المتكافئة للنشاط الاقتصادي للفردى ، او
المبادرة الفردية ، مع مراعاة حق الغير .

ج - وأما العدل الادارى ، والسياسي ، فاساسه تولية الاكفاء
في الوظائف العامة ، وتقديم الاكفاء على الكفاء ، دون محاباة ، لقوابة
او صداقة او موافقة في بلد ، أو لى سبب لا يتصل بالكفاءة ، لقوله
صلى الله عليه وسلم - (من ولى رجلاً ، وهو يرى أن غيره خير منه
فقد خان الله ورسوله) . وقوله تعالى : " ان خير من استأجرت
القوى الامين "

وهذا مبدأ وضع الرجل المناسب ، في المكان المناسب .
- وكذلك التفاضل في العطاء والرواتب على اساس التفاوت في
الكفاءات ، عدلاً فالجزاء على قدر العمل ، جودة وكفاءة ، عملاً بقوله
تعالى : " وان ليس للانسان الا ما سعى " وقوله تعالى : " ولكل
درجات بما عملوا " وقوله تعالى : " ولا تبخسوا الناس اشياءهم "
هذا ويرى الامام " الطوسي " وجوب التحرى عن الشخصيات
ذوى الكفاءات ، للوقوف على مدى نزاهتهم ، اذا ما اريد تعيينهم
في الوظائف الحساسة في الدولة ، كيلا تتخذ هذه المناصب
الهامة وسيلة لاستغلال النفوذ ، او كسب المنافع الشخصية ، فيضر
بكيان الدولة ومصالحها العليا ، ايما ضرر ، لخطورة المنصب ،
فاشترط كما يلبي :

- ١- ان يكون ذا كفاءة تتعلق بالمنصب العام الذي يتقلده .
- ٢- ان يكون نزيها مترفعا عن استغلال المنصب لمنافع مادية
تعود على شخصه .
- ٣- الا يجمع بين وظيفتين .
- ٤- الا يجعل لعلاقات الصداقة تأثيرا على اعمال السياسة العامة .
- ٥- ان يتعد عن كل ما من شأنه الاضرار بمصلحة الحكم .
- ٦- يحذر من تدخل نساء موظفي الدولة ذوى المناصب العالية
في شئون الحكم (١) .

هذا وحق الشورى للأفراد الأكفاء ، حق سياسي ثابت شرعا ،
تمكيننا لهم من المشاركة السياسية عملا ، تحقيقا لمواهبهم وملكاتهم
لما يتعلق بذلك من اجتناء الامة لثمرات جهود ابنائهم ولان حرمانهم
منها ، ظلم لها وضرار بها ، وهذا لا يجوز بالاجماع ، ولان الصالح
العام هو اساس مشروعية الولاية العامة ، للقاعدة العامة : " التصرف
على الرعية منوط بالمصلحة "

د - واما العدل : امام القضاء ، فذلك مما لا يفتقر الى بيان
فالناس جميعا امام شرع الله سواء ، دون تمييز في الفقراء والغنسي
، او الثراء ، او المنصب ، او العائلة ، او الطبقة ، فيجب تطبيق
حكم الله تعالي باطلاق ، تأدية لامانة الحكم وحق الله ، والاصل
في ذلك قوله تعالى : (ان الله يأمركم ، ان تؤدوا الامانات الى
اهلها ، واذ احكمتم بين الناس ، ان تحكموا بالعدل) .

ومن ايرزها اعطاء كل ندى حق حقه ، وصيانة النفوس ، والاعراض
والاموال ، ولقوله سبحانه : (يا ايها الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط
شهداء لله ، ولو على انفسكم ، او الوالدين ، او الاقربين ، ان يكن
غنيا او فقيرا ، فالله اولى بهما ، فلا تتبعوا الهوى ، ان تعدلوا
وان تلووا او تعرضوا ، فان الله كان بما تعملون خبيرا) .
ولقوله - صلى الله عليه وسلم - (ولو ان فاطمة بنت محمد سرقت
لقطع محمد يدها) وابوها رسول مصطفى ، والرئيس الاعلى للدولة
وهذا ما يفيد قول الامام الماوردي من وصف العدل بالشعول ، كما
اشرنا .

وكل ذلك مقرر في هذا التشريع العظيم .
وهذه هي المساواة امام الشرع ، والمساواة الاجتماعية والاقتصادية
والسياسية ، واما التفاضل فلفظا يكون ، بالعمل الصالح ، وبمبلغ وجودته
واثره ، وبالتفاوت في الكفاءات ، وبالعلم ، وبالتضحيات في الجهاد
ولا يسمع المقام - لبيان الادلة .

ومما يتصل بتلك العناصر الاجمالية ، اعداد القوة اللازمة

لتعزيز سيادة الدولة داخلا وخارجا .

واما داخلا ، فلتحقيق استتباب الامن ، والنظام وتنفيذ التشريع .
واما خارجا ، فذلك يتم باعداد الجيش عدة وكفاءة قتالية ، على
مستوى كل عصر اربابا للعدو ، وصيانة لحدود الدولة ، وسد ثغورها
بالقوة الضاربة ، والجنود المرابط ، دفعا لاي عدوان مفاجئ ،
(واعدوا لهم ما استطعتم من قوة) . (خذوا حذركم)
واما الخصب الدائم الذي نوه به الامام الماوردي فهو اتخاذ

الاسباب الملائمة والناجمة للاستثمار والانتاج ، على اتم وجهه
وأوفره ، تحقيقا للخراء الإقتصادي ، وانا كان هذا لا يتحقق الا
باتخاذ احدث الطرق العلمية ، فيجب المصير اليها لتعلق مصلحة
الامة بها ومعلوم ان ما لا يتحقق المصلحة العامة الا به ، فهو واجب
فيغد والعكوف على الطرق القديمة البالية في الاستثمار والانتاج
محرم شرعا . لا ضراره بالصالح العام وهو سبب التخلف والضعف
فتبين لك ان هذه العناصر الاجمالية هي من مظاهر سيادة الدولة
داخلا وخارجيا .

الدولة - في الاسلام - منشؤها التشريع الاسلامي نفسه ، كتابا
وسنة - كما رأيت كما وجبت اقامتها بالدلالة العقلية ، استلزاما
اقتضائيا ، لمبادئه ومقاصده ، وكذلك جهازها الحاكم ، اداء لحق
الله تعالى ، فتمثلت سيادة الدولة او حق الامر في هذا التشريع :

التشريع السياسي ، الاسلامي هو الذي أوجب اقامة الدولة
وجهازها الحاكم ، فرضا كفايا^(١) وأوجب اختيار هذا الجهاز
بالشورى ، كما بينا .

وعلى هذا ، فان الدولة - في نظر الاسلام - منذ انشائها
تتعلق سيادتها بسيادة التشريع الاسلامي نفسه ، اذ هو
المهيمن عليها وعلى المحكومين ، على السواء ، اذ هو الذي قرر
الحقوق لكل منهما ، فقد اعطى للدولة حق الطاعة على الرعية
كما اعطى الرعية حقها على الدولة في تنفيذ شرع الله فيها ، فالتشريع

(١) المراجع السابقة .

اذن هو مصدر الحق لكل منهما - كما ترى ، وهو المهيمن على
تصرفاتها .

فالمبدأ العام في النظام السياسي الاسلامي ان حق التشريع
لله تعالى وحده " ان الحكم الا لله " وهو مصدر الحقوق لكل من
الدولة والمجتمع والافراد على السواء .

فالدولة ان ليست مصدرا للتشريع على النحو الذي يرى في
الدولة غير الاسلامية التي تحدد نظمها وقوانينها بارادتها الذاتية
بل الدولة في الاسلام ، محكومة بالتشريع الذي اقامها .

ويتفرغ عن هذا ، ان الاسلام يسوى بين الحاكم والمحكوم في
الحق ، لان كليهما يتلقى الحق من الله تعالى ، فالفرد عبد لله
لا للدولة ، وكلاهما يتوجه الخطاب الالهي اليه ، وعليهما تنفيذ
تكافلا ومن هنا تنشأ المسئولية المتبادلة بينهما ، فكل منهما راع ،
ومستول .

على ان الدعوة الاسلامية نفسها ، تستلزم الدولة ، اساسا
لتطبيقها ، وحمايتها وتبليغها ، وازالة للعقبات التي تعترض
سبيل هذا التبليغ .

الحكومة - في نظر الاسلام - خاضعة للنقد والنزبه والتوجيه

والتقويم ورئيسها فرد عادي ، ليس له من الامر شي ، الا القيام
بمهام التنفيذ ، واقامة العدل الكامل ، وحفظ الامن ، ورعاية الصالح العام

والمصالح الفردية على السواء ، وهو مسئول امام الامة ، صاحبة

المصلحة الحقيقية ، بحكم كونه نائبا عنها ، في القيام على وظائف

الدولة ، ومهامها الجسام ، فضلا عن مسئولية امام الله تعالى .

ليست الحكومة - في نظر الاسلام - حكومة (شيوقراطية) كما يظن خطأ او ادعاء ، اى حكومة الهية معصومة ، قد انحدر اليها الحق الالهي المقدس المزعوم ، او التفويض الالهي الذي يجمع منها حكومة مطلقة المشهقة تتصرف في الحكم كيف تشاء ، لعصمتها وانعدام مسئوليتها الا امام الله وحده ، ومن دون الناس ، كل هذا ليس له أصل في الاسلام ، كما رأيت .

نعم : التشريع الهبي ، ولكن جهاز الحكم ، ليس الهيا ، بل هو منتخب عن طريق الشورى ، او عقد البيعة العامة الذي يوجب التزامات على كل من الحاكم والمحكوم ، طرفي العقد ، وكل منهما معرض للخطأ والصواب فيجب التناصح ، والتوجيه ، لقوله تعالى : (وتواصوا بالحق ، وتواصوا بالصبر) ولقوله تعالى : (المؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض ، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر) ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : (الدين النصيحة ، قالوا لمن يا رسول الله ، قال : لله ، ولرسوله ولائمة المسلمين وعامتهم) .

فالحكومة - في نظر الاسلام - حكومة مدنية عادية غير انها محكومة بشرع الله ، كما اسلفنا ، وخاضعة في تنصيبها وتوليها الحكم ، وفي تصرفها ، وتديرها السياسي في الامة ، لتوجيه الصفوة المختارة ، واهل التخصص ، والكفاءات العلمية المتنوعة واولي الرأي او الخبرة والبصيرة بشئون الحياة ، وهم من يطلق عليهم ، اهل الاختيار ، او اولو الامر^(١)

(١) الاحكام السلطانية : ص ٥ وما يليها - للماوردي .

أو أهل الحل والعقد^(١) الذين يمثلون العامة ، ومنهم الفقهاء
المجتهدون ، المتخصصون في التشريع والاجتهاد بالرأى .
على ان هذا الحق الالهي المقدس ، او التفويض الالهي المزعوم
مجرد فكرة ابتدعها الفقه السياسي الاجنبي ، والفرنسي بالذات
في صدد بحثه نظرية (السيادة) لتبرير الحكم الاستبدادي ، او
تصرفات (الحاكم المطلق) ابان الصراع الذي كان محتدما بين
الملك والاباطرة والبابوات - كما هو معلوم .
والاسلام خلو من هذه المشكلة اصلا ، اذ لا يقر اساسا للحكم
الا العدل المطلق الشامل ، كما رأيت .
ولهذه ، كان الحاكم والمحكوم في هذا التشريع على السواء كما
بيننا .

على ان الاسلام هو التشريع الوحيد الذي منح الفرد وجودا دوليا
فضلا عن مشاركة السياسية داخل بوجوده الذي اتي لقوله - صلى الله عليه
وسلم - : (ذمة المسلمين واحدة ، ويسعى بذمتهم أدناهم^(٢)) على
ما سيأتي تفصيله .

(١) لقوله تعالى : (واطيعوا الله ، واطيعوا الرسول ، واولي الامر منكم
والامر يعنى الشأن ، وهو مفرد مضاف فيعم ، أى أولي
الشئون وهم المتخصصون في السياسة والاقتصاد والاجتماع العسكرى
واصحاب الخبرة في الزراعة والصناعة والتجارة ، واصحاب النفوذ
في الامة وهم من تتألف منهم الحكومة ، وأهل الحل والعقد في الامة
(٢) متفق عليه .

الدولة - في نظر الاسلام - وان كان منشؤها التشريع السياسي
الاسلامي نفسه ويسودها حكمه وغير انها ذات سلطة في التشريع
الاجتهادي من أهله ، ولكن بمفهوم يختلف عن مفهوم التشريع الوضعي
التشريع في الاسلام حق لله وحده ، فان كان نصا قاطعا تعين
العمل بمدلوله ، ودون تبديل ، أو تأويل يخرج عنه معنى الواضح للتعين
فهمه من نصه القاطع .

هذا ، وما يرمى اليه النص القاطع من مصلحة تكون هي المصلحة
الحقيقية المعتمدة شرعا ، ولا يشرع الاسلام من الاحكام والمصالح التي يتنافى
ومقتضيات العقل الانساني العام . ولان هذا النص القاطع يمثل ارادة
المشرع الحقيقية ، لوضوحها ، ودون لبس ولا ابهام ، ولا احتمال ،
فكانت المصلحة مفيدة بهذا النص لانه شرع طريقا اليها ، والدولة
لا تملك تغيير التشريع أو تبديله ولا سلطة لها فيه ، وكل تعارض مصلحة
النص القاطع ، غير مشروعة ، وليست مصلحة حقيقية عند التحقيق ، بل
موهومة ، لما قلنا من أن العقل لا يناقض التشريع .

وان كان النص محتملا ، لاكثر من معنى وليس قاطعا في معنى معين
فللدولة ان تختار أحد البدائل ، بما يتفق والمصلحة العامة ، وما تختاره
الدولة يصبح شرعا لازما يصاغ في تنظيم أمره ، ولا يجوز المصير الى غيره ،
منعا للفوضى ، وهذا من حق الدولة التي هي أدري بالمصالح العام ولكن
بعد العمل بمبدأ الشورى التشريعية التي تعنى

تبادل الرأي من أهل الاختصاص ، وتقليب وجهات النظر في موضوع الحكم المجتهد فيه ، وترجيح احداها بمرجحات معتبرة من الشرع وأهل الخبرة والاختصاص فيما يتعلق به هذا الحكم من شأن ، او عن طريق " الاجماع " اذا انعقد على حكم يتعلق بالواقعة المعروضة وقد يتبين الحكم في الوقائع عن طريق القياس الاصولي ، اذا ورد نص في نظائرها ، واشتملت على علة متحدة .

حتى اذا لم يكن ثمة نص خاص بالواقعة او الوقائع او قياساً أو اجماعاً ^{فهي} تحكيم المبادئ العامة او مقاصد التشريع ، فتجعل المصلحة المرسله اساساً للحكم بشرط الا تخرج عن تلك المقاصد والمبادئ ، وان لا يرد نص خاص ، او اجماع او نظير تقاس عليه .
ومن العمل بالمصالح المرسله ^(١) سد الذرائع والاستحسان ^(٢)

(١) المصلحة المرسله وان لم يشهد لها دليل خاص من الشرع باعتبارها او الفائتها ولكن ينبغي ان يشهد لها اصل عام بالاعتبار ، كيلا تكون غريبة عن الشرع .
- والمقاصد الاساسية في الشرع خمسة : الدين ، النفس ، والعقل والنسل ، والمال .

(٢) الاستحسان استثناء الواقعة من حكم نظائرها بوجه اقوى يقتضي هذا العدول والاستثناء تحقيقاً للمصلحة والعدل ، وهو انما يكون مقتضى لظروف ملائمة للواقعة هذا العدول ^{تقضي}

والعرف المعتبر^(١) اذن ، كإفافة ما يصدر عن الدولة من تشريع
اجتهادى يتعلق بالنظم التي تفتقر اليها المرافق العامة ، أو
المصلحة العامة ، ينبغي ان تكون محمولة على مقاصد التشريع الخمسة
غير مخالفة أو مناقضة لها

فالمصالح المرسله اذن يجب ان يشهد لها اصل عام ، كيلا
تكون غريبة عن الشرع ،

وفي هذا المجال واسع للتشريع الاجتهادى الذي يجب ان تنهض
به الدولة عن طريق المجتهدين ، واهل الخبرة العلمية التي تتعلق
بموضوع الحكم الشرعي الذي يراد استنباطه ، فالتشريع المبتدأ يرفضه
الاسلام ، لانه افتئات على حق الله ، ولا تجب طاعته .

اما مفهوم التشريع الوضعي فهو انشاء القواعد القانونية التي
تنظم العلاقات^٣ الناس بعضهم قبل بعض ، او قبل الدولة ، بالارادة
الانسانية المتخيرة .

والتشريع الاجتهادى ، هو الفقه ، وهو داخل في السلطة
التشريعية للدولة بهذا المعنى الذي بيناه ، والتشريع الاجتهادى
الجماعي من اهله الذي ينهض به الفقهاء وارباب الاختصاص اقرب
الى الصواب والعدل من الفردى غالباً وهو ادرى جماع

(١) والعرف المعتبر هو ما يكون في حقيقته قائماً على مصلحة
فتوزن حينئذ بينه وبين المصالح المعتبرة حتى اذا
وافقتها كان العرف معتبراً حينئذ ، لانداته وبسبب

لما يستند اليه بوزن هذا المصالح

الفقه السياسي الاسلامي فضلا عن كونه مظهرا للاجتهاد التشريعي

من اهله منبثقا اساسا عن مبادئ الاسلام واصوله العامة ، اللفظية

والمعنوية ، ومقاصده الاساسية - وهذا كلها اصول نظرية ، ومفاهيم

ذهنية مجردة - اقول هذا الفقه السياسي ، فضلا عن كونه كذلك

قد انضجته التجربة السياسية الواقعية التي عاناها معظم فقهاء

المجتهدين بحكم مناصبهم السياسية .

من آثار (واقعية) التشريع السياسي الاسلامي ، انك تراه

قد انعكس على الفقه الاجتهادي في التدبير السياسي عملا

فكان هذا الفقه الذي صدر عنه ائمة فقهاء السياسة ، من امثال :

الماوردي - والغزالي - والطوسي - وابن ابي الربيع - وغيرهم

صدي وأثرا لتلك الواقعية ، او القابلية للتطبيق ، هذا شي * ، وشي *

آخر * هو ان هذا الفقه على الرغم من كونه مستخلصا من مبادئ

نظرية مجردة ، قد ساعدت على انضاجه التجربة السياسية التي

عاناها هؤلاء الائمة بحكم مناصبهم فقد كانوا رجال دولة من الطراز

الاول .

اما الامام الماوردي ، فقد كان وزيرا لدى الخليفة القادر بالله

العباسي ، واثناء ذلك الف كتابه المعروف (قوانين الوزارة والملك)

فضلا عن كتابه الاحكام السلطانية .

واما الطوسي ، فكان وزيرا لدى (السلاجقة) وكان له قوة الاثر

في الحكم بفضل علمه الواسع وتجربته السياسية - ما جعله هو (الحاكم)

الفعلي، في تلك الدولة ، فاكسب بذلك تجربة او حنكة سياسية
، فضلا عن غزارة علمه ، مما كان له اثر في فقهه السياسي .
وكذلك الامام الغزالي ، والعلامة ابن خلدون ، وابن تيمية
كما هو معلوم ، فكانت هذه (المشاركة السياسية) سببا في اثراء
فقههم ، وخوشهم النظرية ، بالخبرة السياسية العملية .
وأما الفلاسفة السياسيين من غير المسلمين ، من مثل افلاطون
وتلميذه ارسطو ، من اليونان ، وكذلك فلاسفة السياسة من الانكليز
من مثل ، هوبز ، ولوك ، ومن الفرنسيين من مثل جان جاك روسو
فلم تكن لاي منهم تجربة سياسية واقعية ، لذا ، جاءت فلسفتهم
تجريدية محضة ، كالفلسفة افلاطون ، ان لم يكتب لها التطبيق ، ولبعدها
عن الواقع المعاش ، وتحليقها في افق من الوهم والخيال احيانا ، مما
ساق الى اعتقاد أن رئيس الدولة ينبغي ان يكون " فيلسوفا " فضلا
عن تفريره قواعد غير انسانية ، لقيامها على التمييز العنصرى ، والرق ،
وكالفلسفة جان جاك روسو في نظرية (العقد الاجتماعي) الافتراضى
الموهوم ، كما أسلفنا .
ونضرب لذلك مثلا لواقعية السياسي الاسلامي ، ان فقهاء
المسلمين ، يشترطون في (رئيس الدولة) شروطا عدة مشتقة من
طبيعة وظائف الدولة التي حددها هذا التشريع ، لاستحقاق الرئاسة
ولم يشترطوا الفلسفة ، لانها تخيل انساني محض ، ومن تلك الشروط
الطهارة ، الكفاية ، والخصائص الجسمية ، والخلقية ، والنفسية ،
والمعنوية التي يقتضيها النهوض بممارسة الحكم ، كالقدرة على قيادة
الجيوش ، والجرأة والشجاعة والاقهالام ، ثم القدرة على معاناه السياسة
وكذلك العلم بأحكام الشريعة وفقهها وضرورة بلوغ مستوى الاجتهاد فيها

عند فريق من الفقهاء ، فضلا عن النزاهة والعدالة والاستقامة ، وغير ذلك من الشروط التي تعتبر في جملتها عناصر وكفاءات على أرفع مستوى ، تستلزمها ، ممارسة السياسة وتدبير شئون الحكم عملا ، ولا نعتقد ان (الفيلسوف) يوسع ان ينهض باعباء الحكم الاسلامي ، ومهام رئاسة الدولة فيه على النحو الذي بينا .

فتلخص أن التشريع السياسي الاسلامي ، قد استمد خصائصه من اصوله العامة ، ومقاصده ، وقيمه السليمة ، لا تجده يستعصي على التطبيق واقعا ، أو يحول دون الفكر السياسي المتفهم لهذا التشريع ، أن ينزل بتلك المفاهيم الموجودة ، على يد المجتهدين ، الى الواقع ليحكم عليه ، او يرسم المناهج العملية ليصوغ هذا الواقع من جديد على ضوء تلك المفاهيم بعد تحليله ودراسته ، بفضل ما أوتي هذا التشريع من مبادئ يمكن ان تصير القيم واقعا ، والمفهوم الذهنى العام المجرد وضعيا قائما ، وابين دلليل على هذا فقسه هو " لا " الائمة ذوى التجارب والخبرات السياسية التي اغنوا بها فقههم كما نسرى فيما بين ايد يتسا من مصنفاتهم القيمة ، ان كان احد هم عالما فقيها مجتهدا لا يشفق له غبار ، ورجل دولة من الطراز الاول .

ولا أدل على صلاحية المبدأ من قابليته التطبيق وعظيم اثره .
أما قواعد الحكم الاساسية في الاسلام ، فهي مستقاة من الصحيفة ، ومن التشريع السياسي العام ، فنلخصها فيما يلي :
اولا - الوحدة السياسية بين مواطنى الدولة الاسلاميـة الناشئة ، على الرغم من اختلاف شعوبهم وقبائلهم ، ومعتقدهم اما المواطنون المسلمون في هذه الدولة ، فأساس وحدتهم (ايمانهم)

بهذا الدين الجديد ، عقيدة وتشريعا ، بد يلاعن الوثنية ،
والعصبية القبلية (١) .

ثانيا - حق المواطنة لان رهنا بمجرد (الولا) لهذ الدولة
الجديدة ، بدليل أن هذا الدستور (الصحيفة) قد منح (اليهود)
وغيرهم هذا الحق ، تحت لواء الدولة الاسلامية في حق الانضمام تحت

(١) كان ينضوى تحت حكم هذه الدولة ، اليهود ، والمشركون من
العرب بادي الامر ثم نسخ حق المواطنة بالنسبة لمشركي
العرب فيما بعد ، ولم يعد لهم خيرة في استمرارهم على اعتناق
الوثنية ، صونا للكرامة الانسانية من التردى الى هذا الحضيض
- هذا ، وقد كان الجهاد مفروضا على اليهود في يثرب بادي
الامر حملا لهم على مقاتلة عدو الله خارج حدود يثرب ، وكان
من أعستد^{الدولة} قبائل من اليهود كانت تبين نية العدوان على المدينة
وتقطن خارجها ، ثم نسخ هذا الحكم واقتصر على اداء الجزية
بد يلاعن فريضة الجهاد على المسلمين ، وبذلك اصبح
الجهاد مقصورا القيام بعبئ^ه على المسلمين خاصة
دون اليهود .

اذن اليهود ذميون واما المشركون من العرب
فلم يعد يقبل منهم مجرد الولا للدولة ليكسبوا
حق المواطنة ، بل لا بد لهم - لاكتساب هذا الحق - من ترك الوثنية
والدخول في الاسلام ، لان الجزيرة العربية هي قاعدة الاسلام ، و
ومنطلق رسالته الاولى .

سيادتها بفريق من اهل الكتاب دون فريق وعلى من يكتسب هذا الحق ان يقوم - في نظير ذلك - بواجبات ومواها ، تحقيق التكافل مع الدولة ، والولاء لها ، لحفظ كيانها داخلا .
في هذا دلالة على أمرين :

- ١- مبدأ التسامح مع أهل الأديان السماوية الأخرى ، وذلك بأن جعل لهم من الحقوق ، وعليهم من الواجبات ، عين ما للمسلمين وعليهم ، وليس أعدل ممن يساويك بنفسه في النصفة والعدل ، والحكم .
- ٢- تاصيل مبدأ حرية العقيدة وهو من أصل المبادئ التي تقوم عليها هذه الدولة الناشئة

ثالثا - سيادة الدولة منوطة بتشريع الله ورسوله ، الذي يوجب الولاة لهذه السيادة في نظير حق المواطنة ، كما قدمنا .
فالدولة ان دستوريتها مقيدة بهذا التشريع ، حاكما ومحكوموا ومظاهر هذا الولاة تبدو فيها يلي :

أ- الخضوع التام لتشريع الدولة ، وتنفيذ مقتضياته باخلاص ، وهذا واجب على الحاكم والمحكوم على السواء ، انه ليس للرسول - صلى الله عليه وسلم - من الامر شيء .

ب- التأكيد على المساواة بين السلطة الحاكمة والمحكوم ، لان كليهما يخضع لحكم الله تعالى ، والسنة وحي معنى ، وتتلقيان الحق منه تعالى ، فلا سيد ولا مسود قال تعالى مخاطبا رسوله - صلى الله عليه وسلم - (ليس لك من الامر شيء) وقال تعالى (ان الحكم الا لله) وقال سبحانه (لله الخلق والامر) وقال عز وجل : (ومن لم يحكم بما أنزل الله ، فاولئك هم الكافرون) وقال تعالى (اتبع ما اوحى اليك) اي كتابا وسنة ، وما أحالا عليه من مصادر التشريع الأخرى .

ج - ان هذا (التشريع) بما هو المرجع في كل نزاع يشترج
بين المواطنين بعضهم مع بعض ، يجب الاحتكام اليه كتابا وسنة
والعمل بما يقضيان به في محل النزاع ، وقد كان الرسول - صلى الله
عليه وسلم - وهو حي - المرجع الوحيد ، ثم أضحت سنته المرجع بعد
وفاته ، وفي هذا صيانة لوحدة الامة من التفرق والانقسام ، وقد جاء
في الصحيفة - فيما يتعلق بهذا الصدد - وما نصه : (وأنكم
مهما اختلفتم فيه من شيء ، فان مرده الى الله عز وجل ، والى محمد
صلى الله عليه وسلم - وانه ما كان بين اهل هذه الصحيفة من حدث
او اشتجار ، يخاف فساد ، فان مرده الى الله عز وجل ، والى محمد
- صلى الله عليه وسلم (١) -

د - توجب سيادة الدولة المنوطة بهذا التشريع على مواطنيها
حفاظا على كيانتها الخارجي - مجابهة العدو ، ونصب الحرب ضده
اذا اقتضى الامر ذلك ، وهذا مظهر السيادة خارجا ، يدافع عنها
كل مواطن قادر تكافلا معها .

هـ - وعلى هذا ، فالتآمر مع اعداء الدولة على تقويض بنيتها
يختبر - في نظر الاسلام - خيانة عظمى ، تمس سيادتها ، فضلا
عن كونه اخلايا بواجب الولاء الذي اوجبه حق المواطنة ، وقد جاء في
الصحيفة ما يؤكد هذا المعنى من قولها : (ان يهود بني عوف ،
امة مع المؤمنين ، لليهود دينهم ، وللمسلمين دينهم ، ومواليهم
وانفسهم ، الا من ظلم ، وأثم فإنه لا يوتغ (٢) الا نفسه .

(١) سيرة ابن هشام ج ٢ ص ١٤٩ وما يليها .

(٢) يهلك .

وأهل بيته^(١) " هذا من حيث مظهر سيادة الدولة خارجا
وأما من حيث السيادة في الداخل ، فقد تبدى مظهرها
فيما يلي :

لعل أول ظاهرة بدت في سيادة هذا التشريع ، هي نسخ
أحكام الجاهلية الأولى ، فمن ذلك أنه جعل عقوبة القصاص مثلا ،
بدلا عن الثأر الجاهلي ، فقد جاء في الصحيفة (وأنه من اعتبط^(٢)
مؤمنا قتلا عن بيته ، فانه قود به ، الا ان يرضى ولي المقتول ، وان
المؤمنين عليه كافة ، ولا يحل لهم الا القيام عليه^(٣) وهذا ضرب من
ايجاب التكافل تشريعا ، لاستئصال شأفة الجريمة من المجتمع ، عملا
على استقرار الامن في الداخل .

ويؤكد هذا التكافل ايضا ، ما جاء في الصحيفة نفسها من النص
على (أنه لا يحل لمؤمن اقربا في هذه الصحيفة ، وآمن بالله واليوم
الآخر ، ان ينصر محدثا^(٤) ولا يوؤويه ، وأن من نصره أو آواه ، فان
عليه لعنة الله ، وفضبه يوم القيامة ، ولا يؤخذ منه صرف ، ولا عدل^(٥)
وانذا كان هذا في نطاق الدولة الواحدة ، فأحرى أن يكون بين الدول
جميعا تكافلا سياسيا على الصعيد الدولي ، عملا على استقرار الامن
والسلم الدوليين ، ونفيا لاسباب الاضطراب العالمي ، والتوسع العدواني
كما اشـرنا .

وعلى هذا ، فان قواعد (الصحيفة) تنهض بسيادة الدولة الناهضة

(١) المرجع السابق - ٢) من اعتدى على مؤمن فقتله عدوانا وظلما
وثبتت جريمته بالبينة والادلة ، فانه يؤخذ به قودا اي قصاصا او بعبارة
اخرى ، القاتل يقتل ، جزاء وقصاصا .
(٢) المرجع السابق (٤) سيرة ابن هشام : ج ١ ص ١٤٩ .

في مظهرها الداخلي والخارجي :

أ- أما في الداخل ، فقد أكدت هذه السيادة بهيمنة التشريع على الأمن بوجه خاص ، وذلك باستئصال شأفة الجرائم التي تبيح بسلامة المجتمع وأمنه ، أيا كانت طبيعة هذه الجريمة ، وأهمها وأعظمها جريمة (القتل) والمساهمة فيها .

ب- وأما في الخارج ، فتتجلى سيادة الدولة في أمر الحرب والسلم ، وعقد المعاهدات ، فأناطت ذلك بشخصية رئيسها الأعلى ، بعد التقيد بالشورى في التدبير السياسي بوجه عام ، على ما سيأتي بيانه .

ولا جرم أن (السلم والحرب ، وإبرام المعاهدات) من أهم مهام السيادة في مظهرها الخارجي ، أي على الصعيد الدولي . وهذا يفضي بنا إلى بحث أهم قواعد سياسة الاسلام الخارجية ، من حيث علاقاتها الدولية ، وأهمها إبرام المعاهدات ، فنلخصها فيما يلي :

أولا : - لا يجوز ان ينفرد بعقد السلم جماعة دون اخرى لان

" سلم المؤمنين واحدة " كما لا يجوز التفاضل عن نصب الحرب على

العدو ، اذا تحقق مناط حكم الجهاد دفاعا عن كيان الدولة :

نصت (الصحيفة) على أهم ما تقتضيه سيادة الدولة خارجيا ، من تحريم انفراد جماعة بعقد السلم ، دون سائرهم ، لان هذا يفضي الى الانقسام في وحدة الامة التي ،وجب الاسلام تحقيقها كقرينة من أعظم فرائض الدين : (واعتصموا بحبل الله جميعا ، ولا تفرقوا)

(وان هذا امتك ، أمة واحدة) وهذا الانقسام في السياسة الخارجية من أشد أنواع الاضرار بمصلحة الأمة ، ولتعلقه بمصيرها .
وعلى هذا ، فالاسلام يوجب اذا تعددت دوله في أقاليمه المختلفة ، الا يفرد رئيس دولة اسلامية منها ، بعقد (السلم) مع العدو والمشارك دون سائر رؤساء الدول الاسلامية ، وتوحيد السياسة الخارجية ، فقد جاء في (الصحيفة) مانصه : (وأن سلم المؤمنين واحدة ، لا يسالم مؤمن دون مؤمن ، في قتال في سبيل الله ، الا على سواء وعدل بينهم) (١) .

ثانيا : - عقد السلم او الصلح الذي يحل حراما ، محرم في

الاسلام قطعاً

كل سلم تحمل المسلمين على الهوان ، او تريد هم على الاستخذاء والمعسف ، أو على التفرق عدوهم على بنغيه وعدوانه ، من انتهاكهم لحرمة أوطانهم ، واغتصاب أجزاء منها ، واستلاب حقوقهم فيها ، بما اخرجهم منها عنوة بقوة السلاح ، تقتيلا وتشريدا ، ليحل محلهم أمما وجماعات واقدة من بقاع شتى من دول العالم ، احتلالا استيطانيا ، ليهجو معالم وجود المسلمين ومقومات حياتهم وحضارتهم ومقدساتهم ، مثل هذه (السلم) محرمة في الاسلام قطعاً ، ولا يقرها الاسلام بدلا عن فريضة الجهاد العينية في مثل هذه الحال ، للدلالة القاطنة الآتية :

(١) المرجع السابق .

أ- لأنها (سلم الهوان) والله تعالى يقول في شأنها (ولا
تسهنوا) وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون) والنهي يقتضي التحريم
. إذ لا صار فيصرفه عن هذا المعنى .

ب- لقيامها على محض البغي والعدوان ، وذلك محرم شرعا
بالنص ، بل ماجاء الإسلام ليبيغي ظاهرة العدوان والبغي من
الأرض أيقاعا ، أو وقوعا ، أو استمرارا وبقاء لقوله تعالى : (ولا
تعاونوا على الإثم والعدوان) وإنما طلب اقرار الحق والعدل في
العالم كله .

هذا ولا تعاون أشد اثما ، وأعظم نكرا من عقد سلم مع عدو باغ
متسلط ، لأنه ينطوي على اقرار عدوانه ، واستمرار بغية على ديار
المسلمين ووجودهم ، ومقدساتهم ، وثرواتهم وحضارتهم جملة .

فالقوة أو الطغيان لا يقضي على مبدأ الحق والعدل في الإسلام
ج- لقوله تعالى : (فمن اعتدى عليكم ، فاعتدوا عليه بمثل ما
اعتدى عليكم) وهذا يفيد أن على المسلمين إزاء المعتدى ، أن يردوا
عليه عدوانه بمثله ، وذلك بشن الحرب هده ، كسرا لشوكه بأقصى
مستطاعتهم من القوة ، وأن يحرصوا على ذلك كل الحرص .

د- لقوله تعالى (والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون)
وذلك بمقاتلة الباغي انتصافا من عدوهم ونفيا للظلم الذي نزل بساحتهم
فالمسلم الحق لا يستسلم للظلم أبدا ، لقوله تعالى : (ولا تركوا
إلى الذين ظلموا ، فتمسكم النار) .

هـ- كل عقد أو شرط يحل حراما ، محرم بالنص ، لقوله - صلى
الله عليه وسلم - (المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطا يجعل حراما ،

أو حرم حلالاً " والشرط عقد ، فالعقد الذي يحل الحرام ، لا يجوز
إبرامه قطعا .

و - ان تعين وجوب القتال حتى الموت ، دفاعا عن الحوزة
والمال ، والعرض في شرعه الاسلام ، كتعين وجوب الدفاع عن
الدين ، سواء بسواء ، بدليل أن الشارع ، قد كتب (الشهادة)
لمن قتل دون أي منهما ، بالنص ، لقوله - صلى الله عليه وسلم -
(من قتل دون أرضه فهو شهيد ، ومن قتل دون ماله فهو شهيد
ومن قتل دون عرضه فهو شهيد .)

ووجه الدلالة ، ان " الشهادة " لا يكتب الا لمن قتل دفاعا
عن امر مفروض متعين القتال دونه ، والحديث جاء بواو الجمع ، نفيا
للتمييز بينها ، من حيث الاعتبار والحكم .

هذا ، وفي الحديث دلالة ايضا على تأصيل مبدأ الكرامة والعزة
وتحقيقه في الوقائع عملا ، وذلك بوجوب الاستماتة والاستبسال
في الدفاع عن النفس والمال والأرض والعرض ، حال وقوع
الاعتداء على أي منها ، دون استثناء ، وهذه هي معاهد الكرامة
للأفراد والامم ، لان الحديث ينمونه (من قتل) يشمل كل اولئك .
وبذلك ، تمتزج القيم الدنيا بالاطمان ، والاعراض ، والاموال ، في
التشريع السياسي الاسلامي ، كما تسرى - دون فصل او تمييز بينها
، من حيث الاعتبار ، والحكم ، والجزاء ، كما قد منا .

هذا ، واذنا تعين وجوب الدفاع عن الدين والاطمان ،
والمقدسات والأموال والاعراض ، لزم عن ذلك ان اقرار العدو على اغتصابها
او العدوان عليها ، واستلاب حقوق المسلمين فيها ، محرم قطعا ، ايا

كانت الوسيلة أو الاسم الذي اتخذته ذلك " الاقرار " من عقد السلم او معاهدات الصلح او غير ذلك من المصطلحات ان العبرة بالحقائق والمفاهيم .

وهكذا ترى ان الاسلام لا يفصل بين الدين والسياسة ، ولا بين الدنيا والاخرة فضلا عن انه يجمع بين المثالية والواقعية ، في مواقع الوجود الحيوى .

ز - منافاة " سلم " الهوان هذه لمقتضيات العزة الالهية التي استخلف الله المؤمنين فيها ، لقوله تعالى : (والله العزة ، ولسوله وللمؤمنين) ولا عزة مع الهوان بداهة .

ح - لا يربط الاسلام احكامه بظاهر اللفظ والقول ، وانما يحفل بالحقائق ، وينيط الاحكام بها ، ومن ثم لا يقر الاسلام " سلمنا " هي في جوهرها وسيلة لاستدامة قهر المغلوب ، أو الابقاء على آثار عدوان الظالم ، تحكيما للقوة الغاشمة في العلاقات الدولية ، او عملا بما يسيى سياسية الامر الواقع ، لما تتضمن هذه السياسة من تغليب القوة ^(١) على الحق والعدل ، وهذه مناقضة لاصول الاسلام ومقاصده الاساسية ، او نظامه الشرعي العام الذي هو " حق الله " ومعلوم انه لا يملك أحد ان ينقض " حق الله " عن طريق التراضي او التعاقد ، والا بطلت شرائع الاسلام كلها ، وذلك باطل ، فما يؤدى اليه باطل بالبداهة .

(١) ومبدأ سياسة الامر الواقع على اطلاقه انما هو تطبيق لاصول السياسة الميكانيكية .

وبيان ذلك ، أن حق الله شرع دائم ، والتعاقد تصرف ارادى ولا يقوى التصرف الارادى على مناقضة شرع الله (١) ، اذ مناقضة شرع الله باطلة ، اجماعا ، لما فيها من تغليب الارادة الانسانية على الارادة الالهية .

وأما الارادة الانسانية ففي العقد الذى يهمل حراما .
— وأما الارادة فلأن النص القاطع يعبر عنها حقيقة

في تحريم ما أحله العقد او التصرف .

وعلى هذا كان القصد غير الشرعي بسبيل أن يهدم القصد الشرعي (٢) ، وهذا باطل ، وللتناقض ، ولأن مقصود الشارع من المكلف ان يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع (٣) ، لا مناقضا فتبين أن علة بطلان عقد السلم ، في مثل هذه الحال هو " المناقضة " لارادة الله الحقيقية غير المظنونة ، بارادة المكلف في التصرف والتعاقد نخلص من هذا الى أن " المناقضة " في عقد السلم هنا ، إنما نشأت من قيام العدوان والبغي ، لان هذا هو مناط وجوب الجهاد لا السلم شرعا ، فنتج عن ذلك ، ان الاسلام لا يقر " سلما " الا اذا اندفع العدوان ، وينتهي الجهاد حينئذ بزوال علته . وهذا أصل شرعي عام في السياسة الخارجية في الاسلام وفي العلاقات الدولية بوجه خاص .

أما أن دفع العدوان ، وازالة آثاره (حق الله تعالى) فينهض به ، ان نفي ظاهرة البغي والعدوان من الارض ، مما يتعلق به

(١) اعلام الموقعين ج ٢ ص ١٤ ابن القيم

(٢) الموافقات ج ٥ ص .

(العدل الدولي) قطعاً ، وهذا لا يختص بفرد بعينه أو أمة بعينها ، حتى يكون مصلحة خاصة ، وإنما يتعلق بحق الإنسان العام بالمصلحة الحقيقية العليا للإنسانية جمعاء ، ولا يقصد الاصوليون بحق الله إلا هذا المعنى لشمول نفعه وعظيم خطره (١) وهذا يستلزم حماية هذا الحق ، وعدم التهاون في امره ، أو الاتفاق على خلافه ، إذا لاخيرة فنه للمكلف ، لأن هذه هي خصائص الحق العام ، وهذا يقتضي بدوره تحريم اقرار العدوان والبغي باسم السلم احتيالا ، ومن باب أولى تحريم اتخاذ التسلط والقهر ، وما يخلف من آثار ، ، ، موضوعاً أو محلاً للتعاقد أو التصالح على اقراره وبقائه ، لأمور ثلاثة :

أولها : لعدم مشروعية محل العقد أصلاً ، لما قدمنا من تنافيه واصل (العدل الدولي) العام الذي قدسه الاسلام حقاً لله تعالى بحيث جعله اساس الخليقة كلها ، لقوله تعالى : " والسماء رفعها ووضع الميزان ، الا تطغوا في الميزان ، واقيموا الوزن بالقسط ، ولا تخسروا الميزان " .

وإذا انتفت مشروعية محل العقد بطل العقد اصلاً والعقد منتهى المنفعة

(١) حق الله تعالى ، يطلق بالاشتراك اللفظي على معينين : أولهما : حق الله تعالى الخاص في العبادات ، لما عجز في السنة من أن حق الله تعالى على عبادة ، ان يعبدوه ، ولا يشركوا به شيئاً .
الثاني : حق الإنسان العام على وجه هذه الارض ، ويقصد به المصلحة ذات الطابع العام للبشرية كلها ، وهو ما عناه الاصوليون حين فسروا نسبة الحق إليه تعالى ، مع انه تعالى غني عن الحقوق بقولهم : وإنما اضيف إليه تعالى لمعظم خطره (اهميته) وشمول نفعه

الثاني : ان العدل الشامل ، هو " الغاية " القصوى التي
من أجلها انزلت الشرائع ، وأرسل الرسل ، لقوله سبحانه : " لقد
أرسلنا بالبينات ، وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ، ليقيم الناس بالقسط
ولا قسط مع العدوان والقهر .

الثالث : لما في ذلك من اسقاط حق الله ، ولا يجوز ، ان
لاخيرة فيه للمكلف لانه من النظام الشرعي العام الثابت ، كما اسلفنا
ط - الاسلام يقضي بوجوب الجهاد فرضا عينيا حال مداهم -

العدو ديار المسلمين واستيلائه على اجزاء من اراضيهم ، واخراج

أهلها منها عنوة ، تقتيلا وتشريدا ، وهذا بالاجماع

ما غزى في عقر دارهم الا نزلوا ، ذلكم قول علي - كرم الله وجهه
والذلي والعزة نقيضان لا يجتمعان ، ولهذا ، نرى الاسلام بصريح
آياته ، وقاطع نصوصه ، يقضي - في مثل هذه الحال - أن على
الامة الاسلامية كافة ، شموها ودولا ، ان يجاهد وعدوهم الباغي
المتسلط ، بأقصى ما يملكون من قوة ، وعدة ، لدحره ، وتحطيم
مؤسساته العسكرية ، مصدر قوته ، وأداة عدوانه ، وان يخرجوه
من حيث اخرجهم ، بصريح قوله تعالى :

(واخرجوهم من حيث اخرجوكم) فرضا عينيا على كل قادر من الرجال
والنساء على السواء ، ونفيرا عاما خفاقا وثقلا ، صيانة لحرمة اوطانهم
ومقدساتهم ، وحماية لكيانهم الديني ، وقيمهم العليا ، بل ومصير
وجودهم الدولي ، مستقر عزتهم ، ورسود دهم ، والا كان الجزاء
الإلهي المنصوص عليه صراحة من استبدال غيرهم بهم في الدنيا ، وهو

خزى أبدى ، والعذاب الاليم في الآخرة ، وهذا بالاجتماع
ولا نعلم فيه مخالفا ، لقوله سبحانه ، الا تنفروا يحد بكم عذابا
اليم ، ويستبدل قوما غيركم ، ولا تضرروه شيئا .

ويتبدى لك بوضوح كيف يربط الاسلام مصير المسلمين في دنياهم
بمصيرهم في آخرتهم على سواء ، اذا تهاونوا او تقاعسوا عن امضاء
امر الله فيهم ، فوحدة المصير في الدنيا والآخرة ، ظاهرة في النص
كما ترى .

فليست العقيدة الدينية في الاسلام مجرد عقيدة (

ميتافيزيقية) غيبية لا علاقة لها بشئون الدنيا ، كما يتوهم .

وانما كان الجهاد فرضا عينيا ، في مثل هذه الحال ، لتعلق

مصير الامة به وجودا وعندما .

ى - وجوب استمرار حكم الجهاد فرضا عينيا ، لقيام أو تحقيق

مناطه ، فما دام شر العدو الباغي قائما ومستطيرا ، فلا يجوز قطع

استمرار هذه الفريضة شرعا ، اذ الحكم يدور مع علته وجودا وعندما

وعقد السلم قطع لاستمرار هذه الفريضة مع تحقق مناطها وذلك اسقاط

للحكم مع قيام علته ، وهو محرم ، فوجب استمرار الجهاد شرعا حتى

يستنفذ اغراضه ، وتزول علته ، تنفيذا لحكم الله .

من المعلوم أن العلة تستلزم الحكم ، وهذا هو قانون التلازم

المنطقي في هذا التشريع ، اذ العلة هي مناط الحكمة الالهية ، كما

تعلم ، ولا يجوز اهدارها ، لانه الحكمة الالهية التي تمثل المصلحة
والعدل ، والحكم انما شرع وسيلة لتحقيقها عملا .
وايضا ، ليس للشارع قصد في مجرد اشعال نار الحرب ،
بل لتحقيق اغراضه منها ، ان ليس في الشرع حكم مبتور عن حكمة
تشريعه التي هي روحه ، فالحكم والحكمة مقترنان ، تصورا ووقعا
، والا كان الخلف والتناقض ، وغرضه هنا هو دفع العدوان ، والبغي
قطعا .

وانا كان مناط حكم الجهاد - في مثل هذه الحال - هو
العدوان والبغي ، وما خلفا من آثار ، فان حكم فريضة الجهاد
العينية ، يبقى قائما ، ما دام مناطه متحققا ، وهذا من بد هيئات
التشريع ، انفاذا لامر الله تعالى ، لقوله سبحانه : " وما كان لمؤمن
ولا مؤمنة ، ان ا قضي الله ورسوله امرا ، ان يكون لهم الخيرة من
امرهم " .

نخلص من هذا ، الى أن فريضة الجهاد تستمر ما دام شر
العدو قائما مستظيرا ، يهدد المسلمين في وجودهم ومصيرهم لانه
هو العلة ، حتى اذا انتهت عن صفة ، وغروره ، وامحت آثار عدوانه
، وأجلى عما اغتصب من ديار المسلمين ، فقد استنفذ الجهاد
اغراضه حينئذ واصبح القتال غير مشروع ، عملا بمقتضى قوله تعالى :
(فان انتهوا فلاعدوان الاعلى الظالمين) .

ويجب ان يحرض المسلمون كل الحرص على تحقيق اغراض الجهاد
، وان يتيقنوا من ذلك قبل ان يخوضوا غماره ، استبسالا واستماتة
بعون الله .

ك - لا يقبل من العدو والباغي جنح الى السلم الا اذا طلبها

استسلاما وعجزا عن المضي في القتال ، او ايثار منه لحقق دمه ، او

تسليها بالحق ، وانضواء تحت لواء العدل .

وكذلك الحكم في وجوب استمرار الجهاد فرضا عينيا ، في هذا المجال ، فلا يقبل من العدو وجنوحه الى السلم ، الا اذا طلبها استسلاما لعجزه عن المضي في القتال ، حقا لدمه ، او تسليها منه بالحق ، او رهى بالكف عن العدوان والشر ، وايثارا للانضواء تحت حكم العدل ، فيجانب حينئذ الى طلبه ، شريطة الا يشوب طلبه هذا شائبة من دخل او خداع خفي او فساد طوية ، لقوله تعالى (وان جنحوا للسلم فاجنح لها) ان لم يشرع القتال في الاسلام لذاته . بل لضرورة مخصوصة ظاهرة العدوان والبغي ، في الارض ، بجميع صورته ، كما بينا .

ل - على أنه اقتضت ظروف المسلمين ايقاف القتال ، جاز ذلك مهادنة ، لا سلما ولا صلحا ، شريطة ان يكون لفترة موقوتة لا تطول ، لاستجماع القوى ، واعداد العدة على ارفع مستوى ، ثم استئناف الجهاد من جديد ، لقيام مقتضياته ، بعد دراسة الموقف عمليا ، دراسة تحليلية دقيقة شاملة ، من قبل اهل الخبرة والاختصاص ، لان موضوع حكم الشرع في هذه الحال ، هو القتال والحرب ، فلا بد من استشارة اهل الخبرة فيه ، لان الحكم الشرعي واضح ومعلوم ، ضمانا لتحقيق النتائج المقصودة ، والسيرة بالنتائج ، ومن هنا

كانت الصلة بين الشرع والعلم أو الخبرة المتخصصة وثقى بحيث لا يتصور الانفصال بينهما ، لان العلم موضوع الحكم ، كما ترى ، وانما قلنا ، جاز ايقاف القتال مهادة لفترة لا تطول ، كيلا تنقطع او تتعطل فريضة الجهاد ، لانها - في شرع الاسلام - مستمرة أبدا دافعا عن الحق والعدل الذي كثيرا ما يبنى عليه ، فلا بد له من قوة قادرة تحميه ، وحتى لا يتخذ العدو من الوقت المتسع في المهادة فرصة للاستعداد والتأهب لمعاودة قتال المسلمين من جديد .

فالدولة في الاسلام مجاهدة ابدا ، وسلمها قوى عزيز ، لقوله صلى الله عليه وسلم - (الجهاد ماض الى يوم القيامة) وقوله تعالى (ولا تهنوا ، وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون) .

هذا جماع ما يتعلق بتفسير نص (الصحيفة) على مبدأ هام في العلاقات الدولية بين المسلمين وغيرهم ، مؤداة " ان سلم المؤمنين واحدة ، لا يسالم مؤمن دون مؤمن في قتال في سبيل الله

الا على سواء وعدل بينهم "

ثم جاء التشريع السياسي العام مؤيدا هذا الاصل على النحو الذي رأيت .

سادسا : أكدت (الصحيفة) حماية " الحوزة " - دار الاسلام - كحماية الدين ، وشرائعه ، سواء بسواء ، ان نصت على أن " يشرب حرام جوفها ، لأهل هذه الصحيفة "

ومعلوم ان " يشرب " كانت هي موطن الدولة النافذة يومئذ

دون غيرها من بقاع الجزيرة .

وهذا يستلزم بالضرورة ، وجوب دفع العدوان عنها بداهة

، واخراج العدو منها اذا داهمها ، وهو موعودى قوله تعالى : (

واخرجوهم من حيث اخرجوكم) .

سابعاً : - حرمة المعاهدات وقد سيأتيها في الحرب .

اظهارها على النصر في الدين على من كان بيده عهد وميثاق .

وبدليل ذلك ، قوله تعالى : (وان استنصروكم في الدين

فعلينكم النصر ، الا على قوم بينكم وبينهم ميثاق) .

ولا نعلم ديناً أو تشريعاً ، قد رفع من شأن (العهد) الى

هذا المستوى من القداسة وقد كان لهذه القاعدة اثرها في العمل

على استقرار السلم والأمن الدوليين ، من جهة ، وعلى تأصيل روح

الثقة فيمن يتعامل سياسياً مع لدولة الاسلامية ، على الصعيد الدولي

مما يعتبر بحق من أهم خصائص سياسة الاسلام الخارجية العادلة .

واساس ذلك ، ان الاسلام لا يفصل بين الخلق والسياسة

لاستناده اساساً الى عقيدة دينية ، وهي - فيما نعتقد - مميزة

عظمى تفتقر اليها كل السياسات في العالم اليوم ، لاقرار الحق

والعدل ، ذلك لان العقيدة الدينية هي التي تجعل للقيم

الخلقية الاعتبار الاول في التشريع والتعامل ، ان في الميدان

الداخلي بين المواطنين بعضهم قبل بعض ، أو بينهم وبين اجهزة

الحكم في الداخل ، أو في العلاقات الخارجية ، ولا سيما في ابرام

المعاهدات والمواثيق الدولية ، فلا غدر ولا نفاق ، ولا كذب ، ولا

احتيايل ، قلل تعالى : (وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ، وقد جعلتم الله عليكم كفيلا) .
وهكذا ترى أن تنفيذ الحكم الشرعي العملي ، واحترامه وتقديسه ، يستند اساسا الى عقيدة المسلم ووجدانه ، وذلك من أعظم (الضمانات) لاستقامة الامر في الامة والدولة على السواء لاسيما في علاقاتها مع غيرها من الدول ، الا اذا بدا ما يشعر بتوقع خيانتها لطرف الاخر ، فيكون النبذ والنقض حينئذ ، قلل تعالى (واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء) فالاعتبارات الدينية النابعة من اصل العقيدة هي بعينها اعتبارات خلقية فليست الصفة الدينية في تشريع الاسلام ، او العقائدية ، ان صفة نقص ، او اضرار جماعيا ، او من قبيل العوامل لارجاع عقارب الساعة الى الوراء ، كما يقال ، بل هي عامل فعال في ارساء اصول الفضائل في المجتمع البشرى ، ورد الانسان الى الاحتكام الى نفاذ فطرته وحيوية ضميره ، وطهارة وجدانه ، وهذا هو اصل التقدم الانساني - فيما نعتقد - واما الكذب ، والخيانة ، والمكر ، والتآمر ، والخدر ، والغش ، والاحتيايل ، وغيرها مما يناقض اصول الفضائل ، فمعوقات كاداء ، تمرقل تقدم الانسانية بلا مرأ ، وتجعله يرجع بالشعوب والدول القهقرى الى عهد البدائية او الجاهلية الاولى ، قلل تعالى (أفحكّم الجاهلية ييغون ، ومن أحسن من الله حكما) فضلا عن انها من اسباب الاضطراب العالمي ، بينما ترى بعض فقهاء السياسة في الغرب ، من مثل ميكافيلي^(١) ان على الدولة أن تلجأ الى وسيلة

(١) اساطين الفكر السياسي : ص ١٨٨ لاند تور سمغان شحاته .

الحيوانات ، في تنافسها مع الدول الاخرى ، فيجب أن تختار ،
وسائل الاسد ، والشعلب معا ، فتلجأ الى الشدة والبطش ، وهما
طريق الاسد ، والى المكر والدهاء ، وهما وسيلة الشعلب .

ويرى أنه لا بد من الجمع بينهما .

وهم يؤكّد ميكيا فيلي ، أن الدولة لن تغشل في تغطية دهائها
ومكرها ، لانها ستجد دائما سذجا وسطاء ممن يخذعون بتصرفات
الدولة .

بل يرى أن هذا ينبغي أن يكون سبيل كل انسان ، لا الدولة

فحسب ، كمنهج عام للحياة ، فكل ما هو مطلوب من الانسان ، ان
يكون من الباقية بحيث يجعله يخذع الاخرين ، ويغشهم بدون أن يشعروا^(١)
والسياسة الدولية عملا صدى لهذا الاصول غالبا ، حتى عضرنا هذا .
وهذا مناف بدهة الاصول الاخلاق والفضائل التي جاء بها
الاسلام ، بل هو عين شريعة الغاب ، فكيف تسمى فلسفة أو أفكارا
سياسية ؟

هذا ، والتشريع السياسي الاسلامي ، غني جدا بالاحكام
الخلقية التي تدور في فلك العقيدة ، ثباتا ورسوخا ، بل هو اساس
الاحكام التشريعية الملزمة ، ان لا تكاد تجد قاعدة عامة ، أو حكما
شرعيا تفصيليا ملزما ، مؤيدا بجزءا دنيوى قضائي ، الا ويستند
اساسا الى " قيمة خلقية " سواء أكانت في التعامل داخلا ، أم في
السياسة الدولية خارجا .

فالعدل مثلا في أصله قيمة خلقية ، لان من لا يكون عادلا لا ي...

يكون فاضلا ، بالبدهة والفضيلة اساس الخلق .

وكذلك الاحكام التي تنفي الضرر وتحرمه ، ايا كان نوعه —
لتحول دون وقوعه ، او ترفعه ، بحكم التعويض والضمان بعد الوقوع
، عدلا ، فهي في اصلها احكام خلقية ، لان الاضرار بالناس لا
يتفق واصول الفضائل .

وقضارى القول ، ان الخلق — في تشريع الاسلام السياسي
وثيق الصلة بالعقيدة من ناحية ومفاهيم السياسة فيه من ناحية اخرى
بل هو قوامها ، والعدل في جميع صورته ، ينهض — في الاصل على
اصول خلقية ، ولذا رأينا الاسلام يحفل بالعدل احتفالا لا تجد غيره
مثله فيه ، ان جعله الاسلام احدى الغايتين اللتين انزلت الشريعة
من اجلهما وهما :

الهداية — والعدل ، وهذا منطقي ومعقول ، ان لا يستقيم
امر الدولة — فضلا عن احوال العالم كله — في تدبيرها السياسي داخلا
الا بالعدل ، وقديما قيل " العدل اساس الملك " ونقصد بالهداية
التوجيهات الى المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية والعسكرية
، فضلا عن الهداية الدينية في العقيدة والعبادة والخلق .
هذا ، ولا معنى لما يسمى بالديمقراطية الا اذا قامت على اساس
العدل والمساواة ، في جميع النواحي ، السياسية والاجتماعية
والاقتصادية ولا تتوثق العرى بين الحاكم والمحكوم الا بالعدل .
وكذلك في الميدان الدولي ، المساواة بين الشعوب ، واحترام
حقوقها ومن هنا ازال الاسلام الفوارق العارضة بين البشر ، وقضى
بتشريعه على العنصرية والاستعمار السياسي والاقتصادي ، وأوجب
التعاون او التكافل الانساني العام ، وأقام العلاقات الدولية على

اساس من التكافؤ والعدل ، وحرم الاحتيال والغش ، والغدر
والخيانة والكذب ، وواجب الاخلاص والوفاء فيما يبرم من مساعدات
ومواثيق ، فكانت هذه الاصول هي روح الحضارة الانسانية الحققة .
الفكر السياسي الغربي قد فصل السياسة عن الدين والخلق

فصلا تاما ، واطلق على دولته وصف " العلمانية " .

ان النظم الديمقراطية الغربية ليست في جوهرها الا تعبيراً
عن تلك السياسة ، ومعلوم ان الديمقراطية فردية النزعة ، عنصرية
الاتجاه .

أما أنها فردية النزعة ، فلأن هدفها الاسي هو " الفرد " و
تغليب مصالحه على مصلحة المجتمع وان كان كثير من التعديلات قد
طرأت على هذا الاصل في القرن العشرين .
وأما أنها عنصرية الاتجاه ، فلأنها هي بعينها الديمقراطية
التي مارست الاستعمار السياسي والاقتصادي بصورة المختلفة ، منذ
القرن الخامس عشر حتى القرن العشرين ، وقد كانت لانكلترا مثلاً
وزارة خاصة يطلق عليها وزارة المستعمرات .
هذا ، وتقوم السياسة على اصول نلخصها فيما يلي :
أ- فصل السياسة عن الخلق والدين ، واقامتها على اصول
خاصة بها .

وقوام هذه الاصول الخاصة ، كما تبدت في تدبيرهم السياسي
في البلاد المستعمرة ، من مثل سورية ومصر والعراق والجزائر و
فلسطين . والهند ، وليبيا وغيرها اعمال مبدأ التفوق المنصري

، وعدم احترام حق الشعوب ، واتخاذ القوة والبطش وسيلة لاكواه
الشعوب المستعمرة على قبوله حكمها ، والدسائس والمؤامرات
والمكر ، واشغال الفن ، سبيلا لتثبيت دعائم الاستعمار ، عملا
بمبدأ " فرق تسد " والتاريخ حافل بالوقائع التي تؤيد هذا النظر .
ولا يمتروا أحد أن هذه الاصول في السياسة الاستعمارية جد
مشابهة لاصل سياسة ميكيا فيلي ، لما بينا من ان قوام سياسته ، قوة
الاسد ، ومكر الثعلب ، وضرورة الجمع بينهما ، وأن غاية الحاكم
الوصول الى الحكم ، ثم المحافظة عليه بعمد الوصول بشتى الوسائل
ايا كانت طبيعتها ، وان اخلاص الحاكم للمحكوم في تدبير أمره
يعتبر ضربا من الحمق فانا كان هذا أصلا في سياسته بالنسبة للحاكم
في شعبه ، ففي حكم الشعوب الاخرى يكون أصلا من باب أولى ، وهذا
لا يعد وان يكون عملا بمبدأ " الغاية تبرر الوسطة " وهو من صميم
السياسة الميكيا فيلية ، وان لم يجهروا به قولا ، فالاستعمار كان همه
دون ريب - ابقاء السيطرة الاستعمارية بكل وسيلة تحقق له هذا
المطلب ، دون نظر الى قواعد الخلق ، أو تعاليم الدين المسيحي
، أو حتى ما تعارف عليه الناس من فضائل ، وهذا يؤك مبدأ "
السياسة أولا" دون نظر الى أى مبدأ آخر من دين او خلق ، أو الخير
الانساني العام

ومما يؤك ان اصول الفكر السياسي الاستعماري قد انحدرت
من فلسفة ميكيا فيلي ، أن الاستعمار او التوسع العدواني - في نظر
ميكيا فيلي - ظاهرة ينبغي أن تبقى في المحيط الدولي ، ان تفرض
ضرورة قيام هذه الظاهرة واستمرارها ، حيوية الامة القوية وسلامتها
فكانت - لذلك - نتيجة طبيعية عادلية ومستمرة في نظريتهم .

وأيضاً ، المنطق الاستعماري في السياسة الغربية ينتهي فسي
تحليله فلسفياً الى مبدأ " مصلحة الاقوى " أو " الحق للقوة " وهو
مفهوم (العدل) في السياسة الميكيفيلية ، بلامراء ، لما علمت
من أن (العدل) ليس شيئاً سوى مصلحة الاقوى في تلك السياسة .
هذا ، ولاشك ان الاستعمار انما كان يتم بالفتح والقوة الباطشة
ثم ارغام المستعمرات على قبوله ، كرها ، وهذا مما لا يفتقر الى دليل
، وليست " الثورات " والجهاد المتواصل الذي تولت كبره البلاد
المستعمرة من مثل الجزائر وفلسطين وسورية وغيرها الا نتيجة لذلك
الاكراه أو التسلط ، وهذا في جوهره ليس الا تطبيقاً لمبدأ ميكيفيلي
في كتابه " الامير " الذي يقضي بأن على الامير ان يحمل الناس قسراً
على كل نظام يفرضه ، وقد تأثر (هوبز) الفيلسوف الانكليزي بهذه
الفلسفة ايضاً حيث اكد على مبدأ الاستبداد ، واعتبر " العملاق "
وما يصدره من قوانين ، هو العدل ، ولا يملك احد ^(١) أن يناقش
تلك القوانين او يفسرها ، فضلاً عن أنه يفترض أن المحكومين قد تنازلوا
عن حقهم في الحكم على الاشياء بالخير والشر ، أو الحق والباطل ، فهم
أشبه بجمادات لا رأى لهم ، ولا ارادة ، وظاهرة الاستعمار التي عمت
البلاد العربية والاسلامية ، لم تكن في جوهرها الا تطبيقاً لمبادئ
تلك السياسة التي انحدرت اليها من الفكر الفلسفي لدى كيكيفيلي
وهوبز وستيوارت ميل وغيرهم .

(١) اساطين الفكر السياسي : ص ١٨ وما يليها - للدكتور شحاته
انظر ما يوحى وصف العملاق من معنى القومية بالنسبة للمحكومين
كأن الدولة رعيا ياتها اقزام ورئيسها عملاق ، وهذا يشبه القصة
- الخيالية الانكليزية المعروفة بعنوان (جليفر ترافلز) :

ى - مبدأ الاستعلاء العنصرى ، حق للجنس الابيض والعمل بهذا المبدأ لا يزال ساريا في كثير من بقاع العالم ولا سيما في آسيا وافريقيا ، بل وفي أعظم الدول حضارة ، حتى يومنا هذا ، ولا يعدو أن يكون العمل به تطبيقا للمبدأ القديم بروما سادة ، وما حولها عبيد " ح - اتخذت النظام النيابي أسلوبا للحكم ، كما رأيت وبمبدأ الفصل بين السلطات الثلاث : التشريعية والتنفيذية ، والقضائية ، درعاً للاستبداد والتحكم من قبل احداها على الأخرى .

د - جعلت من مبدأ " الحريات العامة " بمفهومها الفردى التقليدى المطلق الذى لا يتقيد الا بالنظام العام والاداب ، ضمانا لتنفيذ سلطة الحاكم ، وقدمتها على مقتضيات الصالح العام ، وقصدت كانت هذه الحريات ابان الثورة الفرنسية انما تعني مجرد الافلات من استبداد الحاكم ، وفي مقدمة هذه الحريات ، الحقوق السياسية ولم تتعرض الى تقرير الحقوق الاجتماعية والاقتصادية للفرد ، الا فسي هذا القرن العشرين .

والحقوق السياسية تشمل حق الانتخاب والترشيح ، وحق التمثيل النيابي ، وحق تولي الوظائف العامة .

هـ - الحرية الاقتصادية ، وهي فرع عن النزعة الفردية المتطرفة .

ومن هنا ، أبيع الاحتكار ، والاستغلال ، واعتبرت الارادة

الانسانية وسلطانها هي أساس العقد السياسي ، والاقتصادى ،

وضعت قاعدة : " العقد شريعة المتعاقدين " بقطع النظر عما يحيط به من ظروف قد تجعل احد المتعاقدين مذعنا لا راضيا حقا بحكم وضعه الاقتصادى الضعيف مما يخل بالتوازن في مضمون العقد اقتصاديا ، وبنواستغلال ظاهر ، كما أباحت الربا وغيره من صور الاستغلال عبل

وأغرت الفرد بذلك ، ودفعته الى تأثيل الشرطات عن هذا الطريق تحت اسم سلطان الارادة المعقدية ، أو الحرية الاقتصادية ، كما هو معلوم ، وهو في جوهره استغلال للأزمات ، أو للظروف الملائمة القائمة أو الطارئة ، أو للتفاوت الفاحش من حيث القوة الاقتصادية بين المتعاقدين ، وبعبارة أخرى قامت على " الانانية " والشره المادى ، نتيجة للفردية المطلقة ، وبإباحتها الربا والاحتكار والاستغلال وارسائها لمبدأ سلطان الارادة المطلق ، نشأت قوة مالية واقتصادية في يد طبقة كانت ذات أثر فعال على أداة الحكم تسيره وفق مصالحها الخاصة ، مما أثر بالتالي على الحقوق السياسية والحريات العامة ، فجعلها شكلية جوفاء ، أو مجرد وسائل لا تقضي الى غاياتها المقصودة منها ، ومن هنا كان الاستبداد والتسلط ، بفقدان ما أنيط بالحريات العامة من كفالة تقييد السلطة بعنصر افرانها من معناها الحق ، حتى غدت حريات صورية .

و - الديمقراطية السياسية الغربية نظام تقريرى لا تقويى بمعنى أنه يملك الجمهور ويأخذ الناس على علاتهم أو على ما هم عليه ، ويعاملهم على هذا الاساس ، باسم الحرية .

ولو رحنا نبحث في تاريخ الفكر السياسى الغربى لمجرد المقارنة النظرية بين أصول بعض نظرياته وبين ما أستقر فى الاسلام من مبادئ ، لالفينا عجبا .

فلو أخذنا - على سبيل المثال - فلسفة " سبنسر " السياسية لالفينا يوشم نظريته السياسية على نظرية " تنازع البقاء " أو " البقاء " أو للاصلح " كما ذكرنا وتفرع عن هذا ، ان الدولة - فسي

نظر سينسسر - ليست ملزمة بتقديم اى مساعدة للفقراء ، او بذل اى معونة للمحتاجين ، بل يرى - ان على المجتمع ان يبيد أو يستأصل تلك العناصر التي تقع صريحة التنازع على البقاء ، والمطالعة العابرة لمثل هذه الآراء توحى بتجردها عن النزعة الانسانية جملة دون ريب .

هذا ، وقد تبنت الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ هذا النظام . .
الديمقراطي القائم على الفردية ، والمبدأ الحرفي للاقتصاد ، أو ما يسمى بالنظام الليبرالي ، واعتمدت القانون الطبيعي المبهم الذى كان ظهره سرا للنزعة الفردية دستورا لقوانينها .

مقارنة اصول الفكر السياسي الغربي بقواعد التشريع السياسي الاسلامي :

مع النقد والتوجيه :

١- يتجه على الفكر السياسي الغربي ، ان الاخلاق " تترد من حيث منشؤها الى البصيرة الفطرية في الانسان ، لقوله سبحانه لا يسل الانسان على نفسه بصيرة " ولن تغنيه المعادير " ولو القى معاذيره " في الانحراف عنها او طراحتها ، والبصيرة قوة ذاتية فطرية مركوزة في الانسان تقدره على التمييز بين الخير والشر ، والنفع والضرر والفجور والتقوى ولعل في هذا تفسيراً لقوله - صلى الله عليه وسلم - " الحلال بين ، والحرام بين " ولقوله تعالى " فآلهمها فجورها وتقواها " .
هذا ، وقد أشار الرسول - صلى الله عليه وسلم - الى ان هذه البصائر " الفردية الفطرية الذاتية ، يتكون من مجموعها " وجدان عام لدى المؤمن ذوقه في الشرع معتبرة في الحكم على الاشياء ، وفي التمييز بينهما بقوله - صلى الله عليه وسلم - " لا تجتمع امتي

على ضلالة " وبالاثر " مارآه المسلمون حسنا ، فهو عند الله حسن " فتجريد السياسة عن الخلق اذ ان ، مما ينافي اصول الاسلام من حيث انه اقام العلاقة - وطيدة محكمة - بين تشريعه السياسي ، وبين فطرة التكوين الانساني ،

وتأسيسا على هذا ، فكل اتجاه عملي ، او تشريع سياسي ينافي مقتضى الفطرة الانسانية ، مكتوب له الفشل ، ان لم يكن سببا في استسراء الفساد والظلم والانحلال .

ولا يقال ان الاخلاق منشؤها المجتمع والاعراف ، ومن ثم تتطور بتطورها ، لان هذا يقضي على اصلتها وثباتها بحكم منشئها الفطري ، وايضا التشريع الاسلامي ليس محكوما بالاعراف ، بل هو حاكم عليها ، يقر منها ما تجيزه معاييرها ، ويتفق مع اغراضه . وعلى هذا ، فالاخلاق في الاسلام ثابتة ، بامور ثلاثة :
اولها - بحكم تكوين البصيرة فطرة .

الثاني - بالتشريع الامر القاطع الذي جاء استجابة لتلك الفطرة .
الثالث - بالعقيدة ضمانا لاصلتها . ورسوخها ، وعدم انحرافها او تبدلها ، ولا نعلم مهيمنا على الهوى كالاعتقاد الحق وبذلك اوضحت العقيدة نفسها ميزانا للاخلاق ، بما هي^(١) اطارها الذي لا تتعداه . وتأسيسا على هذا ، كانت السياسة التي تدور في فلك العلمانية المجردة انحرافا عن اصل الفطرة الانسانية ، ومضادة

(١) أي لكون العقيدة اطار للاخلاق

لها قطعا ، وهذا فارق عميق يفصل ما بين التشريع السياسي الاسلامي ، وغيره من السياسات العلمانية .

وأياها ، نجم عن أصل فطرية الاخلاق ، مسئولية الالتزام بها ذاتيا ، فضلا عن النصوص التشريعية الآمرة ، ومن هنا كانت " الحرية المسئولة " التي صورها القرآن الكريم ، بأن تغيير القوم ما بهم ، على نحو يتفق ومقتضى أصول الاخلاق الراسخة في بصائرهم ، أو يخالف عن مقتضاها ، سبب في تكييف مصيرهم ، خيرا أو شرا ، مصداقا لقوله تعالى : " ان الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم " أي من تغيير الدوافع الى العمل بأحسان الاخلاق او نقائصها عذرا والمصير الى نقائص الاخلاق ، هو في واقع الامر تغليب للقوة التدميرية الرابضة في اعماق نفسه الانسانية ، وهي الالهواء والغرائز والميسول لانهايار العامل الخلقى الذي ينهض حيوية الضمير ، وحكمة العقل ولهذا اثره البالغ في حياة البشر ، ولا سيما اذا تعلق بتدبير سياسي ، وعلى الصعيد الدولي ، كما يجر الى الاستهانة بالقيم العليا ثم الى الانحلال والاستهتار ، في الميدان الاجتماعي ، وينتهي الى التقاتل على " المادة " والتهالك على " الجنس " لانعدام المسئولية في الحرية ، وهيمنة الخلق عليها ، وهو ما تعاني منه أمم كثيرة فمن بقاع العالم في عصرنا هذا ، فتجريد السياسة عن الخلق ، تصبح معه السياسة قوة هدامة لهدمها قوة الخلق في الفرد والمجتمع وتقويضها لاصل الالتزام والمسئولية في الحرية .

فتخلص أن الدين والاخلاق ضرورة حيوية في النشاط الانساني ولا سيما في التدبير السياسي .

أما الدين ، فلانه ميزان الخلق ، وضمان ثباته واساس الالتزام به ، ومنشأ المسئولية في الحرية .

وأما الخلق ، فلانه معتصم الانسان مما يربض في اعماق نفسه من قوة تدميرية تتمثل في أهوائه وغرائزه ، فتأتي على حيوية الضمير وشفاء الوجدان ، وحكمة العقل ، بعدم التوجيه العقدي والخلقي ثم يكون الانحلال والتكالب على الجنس والمادة ، آخر الامر كما اسلفنا فللدولة التي تفصل السياسة عن الدين والخلق ، تغدو وغير متحضرة انسانيا ، وان كانت متقدمة ماديا .

٢- ويتجه عليهم في تبريرهم للاستعمار ، والتوسع العدواني من زعمهم بأنه ظاهرة عادية مستمرة تنشأ نتيجة لازمة لحيوية الدول المستعمرة وسلامتها ، وفرط قوتها ، يتجه عليهم في هذا أن " الضعف " او محدودية أسباب القوة ، المادية والمعنوية لدى بعض الشعوب ، يضلح علة في استباحة الحرمات ، وانتهاج الخيرات ، وإزهاق الارواح ، وهضم حق الشعوب وتجهيلها ، للاستعلاء في الارض بغير الحق ، عنصريا بل " الضعف " داعية الى " العمون " والبذل والانقاذ ، والانصاف تلافيا لاسبابه ، رحمة ، وانتصافا وتكافلا انسانيا ، وهو ما جاء به الاسلام على ما بينا .

وهذا كان " الاستعمار " في حقيقة أمره ، وطبيعة أثره مناقضا للعدل الدولي ، وقانون الرحمة ، بوجه خاص ، والمصلحة الانسانية العليا ، آخر الامر ، تلك الاصول التي قررها الاسلام بصورة قاطعة في تشريعه السياسي .

أما أن الاستعمار مناف للعدل الدولي ، فإنه محض يخي وعدوان واستلاب ، وتحكم وهو محرم شرعا بالنص (١) .

وأما كون الاستعمار منافيا للمصلحة الانسانية العليا ، فلأنها تتمثل في " العدل " الدولي " وتقرير حقوق الشعوب في الأرض والتعاون المشمر بينها في دائرة البر .

ومعلوم ان ظاهرة الاستعمار بجميع صوره ، قوامها تحكم القوى في الضعيف ، أرضا وثروة ، وفكرا ، ومعتقدا ، وحياة ، ومصيرا ، تحقيقا لمصلحة الأقوى ماديا ، كما بينا ، وهذا مناف بداهة للعدل الدولي رأسا ، لانه شريعة الغاب ، وهو من ابرز اسباب الاضطراب العالمي والعدل الدولي مصلحة انسانية ، عليا ، بلا ريب .

وأیضا ، لا تلازم بين الحق والقوة حتى يكون الحق تابعا لها فقد يكون الحق للضعيف وهذا هو الواقع في السياسة الدولية غالبا في عصرنا هذا ، بل عبر العصور غالبا ، ومن هنا ، أدرك الاسلام هذا الوضع البشري الظالم ، فكان من أولى مهماته تغييره بمبدأ

(١) قال تعالى : " ولا تعتدوا ، ان الله لا يحب المعتدين " لقوله

تعالى : (يا ايها الذين امنوا اذا ضربتم في الارض فتبينوا ، ولا تقولوا لمن القى اليكم السلام لست مؤمنا ، تبتغون عرض الحياة الدنيا ، فعند الله مغانم كثيرة " .

وثمة آيات كثيرة واحاديث صحيحة تنهي عن العدوان والبغي وتوجب اقامة العدل الشامل المطلق بين البشر والمساواة بين

الشعوب والتعاون على البرملى الصعيد الدولي ، كما ذكرنا " وتعاونوا على البر والتقوى " بما طلاق ، باستثناء المحارم من ومن يظا هرهم .

آخر بد يلا عنه ، يرمى الى اقرار الحق في الارض عدلا ، وانتزاعه من غاصبه القوى ، لغاية أساسية من غايات السياسة الخارجية للدولة في الاسلام ، أفصح عنها الخليفة الاول أبو بكر الصديق - رضي الله عنه - يؤخذ بروعتها ، كل منصف ، بل كل عاقل ، ان يقول :

" والقوى فيكم ضعيف ، عندى حتى آخذ الحق منه ، والضعيف فيكم قوى عندى ، حتى آخذ الحق له " .

مبدأ سياسي عام خالد ، ورائع حقا ، جاء لينقض المبدأ الاستمارى المعروف : " الحق للقوى " او مصلحة الاقوى ، كما ترى بليق قرآن " الحق للعدل " ولذا شرع الاسلام وجوب اعداد القوة المرهبة للعدو حماية لهذا المبدأ ، وتنفيذا عمليا لمقتضاه ، ان لا بد للحق من قوة تحميه وتضمن تنفيذه ، ولذا اوجب الجهاد ، والتضحيات الجسام بالاموال والانفس في هذا السبيل واعتبر صحيحا خالصا لله تعالى ، وابتغاء مرضاته ، دون أى غرض نغمي مادي او توسيع عدواني ، فكانت الحرب - في الاسلام - ضرورة لمثل هذه الاغراض هذا ، ومبدأ " الحق للاقوى " يستهدف تغليب مصلحة هذا الاقوى مادي استعلاء بالعنصر أو كما يعبر القرآن الكريم ، " ان تكون امة هي اربى من امة " بغير حق ، وقد هدم الاسلام هذا الغرض في كثير من آياته ، من مثل قوله تعالى : (ولا تكونوا كالتي نقضت غزلها من بعد قوة انكاثا ، تتخذون ايمانكم دخلا بينكم ، ان تكون امة هي اربى من امة " ولقوله تعالى : (تلك الدار الاخرة نجعلها للذين لا يريدون علوا في الارض ولا فسادا) فظهر جليا ، ان الاستعمار

ظاهرة من " الظلم " والطغيان والفساد في الارض ،نشأت عن الهوى والعصبية ، والانانية والشره المادى ، وتزعة الاستعلاء بالعنصرية وهي من مظاهر الضعف في القيم ، والخلق ، والافتقار الى الهداية الالهية ، ولذا ، جاء الاسلام لينقضها من القواعد ، لان " الظلم العالمي " منافع للمصلحة الانسانية العليا ، بلا مراة

ولعل نزعة الاستعلاء بالعنصر ، أو الانانية ، هي التي حملت فلاسفة السياسة العلمانية الى تجريد ها من الخلق والدين ، لانهما لا يلتقيان مع أغراضهم المدوانية التي ما فتثوا يشعلون نار الحرب المدمرة من أجل تحقيقها ، طغيانا وظلما ، حتى يومنا هذا ، قال تعالى في تصوير هذا الوضع : " الذين آمنوا يقاتلون في سبيل الله والذين كفروا يقاتلون في سبيل الطاغوت ، فكلوا أولياء الشيطان ، ان كيد الشيطان كان ضعيفا " .

وأما كون " الاستعمار " مناقضا لقانون الرحمة الانسانية ، فظاهر من قبل أن استلاب المستضعف المقهور حقوقه هو زيادته هلاكا الى هلاكه ، وكذا تجهيله ، لانه يصبح عالة على المجتمع الدولي ، اوعضوا أهمل ، وليس هذا من مهمة رسالة الاصلاح في الارض ، ولا " التعاون " المشر بين الشعوب في دائرة البر والخير المشترك ، بل هو شر مستطير ، وفساد عريض . ومن هنا جاءت تعاليم الاسلام على النقيض ، لقوله تعالى : " ونريد أن نمن على الذين استضعفوا في الارض

ونجعلهم أممًا وارثين " بل الرحمة هي الغاية الاساسية التي استهدفها الاسلام من أنزال شريعته ، لقوله تعالى : (وما أرسلناك الا رحمة

للعالمين " ولقوله - صلى الله عليه وسلم - " لا تنزع الرحمة إلا من شقي " لقوله عليه السلام : " ارحموا من في الارض يرحمكم من في السماء " وكيف يتفق هذا مع واقع نظرية سبنسر ، وضع آقى الدولة ليس من مهماتها ان تعين الفقراء او المحتاجين حتى من ابناءها ، فضلا عن ابناء غيرها من البشر ، وان على المجتمع استئصال وابادة الاضعف وهذه نزعة غير انسانية بلا ريب تبرأ منها الاسلام ، ألا ترى انه جعل " الزكاة " ركنا أساسيا في الدين ، مصدرا ماليا دائما لتمويل مصارفها المتعددة ، تكافلا ملزما بين القادرين والضعفاء ، وغير ذلك من الموارد المالية ؟

٣- ويتجه على هذه السياسة ايضا ، في نهابها الى أن الدولة ليست من مهمتها " الاصلاح " بل عليها أن تأخذ المجتمع كما هو وتعامله على هذا الاسباس ، بان تعتمد الى رصد الظواهر الاجتماعية وبناء الاحكام او التشريعات على اساسها ، كما يقول العميد دوجي وهذا مبدأ تقريرى لا تقويى ، وهو خلاف مهمة رسالة الاسلام التي قوامها أمران :
الصلاح والاصلاح

وقد رأيت أن فقهاء السياسة من المسلمين ، قد بينوا مهمة الدولة ، بقولهم : " حمل الناس على مقتضى الفطرى الشرعى " وقولهم " خلافة النبوة في سياسة الدنيا ، وحراسة الدين " والحمل هو الالتزام بالاصلاح جبرا ، وكذلك النهاية عن النبوة ، انما كانت " في مهمة الاصلاح " البشرى ولو كانت لا بقائها على ما هم عليه من الشر والفساد والباطل والظلم ، لما كان ثمة من حاجة ولا معنى لا تسزأل

الشرائع وارسال الرسل أصلاً .

وقد أكد القرآن الكريم ، ان مهمته هي الاصلاح العالمي ، وذلك باخراج الناس من الظلمات الى النور ، وجرى هذا المعنى على السنة الرسل وحكاه القرآن الكريم : " ان اريد الاصلاح ما استطعت وما توفيقي الا بالله " وبقوله تعالى : " اخلفني في قومي ، واصلح ولا تتبع سبيل المفسدين " وقوله تعالى : " والله يعلم المفسد من المصلح " وليس العمل الصالح الا نتيجة لذلك .

هكذا ، وقد كان من واقع السياسة الاجنبية عملاً ما يفيد ان مهمة تلك السياسة ، القاء بذور الشقاق بين الشعوب ، تمكينها من السيطرة عليها ، والتحكم فيها ومودى ذلك المبدأ " فارق تسد " وهو اساس السياسة وهو من صميم مبادئ السياسة الميكافيلية ، في بعض الدول المعاصرة والله تعالى يقول : " لاخير في كثير من نجواهم ، الا من امر بصدقة ، او معروف او اصلاح بين الناس " وقوله تعالى : " واصلح ولا تتبع سبيل المفسدين " والنص مطلق يشمل الناس كافة لا المسلمين خاصة .

ومن اخص مهمات السياسة الاسلامية ، التعاون الانساني العام على البر والتقوى ، لا التعاون على الاثم والعدوان ، والامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وقد وصف القرآن الكريم تلك المهام في قوله سبحانه : (الذين ان مكناهم في الارض اقاموا الصلاة ، وآتوا الزكاة ، وامروا بالمعروف ونهوا عن المنكر) كما وصف الدولة الاستعمارية المفسدة بما يصدر عن رؤسائها الذين يمثلونها بقوله تعالى : (واذا تولى ، سعى في الارض ، ليفسد فيها ، ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد)

وإذا قيل له اتق الله ، أخذته العزة بالإثم ، فحسبه جهنم وبئس
المهاد) .

كما حذر القرآن الكريم من افساد ذات البين في مجتمع الدولة
الواحدة ، ومن باب أولى بين الدول ، بقوله تعالى : " واتقوا
الله ، واصلحوا ذات بينكم " .

هذا ، والتفرق والانشقاق ، وافساد ذات البين في مجتمع
الدولة الواحدة ، ومن باب أولى بين الدول ، بقوله تعالى : " واتقوا
الله ، واصلحوا ذات بينكم "

هذا ، والتفرق والانشقاق ، وافساد ذات البين ، اطلق عليها
الاسلام " الحالقة " التي تحلق الدين ، وتعصف بالمبادئ والمثل
، ويعمود الناس فوضى مضاعين وقد حذر الاسلام بوجه خاص ، من
اشغال نار الفتنة ، بقوله تعالى : " واتقوا فتنة لا تصيبن الذين
ظلموا منكم خاصة "

هذا ، وقد رتب القرآن الكريم جزاءات دينية واخرية على
احداث الشر والافساد في الارض ، بقوله تعالى : " ظهر الفساد
في البر والبحر ، بما كسبت ايدي الناس ، ليديقهم بغض السدى
عملوا ، لعلمهم يرجعون " .

٤- ويتجه عليهم فيما ذهبوا اليه من مبدأ اكرام الحاكم الشعب
على مبدأ يعتقدوه ، أن (العقيدة) ولو سياسية عنصر نفسي
لا سبيل الى تأسيسها بالقوة المادية ، فضلا عن أنها لا تؤتي ثمارها
عن هذه الطريق اى دون اقتناع ذاتي .

وايضا ، (الاكرام) الغاء للشخصية ، ومحو للارادة الانسانية

وهو ما لا يقره الاسلام بحال ، حتى في العقيدة الدينية التي هي القضية الاولى ، لقوله تعالى : " ولو شاء ربك لآمن من في الارض كلهم جميعا أفأنت تكفر بالذين آمنوا وفضلناهم على من كفر من قبلهم لعلهم يحذرون " ولقوله تعالى " لا اكراه في الدين ، قد تبين الرشد من الغي " كما اشرنا

٥- ويتجه عليهم في التمييز العنصرى ، بأنه ظلم وفساد كبير فضلا عن أنه افشأ على أصل فطرة التكوين الانساني ، فكل تصرف على اساس هذا التمييز ، مناف لمقتضى العدل ، والمساواة ، فضلا عن الفطرة ، كما أسلفنا .

٦- ويتجه عليهم في فكرة " العملاق " التي قررها تاريخ الفكر السياسي الغربي أنه الاستبداد والظلميان بعينه ، وان تشريعهم الذي يصدر عن ارادته الفردية ، مظهر لهذا الاستبداد ، بدليل ان ليس للناس مناقشة ، ونحن نعلم ، ان الاسلام حارب " الظلميان " ايما محاربة ، وجسده في شخص " فرعون " ولهذا كان التشريع لله ورسوله ، وان الدولة مقيدة به ، وان تفسيره وتطبيقه مقيد بالشورى ايضا ، ولكن من اهله ، والمتخصصين فيه ، وهذه هي الشورى السياسية والتشريعية في الدولة . وان رئيس الدولة مسئول .

فتلخص ان الاسلام يحرم الحرب للاستعمار ، او الاستعمار العنصرى والجنوح الى استضعاف الشعوب في سبيل ذلك ، كما يهدم مبسداً " الحق للاقوى " لانه ظاهرة من الظلم والفساد والشر ، ويوجب الاصلاح بالتشريع الملزم ، وسلطة الدولة واقامة العدل العام والمساواة بين شعوب الارض ، فلا تفاضل بينهم بسبب أمر عارض يحكم ظروف البيئة ، كاللون ، واللغة ، بل بالعمل الصالح ، وكفل حرية

الاعتقاد والتدين ، وأرسى مبدأ " الحق للعدل " وأوجب الشورى
منعاً للتفرد بالحكم ، أو الاستبداد ، بالرأى وحارب " الظفیان " تحقيقاً
لتحقيقاً للمصلحة الإنسانية العليا ، كما أرسى مبدأ التعاون المشور
على الصعيد الدولي ، تحقيقاً للخير والانساني العام ، وتوثيقاً
للتواصل الحضاري ، واقام العلاقة الوثقى بين السياسة والخلق
والدين وأوجب الجهاد والتضحيات الجسام ، بالاموال والانفس ، في
فريضة ماضية الى يوم القيامة ، للكرام على اعتناق الدين ، بل اعلاء
لكلمة الله في الارض ، وتحقيقاً لتلك القيم الخالدة وحمايتها ، جمعاً
بين الحق ، والعدل ، والقوة ، بجميع معانيها ، مادة ومعنى .
ثامناً - الحقوق الفردية والحريات العامة في التشريع الاسلامي

منشأ الحقوق الفردية ، والحريات العامة هو هذا التشريع
نفسه ، من واقع احكامه ، نصاً أو دلالة ، وهذا اياً لاجماع .
ومعنى هذا ، أن مصادر التشريع هي مصادر الحقوق والحريات
وليس ذات الانسان وهو ما قرره الامام الشاطبي بقوله : " واما حق
العبد ، فراجع الى الله ، من جهة حق الله فيه ، ومن جهة أنه
كان لله الا يجعل للعبد حقاً أصلاً " .

ولعل خطبة الوداع اعظم وثيقة اشتملت على تقرير حقوق الانسان .
فالتشريع الاسلامي اذن هو اساس الحق او الحرية ، يقرره بحكم
ومعلوم أن الحكم الشرعي اصولياً ، هو خطاب الله تعالى المتعلق
بأفعال " المكلفين " فالانسان - في شرع الله - هو انسان التكليف
والمسئولية قبل أن يكون صاحب الحق أو الحرية .

أما أنه مكلف ، فلأن الحكم الشرعي يوجب تكليفا ، سلبا أو ايجابا حتى الحرية أو الإباحة تتضمن تكليفا ، ٧ من حيث أصل خيرة المكلف في الفعل أو الترك ، بل من حيث التصرف بمقتضاها ، إذ يوجب الشارع إلا يكون مطلقا ، بل حسبما بين الشارع ورسم (٧) وهذا تكليف على أن لهي أصل الخيرة ضريا من التكليف أيضا إذ ينبغي أن تكون الخيرة على وجه لا يلزم عنه ضرر بالغير راجح ، ولا سيما المجتمع ، وإلا كان لولي الأمر تقييد المباح ، ايجابا أو سلبا ، تقييدا موقوتا ، حتى تزول الظروف التي استدعت ذلك التقييد ، كما أسلفنا ومقتضى هذا التكليف بالوجوب أو المنع وأما أنه مسئول ، فلان من المقرر عقلا وشرعا ، أن لا تكليف بلا مسئولية .

على أن مسئولية الإنسان عن تصرفه في جميع وجوه نشاطه الحيوي مقررة بنصوص قاطعة ، من مثل قوله تعالى : " وإن تسدع مثقلة إلى حملها ، لا يحمل منه شيء " ، ولو كان ذا قرين " وقوله تعالى " كل امرئ بما كسب رهين " وقوله تعالى في مسئولية الرسل المرسلين " فمنسألن الذين أرسل اليهم ولنسألنهم " وقوله تعالى : " ولا تزروا زرة وزر أخرى " وإن ليس للإنسان إلا ما سعى وإن سعيه سوف يرى ثم يجزئه الجزاء الأوفى وقوله تعالى : لها ما كسبت

(١) راجع كتابنا الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده : ص ٦٩ وما يليها

(٢) يقصد بالتكليف السلبي ، التحريم والكراهة التحريمية وما ايجابي الفرض والواجب .

وعليها ما اكتسبت" وقوله صلى الله عليه وسلم " كلكم راع وكلكم مسؤول
عن رعيته . . الحديث " .

وغير ذلك من الآيات والاحاديث الشريفة .

وأىضا ، اذا كان التكليف هو توجيه الخطاب الى البالغ العاقل
بواجب بطلب اليه اداؤه الزاما ، سلبا أو ايجابا ، فان هذا الواجب
لا بد أن يقابله حق ينشيء سلطة تمكن المكلف من الاداء ولا تعذر
النهوض بالتكليف ، انه لا واجب بلا حق ، فالتكليف اذا اديت
كانت حقوقا للغير ، فتقرير الحقوق ان كان عن طريق التكليف كما ترى
غير ان التشريع الاسلامي - فيما يبدو - قد أولى عنايته اداء
الواجبات قبل تقريره منح الحقوق ، والحريات ، اهتماما بشأن الواجب
والتكليف ، ناهبا منه الى أن في النهوض بهذه الواجبات على وجهها
الاكمل ، ضمانا كافيا لصيانة الحقوق ، والحريات نفسها ، ان ينفسي
عليها او تهدر ، أو يساء استعمالها .

فضمان الحقوق والحريات العامة - كما ترى - منشوء التشريع
نفسه ، بما فرض من تكاليف ، وليس من تقييد سلطة الحكم بها أى بأمر
خارج عن هذا التكليف ، على ما ذهب اليه فلاسفة الفقه الوضعي ، لان
ابتداعهم لنظرية الحقوق الفردية وما تخيله الفقهاء والفلاسفة من أصل
نشأتها وطبيعتها ، واطلاق التصرف فيها ، كمبررات لتقييد سلطة
الحكم ، اتما كان مرده " الحكم المطلق " وهذا يتصور في غير التشريع
الاسلامي لسبب بسيط ، هو أن سلطة التشريع في الاسلام لله ورسوله
لا للحاكم ، فسلطته ان مقيدة بلا شرع نفسه ابتداء .

هذا فضلا عن " العقيدة " ضمانا للحريات والحقوق ، وسيان ذلك

، ان الحقوق الفردية ، والحريات العامة ، اذا كان منشؤها التشريعي
الالهي نفسه اعتقاداً ، وكانت ممارستها او التصرف فيها على النحو
الذي رسم هذا التشريع ، امثالاً لله تعالى ، ولها علة في التكليف
ووفاء بالمسئولية ، لزم عن ذلك أن يكون كل حق وحرية مظهراً لهذه
العقيدة نفسها ، لا أثراً لمطلق الغريزة والهوى ، وهذا يؤيد
بالحرية الى أن تكون ممارستها عبادة وخلقاً ، تتمثل في أداء امانة
التكليف ، ابتغاء مرضاة الله سبحانه ، قبل ان تكون سياسة وتدبيراً
او تصرفاً سياسياً .

ومن هنا ، كانت الحرية العامة ، أو الحق الفردي ممارسة
ناشئة عن اعتقاد ثبوتها ، بالتكليف والمسئولية شرعاً ، فكان هذا
الاعتقاد هو منطلق ممارستها ، عملاً في المجتمع لا دافع الغريزة
والهوى ، أو الاثرة والانانية ، ولا تبعية التقليد .
وتأسيساً على هذا ، لا يمكن تصور الانسان حراً ، بالمفهوم
الاسلامي ، الا منذ أن أصبح يعتقد أنه مكلف ومسئول لافي أصل
جبلته ، لان هذا الاعتقاد بثبوت الحق والحرية ، بالتكليف ، هو
منطلق ممارستها عملاً ، كما اشرنا ، وقبل ذلك ، كان تحكيم الغريزة
والهوى والاثرة ، او التقليد والمحاكاة ، وفي الاولى عبودية لا حرية
فيها ، وكذلك في الثانية ، لما فيها من الغاء للإرادة والشخصية
والهوى والتقليد كلاهما يتغلبان على حكمة العقل ويقظم الضمير
كما اشرنا ، ولذا كانا هما السد والاول للاسلام .
وإذا كان كل من ممارسة الحرية والحق ، ناشئاً عن الاعتقاد
بثبوت أصلهما بالتكليف والمسئولية عنه ، لا قبلهما لزم عن هذا ، ان

الانسان لم يخلق مزودا بالحقوق والحريات بأصل جبلته ، وانما خلق ليكون حرا بالتكليف والمسئولية . وهذا الاصل في الاسلام على النقيض مما ذهبت اليه الديمقراطية السياسية ذات النزعة الفردية ، وفلسفتها الخيالية ، وهو ما أشار اليه الامام الشاطبي بقوله : " وأما حق السيد فراجع الى الله ، من جهة حق الله فيه ، ومن جهة أنه كان لله الا يجعل للعبد حقا اصلا "

اذن ، التشريع الاسلامي هو الذي انشأ الحق انشاء ، وضمنه مفهومنا معيننا حدده بأحكامه ومبادئه ، ووضع دستوراً لممارسته يحقق ذلك المفهوم عملاً ، وهذا أمر واقعي ومحسوس ، وليس ذات الانسان منشأ للحق ، ولا القانون الطبيعي ، لان ^{هنا} محض فلسفة وخيال ، دفع اليه الرغبة في التخلص من استبداد السلطة الحاكمة ، او ظلم الملوك في القرن الثامن عشر .

وهل هذا ، فالاصل ان المسلم الحق - في هذا التشريع - هو انسان التكليف والمسئولية قبل أن يكون صاحب الحق والحرية ، لما أسلفنا ، وانه ليس انسان الانطلاق والفوضى الذي يفعل ما تملي عليه رغائبه وشهواته ومنافعه الذاتية بحيث يكون همه الافلات من استبداد سلطة الحكم ، ومن التبعات التي يلقيها على عاتقه المجتمع ، لأن هذه الاوضاع ينكرها الاسلام .

فالحرريات العامة والحقوق كافة ، منظور اليها من خلال التشريع الاسلامي نفسه أولاً ، نشأة ومفهومها ، وضمانيها بالتكليف ، وقد منحت او شرعت لغايات مرسومة شرعاً ينبغي على أربابها ان يمارسوها على نحو يفضي الى تحقيق تلك الغايات ، وهذا لا يتفق مع الاطلاق والهوى

والفوضوية في شيء * .

ومن هذا ، ويدولنا ، ان اعتبار الحق او الحرية خصيصة طبيعية للانسان الفرد ، قد خلق مزودا بها ، على النحو الذي رأينا في الفلسفة الفردية ، كيلا يكون للحاكم سلطان عليها ، انما كان مجرد افتراض فلسفي ، او تخيل وهمي اختلق تبريرا لمقاومة الاستبداد في الحكم ، أو ضمانا — كما قيل — للحد من العسف السياسي ، حتى لم يعد للحرية من معنى في تلك الفلسفة الا الافلات من سلطات الدولة وليس هذا النظر مما يتفق وطبيعة الحقوق والحرية العامة في الاسلام في شيء * ، لا من حيث المنشأ ، ولا من حيث المفهوم ، ولا من حيث الدواعي والبررات التي اقتضتها ظروف خاصة لم يعرفها المجتمع الاسلامي .

أما من حيث " المنشأ " فظاهر ، لان اصل الحق هو الشرع وليس ذات الانسان ، او القانون الطبيعي الذي كان ظهيرا للنزعة الفردية ، بدليل أن أصحاب هذه الفكرة ، قد اخذوا ينكصون عنها . وأما من حيث المفهوم ، فلان كلا من الحق الفردي ، أو الحرية العامة في الاسلام ، ذو مفهوم فردي واجتماعي معا ، على ما سيأتي بيانه ، الامر الذي ينافي معنى الفردية الخالصة ، والاطلاق في التصرف وفق المشيئة والهوى والاشرة ، فضلا عن معنى الافلات من استبداد السلطة .

وأما من حيث " البررات " فانها غير ذات موضوع في هذا التشريع لسبب بسيط هو ان الاسلام لا يجيز الاستبداد بحال ، أو اى لون من ألوان الحكم الظالم ، اذ التشريع لله ولرسوله ، لا للارادات الانسانية

المتغيرة بما يوجهها من نوازح وأهواء وأثره وانانيات ، فهذه المشكلة
لا يعرفها الاسلام على الاطلاق .

تاسعا - الاسلام بتشريعہ السياسي بوجه خاص ، وتشريعہ

العام ، رسم طريقا عمليا لتحقيق الحريات العامة في معانيها الحققة

حتى لا تغدوا صورا بلا مضمون ، وشكلا بلا معنى .

التشريع الاسلامي - في واقع الامر - جاء لتحرير الانسان ،
نفسا ، وعقلا ، وارادة ، من سلطان الهوى ، وتبعية التقليد .
وباعتبار أن " الانسان " مدني بالطبع ، كما يقول العلامة
ابن خلدون ، لا يسعه العيش الا في مجتمع ، كانت " الغاية "
من منحه الحق او الحرية ، في الاسلام مزدوجة ، وهي تحقيق
المصلحة لنفسه ولمجتمعه في آن معا ، على نحو يوصل معنى الكرامة ،
ودرء الضرر والمفسدة عنهما ، وازالة العقبات التي تعترض سبيل المجتمع
في نموه وازدهاره وهذه غاية اجتماعية وانسانية ، فكان الاسلام ذا نزعة
جماعية بلا مراة ، لمراعاته المصلحتين : الخاصة والعامة على السواء .
وقد أوضحنا آنفا ، ان لا انفصال " بين الصالح العام والصالح
الخاص في هذا التشريع ، فهما مقفوانان متكافلان ، وهذه " الغاية "
المزدوجة هي محور التشريع الاسلامي كله كما أشرنا ، ولا يقر الاسلام
تناقضهما ، بل يوجب رفعه بقواعد محكمة .

وقد أدرك هذا المعنى بعض الكتّاب المحدثين بقوله : " ومهما
تكن - الحقوق - شخصية ، لا يمكن أن تكون منفصلة انفصالا كاملا عن

حقوق الناس (١) -

(١) المجتمع الإنساني : ص ١٩ ، أبو زهرة .

ولا يقصد بالمعنى الاجتماعي والانساني في الحق الفردي والحرية العامة ، الا هذا .

ويدهي انه اذا استحال انفصال " الحق الفردي " عن حقوق الناس ، او حق المجتمع ، " فمصلحة " كل منهما ، لا تنفصل عن الاخرى كذلك ، وهو ما أشرنا اليه آنفا من ان سلامة الصالح العام شرط اساسي لتمكين الفرد من الانتفاع بحقوقه وحرياته .

ومعلوم ان الحق ليس الا وسيلة للمصلحة التي شرع من اجلها . وتأسيسا على هذا ، كان مفهوم الحق والحرية مشتقا من هذه الغاية المزدوجة التي هي محور التشريع كله حتى لا تتناقض الجزئيات مع الاصول العامة ، او مع اساس النعم للتشريع كله .

وقد تمثلت هذه " الغاية الانسانية " من خلق الحياة والموت اجمالا ، في قوله تعالى : " تبارك الذي بيده الملك ، وهو على كل شي قدير ، الذي خلق الموت والحياة ، ليلوكم أيكم احسن عملا " شيء قدير ، الذي خلق الموت والحياة ، ليلوكم أيكم احسن عملا

أي للفرد والمجتمع معا ، على ما دل عليه الاستقراء ، ذلك ان حسب العمل لا يمكن أن يتم بالاحسان الى الذات ، والاضرار بالمجتمع . الاصل أن المعنى الاجتماعي والانساني عنصر جوهري في مفهوم

الحق والحرية ثابت شرعا بالاستقراء وهو مناط المشروعية في التصرف أو

الاستعمال اساسها العدل ، اذ لا عدل حيث تنتفي المشروعية ضرورة

فكان هذا الاصل منافيا للفردية في مفهوم الحق والحرية ، والاطلاق

في التصرف فيهما ، وهو ما استقر اصلا في الديمقراطية السياسية ذات

النزعة الفردية .

ان المعنى الانساني أو الاجتماعي عنصر جوهرى ، في ملاك مفهوم الحق أو الحرية ثابت ، في الاسلام قطعا ، الى جوار عنصره الذاتي ، بحيث غدا ذلك المعنى الانساني جزءاً من مناط مشروعيته ، ولا فلما ندرج الاحتكار ، تحريماً قاطعاً . ولا لاجتماع^(١) اذا أضمر بالمجتمع ؟ ليس من اليسير ان نأقوال بأن الحرية الاقتصادية في الاسلام هكذا قولاً مرسلاً على عواهنه دون تحقيق اصولي على النحو الذى قرره العلامة ابن خلدون في مقدمته ، لاتصال ذلك بالمشروعية والعدل في الاسلام .

وبيان ذلك ، انه لئذا كان المعنى الغيرى أو الاجتماعي الثابت بمقتضى الاصل القطعي المعنوى العام : " حق الغير محافظ عليه شرعاً " عنصراً جوهرياً في مفهوم الحق الفردى ، أو الحرية العامة ، بحيث ينعكس اثره على مدى السلطة في استعماله ، حق غدا هذا العنصر الاجتماعي مناطاً للمشروعية ، تدور معه ، وجوداً وعدماً ، أو قل مناطاً للعدل في الاسلام ، لان ما لا يكون مشروعاً لا يكون عدلاً

(١) ذهب بعض الحنفية الى أن الاحتكار " مكروه تحريماً " خلافاً للكاساني ومعلوم ان الحنفية لا يفرقون بين الحرام والمكروه تحريماً من حيث العمل ، ان يوجبون المنع في كل منهما غير ان الفارق يتصل بأمر اعتقادي فحسب ، هو كفر جاحد المكروه تحريماً وعدمه ، وهذا امر ورواى التشريع العملي الملزم .

اقول اذا كان ذلك كذلك ، فان القول بالحرية الاقتصادية بما هو تأكيد لمعنى " الفردية " في الحق ، والاطلاق في التصرف ، يستلزم مبدئيا - اسقاط هذا المعنى الاجتماعي من مفهومه ، لما قدمنا من ارتباطه بالمشروعية ابان التصرف ، وهو ما لا يجوز بحال ، ولما قدمنا ، من ارتباطه بالمشروعية التي اساسها العدل ، ولذا كان حقا من حقوق الله تعالى ، ونظامه الشرعي العام ، ومن هنا نشأ تحريم الاحتكار - على سبيل المثال - الذي هو في حقيقته مظهر لحرية التصرف في الملك على نحو سلبي (١) .

وتأسيسا على هذا ، فان (الحرية المطلقة) في النشاط الاقتصادي ، والاجتماعي ، والسياسي ، بما تستلزم من وحدة المناط وهو اسقاط المعنى الاجتماعي والانساني الذي تمثل في الاضرار بالمجتمع ضررا فاحشا ، ليست اصلا من اصولنا ، لمنافاتها للمشروعية والعدل ، واخلالها بجهة التعاون ، وهو ما أشار اليه الامام الشوكاني ، والزليعي ، ومن قبلهم الامام مالك وغيره من الائمة .
وايضا ، تبدو جوهرية ، المعنى الاجتماعي في مفهوم الحق بمعنى العدل ، وجودا وعدما فيما يرشدنا الى ان قيام المشروعية بتقيد بمراعاته ، وانتفاءها رهن باسقاطه ، والتقييد ينافي الاطلاق بداهة .

وقد رأينا ، أنه حين انتفى هذا العنصر الاجتماعي والانساني بالحرية في التصرف في الملك احتكارا ، تجرد استعماله من العدل

(١) لان الاحتكار هو حبس السلع او المنافع والامتناع عن بيعها والناس في حاجة ماسة اليها ، تربصا بالناس الغلاء ، والامتناع تصرف سلبي .

والمشروعية ، وكان الظلم ، وهو الملحظ القوي الذي اعتمده الامام الكاساني في كتابه " البدائع " اساسا لتحريم الاحتكار على وجه القطع^(١) ، بناء على تحقق معنى " الظلم " فيه ، ولا منشأ للظلم في الاحتكار الا آثاره من انهيار المعنى الاجتماعي او الغيرى وهو الاضرار بالمجتمع ، فثبت - بالمفهوم المخالف - ان صون المجتمع او الصالح العام ، عن الاضرار ، ابان التصرف في الحق الفردى ، او الحرية العامة ، هو منشأ العدل فيه ، وهو المعنى الاجتماعي في الحق الفردى ، او رعاية جهة التعاون .

فتلخص ، أنه اذا كان اسقاط المعنى الاجتماعي من مفهوم الحق الفردى بالحرية المطلقة في التصرف فيه كسبا وانتفاعا ، فان مراعاة ذلك المعنى الاجتماعي وتحقيقه عملا^(٢) ، عدل لا ريب فيه ، عملا بالمفهوم المخالف ، بل هو من أقوى صور العدل في الاسلام لوصفه بحق الله تعالى ، كما بينا .

(١) من ادلة الامام الكاساني هذا الدليل العقلي ، فضلا عن الادلة التفصيلية النقلية البدائع : ج ص

(٢) ينبر الامام الشاطبي عن اسقاط المعنى الاجتماعي من مفهوم الحق ، بعدم مراعاة " جهة التعاون " التي أوجبها الله تعالى تشريحا تكافليا ملزما في الفروع والجزئيات ابان التصرف في الحقوق والحريات ، لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان)

هذا ، واكثر ما يطلق " جهة التعاون " على المصلحة العامة ورعايتها ان تدخل في مفهوم " البر " دخولا اوليا - الموافقات : ج ص

فتبين بجلاء منافاة الحرية المطلقة في التصرف في الحق - ومنها
الحرية الاقتصادية - لمقتضيات المشروعية والعدل في الاسلام ، فكيف
يتأني للعلامة ابن خلدون ان يقول بتلك الحرية المطلقة في الوقت
الذي يعترف فيه بتحريم الاحتكار ؟؟ تناقض ظاهر .

هذا ، وليس حكم الاحتكار تعبديا غير معقول المعنى ، او لا
يمكن ادراك " العلة " التي اوجبت حكمه وهو التحريم ، بل هو معقول
المعنى - كما يقول الاصوليون - ان الضرر العام هو اساس الحكم
بالتحريم ، اجماعا ، وينسحب هذا الحكم حينما تحققت علته ، في كافة
المواطن التي يساء فيها استعمال الحق او الحرية العامة قياسا
وطردا للعلة ، فيكون الحديث خاصا في منطوقه ، لتعلقه بالاحتكار
ولكنه عام في معناه بعد التعليل ، فيشمل كافة الحقوق **مردية مما يتربا**
وعلى هذا ، فالشرع ان يوجب على كل مكلف رعاية " جهة التعاون ^(١)
على حد قول الامام الشاطبي ، تعبيرا عن مصلحة المجتمع - ابان
تصرفه في حقه ، او ممارسته لحرية العامة ، ويجعل هذه الرعاية
مناط المشروعية والعدل - كما رأيت - فانما يؤكد " مبدأ التكافل
الاجتماعي الملزم " في التشريع الاسلامي ، بين الفرد والمجتمع ، كيلا
يقع التناقض بين مصلحتيهما ، والا كان الظلم ولا نفع المشروعية فسي
التصرف الفردي ، فالتكافل الاجتماعي ان ، اساسه العدل ، كما
ترى ، ولا نقصد بالمعنى الاجتماعي والانساني في مفهوم الحق الفردي
او الحرية العامة الا هذا .

(١) الموافقات : ج ٢ ص ٢٥٨

وعلى اساس التكافل - وهو العدل - تقيد الاوامر والنواهي
ابان تطبيق موجباتها في السمل والوقوع ، على ضوء من مآلات هذا
التطبيق ، اذ لا يعقل ان يصطدم موجب الامر أو النهي في هذا
التشريع مع اساس العدل فيه .

فتأدى بنا هذا النظر الى أن الحرية المطلقة سواء في السياسة
ام الاجتماع ، أم الاقتصاد ، تنافي التكافل حتما ، للفردية والاطلاق
، فكانت منافية لاساس العدل والمشروعية ضرورة ، ولذا قلنا انها
ليست اصلا من اصولنا .

على أن العلامة ابن خلدون لا يسعه ان ينكر سبب سقوط
" المشروعية " عن حرية التصرف في الملك احتكارا ، وهو مال تملك
الحرية الذي تمثل في الضرر العام ، فكان ذلك دليلا قاطعا على أن
قيام مشروعية التصرف في الحق وانتفاءها ، قد غدت رهنا بأثاره ،
مصلحة أو مفسدة ، وهو ما يستلزم نفي معنى الاطلاق عن الحرية قطعا
كما ترى . .

وترتب على هذا ، أنه اذا انتفى معنى الاطلاق عن الحرية في
التصرف في الحق او الحرية العامة ، انتفى معنى الفردية او الذاتية
الخالصة من مفهومه قطعا ، وثبت بالتالي المعنى الاجتماعي فيه الى
جواره ، وهو ما صرنا اليه فلنا عنصرا منزودجا فيه ، وهو ما استقر
اصلا معنويا عاما^(٣) ثابتا قطعا - على حد تعبير الامام الشاطبي -
اورث مفهوم الحق والحرية بالاضافة الى العنصر الخاص الذي يتعلق

(١) المرجع السابق .

بمصلحة صاحبه أصالة ، المعنى الاجتماعي عنصرا جوهريا فيه ، لا مجرد قيد يرد عليه من خارج ، كما بينا ، بدليل أن مشروعية التصرف في الحق غدت رهنا بقيام هذا المعنى الأخير كمالا ، فكان جزءا من مناهج المشروعية ، بحيث تسقط اذا انتفى واقعا وعملا ومن مثل الاحتكار بيع الحاضر للبادي ، وتلقى السلع ، ومنع بيع الاسترسال ، وبيع المضطر وشراؤه ، وتقرير حق الفسخ بالنسبة للمضطر عند اختلال التوازن في اقتصاديات عقد الايجار بالاعذار ، ووضع الجوائح فسي بيع الثمار ، بتخفيض الثمن عن المشتري المضطر بقدر التالف منها ، بفعل النوازل الطبيعية التي لم يكن لاحد المتعاقدين يد في احداثها ولا قبل له بدفعها ، وتحريم انتفاع المرتهن بالعين المرهونة وغير ذلك كثير ، استقراء ، لسقوط المعنى الاجتماعي للحق في الممارسة والعمل في كل اولئك ، سواء أكان الضرر والراجح خاصا أم عاما ، دفعا له وترسيخا لمبدأ التكافل الملزم في التعامل ولا سيما عند حلول الازمات ، منعا للاستغلال والضرر مما يستلزم القول بانتفاء الحرية الاقتصادية التي ذهب اليها ابن خلدون ، إذ لا تجتمع مع المعنى الاجتماعي والانساني الذي قرره الاسلام في مفهوم الحق والحرية العامة أو حق التملك بداهة .

وانذا كان هذا ثابتا في حق الملك أو حق التملك وهما من أعظم الحقوق أهمية في التشريع ، لكونهما دعامة أساسية في التنظيم الاجتماعي والاقتصادي والسياسي كان ثابتا في غيرها من الحقوق والحرريات سواء بسواء بالتعليل ، ولا ندرأجها في الاصل القطعي المعنوي العام من وجوب المحافظة على " حق الغير " شرعا والتميز تحكم ، إذ المعدل

عاشرا : الفرد - في التشريع الاسلامي - ذو وجود دولي

ومما يؤكد ارتباط المصلحة الفردية بالمجتمع والدولة ، ان هذا التشريع لم يحدد مركز الفرد فيه على اساس من مخض فرديته ، كإنسان مستقل منعزل ، يدور تصرفه في حقوقه وحرياته حول محور صالحه الذاتي ، أنانية وأثره ، ولا على اساس وصفه كأثنا اجتماعيا فحسب بل تعدى ذلك الى أن جعله ذا وجود دولي ، كإلأمة ، سواء بسواء والدولة مسئولة عما يمنحه من عهد .

وبيان ذلك ، انه بانتمائه الى الاسلام ، معتقدا ، ودينا ، وتشريعا ، أضحت الدولة مسئولة عنه تجاه الدول الأخرى ، ولهذا تعتقد المواثيق الدولية حفاظا على حقوقه ، وتأمينا لحرياته وحرمانه في حلّه وترحاله ، ومنشأ هذا ، هو الوجود الدولي للفرد في الاسلام .

وليس هذا فحسب ، انه قد يقال انه ثابت الآن في جميع الشرائع بل نرى الاسلام ، يعتبر ما يصدر عن الفرد المسلم من " عهد " يجير به طائفة من المحاربين ، أو يؤمنهم على أنفسهم وأموالهم ، " عهدا " تلتزم به الدولة نفسها ، بشرط أن يعرض على رئيسها الأعلى أو من ينييه عنه في ذلك ، بل اعتبر عهد الفرد ولو كان " عبدا " فقد كتب أبو عبدة - وكان قائد الجيش - الى عمر - رضي الله عنه - وهو الخليفة ان " عبدا " أمن أهل العراق ، وسأله رأيه ، فكتب اليه

عمر : " ان الله عظم الوفاء ، فلا تكونون اوفياء حتى تفوا ، فوفوا لهم ، وانصرفوا عنهم " وحجة عمر فيما ذهب اليه ، قوله - صلى الله عليه وسلم - " ويسعى بذمتهم أدناهم " بل أقر أمان " المرأة " لقوله - صلى الله عليه وسلم - " قد أجرنا من أجرنا يا أم هاني " .
هذا ، والجمهور على وجوب احترام أمان الرجل الحر المسلم^(١) فتلخص ان الاسلام لم يمنح الفرد حقوقه وحرياته العامة ، فحسب بل انشأ له كيانا دوليا ، وأوجب على الدول والوفاء بعهده وامانه ، بشرط موافقة رئيس الدولة ، او من ينييه على ذلك .

حادى عشر : الحقوق الفردية ، بالحرية العامة ، بمفهومها

الاجتماعي والانساني ، بعضها من أعظم مقاصد التشريع قوة ، واعلاها مرتبة ، كحق الحياة ، وهي الضروريات ، وبعضها من المقاصد الحاجية ، كحرية الرأى ، وهي اصل مقطوع ، به في الشرع ، ولا يجوز الغاؤه ، او مضارته .

الحرية هي المكنة العامة التي قررها الشارع للأفراد على السواء ، تمكينا لهم من التصرف على خيرة من أمرهم ، دون الأضرار بالغير من الفرد او المجتمع .
وهي نوعان :

١- الحريات العامة التي تتعلق بالمصالح المادية ، وذلك كحرية التجارة ، والتملك وحرية الصناعة

(١) الرسالة الخالدة : ص ١٣٠ للاستاذ عبد الرحمن عزام .

٢- الحريات العامة التي تتعلق بمصالح مسنوية ، وذلك كحرية
العقيدة والعبادة ، وحرية التفكير وابداء الرأي .
والواقع أن هذه الحريات تعتبر حاجات أولية للانسان تقتضيها
فطرته ، فقررها الشرع استجابة لتلك الفطرة .
فالفطرة ان - في نظر الاسلام - قد جاءت الى المجتمع بحاجات
تفتقر اليها ، ولم تجيء بتشريع ناشئ عنها ، وان كانت تنطوي على
مواهب تقدرها على تفهم التشريع ، أو تقديره .
أما حرية العقيدة ، فقد تقدم للقول فيها ، والاسلام هو أول
تشريع اقر مبدأ " حرية العقيدة " فيما نعلم .
وأما حرية الرأي ، فأكبر مظهر لها هو الاجتهاد بالرأى في هذا
التشريع الذي قام على أساسه هذا التراث الفقهي العالمي ، والمجتهد
مأجور على اجتهاده اذا كان كفواً ، قد اقام كافة الادلة وبذل أقصى
جهد ، العلمي ، في موضع البحث ، ولو أخطأ الحقيقة والصواب في
واقع الامر .
ومعلوم ، ان علي بن ابي طالب - كرم الله وجهه - قد رفض
الخلافة حين طلب اليه ان يتخلى عن اجتهاده ويعمل باجتهادات
ابي بكر وعمر .
فالاجتهاد بالرأى ان هو بذل أقصى جهد علمي من أهله
في سبيل البحث عن الحقيقة ، لا مجرد ابداء الرأي بالهوى .
وعلى أى حال ، فان حرية الرأي في الاسلام مكفولة ، بل واجبية
كفائيا كالشورى ، لانها ضرب من المشاركة السياسية ، ولكن بشرط أن
تحقق معناها الاجتماعي والسياسي فلا تكون صورية تضر بالصالح

العلم ، أو بالخير من الافراد ، لقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا ، اتقوا الله وقولوا قولا سديدا " وقوله سبحانه : " قل لجهادى يقولوا التي هي أحسن " وقوله تعالى : " قول معروف ومغفرة ، خير من صدقة يتبعها أذى " وقوله تعالى " والذين هم عن اللغو معرضون " واللغو ليس هو مجرد الشرثرة ، بل هو القول المنافي للحكمة والسداد . وحرية الرأي قد تتخذ نوعا من النقد او النصح النزيه البناء ، وهو مطلوب .

هذا ، وحرية التفكير والرأى في العلم لا استجلاء الحقيقة ، امر حيوى للتقدم العلمي نفسه ، وهو واجب ، فالعقل بدون حرية شىء لا غناه فيه ، والحرية بدون عقل ، فوضى وفساد وشرثرة لا يقوم على اساسها علم ولا حضارة .

واعتبر القرآن الكريم تعطيل العقل ، ارتكاسا الى درك الحيوان الا عجم لقوله تعالى : " ولقد ذرانا لجهنم كثيرا من الجن والانس لهم قلوب لا يفقهون بها ، ولهم أعين لا يبصرون بها ، ولهم آذان لا يسمعون بها ، اولئك كالانعام ، بل هم اضل ، اولئك هم لغافلون . وكذلك " الشورى " من أهم مظاهر حرية الرأى في الاسلام ، ولا سيما من الناحية السياسية ، على ما سيأتي تفصيله .

أما كون هذه الحريات من المصالح الحاجية ، فلان أضل الحياة يثبت بدونها ، ولكن مع ضيق ومشقة غير معتادة ، تخلف ، وهذا منفي في الدين ، فوجب دفعه ، وذلك بالمحافظة على هذه الحريات فضلا عن أنها بمعناها الاجتماعي - أساس التقدم وازدهار .
ثاني عشر : الحريات العامة ، او حقوق الانسان ، قد وردت في

القرآن الكريم في صورة تكليف بنصوص أمرة ، وذلك ضمانا للزام بها

وتنفيذها ، كما وردت في السنة ، ولا سيما في خطبة الوداع :

القرآن الكريم دستور الأمة ، فالنصوص التي قررت حقوق الانسان دستورية ، تعلو على كل اجراء ، وتقضي على كل نظام اجتهادي تتخذها الدولة ، فكان ذلك اكبر ضمان لصيانة هذه الحقوق والتقييد بها ، عقيدة وامثالا لامر الله .

وما يقال في الكتاب العزيز يقال في السنة الصحيحة ، انه هي وحي معنى واجبة العمل ، كالقرآن ، سواء بسواء .

بينما نرى الاعلان العالمي لحقوق الانسان ليس له قوة الزامية وان كان من المسلم به لدى انه كدستور ينبغي ان تنقيد به كل دولة وليس ادل على ذلك من معاملة اسرائيل للعرب المناهضين لها ، والمقهورين لئلا ، اذ تعاملهم بوحشية لم يشهد العالم لها نظيرا في حين انهم يناهضونها دفاعا عن ارضهم وبلادهم ، لانهم اصحابها الشرعيون فالمغتصب ذو حق ، والمعتدى عليه المجاهد في سبيل دينه وبلاده مخرب ؟ .

ولو كانت الدولة في اسرائيل اسلامية لكان اليهود رعايا يحكمون بحسب الاسلام ، ويعاملون على قدم المساواة مواطنين ، لهم ما للنساء وعليهم ما علينا ، ذلك هو تشريع الله عز وجل .

ثالث عشر : حق المساواة في الاسلام

المساواة هي أساس العدل ، ولذا كانت مبدأ عاما يطبق على

الرعية داخل الدولة وبين الشعوب على الصعيد الدولي ، كركن أساسي من السياسة الخارجية دون حيف أو محاباة أو تمييزه بلون أو عنصر ، أو اختلاف الدين ، لما يأتي :

١- لقوله تعالى : " يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى

وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ، ان اكرمكم عند الله اتقاكم

٢- وقال تعالى : " وما أموالكم ولا اولادكم بالتى تقربكم

عندنا زلفى ، الا من آمن وعمل صالحا " .

٣- وجاء في خطبة الوداع قوله عليه الصلاة والسلام : " يا أيها

الناس ، ان ربكم واحد ، وان اباكم واحد ، كلكم لادم ، وادم من تراب

اكرمكم عند الله اتقاكم ، ليس لعربي على عجمي ولا لعجمي على عربي

ولا لاحمر على ابيض ، ولا ابيض على احمر ، فضل الا بالتقوى ...

الا هل بلغت ؟ اللهم فاشهد " .

٤- وقال عليه السلام في شأن الذميين : " من آذى ذميا

فانا خصمه ، ومن كذب خصمه خصمته يوم القيامة " .

٥- وقصة القبطي الذي شكأ الى عمر بن الخطاب اعتداء

ابن ولابي جسر ، عمرو بن العاص عليه باللطم معروفة .

٦- وعمر هو الذي سوى بين الذمي والمسلم في كفاة العيش

صلى اللهم .

وكذلك المساواة امام القضاء ، وفي تقليد الوظائف العامة

تحقيقا لتكافؤ الفرص .

أما المساواة في التكليف العامة ، كالزكاة ، فتعتبر مقابلا

عادلا للمساواة في الحقوق والحريات العامة .

رابع عشر - حق التملك بالطرق المشروعة :

هذا الحق سبيل لكسب حق الملكية ، وقد رأينا أن حقوق الملك ثابت في هذا التشريع بنصوص قاطعة ، فكان اصلا في النظام الاجتماعي والاقتصادي ، ومعلوما من الدين بالضرورة ورأينا ايضا " الوظيفة الاجتماعية للحق " او المعنى الاجتماعي فيه ، منصر جوهرى في مفهومه منذ أن شرع ، ولم يكن هذا المعنى أثرا لتطور الحياة بالناس على النحو الذى رأينا في القوانين ذات النزعة الفردية التى أخذت تعدل من نظمها في هذا القرن العشرين نتيجة للتطورات التى طرأت على الحياة الاقتصادية والاجتماعية بظهور الصناعات الضخمة ونتاجها الكبير ، واختراع الآلات .

ومن آثار الوظيفة الاجتماعية للحق ، نشأ مبدأ نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة على ما قرره الامام الشاطبي ، عند التعارض المستحكم . ويقول الشيخ ابو زهرة في هذا الصدد : " أن يكون في النزع نفع عام ، وقد روى ان النبي - صلى الله عليه وسلم - حصى أرضا بالمدينة ومنع ملكيتها الخاصة ، وجعلها لعامة المسلمين ينتفعون بها " ويجب التعويض وقد حصى عمر أيضا أرضا بالريذة .

على أن حق الملك بما هو ذو مضمون اجتماعي ينهض بالتكافل على وجه ملزم ، اذ " لما له من وظيفة اجتماعية ، فإنه يتعلق بمحله حق المجتمع ، ويزداد تعلق هذا الحق بما عند المالكين ، كلما ازدادت أزمة المجتمع تفاقما ، وهو ما قرره الحنفية .

وقد أدرك بعض المحدثين هذا المعنى المستخلص من فقه المحققين من علماء المسلمين ، حيث يقول : (وانه كلما اشتدت

الحاجة ، عظم حق الناس في الاموال المملوكة وضيقت حرية التصرف
والانتفاع وحرية المنع والامتناع^(١) وهذا هو المعنى الاجتماعي والتكافلي

في حق الملك .

فهذا التكافل الاجتماعي في الاسلام ، ليس مبدأ خلقيا يترك
تنفيذه للارادة الخلقية للمكلف ، بل هو تشريع ملزم ينفذ بسطان الدولة
كما ترى ، تحقيقا للمعنى الاجتماعي في مفهوم الحق الذي هو مناط
العدل ، كما علمت ، والعدل واجب اقامته وتنفيذه مقتضاه .

خامس عشر - الحقوق الاجتماعية في الاسلام :

لم يقتصر الاسلام على تقرير الحقوق السياسية ، بل شرع حقوقا
اجتماعية تجعل للحقوق السياسية التي قررناها آنفا معنى وحقيقة
وتمكن الفرد ان يمارسها على الوجه المجدى ، لنفسه ومجتمعه ، وهذا
دليل بين على نزعة الاسلام الجماعية التي ترعى حق الفرد والمجتمع
مما .

يوكد هذه النزعة ، ان الدولة في الاسلام ذات وظائف ايجابية
عامة قد نهضت بها الفروض الكفائية ، كما أسلفنا ، لتحقيق الصالح العام .
كما يوكدها مبدأ التكافل الاجتماعي الملزم على النحو الذي بينا .
ومعنى هذا ان الفرد في كفاية المجتمع ، ليكون في امان من الحاجة
في مقابل ان يوعى الفرد الصالح العام .

(١) الشيخ محمد ابو زهرة : ص ١٩٠ . المرجع السابق
- هذا وقد قرر الحنفية ذلك في باب الاحتكار وما يتركه من اثر على
المسلمين .

هذا ، وليست " الزكاة " هي المصدر الوحيد لتمويل التكافل الاجتماعي ، ضمانا لحاجة الفرد ، واقامة مرفق الدولة ، بل في المال حق سوى الزكاة ، وفي هذا المعنى يقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - " ان الله فرض على اغتياء المسلمين بالقدر الذي يسع فقراهم ، ولن يجهد الفقراء اذا جاعوا او عروا ، الا بما يصنع اغنياؤهم ، الا وان الله يحاسبهم حسابا شديدا ، ويخذ بهم عذابا اليما (١) " .
وأكد عمر - رضي الله عنه - هذا المعنى بقوله : " لو استقبلت من أمري ما استدبرت ، لاخذت من لفاغنياء اموالهم ، فرددتها على فقراهم " .

سادس عشر - مسؤولية الحاكم عن تمسهم الحاجة ، وما يفتقر

اليه المجتمع من مرفق عامة ، وتلك في الواقع ، مسؤولية الدولة التي

يمثلها

للفرد في الاسلام - العيش الحر في مأمن من الحاجة وفي ظل من التكافل الاجتماعي ، تأكيدا لكرامته الادمية ، والكرامة الانسانية اصل عتيد في الاسلام كما عملت .
- وقد كان عمر بن الخطاب واحيا لابعاد مسؤوليته كرئيس اعلى للدولة فكان يتفقد الرعيّة .

(*) جاء في المحلى تأكيد لهذا المعنى التكفلي ما نصه : " وفرض على فقراهم الاغنياء من أهل كل بلد ان يقوموا بفقراهم ، ويجبرهم السلطان على ذلك ، ان لم تقم بهم الزكوات " ج ٦ ص ١٥٦ لابن حزم

ويرعى اطفال المسلمين ، وذوى الحاجة ، ويقوم بكل ما تقتضيه مصلحة الدولة من اقامة المرافق العامة .

هذا ، وقصته مع المرأة التي أخذت توهم اطفالها ان تصلى لهم طعامهم في قدر مملوءة حجارة ، معروفة .

وعمر بن الخطاب هو الذي كان يقول : " والله لو عثر بعير بشط الفرات ، لخشيت ان يسألني الله عنه يوم القيامة " . وهذا وعي من عمر - رضي الله عنه - لما للرعية من حقوق اجتماعية هو مسئول عنها ، فضلا عن الحريات العامة والحقوق السياسية ، وقد كان مبعث هذا الوحي قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - " كلكم راع ، وكلكم مسئول عن رعيته ، و الامام راع ومسئول عن رعيته - الحديث " .

وقوله - صلى الله عليه وسلم - : " ان الله سائل كل راع عما استرعاه ، حفظ أم ضيع " .

وانما قلنا ان الحقوق الاجتماعية تجعل للحقوق السياسية والحريات العامة ، معنى وحقيقة ، من قبل ان لاقية لحرية الرأي أو حق التملك ، أو حق الانتخاب مثلا ، اذا كان الفرد فقيرا معدما ، ان تصبح هذه الحقوق خيالية بالنسبة اليه ، فضلا عن انه يصبح عرضه لان يشتري ضميره بالرشوة ، فلا تؤدى حرية رأيه أو شواره معناها الحقيقي في مثل هذه الحال .

سابع عشر - الشورى السياسية والتشريعية في الاسلام :

مقدمة :

الشورى حق ، ولكنه حق ذو وظيفة تؤدى من أجل الخير فردا كان

أم مجتمعا ، فكانت حقا وواجبا معا ، وباعتبار أن السياسة إنما تعني " القيام على الأمر بما يصلحه " أو هي " تدبير الأمر في الأمة داخلا وخارجا تدبيرا منوطا بالمصلحة ، فان الشورى السياسية في جوهرها ليست الا مبدءا عاما يوجب على الصفوة المختارة من أبناء الأمة اختيار الصالح المناسب لظروفها ، وهو القوى الأمين الذي ينهض بمهم سياسة الدولة وشئونها " تحقيقا لمصلحتها العليا ، لما تقرر في الشرع " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة "

وهذا ضرب من المشاركة السياسية ينهض به القادرون ، وذوو

الكفاءات والخبرات من أبناء الأمة .

هكذا ، واختيار الرجل المناسب ، أو رجل الوقت كما يشيـر

الامام الماوردي ، أصل مقرر في الاسلام ، لاختلاف نوعية الاعباء الجسم التي تحددها ظروف الوقت ، ولا تقتضئها كفاءات ومؤهلات معينة عقلية ، ونفسية ، وخلقية وعملية ، وعلمية ، وقبل ذلك موهبة فطرية قد أنمتها وصقلتها خبرات مكتسبة من شأنها ان توصل في النفس " حنكة سياسية " تقدره على الاضطلاع بمهام السلطة والحكم .

هذا فيما يتعلق باختيار الحاكم الاعلى في الدولة .

— والشورى — في الاسلام — أصل مشروعية الولاية العامة على الأمة .

وفي هذا المعنى يقول عمر رضي الله عنه : " من بايع رجلا عن غير

مشورة من المسلمين ، فانه لا بيعة له ، ولا الذي باينه (١) " .

(١) سيرة ابن هشام : ج ٤ ص ٢٣٨ .

ويؤكد هذا المعنى الامام الغزالي ايضا بقوله : " ولو لم يبايع ابا بكر غير عمر ، وبقي كافة الخلق مخالفين ، لما انعقدت الامامة ، فان المقصود الذي طلبنا له الامامة ، جمع شتات الآراء ، ولا تقوم " الشوكة " (١) ، الا بموافقة الاكثرين (٢) وانما المصحح لعقد الامامة (رئاسة الدولة) انصراف قلوب الخلق لطاغته ، والانقياد له في امره ونهيه (٣) .

ويقول ابن تيمية موضحا اساس شرعية الولاية العامة وانها الشورى العامة بقوله : " وكذا لك عمر ، لما عهد اليه ابو بكر ، انما صار اماما ، لما بايعوه واطاعوه ، ولو قدر انهم لم ينفذوا عهد ابي بكر ، ولم يبايعوه ، لم يصر اماما " اي بحكم الشرع واعتباره .
وعلى هذا ، فان مبدأ الشورى يدل على أمور :

١- النزعة الجماعية في التشريع الاسلامي بحيث تجعل من السياسة مادة مشتركة بين الحاكم والمحكوم ، ينشأ عنهما علاقة وطيدة بينهما . وتكافل سياسي في تسيير شئون الدولة ، وهو ما تستلزمه المسؤولية المتبادلة بينهما .

٢- تحقيق ذوات الافراد وما اوتوا من مواهب وملكات كي تستفيد الدولة والامة من لاقة طاقات ابنائها ، ولا سيما في شئون الحكم والسياسة وهذا هو المعنى بقوله تعالى : " وأمرهم شورى بينهم " كحقيقة اساسية من خصائص المسلمين فكانت واجبة في اتخاذها ابتداءً ، وواجبة التقيد بنتائجها انتهاً .

(١) النفوذ والقوة

(٢) الغالبية

(٣) الرد على الباطنية : ص ٦٦ .

ليست الطاعة - في الاسلام - مصدرها " فكرة الحق الالهي " التي كانت سائدة في اوربا بالنسبة للملوك ، في القرن السابع عشر والثامن عشر وانما السلطة في الاسلام انما تعنى " القيم العليا " في حالة الحركة والتنفيذ ، وهذا يستلزم ان يكون الحاكم مطاعا لذاته ولا لشخصه ، ولو كان رسولا مصطفى ، لقوله تعالى : " ليس لك من الامر شيء " وانما يطاع اذا كان مطيعا هو أولا ، وقد اكد هذا المعنى الخليفة أبو بكر - رضي الله عنه - بقوله : " اطيعوني مما اطعت الله فيكم " .

وعلى هذا ، فالسلطة لا تعنى " القوة المطلقة " وانما السلطة في الاسلام ليست الا تجسيدا لمبادئه ومثله وقيمه الخالدة ، ومن هنا كان وجوب الطاعة ، لتقيد السلطة بالكتاب والسنة عملا ومقصدا .

٤- ان الدولة دستورية شورية

مبدأ انفصال شخصية الحاكم عن الشخصية المعنوية للدولة في

الاسلام

ليس الحاكم الاعلى في الدولة - في نظر الاسلام - هو الدولة نفسها ، وانما يمثل سلطتها فحسب ، وينوب عن الامة في تنفيذ شرعها ولذا وجب أن يكون مطيعا قبل أن يكون مطاعا شرعا ، لان السيادة للمشرع لا للحاكم .

فالسلطة ان من مبادئ الشرع ، ولكنها مجرد وسيلة اقربها الشارع ، تنفيذ الامر وشرعه .

واما تكييف العلاقة القائمة بين الامة وحاكمها الاعلى فهي علاقة هامة ووكالة ، ومن هنا كانت الشورى ، وكانت السلطة التي يتقلدها

الحاكم لتنفيذ الشرع مستمدة من الامة ، التي هي صاحبة المصلحة الحقيقية ، فهو يستمد سلطته في تنفيذ الشرع من الامة بمقتضى عقد البيعة ، نيابة عنها ، ولكنه لا يستمد منها سلطة ^{التشريع} لانها لا تملكها اصلا ، اذ التشريع لله .

أما ان تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة ، فهذا يعنى ان ما يصدره من تشريعات اجتهادية ونظما ، ومراسيم ، ومشروطة بشروط ، هي أن تملك القدرة على الوفاء بحاجة الامة ، وان تكون مطابقة لمقتضيات الشرع في الاحوال والظروف المتغيرة ، ومن هنا كانت له سلطة ايقاف العمل لحكم الاباحة على ضوء من المصلحة العامة ، وهذا لا يتم بالارادة المنفردة ، بل بالشورى " التشريعية " التي تنشأ بعد اختياره ، حاكما أعلى ، ويضطلع بها " اولوالامر " في الامة ، وهم المتخصصون علميا في شتى الشؤون العامة ، وارباب الخبرات المهنية والزراعية والتجارية ، والسياسية والعسكرية ، ومجتهدو التشريع الاسلامي ، كما اشرنا آنفا ، وتكليف المباح بجعله واجبا او ممنوعا في ضوء الصالح العام . فالشورى السياسية هي أساس الرضا العام فيما يتعلق باختيار الرئيس الاعلى للدولة ، وهو مبدأ عام لا بد من تنفيذ مقتضاه في كل زمن وبيئة ، لانه من خصائص الامة الاسلامية " وأورهم شورى بينهم " . واما الشورى التشريعية فيتولاها المجتهدون بالاستعانة باولى الامر .

من هم اولوالامر في الامة ؟

قلنا ان الشورى " التشريعية " مبدأ يقضي باسناد الامر الى أهله حتى يستقيم الامر ، وليست مقصورة على الفقهاء المجتهدين ، كما يظن او علي خصوص الحكام ، بل تشمل كافة " ذوى الكفاءات " التي تتعلق

بجميع شئون الدولة ، ومجالات الحياة ، لما قدمنا من أن الحكم الشرعي ليس حكماً مجرداً يحمل في فراغ ، وإنما هو ذو موضوع يتصل بفروع من الاختصاصات ، فكان التلازم قائماً بين الحكم الشرعي ، والتخصص العلمي المتعلق بموضوعه ، إذ لا يمكن فصل الحكم الشرعي عن موضوعه الذي يتطلب خبرة علمية خاصة ، في نظر الاسلام .

فالشورى التشريعية إذ هي السلطة التشريعية في الدولة بالمعنى الخاص ، وهو يعنى استنادها الى كتاب الله وسنة رسوله وما يبنى عليهما من الاحكام الاجتهادية بمعايير تشريعية معروفة وبالاستعانة باهل الخبرة والتخصص في سائر الشئون ، وفي مقدمتهم الفقهاء المجتهدون .

وقد جاء في تفسير الطبري والقرطبي بيان للآراء الفقهية في تحديد المراد " بأولى الامر " ومنها انهم " أولو الفقه في الدين والعقل (١) " ومنها أنهم أولو العقل والرأى الذين يدبرون امر الناس (٢) " وهذا المعنى مقصورا على المجتهدين ، كما ترى .

ويذهب الامام محمد بن عبد الله الى معنى قريب من هذا ولكنه أشمل وأوضح ، إذ يقول " ان المراد بأولى الامر جماعة " أهل الحل والعقد " من المسلمين " وهم الامراء ، والحكام ، والعلماء ، وروءساء الجند وسائر الروءساء ، والزعماء الذين يرجع اليهم الناس في الحاجات والمصالح العامة ، فهو لا إذا اتفقوا على أمر أو حكم وجب أن يطاعوا

(١) تفسير الطبري : ج ٨ ص ٤٩ ، ص ٥٠٣ القيرطي : كتاب الشعب ص ١٨٢ ص ١٨٣

(٢) تفسير المنار : ج ٥ ص ١٨ وقد استند الامام محمد بن عبد الله في رأيه هذا الى تفسير النيسابوري الذي استند هذا بدوره الى الفخر الرازي .

فيه ، بشرط أن يكونوا منا ، وان لا يخالفوا أمر الله ولا سنة رسوله التي عرفت بالتواتر ، وان يكونوا مختارين في بحثهم الامر ، واتفاقهم عليه ، وان يكون ما يتفقون عليه من " المصالح العامة " وهو ما لولي الامر سلطة فيه ووقوف عليه (١) .

وقد ذهب الى هذا الرأي ايضا الشيخ شلتوت ، اذ يقرر ان اولي الامر ، هم : " أهل النظر الذين عرفوا في الامة ، بكامل الاختصاص في بحث الشؤون ، وادراك المصالح ، والغيرة عليها وكانت طاعتهم هي الاخذ بما يتفقون عليه في المسألة ذات النظر والاجتهاد ، بما يترجح فيها ، عن طريق الاغلبية او قوة البرهان (١) . وهذا ، ينفي أن يكون المقصود بأولي الامر خصوص الحكام وأهل المجتهدين من الفقهاء كما ترى .

هذا وقد كان لسمر رضي الله عنه - نوعان من الشورى : عامة وخاصة أما العامة فكان يلجأ اليها في الامور الخطيرة ذات الشأن أما الخاصة فكانت للتعرف على الحقيقة والمصواب فيما يجتهد فيه من الاحكام الشرعية ، وكان مجلسها يتكون من مجتهدى الصحابة الذين يتكون منهم النخبة المختارة من أهل العلم ، ومن لهم سابقة في الجهاد والاخلاص في انشاء الدولة وحمايتها .
نظرية الشورى في التشريع السياسي الاسلامي :

انما كان الاجتهاد الفردي والجماعي في احكام الشريعة اصلا

(١) الاسلام عقيدة وشريعة : ص ٤٦٢ .

من أصول فقهها فمعنى ذلك أن حرية الرأي والتعبير لا سيما فيما يتعلق بالتشريع الاجتهادي - وهو من الخطورة بمكان - أصل من أصول الشريعة ، غير انه مقيد - كما قلنا - بما لا يمس أصلا من أصول العقيدة أو الاصول المقطوع بها ، أو العبادة وما لا يضر الغير أو بالدولة .
وحرية الرأي والتعبير في الشريعة كاملة وغير مقيدة الا بما ذكرنا وهي مظهر من مظاهر الشخصية الانسانية ، لانها تحقق وجودها الفكري بما تعبر عن ملكاتها ومواهبها .

فالشورى - وهي خصيصة من خصائص الامة الاسلامية كما قلنا - مبدأ عام مقرر في القرآن الكريم ^(١) وهو : في الميدان الاجتهادي - حق لمن استوى على درجة معينة من الكفاءة العلمية الاجتهادية ، كما انه واجب في الوقت نفسه ، فكان حقا وظيفيا اذ المصلحة التي رسمها الشارع غية الشورى راجعة الى الامة أصالة ، لا الى الفرد أو الجماعة التي تنهض بها .
أما أنه حق فلان الامة - مثله في أهل الحل والعقد - تقع على عاتقها المسؤولية ولية المشتركة في النهوض بعبء الاجتهاد التشريعي ، لانه من مستلزمات الشريعة ضمانا لاستمرارها ولخلودها باستجابتها للوفاء بحاجات الزمن ، وفي توجيه السلطة القائمة بالحكم عملا بمقتضى الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وما يقرره - قوله صلى الله عليه وسلم

(١) قال تعالى : " فما أوتيتم من شيء فمتاع الحياة الدنيا ، وما عند الله خير وأبقى للذين آمنوا وعلى ربهم يتوكلون ، والذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش ، وإذا ما غضبوا هم يغفرون ، والذين استجابوا لربهم ، وأقاموا الصلاة ، وأمرهم شورى بينهم ، ومما رزقناهم ينفقون)
سورة الشورى : آية ٣٦ - ٣٨ ذكرت الشورى خصيصة بين الخصائص الذاتية للجماعة الاسلامية

(كلكم راع وكلکم مسؤل عن رعيتہ) ولا مسؤلوية بدون حق أو سلطة
بداهة ، فالشورى على هذا سلطة وحق في آن معا .

١ - الشورى - حق واجب كفاي على الامة :

على أن الشورى اذا كانت أصلا من أصول التشريع الاجتهادى ، لانها
نواة الاجماع فان القرآن الكريم يقررها واجبا كفاييا ، على الامة سواء
في باب الاجتهاد بالرأى أم في الحكم والسلطة والواقع فيه خلاف من قال
بالندب (١) ، لكن الراجح ما ذكرنا من الوجوب لانه خاصية أساسية لجماعة
المؤمنين ، أو عنصر من عناصر الشخصية الايمانية الحققة (٢) وانزلت سورة
في القرآن الكريم تسمى (الشورى) لتقرر ذلك .

ولقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشورى مع أنه كان فسي
غنى عنها ، لتأييده بالوحي ، ليسن للمسلمين هذا الطريق في الاجتهاد
بالرأى ، وتبادل وجوهه في كل مصلحة عامة تعرض ، وليتبعوه أيضا في تولية
الحاكم الاعلى ، تأكيدا لرضا الامة عن ينوب عنها في تنفيذ شرع الله وحكمه
فيها ، وجمعا لشتات آرائها .

٣ - أمر الرسول عليه الصلاة والسلام بالشورى في غير شأن الوحي :

قال تعالى (مخاطبا رسوله - صلى الله عليه وسلم -) وشاورهم
في الأمر (أى في غير أمر الوحي ، وأهم أمر لا يتعلق بالوحي ، انما
هو السياسة وتدبير شؤون الامة وبذلك يتبين لك أن ولي الامر لو كان
رسولا مصطفى - لا يستبد برأيه فيما لا يتعلق بأمر الوحي .

(١) تفسير ابن كثير : ج ١ ص ٤٢٠

(٢) الاسلام عقيدة وشرعية : ص ٣٦٨ (٣) آل عمران آية ١٥٩

على أن الخلفاء الراشدين - رضوان الله عليهم - اخذوا بمبدأ الشورى - بعد وفاة الرسول - صلى الله عليه وسلم - ايماناً منهم بأنه أصل عقيد في ادارة شؤون الامة ، ومن المقطوع به ان تحرى الحق الموافق للمصلحة من النزم واجبات ولي الامر ، لان " تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة " وبذلك قضى الاسلام على أعظم اسباب الآفة التي تصيب أداة الحكم في الامة وتبيده ، وهو الاستبداد بالحكم والتفرد بالرأى .
ثامن عشر - مبدأ المسؤولية في القرآن الكريم والسنة المطهرة :

الاساس العقائدي لمبدأ المسؤولية :

ترتبط المسؤولية - الفردية والجماعية - في القرآن الكريم بعقيدة الاستخلاف ، قال تعالى : (اني جاعل في الارض خليفة) وقال عز شأنه (آمنوا بالله ورسوله وانفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه) (١) .
فالخلافة الانسانية في الارض التي جاء القرآن الكريم بها عقيدة وهي مصدر الالتزامات الايجابية والسلبية التي تقع على عاتق الانسان المسلم لوجه نهوضه بأعباء هذه الخلافة ، حتى يتم له صوغ الحياة الانسانية على عين الشريعة : اعلاء لكلمة الله في الارض ، واخلاصا لله تعالى في صدق العبودية .

أ - المسؤولية صفة تكريم وتشريف :

وواقع الامر ان المسؤولية بنوعيتها تابعة من مبدأ الكرامة الانسانية

(١) راجع مؤلفنا : (الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده) بحث : الواقعية في نظر الاسلام الى المال ، (الفرد مستخلف للانفاق والتفكير) ص ١٦٣ وما بعد هذا .

الذي جاء به القرآن الكريم حقا عاما للبشر ، (ولقد كرّمنا بني آدم)
وقلنا ان الكرامة تستتبع السيادة ، ان لآكرامة بلا سيادة ، فالسوءولية
ان مشتقة من هذه السيادة ، ومن هنا ثارت سوءولية الانسان قبل
نفسه بوصفه سيّدا مسيطرا على هذا الكون ، او بوصفه ملكفا ان يكون
كذلك ، وقد زود الله سبحانه بالملكات الفطرية العليا ، وبوسائل
المعرفة ، و منافذ العلم ، من السمع والبصر والفؤاد - العقل - ولذا
كان مسؤولا عن كل اولئك ، أي عن قوة ملكاته الظاهرة والباطنة ، يؤكد
هذا المعنى قوله تعالى : (ان السمع والبصر والفؤاد كل اولئك كان
عنه مسؤولا) .

أى ان هذه هي الوسيلة التي تمكنه من السيادة وتحقيق معنى
الاستخلاف ، وهو مسئول عن استخدامها فيما خلقت له .

ب - سوءولية الانسان المسلم قبل نفسه تتبدى في وجوب اجتناب

نوازع الطغيان ودواعي الهوى ومنها :

الطغيان آفة البشرية ، والهوى عدو لقيم للحق ، والخير ،
وانسانية الانسان .

قال تعالى : (فأما من طغى ، وآثر الحياة الدنيا ، فان الحجيم
هي المأوى ، وأما من خاف مقام ربه ، ونهى النفس عن الهوى ^(١) فان
الجنة هي المأوى ^(٢)) وقال تعالى : (ونغروا سواها فآلهمها فجورها

(١) المقصود بالهوى - بواعث الشر والفسا والضلال التي تتنافى ودواعي
الخير والحق والصالح ،

(٢) النازعات : آية ٢٧ - ٤١ -

وتقواها قد أفلح من زكاها وقد خاب من دساها (١) .

ج - المسؤولية الفردية الدينية :

يقرر القرآن الكريم مبدأ المسؤولية الدينية في آيات صريحة مؤداها ان كل انسان مجزى بعمله ، ان خيرا فخير ، وان شرا فشر ، وان مسؤوليته شخصية لا يحمل وزره احد غيره ولو كان ذا قرين ، قال تعالى : (وان تدع مثقلة (٢) الى حملها ، لا يحمل منه شيء ، ولو كان ذا قرين) وقال جل شأنه : (ألا تزر وازر اخرى) ، وقال تعالى : (وان ليس للانسان الا ما سعى ، وان سعيه سوف يرى ، ثم يجزاه الجزاء الاوفى) (٣) وقال تعالى : (لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت) (٤) الى غير ذلك من الايات الكثيرة التي تؤكد مبدأ المسؤولية الاخروية ، وهذا اشد خطرا ، وأوقع أثرا في نفس المؤمن ، ان تحرره وجدانا وقلبا من دوافع الاثم وبواعث الوبر ، كما تصفى نفسه من كدر المادة ، وشهوة الطغيان .

د - المسؤولية الفردية الدنيوية مزدوجة :

١ - اساسها الفقهي :

تعتبر هذه المسؤولية صدى أو انعكاسا للتكاليف العبادية والحيوية المادية والمعنوية التي تشغل بها ذمة المسلم قبل نفسه وقبل غيره من الفرد أو المجتمع وبذلك أضحت للفرد المسلم في القرآن الكريم شخصيتان

(١) الشمس : آية ٧ - ١٠ .

(٢) الى نفس ثقلت عليها اوزارها .

(٣) النجم : الاية ٣٦ - ٤١ .

(٤) البقرة : الاية : ٢٨٦ .

شخصية فردية وشخصية اجتماعية ذات التزامات قبل غيرها كما اسلفنا .
هذه الشخصية المزدوجة في تكاليفها الشرعية بينها قوله تعالى
(ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ، ولكن البر من آمن
بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبیین (١٠٠ الآية) (١) وهذه هي
الالتزامات أو التكاليف المتعلقة بالفرد من حيث هو شخص مستقل عن
غيره (٢) ، فهو ان مسؤول عن اضلال نفسه .

واما تكاليفه الاجتماعية فيبينها قوله تعالى بعد ذلك : (و آتى
المال على حبه ذوى القربى واليتامى والمساكين السبيل ، والسائلين
وفي الرقاب ، وأقام الصلاة ، وآتى الزكاة ، والموفون بعهدهم اذا
عاهدوا ، والصابرين في البأساء والضراء ، وحين البأس أولئك الذين
صدقوا وأولئك هم المتقون (٣) وهذه هي مسؤوليته الاجتماعية قبل
غيره من الفرد أو الأمة .

على أن هذه المسؤولية الفردية قد اكدتها السنة النبوية ، إذ
رفض الرسول - صلى الله عليه وسلم - شفاعته أسامة قائلًا : (انما أهلك
الذين من قبلكم ، انهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق
فيهم الضعيف اتابوا عليه الحد ، فوالذي نفس محمد بيده ، لو أن
فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها) .

(١) البقرة : الآية ١٧٧ .

(٢) هناك تكاليف اخرى شرعها القرآن الكريم تتعلق بالفرد كشخص
مستقل من الحلم والاعتدال في الانفاق والمحافظة على الحياة منقاداً
من القائمه في التهلكة وغير ذلك ولكن الذي يعيننا هنا أن نقرر
أزد واج هذه الشخصية ولو يذ كر بعض التكاليف الخاصة بكل منهما .

(٣) البقرة : الآية ١٧٧ .

فكل انسان رهن بما اكتسب ، ولا يحمل احد وزر غيره ، ولو كان رسولا مصطفى^(١) ، ولقد حمل الرسول صلى الله عليه وسلم عشيرته الاقربين المسوءولية ، وأبان لهم أنه لن يغني عنهم من الله شيئا عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين انزل الله : وأند رعشيرتك الاقربين) قال : (يا معشر قريش اشتروا أنفسكم ، لا أغني عنكم من الله شيئا ، يا بني عبد مناف لا أغني عنكم من الله شيئا ٠٠٠ الحديث) . وجلاها الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله : (كلكم راع ولكلكم مسؤول عن رعيته ٠٠٠ الحديث) .

هـ — المسؤولية تبرر الحرية التي هي مظهر للشخصية الانسانية

العاملة المستقلة :

على ان المسؤولية تبرر الحرية ، (ان لا مسؤولية بلا حرية او بلا سلطة) — والحرية تستتبع الشخصية العاملة المستقلة ، غير ان الفرد في نظر الشريعة ليس هو ناك الذي يدور في فلك الحرية المطلقة فالشريعة ان منحت الفرد حقوقه الشخصية من (الحرية والعصمة والمالكية)^(٢) باعتباره انسانا ، قيدت ذلك كله بما ألفت عليه من مسؤولية — دينية ودينية — لتحديد من حريته بما يمنع الاضرار عن نفسه وغيره ولا ريب أن المسؤولية الفردية ان تستتبع الحرية تبررها ، وهي من جهة اخرى تقيدها بدائرة البر والصالح العام^(٣) .

(١) قال تعالى : (ما عليك من حسابهم من شيء وما من حسابك عليهم من شيء)

(٢) التلويح على التوضيح ضد للتفتازاتي — ج ٢ ص ١٦٢ .

(٣) راجع مؤلفنا : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص ٢ وما بعدها .

و- الفرد في نظر الشريعة كائن حي حر مستقل مسؤول :

فالفرد اذن - في نظر الشريعة - كائن حي حر مستقل مسؤول ولكن هذا الاستقلال ليس تاما ، بل هو مرتبط بالجماعة ارتباط تعاون على البرزخ والصالح الانساني العام (وتعاونوا على البر والتقوى ، لا تعاونوا على الاثم والعدوان) وبذلك يكون الفرد ملزما ايجابيا بالتعاون على الخير المشترك ، وملزما سلبيا بتجنب الاثم والفساد والاضرار ، وهذه القاعدة بوجهيها - الايجابي والسلبى - تعتبر قاعدة عامة حاكمة على التشريع الاسلامي كله ^(١) كما انها تستبرأ اساسا عاما للمسؤولية ارساها القرآن الكريم ، بنهض عليها مبدأ التكافل الاجتماعي الملزم .

ز - ثمة المسؤولية الفردية من الناحيتين النظرية والعملية :

تظهر ثمة المسؤولية الفردية بالنسبة للمسلم من الناحية النظرية انها لا تجعل من الفرد مجرد آلة اجتماعية مسخرة ، تعمل لصالح المجتمع دون مصلحته الشخصية .
اما ثمرتها من الناحية العملية ، فانها تجعل المسلم أهلا للتعاقد والتملك ومن هنا كان اقرار الشريعة الاسلامية للملكية الفردية ، كحقيقة ثابتة معلومة من الدين بالضرورة ، وذلك مما يسائر الفطرة الانسانية فضلا عن كونها وسيلة مثمرة لاداء الحافز الذاتى للفرد ، وتنشيط مواهبه وملكاته ، للعمل لصالح المجتمع على سواء ، وبدهي ان

(١) المرجع السابق .

هذا عامل اساسي في تقدم المجتمع وازدهاره (١) .

ح - المسؤولية الجماعية في القرآن الكريم :

١- اساسها العقائدي :

ترتبط المسؤولية الجماعية - قبل نفسها وتجاه الافراد - بعقيدة الاستخلاف (٢) ايضا ، قال تعالى : (وعد الله الذين آمنوا وعملوا الصالحات ، ليستخلفهم في الارض كما استخلف الذين من قبلهم) (٣) وعلى هذا فالامة الاسلامية نائبة عن الله سبحانه وتعالى في مباشرة ما تقتضيه عزته تعالى في أرضه التي استخلفها فيها ، فقد رد اليها العزوة والسيادة بعد الله تعالى ورسوله : (ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين) (٤) فالامة مكلفة بأن تكون كذلك ، ومن ثم نشأ اساس مسؤوليتها بوصفها الجماعي وعلى سبيل التضامن .

٢- الاساس الفقهي للمسؤولية الجماعية :

على أن القرآن الكريم أرسى قاعدة المسؤولية التضامنية للامة الاسلامية ، بيد و ذلك واضحاً في آية التعاون (٥) وفي آية الولاية والنصرة المفروضة على المسلمين بعضهم قبل بعض ، واقامة الصلاة وايتاء الزكاة ، وطاعة الله ورسوله وهذه هي الخصائص المميزة لهذه الامة بل قل التكليف الملقاة على عاتقها ، لكي تتحقق تلك الخصائص فيها، والتكليف يستوجب المسؤولية . قال تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ، يأمرون بالمعروف ، وينهون

(١) المرجع السابق

(٢) الاساس العقائدي : تعتبر مشتركا بين المسؤولية الفردية والجماعية

(٣) (الطور + الاية ٥٥) (٤) المتأفقون : الاية ٥٠ (٥) النشأة الاية ٤١

عن المنكر ، ريبقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة ، ويدعيون الله ورسوله
اولئك سيرحمهم الله ، ان الله عزيز حكيم (١) .
والتكليف هنا منصب على هذه الخصائص في الامة الاسلامية ايجاد
وحفظا ، ولا يتم حفظها وصونها فيها الا بابعاد كل ما من شأنه ان
يهدمها او يخل بها .
من ولاية الاجنبي ، فانها تذهب بهذه الخصائص لان الاجنبي
لا يشارك فيها بل يسعى الى القضاء عليها .
ومن هنا وجب الاخذ على يد كل ظالم او مفسد من ابناءها وهذه
هي سوءولية الامة قبل الفرد وقد حدد القرآن الكريم هذه المسؤولية
الجماعية بقوله تعالى :

(واتقوا فتنة لا تصيبين الذين ظلموا منكم
خاصة) وأكد ذلك قول الرسول - صلى الله عليه وسلم (انما اهلك
الذين من قبلكم انهم اذا سرق فيهم الشريف تركوه) ويؤكد هذا الاصل
ايضا قوله تعالى : (ولتكن منكم امة يدعون الى الخير ، ويأمرون بالمعروف
وينهون عن المنكر ، واولئك هم المفلحون) (٢) . وليس هذا مجرد طلب
ندب واستحباب ولكنه واجب حتمي على القائد حين عليه ، ان جعل القيام
بهذا التكليف سببا في الفلاح المطلق ، والله ولي التوفيق .

* * * *
* * *
* *
*

(١) التوبة : الاية ٢١

(٢) آل عمران : الاية ١٠٤ .

(نظرية الحق والتعسف في استعماله)
في الفقه الاسلامي

مقدمة

منشأ الحق في الفقه الاسلامي :

من المعلوم بدهامة أن منشأ الحق (هو الحكم الشرعي) فلا يعتبر الحق حقا في نظر الشارع الا اذا قرره الشارع ، وتقريره انما يكون بحكم والحكم يستفاد من مصادر الشريعة ، فكانت مصادر الشريعة هي بعينها مصادر الحقوق .

على أن الاسباب التي تستفاد منها الحقوق ليست مثبتة لها بذواتها بل بجعل الله لها مثبتة ، ولذا بات من المقررات الشرعية أن الاسباب جعلية ، أي ليست مؤثرة بذواتها ، فعقد البيع مثلا يؤثر في اثبات ملكية المبيع للمشتري ، وملكية الثمن للبائع ، غير أن العقد ليس بذاته مثبتا لذلك ، بل بجعل الله له مثبتا ، فثبت أن الحقوق جميعا مصدرها الشرع ، وليس ذات الانسان ، ولا العقل البشري ، فالانسان - في نظر الشرع - لا يستحق الحق بحكم ذاته ، بل الحق منحة منه تعالى للفرد ويقرر الشاطبي هذا المعنى بقوله ، (لان ما هو حق للعبد انما ثبت كونه حقا باثبات الشرع ذلك له ، لا بكونه مستحقا لذلك بحكم الاصل (١)) ويقول في موضع آخر : (فان ما هو لله - أي من الحقوق - فهو لله ، وما كان للعبد فراجع الى الله من جهة حقه الى الله

(١) - الموافقات : ج ٢ - ص ٣١٦ .

فيه (١) ، ومن جهة كون حق العبد ومن حقوق الله ، ان كان الله لا يجعل للعبد حقا اصلا (٢) .

نخلص من هذا الى أن الشريعة هي أساس الحق وليس الحق هو أساس الشريعة ، وهذا الاصل تترتب عليه نتائج منطقية هامة .
النتائج المنطقية التي تترتب على هذا الاصل :

أولا - أنه تعالى انما منح الحق لحكمة هي المصلحة التي قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحق ، والا كان المنح لغير غاية ، وهو عبث ، والله تعالى منزّه عن العبث (٣) .

ثانيا : أن الاصل في الحق التقييد ، لانه اذا كان منحة من الشارع فهو مقيد بما يقيد به الشارع ابتداء .

ثالثا - ان الحق اذا كان منوحا لمصلحة قد قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحق ، تعين أن يكون تصرف الفرد بحقه مقيدا بما يحقق تلك المصلحة ، حتى يكون قصده في استعمال حقه ، موافقا لقصده الله في التشريع ، والا كان مناقضا للشرع ، ومناقضة الشرع باطلا (٤) .

(١) - يلاحظ أن الشاطبي يرى أن الحق الفردي ليس حقا خالصا لصاحبه بل هو مشوب بحق الله ، فاذا فسرنا (حق الله) بالمصالح العام أو حق الجماعة ، كان معنى هذا أن الحق الفردي ليس حقا محضا على التحقيق بل هو مشترك وسيأتي فضل بيان في هذا الموضوع ان شاء الله .

(٢) - الموافقات - ج ٢ - ص ٣١٦

(٣) - وقد جاء الشرع بهذه النتيجة ان قرر جمهور الاصوليين أن الاحكام معللة بمصالح العباد .

(٤) - اشار الى هذا المعنى الشاطبي في موافقاته ج ٢ - ص ٣٣١ .

رابعاً : منح الحق فرع وجوده ، ففكرة الحق ثابتة ، ودعامة أساسية فسي
الفقه الاسلامي (١) ، يرشدنا الى هذا اجماع علماء الاصول والفقهاء
على هذا ، واهتمامهم ببحث تقسيمه وبيان أنواعه ، وافرادهم له
موضوعاً برأسه في علم الاصول يسمى (بالمحكوم فيه) (٢) .

خامساً : ان الحق ليس غاية في ذاته ، بل وسيلة الى مصلحة شرع الحق
من أجلها ، ولو كان غاية في ذاته لكان من حق الفرد أن يتصرف
فيه وفق هواه ورغبته ، دون أن يقصد الى غاية اخرى يحققها من
وراء تصرفه ، ولقد أتى على النابر زمن كانت حقوقهم - في ظل
تشريعاتهم الوضعية - غايات بذاتها يمارسها اصحابها باراداتهم
الحررة دون أن يستهدفوا من وراء ذلك تحقيق مصلحة معينة مرسومة
الا ما توحى لهم به انانيتهم ومصالحهم الذاتية .

سادساً : ان الفرد كالجماعة كلاهما يختص بحقه ، ويرشدنا الى هذا
تقسيم الاصوليين الحق الى قسمين أساسيين : حق الفرد ، وحق
الله ، وتفسير هذا الاخير بأنه هو حلاله مما يتعلق به مصلحة
عامة .

(١) - سيتضح ذلك في بحث (حق الملكية) باقامة الادلة على أنه
(حق شخصي) وليس تنظيماً اقتصادياً ، غير أنه حق مقيد بالتزامات
ايجابية وسلبية مفروض على المالك اداؤها .

(٢) - لا نتفق مع الدكتور شفيق شحاته فيما ذهب اليه من أن تسمية
الاصوليين لاصحاب الحقوق (بالمكلفين) مشعر بأن طبيعة الحق
في الفقه الاسلامي تقترب من طبيعته في مذهب التضامن الاجتماعي
وسياتي ، تفصيل ذلك في موضعه ، نظرية الحق ، ص ١٠ وما بعدها .

سابعاً : ان الفرد ذو كيان مستقل ، وشخصية ذاتية في المجتمع (١) لا مجرد عنصر تكويني أو آلة اجتماعية .

ثامناً : الدولة كالفرد ، كلاهما يتلقى الحق منه تعالى ، فالفرد عبد الله ، لا للدولة ، فالله سبحانه وتعالى الذي منح الفرد حقه هو الذي منح الدولة حق الطاعة على الرعيصة .

وعلى هذا فلا تملك الدولة أن تمنح للفرد حقاً ، ان ليس حقها بأقوى من حق الفرد الا في حالة الاعتداء على حق الغير ، وأذا لم تكن مانحة للحق ، فليس لها أن تسلب الفرد حقه ، رعاية حق الفرد في حدود المصلحة العامة ، وتمكينه من التمتع به على وجه لا يضر غيره من الفرد والمجتمع .

هذا واذا تدخلت الدولة في شؤون الافراد ، فانما تتدخل في حق ثابت مقرر من قبل الله تعالى ، ولا يجوز الا في حدود رسمها الشارع الحكيم ترجع كلها الى مقتضيات الضرورة ، وكفالة الصالح العام ، وتطهير المجتمع من الاستغلال والفساد .

على أن الفرد - في نظر الشريعة - ليس هو ذلك الذي يدور في فك الحرية المطلقة ، فالشريعة ان منحت الفرد حقوقه الشخصية - من الحرية والعصمة والمالكية (٢) باعتباره انساناً ، قيدت ذلك كله بما

(١) - سيأتي أن (المسؤولية الفردية) تستتبع الحرية ، والا فلا مسئولية حيث لا حرية ، والحرية هي مظهر للارادة الواعية المستقلة ولكنها حرية مقيدة مسئولة .

(٢) - التوضيح لصدر الشريعة ج ٢ - ص ١٦٢ .

ألقى عليه من مسئولية - دينية ودينية - لتحد من حريته بما يمنع الاضرار عن غيره ، ولا ريب أن المسئولية الفردية ان تستتبع الحرية تبرها - ان لا مسئولية حيث لا سلطة - فهي من جهة اخرى تقيدها بدائرة البروالصالح العام .

هذه المسئولية تجد لها واضحة في قوله تعالى (وكل انسان زمناء طائره في عنقه) وقوله تعالى : (من عمل صالحا فلنفسه ومن اساء فعليها) وقوله (فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره) وجلاها الرسول الكريم بقوله (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته . . الحديث) .

فالفرد ان - في نظر الشريعة كائن حي حر مستقل مسئول ، ولكن هذا الاستقلال ليس تاما ، بل هو مرتبط بالجماعة ارتباط تعاون على البروالصالح العام (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) وبذلك يكون ملزما ايجابيا بالتعاون على الخير المشترك ، وملزما سلبيا بتجنب الاثم والفساد والاضرار ، وهذه القاعدة - بوجهيها الايجابي والسلبي - تعتبر قاعدة عامة يقوم عليها التشريع الاسلامي كله فيما يتعلق بالحكام الدنيوية والمعاملات ، ولقد حكمها الائمة المجتهدون تحكما عاما في سائر التصرفات - المعاملات والتبرعات - وفي الاحكام المتعلقة بالبايعات غير المشروع الذي يحرك ارادة الفرد الى انشاء التصرف - فالقضاء لا يجوزون التعاون على الاثم والعدوان باطلاق بشتى صوره بالاتفاق (١) ، ومن ثم يبطلون كل تصرف انحرف به صاحبه تحت ستار من مشروعيته ظاهرا عن المقصد الشرعي الذي من أجله شرع ، لان في تنفيذه تعاوننا على الاثم والعدوان وهذا قيد عام يرد على كافة صور استعمال الحقوق .

وليس الخلاف بينهم في هذا الاصل ، بل في المناط الذى يتحقق به التعاون أو التذرع أو التحايل على قواعد الشرع ، أو مناقضة مقصد الشارع ،

ومما يؤكد هذه القاعدة بوجهها السلبي ، وهو وجوب الامتناع عن كل ما يضر بالخير ، قوله عليه الصلاة والسلام (لا ضرر ولا ضرار) .
هذه ثمرة المسئولية الفردية من الناحية النظرية : لا تجعل ممن الفرد آلة اجتماعية تعمل لصالح المجتمع دون مصلحته الشخصية .

أما ثمرتها من الناحية العملية ، فانها تجعله أهلا للتطك والتعاقد ومن هنا كان اقرار الشريعة للملكية الفردية ، كحقيقة ثابتة معلومة من الدين بالضرورة ، وكقاعدة اساسية في النظام الاقتصادي الاسلامي ، وذلك مما يساير الفطرة الانسانية ، وتقتضيه كرامة الانسان فضلا عن كونها وسيلة مشرة لا ذكاء الحافظ الذاتي للفرد ، وتنشيط مواهبه وملكاته ، للعمل لصالحه وصالح المجتمع ويدهي أن هذا عامل أساسي في تقدم المجتمع مواز هاره (١)

هذا ، ومسئولية الفرد قبل الجماعة مرجعها انه مكلف برعاية مصالحها كما هو مسئول عن تحصيل مصلحة نفسه سواء بسواء ، فمن حق الجماعة على الفرد الا يعبت بمصالحها تحت ستار ما منح من حقوق ، وأيدت الشريعة هذا الحق ، بأن أقامت من الجماعة نفسها رقبيا على تصرفات الفرد حتى في خالص حقه ، وهو قوة مانعة له من احداثه الاضرار بها قبل أن يقع ويستشري فساده ، بل فرضت عليها القيام بهذا الواجب رعاية لحفظها من عبث الانانية الفردية ، ولعل أوضح ما ورد في هذا الشأن حديث السفينة (٢) .

(١) - راجع مقال الشيخ أبي زهرة في رسالة الاسلام عدد ١ سنة ١١ ومقال

تراثنا الروحي للدكتور البهي ، المرجع السابق .

(٢) - اخرجه البخارى عن النعمان بن بشير .

على أن (المصلحة العامة مقدمة) (١) على المصلحة الفردية عند التعارض ، على ما هو مقرر في الشريعة ، ولولحق الفرد من جراء ذلك ضرر ، لانه ينجبر بالتعويض ، ولان في رعاية المصلحة العامة وتقديمتها رعاية للمصلحة الخاصة ضمنا ، كما أشار الى ذلك الحديث (نجوا جميعا) وما يؤكده ذلك ، ان الشارع حرم الاحتكار وكل ما يؤدى اليه تأكيداً للنفى الاضرار عن الناس ، ومن ذلك تلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادى ، كما أوجب التسعير الجبرى اذا تعدى التجار في أسعار ما يحتاج اليه الناس تعدياً فاحشاً ، وهذا - لا شك - تدخل في أصل حق الملكية للمصلحة العامة .

كذلك أجاز الشارع نزع الملكية الخاصة - في ظروف معينة - للمصلحة العامة (٢) وقد بين المحققون من الاصوليين (طبعاً الحق) الفردى في الفقه الاسلامي ، بأنه حق مشترك وليس فردياً خالصاً ، ذلك لان الصالح العام مراعى في كل حق فردى ، وهذا ما عبر عنه الشاطبي (بحق الله) ان يقول : وايضا ففي العادات - وهي الحقوق والمعاملات - حق الله تعالى من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع ، لان حق الغير محافظ عليه شرعاً أيضاً ، ولا خيرة فيه للعبد ، فهو حق الله تعالى صرفاً في حق الغير (٣) .

وهذا الاصل يعتبر قوام الحقوق الفردية ، بما يلقي عليها جميعاً من قيد المحافظة على حق الغير ، والامتناع عن الاضرار به .

كما أكد هذا المعنى الفقهاء في صدد بحقهم في (فكرة الباعث)

وأثره في التصرفات كما قدمنا آنفاً .

(١) - المرافقات - ٢ - ص ٣٥٠ .

(٢) - المرجع السابق .

(٣) - الموافقات - ٢ - ص ٣٢٢ .

الحق

الفقه الاسلامي

المبحث الاول : أنواع الحقوق : الحق الذاتي ، والحق الغيري أو الوظيفي المنزلة الوسطى ، الحق التقديري .

المبحث الثاني : تعريف الحق لفة - تعريفه عند الاصوليين ونقده ، تعريفه عند الفقهاء القدامى ونقده ، تعريفه عند المحدثين ونقده ، تعريفنا للحق وتحليله وبيان صلته بنظرية التعسف .

المبحث الثالث : تعريف الاباحة عند الفقهاء القدامى ، تعريفها عند الاصوليين ، تعريفها عند الثانويين والفقهاء المحدثين تعريفنا للاباحة وتحليله وبيان صلته بنظرية التعسف .

المبحث الرابع : علاقة الحق بالحكم ، الحق وسيلة ، الوظيفة الاجتماعية للحق .

المبحث الاول

الحقوق الذاتية والحقوق الغيرية أو الوظيفية

الاصل في الحقوق أن تكون المصالح فيها ذاتية ، يستأثر بها أربابها ذلك ، لان الحق اختصاص شخص بمصلحة ما مادية كانت أم معنوية . غير أن شمة طائفة من الحقوق ، كحقوق الاسرة مثلا (١) ، لا تعود

(١) - وهي حقوق تستند في ثبوتها لاربابها الى ما يوجد بين الافراد من صلات الزوجية والقرباة كحق التأديب : تأديب الاب لصفيره وتأديب الزوج لزوجته ، وحق الولاية على المال ، وحق الحضانسة وحق الكفالة ، راجع الحق والذمة للاستاذ الشيخ علي الخفيف ، ص ١٨٩ و ١٩٠ .

المصلحة فيها على من تقررت لهم ، لانها عبارة عن سلطات قررها الشارع لبعض افراد الاسرة على بعضهم الاخر ، تفترن بواجبات مفروضة على صاحب الحق ، والمصلحة فيها غيرية لا ذاتية ، اذ لم تتقرر هذه الحقوق لاصحابها لرعاية اشخاصهم ، بل لرعاية مصلحة الاسرة بمجموعها ، ومن ورائها مصلحة المجتمع ، فالمصلحة فيها عامة ، كما ترى .

هذا ، وفي الفقه الاسلامي حق التأديب للاب على طفله مثلا ، لا يسع الاب الامتناع عن القيام بما يفرضه عليه هذا الحق من واجب التأديب والتهذيب والتغليم ، كما لا يسعه التقصير والاهمال فيه فضلا عن أن يتعدد الاساءة في توجيهه ، لانه مأمور برعاية الانظر والاصح له ، والا حرم هذا الحق ولذا يغلب على هذا الضرب من الحقوق صفة الواجب والوظيفة ، يقول الشاطبي " ان الاب في طفله أو الوصي في يتيمه ، أو الكافل فيمن يكفله مأمور برعاية الاصلح له (١)

(١) - الاعتصام للشاطبي ج ٢ - ص ١٢٢ ، ويعبر بعض الفقهاء عن الامر أو الوجوب بالطلب .

يقول قدرى باشا في كتابه الاحوال الشخصية مادة (٣٦٥) (يطلب من الوالد أن يعثني بتأديب ولده وتربيته وتعليمه . . الخ . وانظر

السرخسي ج ٢ - ص ٢٤٤ وفتح القدير ج ٣ - ص ١٩٤ / ١٩٦ ،

وتبيين الحقائق للزيلعي ج ٢ - ص ١٣٠ / ١٣٢ - جامع الفصول

ج ٢ - ص ٢٠ / ٢١ ، بداية المجتهد ج ٤ - ص ١٤ والمدونة ج ٤ ص ٥

كشاف القناع ص ٣٧١ - ج ٣ ، في الولاية على المرأة والصغير ، وانها

مفيدة بالنظر والمصلحة .

والحكمة الغائية في التأديب ، أن الشرع قدر أن مصلحة الاسرة
بمجموعها ، ومن ورائها مصلحة المجتمع ، تقتضي أن يكون لبعض افرادها
سلطة على بعضها الاخر : وان تؤيد بتوقيع جزاء مقدر في حدود معينة
اذا ما انحرف أو خرج على الاسرة ، وهي مصلحة ترقى الى اعتبارها حقاً
للمجتمع أو تربو على حق الخاضع للتأديب في سلامة جسمه وصونه عن
الايذاء والايلام ، وهو في الواقع استثناء من أصل عام مقرر في الشريعة
هو عصمة الانسان عن ايذائه وايلامه .

فوضح ان ، انه حق لم يتقرر ميزة للاب ، لتعكيه من استغلال
أولاده في مصلحته الشخصية ، والا كان متعسفا ومنحرفا عن الغاية التي
من أجلها منح هذه السلطة ، وانما تفر من أجل مصلحة الاولاد أنفسهم
التي تعود بالتالي على الاسرة بأكملها .

ونضرب لذلك مثلاً آخر ، حق الكفاءة ، فهو يتعلق بالنسب وتأسيس
القرابات ، فالمصلحة فيه عامة تعود على الاسرة والمجتمع ، ولذا لا يجوز
الشارع عضل الولي ، أي امتناعه عن تزويج من هي في ولايته من الكفاءة
لما في ذلك من تعسف يلحق الضرر بتلك المصلحة ، ان لم يتقرر هذا
الحق لمصلحته الخاصة ، ولذا جاز للمرأة أن ترفع أمرها الى القاضي ،
ليزوجها ممن رضيت به اذا كان كفواً ، صونا لمصلحة البنت والاسرة على
السواء ، ودرأ للتعسف (١) .

(١) - راجع في (عضل الولي) احكام القرآن للجصاص ج ٢ - ص ٤٧٢

بداية المجتهد ج ٢ - ص ١٣ تفسير الطبري ج ٥ - ص ١٨

انفع الوسائل ص ٢٠ ، الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ١٥٧ .

كما أن ولي الامر أو القاضي - وقد منح هذا الحق في حالة عدم وجود ولي خاص أو في حالة وجوده مع عضله بغير وجه حق - لا يجوز له التنازل عن حق الكفاءة هذا ، لأنه حق عام لجماعة المسلمين .

يقول السيوطي في الاشباه والنظائر (١) ، ليس له - للامام - ومن باب أولى القاضي ، وهو نائبه - أن يزوج امرأة - أى لا ولي لها - بغير كفاءة وان رضيت ، لان حق الكفاءة للمسلمين ، وهو كالتائب عنهم ، فلا يقدر على اسقاطه (٢) لأنه متعلق بالنظام الشرعي العام ، وتلك آية كونه حقا عاما .

وما قلنا في حقوق الاسرة نقولُه في الحدود ، وهي التي سماهـا الاصوليون (حقوق الله) تعظيما لشأنها ، لما يتعلق بها من النفع العام واخلاء العالم عن الفساد ، وصون أمن الجماعة ، فالشارع اسندها الى **أولي الامر** ، ومن البين أن المصلحة فيها ليست راجعة الى من وكل اليه ممارستها من رجال السلطة العامة في الدولة ، ولا الى فرد بعينه ، بل الى المجتمع كله . وهي حقوق مفروضة لا يجيز الشرع اسقاطها (٣) أو التهاون في اقامتها بحال .

(١) - الاشباه والنظائر للسيوطي القاعدة الخامسة (تصرف الامام على الرعية

منوط بالمصلحة - والاشباه والنظائر لابن نجيم المادة الخامسة ص ١٥٧ .

(٢) - ويعلق الحموي على كلام ابن نجيم في هذه المسألة بقوله : لان الحق

للعامة ، والا مان نائب عنهم فيما هو انظر لهم ، وليس من النظر اسقاط

حقهم (المرجع السابق والاعتساف في هذا جاء من قبل أن الاسقاط

لا مصلحة فيه ، فهو تصرف على نحو لا يحقق المصلحة ، بل فيـهـ

اهدارها .

(٣) - الا في ظروف خاصة ، نص عليها الفقهاء لمصلحة راجعة ، فيجوز

ارجاؤها كما في قول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا تقطع الا يـسـدى

في الغزو) وقاسوا على حد السرقة سائر الحدود ، خشية أن يلحق

المحدود بالاعداء .

وإذا كانت هذه الحقوق (وظيفية) يقرن فيها الحق بواجب مفروض
الاداء ، فهل تعتبر حقوقا بالمعنى الصحيح ، أو هي مجرد وظائف محددة .
لا يعرف الفقه الاسلامي ، هذه التفرقة ، بين الحق الشخصي
والوظيفي ، فسواء كان الحق مقررًا لشخص معين ، لمصلحته الذاتية أو من
أجل مصلحة الأسرة ، أم للسلطة العامة لمصلحة المجتمع ، فهو الحق بالمعنى
الفقهي ، ولم نر في تقسيم الأصوليين للحق قسما خاصا بالحق الوظيفي .
هذا بل جعلوا حق الله قسيما لحق الفرد .

وقد أكد هذا المعنى بعض الفقهاء المحدثين بقوله : (ويكفي
في اطلاق اسم الحق على المصلحة أن يترتب عليها فائدة ولو لغير المنسوبة
اليه (١) .

المنزلة الوسطى (٢) :

هذا وقد أشار القرافي في فروقه الى منزلة وسطى بين الحق والرخصة
فصاحب هذه المنزلة هو (من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتطبيق
وهل يعد مالكا أولا ، ؟ ذكر القرافي أنه (قد يختلف في هذا الاصل
في بعض الفروع) .

فالشفيع مثلا قد انعقد له سبب المطالبة بأن يتملك البيع بالشفعية
ولا خلاف في أنه غير مالك (٣) .

(١) - الحق والذمة ، للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٣٧ .

(٢) - الفروع للقرافي - ج ٣ - ص ٢٠ / ٢١ .

(٣) - المرجع السابق ص ٢٠ / ٢١ - ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري

(هي دون الملك وفوق الرخصة) مصادر الحق : ج ١ - ص ٨ .

وللمجاهد حق المطالبة بالقسمة والتطبيق اذا حيزت الغنيمة ، لانه
انعقد له سبب المطالبة ، ولكن هل يعد مالكا أم لا ؟ قولان : فقول
يملك بالحوز والاخذ ، وهو مذهب الشافعي ، وقيل : لا يملك الا بالقسمة
وهو مذهب مالك .

ويقابل القرافي ما بين المنزلة الوسطى هذه وبين الرخصة ، فيقول
عن صاحب الرخصة : (من ملك أن يملك) وعن صاحب المنزلة الوسطى (من
جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتطبيق) وينكر على الاول أن يكون مالكا
ويجعل الثاني محلا للنظر .

المنزلة الوسطى والحقوق التقديرية في الفقه الاسلامي :

قلنا ان الشريعة الاسلامية لا تعرف هذه التفرقة بين الحقوق ، فالحقوق
كافة بما يشمل الحقوق الذاتية والحقوق الغيرية . والحقوق التقديرية ، والمنزلة
الوسطى بين الحق والرخصة ، والرخص أو الحريات العامة .

المبحث الثاني

تعريف الحق وتحليله

ونتناول فيه المباحث الآتية :

- ١ - تعريف الحق لفسه .
- ٢ - تعريفه عند الفقهاء المسلمين ونقده .
- ٣ - تعريفه عند الاصوليين .
- ٤ - تعريفه عند فقهاء المسلمين المعاصرين وتحليله ونقده .
- ٥ - تعريفنا للحق وتحليله .

المطلب الاول

تعريف الحق

١ - تعريف الحق لفظة :

يطلق الحق لفظة على الملك ، والعمال ، والامر الموجود الثابت أو الثبوت والوجوب ، من حق الشيء اذا ثبت ووجب ، ومنه قوله تعالى (لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون) (١) .

وكل ما ورد من الاستعمالات اللفوية لكلمة (حق) يدور حول معنى الثبوت والوجوب .

٢ - تعريف الحق عند الفقهاء :

لم يعن الفقهاء بتعريف الحق بمعناه العام في الشرع ، اعتمدا منهم على المعنى اللفوي لكلمة حق ، ولعلمهم رأوا أنه من الواضح بحيث لا يحتاج الى تعريف (٢) .

غير أن بعض الفقهاء ، عرفه بتعريف يكتنفه الغموض ، كما يلزم منه الدور ، فقال : (الحق ما يستحقه الرجل لفظ (ما) عام ، يشمل الاعيان والمنافع والحقوق المحددة ، هذا فضلا عن ابهامها ، كما أن الاستحقاق الوارد في التعريف متوقف على تعريف الحق ، وهذا يتوقف على معرفة الاستحقاق ، فيلزم الدور ، وهو عيب في التعريف كما يقول المناطقة .

(١) - سورة يس آية ٨ . (٢) - الحق والذمة - ص ٣٦ - لشيخ علي الخفيف

(٣) - البحر الرائق ج ٦ - ص ١٤٨ . راجع في الاستعمالات الفقهيّة

الفقهي كتاب الحق والذمة - للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٣٤ وما

بعدها ، واحكام المعاملات الشرعية للمؤلف نفسه ص ٣٢ / ٣١

والمنار وحواشيه ج ١ - ص ٨٨٦ .

وفي شرح المنار : أن (الحق هو الشيء الموجود من كل وجهه
ولا ريب في وجوده) .
استعمالات الفقهاء للحق :

والمتبع للكلمة حق في استعمالات (١) الفقهاء يرى أنهم لم يطلقوا
الحق على مفهوم واحد ، بل على معان مختلفة مأخوذة من المعاني
اللفوية لكلمة حق .

هذا ، وأطلق الفقهاء كلمة الحق في بعض الحالات على جميع الحقوق
المالية وغير المالية ، فيقولون : حق الله وحق العبد (٢) ويريدون أحيانا
أخرى مرافق العقار ، كحق العسيل وحق الطريق (٣) ، وأحيانا على
ما ينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذي يعتبر حكم العقد
فبعد البيع حكمه نقل ملكية المبيع ، ولكن حقوقه تسليم المبيع ، ودفع
الثمن (٣) .

يتضح من هذه التعريفات - على ما فيها من ابهام وبعد عن تصوير
ماهية الحق أنها تدور حول المعنى الواضح للحق بمعناه اللفوي من
الوجود والثبوت .

نعم ورد تعريف الحق الملكية للنحاوي القدسي فيما نقله ابن نجيم
بأنه (اختصاص حاجز) وهو تعريف يكشف عن أهم خصيصة للحق بمعناه
العام ، فالأختصاص جنس في التعريف ، والأختصاص جوهر كل حق ، وهو

(١) - شرح المنار وحواشيه ص ٨٨٦ .

(٢) - الحق والذمة للشيخ علي الخفيف ص ٣٤ ، أحكام المعاملات الشرعية

الشرعية - للمؤلف السابق - ص ٣٠ / ٣٢ ، وأرجع المدخل إلى نظرية

(٣) - الأشباه والنظائر ج ١ - ص ١٢١ ، وأرجع المدخل إلى نظرية
الالتزام للإستاذ مصطفى الزرقا ج ٤ - هامش ص ٣٤ .

عبارة عن علاقة أو رابطة بين شخص وشيء ، أو بين شخص وشخص
تمنح صاحبها استثنائاً على موضوعها (١) .
٣- تعريف الحق عند الأصوليين :

عني الأصوليون بتقسيم الحق في (باب المحكوم به) وهو فعل المكلف
الذي يتعلق به خطاب الشارع (٢) ، وقد قسموه الى قسمين رئيسيين : حق
الله وهو (ما يتعلق به النفع العام لجميع العالم ، فلا يختص به واحد
بعينه ، وضافته الى الله تعالى لعظيم خطره وشمول نفعه (٣) وحق
العبد - الفرد - ، وهو ما يتعلق به مصلحة خاصة .

غير أنهم لم يتعرضوا لتعريف الحق بما يزيد من معناه اللفظي
فقالوا : الحق في اللغة عبارة عن الوجود من كل وجه وجوداً لا شك فيه
ومنه هذا الدين حق : أي موجود بذاته صورة ومعنى ، ولفلان حق فسي
ذمة فلان ، أي شيء موجود من كل وجه .

غير أن بعضهم يقول في تعريفه (٤) (الحق الموجود والمراد به
هنا حكم يثبت) ويرد على هذا التعريف عدة أمور :

- (١) - الاشباه والنظائر - ج ١ - ص ١٢١ .
- (٢) - المرأة على المرقاة ج ٢ - ص ٢٩٤ المنار وحواشيه ص ٨٨٦ .
- (٣) - المنار وحواشيه ص ٨٨٦ ، شرح التلويح على التوضيح ج ٢ - ص ١٥٥
الموافقات للشاطبي - ج ٢ - ص ٣١٥ - وما بعدها ، الفروق للقرافي
ج ٢ - ص ١٤٠ (الفرق الثاني والعشرون) .
- (٤) - هو الفقيه عبد الحلیم بن محمد أمين الكنتوي صاحب حاشية قمر
الاقمار على نور الانوار شرح المنار ج ٢ - ص ٢١٦ وانظر نقلاً
هذا التعريف ايضاً في كتاب الحق والذمة ص ٣٧ والمدخل الى نظرية
الالتزام للاستاذ الزرقا ص ١٠ وما بعدها .

أولا - انه ينبغي عن منشأ الحق ومصدره ، لان الحق لا يعتبر حقا في نظر الشرع الا اذا قرره الشارع ، وتقديره انما يكون بحكم كما أسلفنا .

ثانيا - أن الحكم ، ان أريد به خطاب الله المتعلق بافعال المكلفين اقتضاء أو تخييرا أو وضعا ، فالحق ليس هو نفس الخطاب على ما هو الراجح (١) . وانما هو الاثر الثابت بالخطاب ، فعلاقة الحق بالحكم هي علاقة السبب بالسبب .

على أنه لو أريد بالحكم الاثر الثابت بالخطاب من الوجوب والحرمة والاباحة كما هو مفهومه عند الفقهاء ، فالتعريف غير مانع ، لان الاحكام الوضعية ما هو شرط لمشروط ، أو مانع لحكم ، أو سبب لمسبب ، ليست حقا لا حـ مع انها حكم ثابت ، .

هذا ، ومن الاحكام ما هو وارد على سبيل التخيير أو الندب ، وليس أي منهما حقا بل رخصة أو اباحة .

والخلاصة ان هذا تعريف بالاعم ، لان كل حق حكم ، وليس كل حكم حقا .

ع - تعريف الحق عند فقهاء المسلمين المعاصرين :

أورد بعض الفقهاء المعاصرين تعريفات (للحق) مختارة لديهم نتناول أهمها :

أولا - الحق (مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أولهما معا ، يقرها الشارع الحكيم) (٢) أول ما يؤخذ على هذا التعريف انه عرف الحق بغايته .

(١) - فالقرافي يذهب الى أن حق الله هو أمره ونهيه أي نفس الخطاب .

(٢) - الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٣١١ .

فالحق بذاته ليس مصلحة ، بل هو وسيلة الى مصلحة ، وتعريف الحق (بالمصلحة) خطأ شائع لدى كثير من رجال الفقه والقانون على السواء وكأنهم نظروا الى ما يستهدفه الحق من مصلحة ، فعرفوه بها .

على أن صاحب التعريف يشير الى أن علما اصول الفقه يذكرون في باب (المحكوم به) وهو الحقوق بمختلف انواعها ، انه - أى الحق ، فعلى الانسان الذى يتعلق به خطاب الشارع - أى ما يطلب من الانسان القيام به من قبل المشرع - وهو الله تعالى - لمصلحة الفرد أو المجتمع أو كليهما معا (١) فقول المؤلف : لمصلحة الفرد ، بيان للغاية ، لان اللام للتعليل ، وهذه المقدمة لا توصله الى ما انتهى اليه من نتيجة بقوله (راذن لنا أن نعرف الحق بأنه مصلحة ثابتة للفرد . . . الخ (٢) .

هذا ، والواقع أن وصف الاصوليين للحق بأنه فعل فيه تسامح ، ان الفعل ليس هو الحق ، بل هو أثر للحق ، وهذه الآثار قسمان ، بعضها ينتجها الحق في جانب من له الحق ، وهي مضمون الحق من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، وبعضها الاخر التزامات ينتجها الحق في جانب من عليه الحق ، فهي موضوع الحق لا مضمونه ، فالافعال اذن آثار الحق ، وليست هي ذات الحق وجوهه (٣) .

على أن من الآثار ما يكون التزاما بالامتناع عن عمل ، كحرمة اتلاف مال

(١) - المرجع السابق - ص ٢١٠ - ٢١١ .

(٢) - المرجع السابق .

(٣) - نفرق بين مضمون الحق وموضوعه أو محله ، فمضمون الحق ما يخلو له

الحق لصاحبه من سلطات لممارسته . اما موضوع الحق فهو محله

كالتزام الدائن بالاداء ما عليه من دين مثلا في الحق الشخصي .

الغير في جانب من عليه الحق ، ان يقتضيه الكف أو الامتناع عن قربانه ،
تأكيدا لمصونية حق الملكية ، وعلى أى حال ، فلافعال - ما كان منها -
ايجابيا أو سلبيا ، في جانب صاحب الحق أو من عليه الحق ان هـي
الا آثار الحق ، وليست هي الحق بالذات ، وفرق بين الشيء * وغايتـه
أو أثره .

والخلاصة : ان التعريف السابق ، تعريف للحق بغايته مع ذكر اقسامه
ثانيا - وعرف بعضهم الحق بأنه (ما ثبت للانسان استيفاؤه) ويقصد
(ما ثبت بعقضى الشرع) .

وتحليل هذا التعريف يتبدى لنا :

أولا - انه لا يظهر جوهر الحق ، بل موضوعه ، فالثابت استيفاؤه شرعا
بمقتضى الحق ليس هو الحق بل موضوعه ومحلّه ، وهو - وان أفساد
التعميم في موضوع الحق ، لان (ما) من الفاظ العموم حتى شمل
جميع القيم والاشياء التي يستأثر بها صاحب الحق - غير أنه لم يفد
التعميم من حيث أنواع الحق ، ان يثبت لغير الانسان من الاشخاص
الاعتبارية كالشركات وبيت المال ، والوقف ، حقوق مع أن التعريف
لا يشطها ، فلو استبدلنا كلمة شخص بانسان ، لكان جامعا ، ان الشخص
أعم من أن يكون حقيقيا أو اعتباريا .

وأيا التعريف غير مانع ، لانه يشمل الرخصة والاباحة ، ان هي مسا
يثبت استيفاؤه شرعا كذلك ، واطلاق الحق بمعناه الدقيق على الاباحية
تجوز ، لاختلاف كل منهما مفهوما ، والتفرقة بين الحق والرخصة لها
أهميتها في باب المعاملات لدى الاصوليين (١) والفقهاء ورجال القانون

(١) - راجع هذه التفرقة مع الامثلة وما يترتب عليها من أحكام - الفروق

على السواء (١) .

كما لا يشمل التعريف (حقوق الاسرة) من مثل حق الولي في تأديب الصغير ، ان المصلحة عائدة على غير صاحب الحق ، وهو المولى عليه ، كما قد منسأ .

ولو فسرنا (ما) بسلطة أو حكمة أو قدرة ، وقصرناها على هذا المعنى مع أن عمومها ينفي ذلك ، لما أبان التعريف ماهية المعرف أيضا ، من قبل أن هذه الامور أثر من آثار الحق .

ثالثا - وعرفه بعضهم بأنه (مصلحة مستحقة شرعا) (٢) .

-
- (١) - مصادر الحق في الفقه الاسلامي للدكتور السنهوري ج ١ ص ٤ وما بعدها ، واصل القانون للدكتور حسن كبره ص ٥٦٤ و ٥٦٧ ونظرية الحق للدكتور اسماعيل غانم ص ١٦٦ ط ثانية .
- (٢) - الحق والذمة ص ٣٧ ، واحكام المعاملات الشرعية ص ٣١ / ٣ للاستاذ علي الخفيف ، حيث يقول : والحق لا يعد وأن يكون منفعة أو مصلحة (مختصر) جرى كثير من رجال الفقه الاسلامي والقانون على تعريف الحق (بالمصلحة) من هو الا* الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه الحجج والعقود ج ١ - ص ٣٥ - والدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه مصادر الحق ج ١ - ص ٥ . وهذا نظر منهم الى موضوع الحق وغايته ، لا الى المعنى في ذاته . على أن تعريف الحقيق (بالمصلحة) قال به الفقيه الالمانى (اهرنج) صاحب النظرية الموضوع أو نظرية المصلحة . راجع نظرية الحق للدكتور اسماعيل غانم ص ١١ ونظرية الحق للدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٠ وأصول القانون للدكتور حسن كبره ص ٥٦٤ - ٥٦٧ .

وهذا التعريف على ايجازه - يرد عليه ، ما ورد على التعريف السابق ومن أنه جعل جوهر الحق مصلحة ، كما أنه يرد عليه ما ورد على تعريف صاحب البحر الرائق من لزوم الدور .

ولكنه يبين - بعد أن أتى بالتعريف السابق للحق - ما هو الحق في تعريف الحق ، فيقول : (والحق اختصاص بمصلحة أو منفعة) (١) ولو أورد هذا في التعريف فقال : الحق اختصاص بمصلحة ثابتة شرعا لكان أولى .

هذا ، وقد أتى بتعريف آخر للحق يصرح فيه أن المصلحة غاية الحق ، ان يقول الحق (ما ثبت لانسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه) (٢) ويشير الى أن الفقهاء درجوا على استعمال الحق بهذا المعنى ، ويرد على هذا التعريف أنه غير جامع ، لانه لا يشمل الحقوق التي ثبتت لغير الانسان من الاشخاص الاعتبارية ، كما أنه لا يشمل الحقوق الغيرية ، مع أن الفقهاء والاصوليين يطلقون عليها اسم الحق أيضا ، فثبت أن هذا المعنى قاصر عن أن يشمل جميع ما أطلق الفقهاء عليه اسم الحق .

أقننا الدليل فيما سبق على أن الحق في الشريعة الاسلامية ، ليس طبيعيا ، من كونه صفة ذاتية اقتضتها طبيعة الانسان ، بل هو منحة من الشرع للشخص ، لتحقيق مصلحة معينة ، فهو ان حق مقيد وغائي .

وتأسيسا على هذا النظر ، يمكن تعريف الحق بما يلي :

* الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء ، أو اقتضاء اداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة * .

(١) - الحق وللمذمة ص ٣٧ ، راجع البحر الرائق ج٦ - ص ١٤٨ حيث يقول

(٢) : (الحق ما يستحقه الرجل) .

(٢) - احكام المعاملات الشرعية ص ٣٠ / ٣٢ .

الاختصاص : هو الافراد والاستثمار ، وهو علاقة (١) تقوم بين المختص والمختص به ، وقد يكون المختص بموضوع الحق هو الله سبحانه وتعالى وهذه هي حقوق الله تعالى ، وقد يكون شخصا حقيقيا ، وهو الانسان أو مبنويا ، كالدولة ، والوقف ، وبيت المال ، وجماعة المسلمين ، والشركات والمؤسسات ، وغيرها من الشخصيات الاعتبارية .

وقولنا اختصاص : يخرج الاباحات والحقوق العامة ما هو مباح للكافة الانتفاع بموضوعه على سبيل الاشتراك دون استثناء ، أى أن الاباحة تـورث الافراد مكنة الانتفاع بموضوعها على قدم المساواة .

بقره سلطة : وهذا قيد يخرج الاختصاص الواقعي دون الشرعي كالغاصب والسارق ، فاختصاص الغاصب بالمغصوب حالة واقعية لا شرعية أى لا يقرها الشارع سلطة الغاصب على المغصوب ، بل يوجب عليه رد ما

(١) - قلت : ان تعريف الحاوي القدسي لحق الملكية بانه (اختصاص حاجز) الخ (يدل على ان الاختصاص جنس في التعريف ، يندرج تحته كل انواع الحقوق ، انظر الاشياء والنظائر لابن نجيم ج ١ - ص ١٢٠ .

على أن عبید الله بن سعید الاصولي الحنفي الملقب بصـدر الشريعة ، قد عرف حق الملكية في كتابه (وقاية الزواية في مسائل الهداية بانه اتصال شرعي بين الانسان وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه وحاجزا عن تصرف الغير) فالاتصال وهو علاقة أو رابطة ، جنس في التعريف ، وهو جوهر كل حق ، لانه اتصال على سبيل الاختصاص والاستثمار .

غضب ، وكذلك السابق ، فلا بد أن من اقرار الشرع للعلاقة الاختصاصية حتى تكتسب صفة المشروعية .

واقرار الشرع للاختصاص يستلزم كنتيجة منطقية حتمية اقراره سلطوية للمختص على ما اختص به ، تلك السلطة هي حرية التصرف في الحدود التي رسمها الشرع ، ويستلزم بالتالي اباحة الافعال اللازمة والملائمة لذلك الاستعمال والتصرف المشروع .

سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر :

هذه السلطة التي هي قسرين لا ينفك عن الاختصاص الذي أقره الشرع لصاحب الحق ، قد تكون منصبية على شيء ، وهذا ما يسمى (بالحق العيني) كحق الملكية ، وحق الحبس في المرهون ، وحق الارتفاق بالشرب ، وحق وضع الجذوع على حائط الجار ، أو تكون سلطة لشخص منصبية على اقتضاء أداء من آخر ، فالعلاقة هنا بين شخص الدائن وشخص المدين الملتمزم وهو موضوع العلاقة أداء التزام معين ، كالثمن المؤجل ، أو منفعة الاجير أو الامتناع عن الانتفاع بالمرهون ، وهذا هو الحق الشخصي .

والاداء : قد يكون ايجابيا ، كالقيام بعمل ، أو سلبيا كالاتناع عن عمل ، فالتعريف شامل لحقوق الله تعالى - كالعبادات والحدود وحق الجهاد ، وحقوق الاشخاص ، العينية والشخصية .

تحقيقا لمصلحة معينة :

متعلق بقولنا (يقربه الشرع أى أن اقرار الشرع للاختصاص الذى أسبغ عليه صفة المشروعية ، انما كان من أجل تحقيق مصلحة معينة - مطلوب من صاحب الحق العمل على توكيها وتحقيقها شرعا ، لأن - الاختصاص الشرعي وما يستلزمه من سلطة ، انما منح وأقر لذلك ، حتى اذا اتخذ الشخص الحق لتحقيق غرض يتنافى مع غاية الحق التى منسح من أجلها ، بأن اتخذه ذريعة للاضرار بالغير ، أو لتحقيق اغراض غير مشروعة ، كتحليل الرسا عن طريق بيع العينة مثلا أو اسقاط الوكالة عن طريق الهبة الصورية قبيل انتهاء الحول ، أو كل ما هو غش نحو - الفريضة ، وخرم لقواعد ها بتحليل محرم أو اسقاط واجب ، أو اتخذ الحق وسيلة للاضرار بالمجتمع بأن ابتغى تحقيق مصلحة خاصة ، ولكنها تتنافى والمصلحة العامة ، كالاختكار ، انسلخت صفة المشروعية عن هذا الاختصاص الشرعي ، واصبح هو وجميع لوازمه من الاعمال غير مشرور لأنه أصبح وسيلة لغير ما شرع له من مصلحة .

أهم ما يستنتج من هذا التعريف :

أولا : يميز بين الحق وغايته ، فالحق ليس هو المصلحة ، بل وسيلة اليها .

ثانيا : تعريف جامع يشمل حقوق الله تعالى ، وحقوق الأشخاص الطبيعيين والاعتبارية بنوعها : العينية والشخصية .

ثالثا : يبين مدى استعمال الحق بما ألقى عليه من قيد (تحقيقا لمصلحة معينة) اذ فيه تعليل لتقرير الشارع للاختصاص ولوازمه .

فكل حق في الشرع ممنوع لتحقيق غاية معينة ، وتظل حماية الشرع مبسطة على هذا الاختصاص ، مادام صاحبه ^{يقصد} إلى تحقيق تلك الغاية وبهذا القيد يخرج التصرف المطلق الذي ينحصر عن غايته المرسومه شرعا .

فهذا تعريف للحق في مفهومه الشرعي ، وهو في أصله مقيد بغايته المحددة له شرعا ، ضمن الاطار التشريعي العام .

رابعا : استبعد المصلحة من تعريف الحق ، كما استبعد الارادة لأن الاولى غاية الحق ، والثانية شرط لمباشرته ، واستعماله ، وفرق بين الغاية والشرط ، وبين جوهر الحق ، وانه علاقة شرعية اختصاصية ، وقد رأينا من الفقهاء من أبرز هذا العنصر الجوهرى في الحق ، من مثل الحاوى القدسي (١) ، و صدر الشريعة ، في تعريفهما لحق الملكية .
خامسا : شمل التعريف حقوق الاسرة ، وحقوق المجتمع (٢) وغيرها من الحقوق الغيرية او الوظيفية التي لا ترجع فيها المصلحة الى صاحب الحق ولا الى مباشره ، بل الى الغير (٣) ، غير ان الشريعة استنها حقوقا .

(١) الاشياء والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٢١ وما بعدها ، حيث عرف حق الملكية بأنه اختصاص حاجز - والحماية لصدر الشريعة ، حيث عرف حق الملكية بأنه (اتصال شرعي) والاختصاص والاتصال جنس في التعريف وكلاهما علاقة ورايطة . وهذا التعريف ينظر الى الحق من خلال صاحبه - الملكية في الاسلام للسيد ابسي النصر أحمد الحسنى ص ١٠ .

(٢) انظر اجكام المعاملات الشرعية ص ٤٠ وما بعدها .

(٣) كحق الولاية على الصغير ، فالمصلحة راجعة الى المولى عليه لا الى الولي صاحب الحق وكالحدود ، فهي حق الله ولكن المصلحة راجعة الى المجتمع ، وتباشرها السلطة العامة .

وبذلك كان الفرد في الشريعة الاسلامية يتمتع بحق ذي صفة -
مزدوجة ، الفردية باعتبار أنه حق شخصي أصلا ، وفي هذا تكريم
لشخصيته ، واعتراف بكيانه الذاتي ، وهذا الاعتبار يتصل بطبيعة
الشريعة من حيث هي في ذاتها رسالة دينية تعني - أول ماتعني -
بالفرد وذاتيته واصلاحه ، وصفة اجتماعية ، ترعى حق الغير من
الافراد والمجتمع ، وبهذا ينحقق التكامل الاجتماعي ، كنتيجة حتمية
وتشريعية ، أساسها مفهوم الحق نفسه .

وبذلك تكون الشريعة واقعية في تشريعها ، لانتجاهل أيا من
المصلحتين ، وتقدم المصلحة العامة عند التعارض ، مع الاحتفاظ بالتعويض
على الفرد أن كان له وجه ، رعاية للحقين ، ويضطلع بههمة التقييد
والتنسيق نظرية التعسف في استعمال الحق على ماسياتي بيانه .
وهذا النظر من الشريعة الاسلامية يتفق والفطرة الانسانية ، فالفرد
لاتنكر فرديته كما لاتنكر صفته الاجتماعية .

الفصل الثاني

التعسف في استعمال الحق

المبحث الاول

التكييف الفقهي للتعسف وتأصيله وتمييزه عن مجاوزة الحق طبيعة وجزا

لم يرد على لسان الاصوليين والفقهاء كلمة (اساءة) أو (تعسف)
في استعمال الحق وانما هو تعبير واعد الينا من فقهاء القانون في
الغرب ، هذا ودرج فقهاء جمهورية مصر العربية والجمهورية السورية
على استعمال كلمة " تعسف " واما في لبنان فاثروا استعمال كلمة

" اساءة " . نعم ، ورد في بعض الاصول كلمة " الاستعمال المذموم (١) تعبيرا عن التعسف أو الاساءة في استعمال الحق بالمعنى الذى نقصده اليوم .

هذا ، وقد وردت كلمة " المضارة في الحقوق " في كتاب الطرق الحكيمة ، لابن قيم الجوزية (٢) .

وأيا ما كان ، فما المقصود بالتعسف ؟ وهل ثمة فرق بينه وبين مجاوزة الحق ؟ .

المقصود بالتعسف : أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الاصل بمقتضى حق شرعي ثبت له - بمعرض أو بغير عوض - أو بمقتضى اباحة مأذون فيها شرعا - على وجه يلحق بغيره الاضرار ، أو يخالف حكمة المشروعية .

ونضرب لذلك مثلا يوضح الفرق بين التعسف في استعمال الحق ومجاوزة حدود الحق أو الاعتداء .

١ - اذا أقام مالك بناء على أرض غيره أو زرع أرض غيره ، اعتبر غاصبا أو معتديا ، ففعله غير مشروع أصلا ، لأنه لا يستند الى حق ولو كان فيه نفع لغيره ، ولكن اذا بنى رجل في أرضه ضمن حدودها ، حائطا عاليا ، فسد على جاره منافذ الضوء والهواء ، حتى أصبح

(١) المواقات ج ٣ ص ٢١٩ حيث يقول في التعسف في استعمال المباح

" فلم يزل أصل المباح ، وان كان مغمورا تحت أوصاف الاكتساب

والاستعمال المذموم " .

(٢) الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ، ص ٣١٠ .

منصب على كيفية استعماله ، اما بالنظر الى الباعث عليه أو مآله
وعلى ذلك لا يلزم التناقض أو التضاد (١) لتعدد الجهة .
فوحدة الصرف الشرعي لكل من التعسف والمجازة ، لا ينفي اختلاف
حقيقة كل منهما .

المبحث الثاني

التفرقة من حيث الجزاء

مجازة الحق اعتداءً وظلم ، ويترتب عليه جزاءان : دنيوي وأخروي
كما اذا صحبه قصد ايقاع الضرر ، ووقوع الضرر فعلا ، مهما كان قدره .
والجزاء الدنيوي يكون بازالة آثار التعدي عينا أن أمكن ، والتعويض
على المضرور ما لحقه من ضرر ، أو بكليهما معا حسب الاحوال ، وقطع
سبب الضرر ، حتى لا يستمر وقوعه مستقبلا .

أما الاخروي - وهو الاثم والعقاب - فجزاء قصد الاضرار .
وقد يكون الجزاء دنيويًا فقط اذا وقع الاعتداء خطأ دون قصد .
أما التعسف في التصرفات القولية ، فاذا كان نتيجة لباهت غير
مشروع ، لتحقيق مصلحة غير مشروعة ، كأن يهب أمواله صوريًا
قرب نهاية الحول ، لاسقاط الزكاة مثلا ، فثمة جزاءان دنيوي ، بابطال
التصرف ، وأخروي وهو الاثم ، وهذا هو الدور القائي للنظرية .

(١) الموافقات ج ٢ ص ٢٥٨ حيث يقول في صدد استعمال الحق
على وجه يعلم صاحبه أن أدائه الى المفردة قطعي عادة ، مع
أن له ندحة في استعماله على وجه آخر لا يلزم عنه ذلك المحذور
ولا تضاد في الاحكام لتعدد جهاتهما .

من المتعذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد ، أو بعبارة أخرى ، تعطلت بذلك المنافع المقصودة من الملك ، وهو ما يسي بالضرر الفاحش ، فهذا المالك يعتبر متعسفا في استعمال ملكه ، لأنه وإن تصرف في حدود حقه الموضوعية ، لكن لزم عن هذا التصرف أضرار بينة بالجار ، فتصرفته في الأصل مشروع ، لأنه يستند إلى ما يمنحه حق ملكيته من سلطات : التصرف المادي والشرعي ، والاستعمال ، والاستغلال ، وماتى التعسف هو ما آل إليه تصرفه من أضرار فاحشه بغيره كما ذكر .

مثال آخر :

٢ - من أوصى بما زاد عن الثلث ، يعتبر مجاوزا حدود حقه الذي منحه إياه الشرع ، وهو التصرف في حدود الثلث ، ففعله غير مشروع في الأصل ، لأنه لا يستند إلى حق ، والتعسف فرع وجود الحق ، فهو إذن متعمد لا متعسف .

أما إذا أوصى بالثلث أو بما دونه ، وقصد بذلك مضارة الورثة مثلا ، وقامت الأدلة والقرائن على هذا القصد ، اعتبر متعسفا ، لأن أصل الفعل مشروع ، لاستناده إلى حق ثابت له في الشرع ، لحكمة قصد هذا الشارع من تقريره هذا الحق له ، ولكنه استعمله لا بقصد تحقيق تلك الحكمة ، بل للاضرار بالورثة ، إذ " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام " ، فاتضح الفرق بين التعسف والمجازة .

لا يقال إن ثمة تناقضا بين وصف الفعل بكونه مشروعا في الأصل ، ثم وصفه بأنه متعسف فيه ، لأننا نقول ، الجهة منفكة ، فلا يلزم التناقض المزعوم ، إذ المشروعية منصبية على ذات الفعل ، والتعسف

وأما التعسف في التصرفات الفعلية اذا كان نتيجة لقصد الاضرار
ووقع الضرر فعلا ازيل الضرر بالتعويض ، لأن الواقع لا يرفع ، وقطع سببه ،
منعا لاستمراره في المستقبل .
أو بعبارة أخرى ، اذا كان التعسف بالنظر الى مآل التصرف
ونتيجه ، دون قصد الى ذلك المآل الممنوع ، فالجزاء دنيوي فقط
يمنع مباشرة سببه ، وبازالة آثار الضرر عينا أو تعويضا حسب الاحوال ،
سواء أكان الاستعمال معتادا أم غير معتاد . وعلى هذا فالجزاء الدنيوي
في التصرفات القولية يكون بابطال التصرف ، أما في التصرفات الفعلية ،
فمن المحال ازالة الضرر عينا ، لأن الواقع لا يمكن رفعه ، ولكن يمنع
استمراره في المستقبل ، بقطع سببه ، والتعويض عما وقع ، كما في استعمال
المالك عقاره على نحو يضر بغيره ضررا فاحشا .

تعريف التعسف :

قررنا أن نظرية التعسف مرتبطة أساسا بنظرية الحق ، وطبيعته ،
ومدى استعماله ويمكن تعريف التعسف بأنه : " مناقضة قصد الشارع في
تصرف ما دون فيه شرعا بحسب الاصل " .

المبحث الثالث

معايير نظرية التعسف

ففي الفقه الاسلامي

قلنا أن نظرية التعسف في الفقه الاسلامي تجمع بين معيارين رئيسيين هما
١ - المعيار الذاتي أو الشخصي : وهذا يستدعي النظر في العوامل
النفسية التي حركت ارادة ذي الحق الى التصرف بحقه ، من

الاضرار ، أو الدافع الى تحقيق مصالح غير مشروعة .

٢ - المعيار المادى : الذى يعتمد ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع ، وما يلزم عن ذلك من مفسدة ، ووسيلته فسي ذلك الموازنة ، فاذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل ، وهذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها تبتل بعض ، والحق الفردى مع المصلحة العامة من باب أولى .
ونبحث هذين المعيارين الرئيسيين بالتفصيل :
المعيار الأول ذو شقين :

أ - الاول : تحض قصد الاضرار .

ب - الثاني : الباعث غير المشروع .

أولا : تحض قصد الاضرار :

هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأصلها ، بدليل وجوده في الشرائع القديمة ، هذا ، ومجاناته لمبادئ ظاهرة ، غير أن الكشف عنه من العسر يمكن ، لذا يستعان بالامور الظاهرة المادية ، كالقرائن في تبيته .

هذا ، والقصد الى الاضرار بالغير ممنوع في الشريعة ، فيمنع الفعل الذى اتخذ وسيلة للتعدير عنه أو لتحقيقه ، لأنه يتنافى مع قصد الشارع من تشريعه للحقوق .

الفروع الفقهية في مختلف المذاهب تطبيقا
لهذا المعيار

في المذهب الحنفى : ذهب ابو يوسف الى منع من يستعمل حقه

يقصد الاضرار بغيره ، فقد جاء في كتاب الخراج مانصه :
وسألت أمير المؤمنين عن الرجل يكون له النهر الخاص ، فيسقي منه حرثه
ونخله وشجره ، فينفجر من ماء نهره في أرضه ، فيسيل الماء من أرضه الى
أرض غيره فيغرقها ؟ قال ليس على رب النهر في ذلك ضمان ، من قبل
أن ذلك في ملكه وكذا لو نزلت أرض هذا من الماء ففسدت ، لم يكن على
رب الأرض شيء ، وعلى صاحب الأرض التي غرقت ونزلت أن يحصن أرضه . ولا
يحل لمسلم أن يتعمد أرضا لمسلم أو ذمي بذلك ، ليغرق حرثه فيها
يريد بذلك الاضرار به ، فقد نهى الرسول - صلى الله عليه وسلم - عن
الضرار ، وقد قال : ملعون من ضار مسلما أو غيره ، وإن عرف أن صاحب
النهر يريد أن يفتح الماء في أرضه للاضرار بجيرانه ، والذهب بغلاتهم
وتبين ذلك ، فينبغي أن يمنع من الاضرار بهم (١) وهذا بين .
وفي المذهب المالكي جاء في تبصرة الحكام :

" لو ادعى الصعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة ، وليس لهم من
قصد الا التشهير بهم ، وإيقانهم أمام القضاء ايلاما وامتهانا ، لا تسمع
الدعوى ، ويؤدب المدعي " (٢) .
وورد فيها أيضا : " لو ادعى غصبا على رجل من أهل الخير ففسد
الصحيح من رأى مالك أن الدعوى لا تسمع ، ولا يحلف المدعي عليه لكلا
يبتطرق الارازل والاشرار الى أذية أهل الفضل والاستهانة بهم " (٣) .
وهذا - كما ترى - تخصيص لقوله - صلى الله عليه وسلم -

-
- (١) الخراج - لأبي يوسف - ص ١٦١
(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١١٩ وما بعدها .
(٣) المرجع السابق .

" البينة على من ادعى واليمين على من انكر " بالمصلحة وهي
دفع الضرر أو التعسف وقضاء .

انتقاء المصلحة المشروعة قرينة على قصد الاضرار

غير أنه لعسر تبين هذه النية يستعان بالقرائن ، ومن ذلك أن لا يكون
له منفعة في استعمال حقه ، ومع ذلك يترتب عليه ضرر بغيره ، فيمنع
لأن ذلك قرينة على تحض قصد الاضرار ، ويمنع من باب أولى ، اذا استعمل
حقه على وجه سلبي ، بأن يمنع غيره من الارتقاء بأرضه مثلاً ، اذا ترتب على
هذا الارتقاء نفع لكليهما ، كما جاء في قضاء عمر (رض) (١) في قضية
محمد بن سلمة .
وفي الفقه الشافعي :

تقرر في الفقه الشافعي وغيره ، أن حبس المدين الماطل عن الاداء
شرع وسيلة لآكراهه على اظهار ما يخفي من ماله ، وفاقاً لدينه شريطة أن يكون
قد غلب على الظن يساره ، فيحبس بناءً على طلب الدائن ، حتى اذا ثبت
أعمار المدين ، فلا يجاب الدائن الى ظلمه لأن استعماله لحقه في هذه
الحال لا يؤدي الى المقصود ، ويمكن أن يعتبر قرينة قاطعة على أنه يقصد
مجرد احداث الضرر بدينه والوسائل لم تشرع لذلك ، لأن الاصل أن اعمال
المكلفين يجب أن يكون القصد فيها موافقاً لقصد الله في التشريع ، أي أن
تستهدف

(١) راجع أدلة النظرية في فقه الصحابة ، تفصيل القول في هذه

القضية في كتابنا نظرية التعسف .

المصالح التي شرعت لاجلها ، وهو الأصل الذي بنيت عليه الشريعة
والا كانت المناقضة والتعسف .

ويقول العلامة العز بن عبد السلام الشافعي في هذا الصدد : " ان

ثبت عشره فلا يجوز حبه حتى يثبت يساره " (١)

هذه هي الامام احمد في كشف القناع من تطبيقات هذا الأصل ، ان صاحب الحائط

الذي يستتر ملك جاره به ، لا يملك هدمه دون عذر قوي ، أو غرض -
صحيح ، فالحق في التصرف هنا مقيد با لا يعود على غيره بالضرر
واستعماله دون غرض مظنة قصد الاضرار ، فيمنع .

أما اذا كان له غرض صحيح ، فله ذلك ، لانتفاء قصد الاضرار ،

ولأنه اذا كان له مصلحة ظاهرة في هدمه ، فمنعه من تحصيلها مضرة
والضرر لا يزال بالضرر (٢) .

وجاء فيه أيضا (٣) " وليس له - أي رب الحائط - منعه - أي

منع جاره من وضع خشبه ، واذا لم يكن يناء السقف الا به دون الاضرار
بالحائط لما تقدم فان أي رب الحائط تمكنه منه أجبره الحاكم عليه
لأنه حق عليه (٤) .

(١) القواعد ج ١ ص ١٠٢ - الطرق الحكمية ص ٧٣ وما بعدها

معين الحكم ص ٢٣٣ .

(٢) كشف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ .

(٣) المرجع السابق

(٤) كشف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ .

ثانيا : استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها :

قلنا في تعريف التعسف ، أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الاصل ، وهذا المعنى يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع لأن قصد ذى الحق في العمل هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع ، ومعاندة قصد الشارع عينا باطلا ، فيكون باطلا بالضرورة كل ما أدى الى ذلك ، ولا خلاف بين العلماء في هذا ، لأنه تحيل على المصالح التي بنيت عليها الشريعة وهدم لقواعدها ، وانما الخلاف بينهم في أمر آخر ، هو الوسيلة التي يتوصل بها الى كشف ذلك القصد أو الباعث به يثبت ؟ المعيار الثاني الاختلال البين في توازن المصالح - أو انعدام التناسب .

وينطوي هذا المعيار على الضوابط الآتية :

أولا : الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين ، بحيث لا يكون ثمة تناسب بينهما اطلاقا .

ثانيا : الضرر الفاحش اللاحق بالجار من جراء استعمال المالك لعقاره .

ثالثا : الضرر العام اللاحق بالمجتمع أو بقطر من اقطاره ، أو بأهل

بلد من ذلك القطر ، أو بأهل حي من ذلك البلد ، أو جماعة عظيمة

منهم ، من جراء استعمال الحق الفردي .

وهذه الضوابط الثلاثة ، يجمعها معيار اختلال التوازن البين بين

المصالح المتعارضة . وقد ذكرنا ، أن هذا المعيار موضوعي مادي ،

ينظر الى ثمة الافعال ونتائجها في حد ذاتها ، وبينما أنه مشتق من

أصل مستقر في أصول الفقه الاسلامي ، وهو النظر في مآلات الافعال

الذي تفرع عنه مبدأ سد الذرائع ، والاستحسان ، والاستصلاح (١) ومراعاة الخلاف ، كما تأيد بالقواعد المحكمة (٢) .
المعيار الثاني الموضوعي للضرر الفاحش :

هذا المعيار قرره الفقه الاسلامي ، لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة ، لاسيما في العلاقات الجوارية ، ولا شك أن في تنظيمها وتنسيقها ، رعاية للمصالح العام .
وقد رأينا المذهب المالكي والحنبلي ، ورأى فقهاء الحنفية المتأخرين الذي استقر في المذهب الحنفي (٣) ، أن حق المالك مقيد في التصرف بملكه قضا ، بما يمنع الاضرار الفاحشة عن جاره ، وهي المضار غير المألوفة .
أما الضرر المألوف ، فلا بد من تحمله والتسامح فيه ، اذ لو قيل بمنعه ، لأدى ذلك الى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة وذلك يخالف النصوص الواردة في ولاية التصرف في الملك ، كما أنه مخالفة للاجماع والمعقول ، لعدم استقامة امكانية استعمال حق الملكية باطلاق .

-
- (١) راجع الاصول الفقهية التي تؤيد نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٤٠٣ وما بعدها .
(٢) راجع القواعد الفقهية التي تثبت النظرية ص ٤٠٣ وما بعدها .
(٣) راجع علاقات الجوارح ص ٨٠٣ وما بعدها وراجع اصول التكافل الاجتماعي وأثره في تقييد الحق الفردي ص ٢٢٤ وما بعدها وراجع آراء الأئمة في مدى استعمال حق الملكية بالاستناد الى حديث " لا ضرر ولا ضرار " .

والضرر الفاحش أعم من أن يكون ماديا ، كالدخان الكثيف ، والأصوات المقلقة للراحة ، وتلويث مياه البئر بالنجاسات أو القاذورات ، والروائح الكريهة الضارة بالصحة ، ومنع الشمس والهواء والنور ، وغير ذلك من الأضرار المادية التي تعطل الانتفاع بالمنافع المقصودة من العقار . أو تسبب وهنه أو انهدامه .
الأصل العام الذي ينتظم معايير التعسف :

الواقع أن هذه المعايير التي ذكرناها للتعسف ، من تحضن قصد الأضرار ، واستعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها واختلال التوازن البين بين المصالح ، والضرر الفاحش ، وتعارض المصلحة الخاصة مع العامة ، كل هذه المعايير في الواقع ينتظمها أصل عام واحد يمكن أن يعتبر معيارا عاما للتعسف هو : استعمال الحق في غير ما شرع له .
وبيان ذلك :

أن استعمال الحق لم يشرع وسيلة للأضرار بالغير ، أو لتحقيق اغراض غير مشروعة ، وكذلك لم يشرع ليتخذ وسيلة الى تحقيق مصلحة ضئيلة بالنسبة لما يلزم عنه من اضرار راجحة لأن ضابط المشروعات - كما علم بالاستقرار - أن كل ما كان ضرره اكثر من نفعه لا يشرع ، وكذلك لم يشرع الحق ليكون وسيلة لفرض أضرار فاحشة تلحق بالغير من الأفراد أو للأضرار بالمجتمع ، وإذا لم تكن الحقوق وسائل مشروعة لهذه الاغراض بدا واضحا ماني استعمالها على هذه الوجوه من مناقضة لقصد الشارع في التشريع ، لأنها استعملت في غير المصالح التي شرعت من أجلها .

نظرية الظروف الطارئة
في الفقه الاسلامي المقارن

اولا : تعريف النظرية العامة فقها :

لم نعر على تعريف للنظرية العامة فيما بين ايدينا من مصادر الفقه الاسلامي ، لسبب بسيط ، هو أن الفقهاء القدامى ، لم يعنوا ببحث النظريات العامة ، بل كانوا يتناولون كل واقعة على حدة بالبحث ، يشعرون لها من الأحكام ما يقتضيه العدل ، كما بينا ، استنباطا من النص ان ورد فيها ، أو دلالة بالاجتهاد بالرأى ، من قواعد التشريع او معقول النصوص ، آخذين في اعتبارهم ، ما يختلف بها من ظروف ملابسة ، في كل عصر .

غير أن باصدر عنهم من اجتهادات في الفروع ، وما استندوا اليه في ذلك من أدلة جزئية وأصول عامة ، يمكن ان يستخلص منها نظريات عامة ، تنفرد كل منها بمفهوم كلي ، ذي موضوع معين ، وأركان وشروط هي ملاكها ، وآثارها^{التي} تنبئ عليها .

ذلك لأن هذه الأحكام التفصيلية الفرعية العملية ، يتضمن كل منها ذلك المفهوم الكلي ، والا ما كان تطبيقا له ، اذ كل حكم فرعي يتدرج تحت قاعدة عامة ، أو نظرية عامة يتضمن في حد ذاته ، المفهوم

الكلي لكل منهما .

وعلى هذا ، فإن البحث في فروع مثل هذه النظرية العامة ، أو غيرها من مثل " نظرية الحق " و " نظرية التعسف في استعمال الحق " و " نظرية العقد " يمكننا تعريف النظرية العامة على النحو التالي : النظرية العامة فقها هي : " مفهوم كلي قوامه أركان وشروط وأحكام عامة يتصل بموضوع عام معين ، بحيث يتكون من كل أولئك نظام تشريعي ملزم ، يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مطلق موضوعه " .
ومناطق كل نظرية مضمونها الموضوعي الذي ينهض به أركان معينة وشروط لهذه الأركان ، أما ما يبنى على ذلك من أحكام تترتب على تحقيق هذا المناطق فهي آثارها .

تحليل التعريف وبيان محترزاته :

- ١ - النظرية العامة لا تتعلق بمسألة خاصة تفصيلية فرعية معينة بالذات لذا ، قلنا أنها " مفهوم كلي " يندرج تحته وقائع لا تنحصر كثيرة ، مما يتصل بموضوعه ، ويتحقق فيه متاطحه .
- ٢ - وأيضا ، ليست النظرية " قاعدة عامة " لأن هذه الأخيرة ليست ذات أركان ، كما أنها ذات حكم واحد ، بخلاف النظرية فإنها تقوم على أركان ، وشروط لا بد منها لقيام هذه الأركان كما أشرنا ، ولذا من الممكن أن تقوم النظرية العامة على عدة " قواعد كلية " أو معايير يؤكد هذا قولنا في تعريفها :
وأحكامه العامة ، ومعلوم أن القاعدة ليس لها الاحكم واحد كما اسلفنا . فقطحس : أن النظرية العامة تفترق عن القاعدة

العامه ، من حيث أن النظرية قوامها أركان وشرائط لهذه
الاركان يترتب عليها احكام ، هي حلول لجزئياتها ، وليس
كذلك القاعدة الكلية ، التي تنطبق بمفهومها الكلي على معظم
جزئيات موضوعها .

٣ - لكل نظرية عامة موضوع معين ، فاذا تحققت في جزئية تتصل بهذا
الموضوع ، الاركان والشرائط فقد تحقق مناط هذا الموضوع فيها
وانسحب عليها ما يناسبها من الحكم المنصوص عليه فيها .
وانما قلنا " الحكم المناسب " لأن لكل حالة من الحالات التي
تتصل بموضوع النظرية حكما يعتبر حلا يقتضيه العدل فيها .
فقد يكون " الحكم فيما نحن بصدده البحث فيه ، نسخ العقد
بالنسبة لحالة معينة وقد يكون انقراض قيمة الالتزام ، او مقداره
بالنسبة لآخرى ، أو أجزائه تنفيذه . انظارا للمعسر ، أو توزيع
عبء الخسارة على طرفيه ، وهكذا ، ولكل حالة ما يقتضيه العدل
من الحكم ، درءا للضرر بقدر الامكان ، واعادة التوازن دون
نسخها ما أمكن .

٤ - أما كون التشريع الذي تضمنته هذه النظرية اذا تحققت اركانها
وشرائطها (مناطها) ملزما ، فلأن هذه النظرية انما تضافر
على اثباتها وتشبيدها ، أحكام شرعية تفصيلية لانحصى كثرة ،
فارتقت أحكامها الى مستوى القطعية ، أو غلبة الظن على الأقل .
وكلتا هما توجب الالتزام ووجوب العمل .
ولأن غلبة الظن بالحكم الاجتهادي في فرع معين توجب العمل
فلأن يجب العمل بما تشهد له فروع شتى من باب اولى .

ونتج عن ذلك مايلي :

اولا : ان اهدار مضمون النظرية - واستخلاصه من أشق الاجتهادات الفقهية وأطرح تطبيق احكامها ، على جزئيات مضمونها ، بعد تحقق هذا المضمون او المناط فيها ، انما هو في الواقع اهدار لتلك الاحكام التفصيلية ، التي نهضت بها ، والثابت نسا او دلالة وهذا لايقول به عاقل ، فضلا عن مجتهد ، لأن مضادة لارادة المشرع الحقيقية ، واطراح للعمل بأصل معنوى عام ثابت قطعا او في الغالب من الظن ، والأصل المعنوى العام ، كالأصل اللفظي العام ، كما يقول الامام الشاطبي ، من حيث قوة الاحتجاج به ، وصحة بنسب الاحكام عليه (١) .

ثانيا : ان الشارع الحكيم ، ان شرع تلك الاحكام التفصيلية نسا ، أو استنبط بعضها المجتهدون من معقول النصوص ، أو أدلة الاحكام العامة ، ثم استخلصت منها النظرية العامة اجتهادا فقد شهد لها بالاعتبار شواهد كثيرة ، أو بعبارة أخرى تعدد اعتبار الشارع لمضمونها ، واحكامها بقدر ملاحظته - لذلك المضمون في كل فرع او دليل عام ، لأننا قد نسا ، أن الفرع من تطبيقاتها ، ينطوى على مضمون النظرية كمالا ، والا ما كان تطبيقا لها ، ولا تعدد اعتبار الشارع لأساس كل حكم فيها .

(١) راجع كتابنا : " اصول التشريع الاسلامي "

ومن هنا كانت ارادة الشارع فيها واضحة وحقيقية ، مضمونا وحكما
مما يؤكد كونها مقصودا للشارع قطعاً . هذا من حيث النظر العقلي
المحض .

أما من حيث التطبيق والعمل ، فان تحقيق مضمونها او مناطها فسي
الوقائع المعروضة ، ليبتنى عليها الحكم المناسب من احكامها ، تحقيقا
لمراد الشارع ، فقد أضحى واجبا شرعا .
على أن الحكم التطبيقي العملي لا يشترط فيه أن يكون قطعيا ، بل
تكفي فيه غلبة الظن لوجوب العمل كما قدمنا .
هذا فضلا عن الاصول العامة التي تستند النظرية اليها واستشهد بها
الفقهاء في معرض استدلالهم في الفروع .

ثانياً - مظان الأحكام التفصيلية التي اشتقت منها هذه النظرية
موضوعا وأركاناً وشرائط لهذه الأركان ، وأحكاما (١) .

سبق أن اشرنا الى أن الفقهاء القدامى ، لم يعنوا ببحث النظريات
العامة ، لأنهم كانوا يؤثرون أن يجتهدوا في تحرى حكم الله تعالى في
كل مسألة على حدة ، بما يقتضيه العدل فيها ، على أن يصفوا مفاهيم
كبرى يعممون أحكامها على كل ما يتصل بموضوعها ، بل نراهم يعمنون
في تحليل الواقعة علميا وواقعيًا ، وما تحتف بها من ظروف يرون أن لها
دخلا في تشكيل علة الحكم ، برهان ذلك كثرة الاستثناء من الاقيسة

(١) المظان - بفتح الميم وتشديد النون - جمع مظنة - بفتح الميم
وكسر الظاء وتشديد النون - ومظنة الشيء موضعه ومألفه الذي
يحتمل وجوده فيه . مختار الصحاح ص ٤٠٦ .

العامّة ، أو الرجوع عن الاستثناء الى القياس العام ولكن ليس من
معنى هذا ، ولا من مقتضاه ، أنه لا يمكن استخلاص نظريات عامة من -
اجتهاداتهم في الفروع ، سواء ما كان منها جاريا على سنن القياس او -
مستثنى منه ، لأن الاجتهاد العلمي من المؤهلين له ، في المسائل
الفروعية المتجددة ، أو التي تغيرت ظروفها الملبسة ، بما يقوم عليه
من الاستدلال والمنطق التشريعي ، هو بطبيعة قابل للتأصيل ، إذ
التشريع والتأصيل ، هما قوام الاجتهاد التشريعي كله (١) .
وباعتبار أن ما يطلق عليه الاصطلاح " الظروف الطارئة " في الفقه
الوضعي ، ولا سيما في معظم قوانين البلاد العربية التي تبنت هذه
النظرية من الفقه الاسلامي في هذا القرن قد وجدت فروعها وتطبيقاتها
منذ القدم في الفقه الاسلامي في المظان الآتية :

١ - أحكام فسخ عقد الاجارة بالعدر ، في المذهب الحنفي ، سواء

أكان العذر (وهو الظرف الطارىء على إبرام العقد) لاحقا بالموجر
أم بالمستأجر ، أم بالعين المؤجرة .

ونظرية العذر هذه تفرد بها المذهب الحنفي دون سائر المذاهب الجماعية .
على أن بعض الحلول التي تتعلق بالظرف الطارىء في المذاهب الاخرى
وان كانت تتفق وما ذهب اليه المذهب الحنفي في موضوعها ، غير أنها
لم تبين على اساس نظرية

(١) غير أن التأصيل في الفقه الاسلامي ، وبنائنا نظريات عامة على اساس

من فروع اجتهاد شاق ومضن ، يفتقر الى كثير من الصبر والأناة ،
بالنظر لتعدد اسلوب مصادره فضلا عن افتقاره الى سعة الثقافة والتعمق
في علم الاصول باعتباره من اهم ادوات الاجتهاد .

- المعذر (١) ٥ بل على اساس آخر هو العيب في المعقود عليه الذي يثبت به للمشتري حق الخيار ٥ فيكون من مظارها على كل حال ٥
- ٢ - احكام خيار العيب في المعقود عليه ٥
- ٣ - وضع الجوائح (٢) في الزرع والثمار في المذهبين المالكي - والحنفلي ٥ واحكام الجوائح تدور بين فسخ العقد ٥ ويبين الحظ من الثمن عن المشتري ٥ بقدر التالف من

(١) راجع بحث فسخ الاجارة بالعدر في المذهب الحنفي - المبسوط

ج ١٦ ص ٢ وما يليها - للامام السرخسي - البدائع في ترتيب الشرائع : ج ٤ ص ١٩٧ وما يليها للامام الكاساني - تبين الحقائق

ج ٥ - ص ١٤٦ وما يليها للامام الزيلعي ٥

- البحر الرائق : ج ٨ ص ٣٥ وما يليها - تحفة الفقهاء :

ج ٢ ص ١٧٤ للسمرقندي ٥

- تكملة فتح القدير : ج ٧ ص ٢٢٢ - درر الحكام شرح مجلة

الاحكام ص ٢٣٧ وما يليها علي حيدر ٥

(٢) راجع احكام الجوائح في المذهب المالكي ٥

١ - الزرقاني : شرح موطأ مالك - ج ٣ ص ١٠٣

٢ - بداية المجتهد : ج ٢ ص ١٦٣ وما يليها ص ١٨٧ لابن

رشد الحفيد ٥

٣ - القوانين القهية : ص ٢٦٨ وما يليها - ابن جزى ٥

٤ - شرح الدسوقي على الدردير : ج ٤ ص ٢٧ وما يليها ٥

في الفقه الحنفلي - المغني : ج ٤ ص ٢١٦ ٥ كشاف القناع :

ج ٣ ص ٢٣٠ وما يليها فتاوى ابن تيمية : ج ٣ ص ٢٦٣ ٥

الثمر أو الزرع (١) تبعاً لما أحدثته الجائحة (٢) من أثر استئصاله أو انقاصه ، وفي هذه الحال يكون التلف كلاً أو بعضاً من ضمان البائع وحده .

- ٤ - أو توزيع عبء الخسارة على طرفي العقد في حالة تقلب أسعار النقود (٣) وتغير قيمها (٤) أي تعديل الثمن المسمى ، لانسخ العقد ، وهو - ما يسميه ابن عابدين " الصلح على الأوسط " .
- ثالثاً - مضمون النظرية فقهاً :

من الخطأ الظن بأن ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة في قوانين البلاد العربية وبعض القوانين الأجنبية تطابق في مضمونها ومعاييرها وأحكامها ما استقر في الفقه الإسلامي المقارن ، من تطبيقات لها ، نشأة فروق واضحة في كل أولئك ، مما تأبى الدقة العلمية في البحث اغفالها ، فادعاه بعض

(١) الجائحة في المذهب الحنبلي " كل آفة لاصنع للآدمي فيها ،

أي السماوية - المغني ج ٤ ص ٢١٦ .

- وما في المذهب المالكي - فالجائحة هي الآفة السماوية التي

تصيب الثمر كالبرد والعفن والدود والعطش وهذا بالاتفاق أما

ما يكون من صنع الآدميين كالسرقة ففيه خلاف ، فبعضهم رآه جائحة

وآخرون لم يروه كذلك ، على ما سيأتي تفصيله .

- بداية المجتهد : ج ٢ ص ١٦٢ و ص ١٨٢ ابن رشد الزرقاني

ج ٣ ص ١٠٣ .

(٢) رسائل ابن عابدين : ج ٣ ص ٥٨ - مسألة تنبيه الرقود على مسائل النقود .

(٣) رسائل ابن عابدين : ج ٢ ص ٥٨ - مسألة تنبيه الرقود على مسائل النقود .

(٤) قيم : بكسر القاف وفتح الياء ، جمع قيمته .

الكاتبين المحدثين هذا التطابق فيه شيء كثير من التزيد .
الفقه الاسلامي ، ان في معايير احكامه ، أو شروطه ، لا تتخلف اعتبارات
العدالة والانصاف من حيث تصورها نظرا أو تطبيقها عملا في كل فرع من
افروعه ، فلا يصدر حكم عن الأئمة مستخلص من نص ، أو مستنبط اجتهادا
الاعلى أساس استدلال دقيق قوى محكم يربط الجزئي بالكلي ، والحكم
بمقصد تشريعه ، ولا يضع شرطا الا ليوكد ذلك المقصد نظرا وعملا ، ان
الشروط ينهفي الاتتنافى وحكمة مشروعية الحكم ، فلا تجد بينها تناقضا
او تخالفا مما يوكد المنطق المتسق لهذا التشريع العظيم .

وعلى هذا ، فمضمون النظرية ، كما يستخلص تطبيقاتها في مظانها ،
ان ثمة " حادئا ، أو ظرفا ، أو عذرا ، خاصا (١) ، أو عاما ، قد
طراً بعد ابرام العقد ، وقبل تنفيذه أو اثنا ، أو سوا" أكان لاحقا
بشخص أحد طرفي العقد (٢) أو بمحل العقد ، مما لم يكن متوقعا ،
ولا يمكن الدفع غالبا (٣) ، جعل تنفيذ الالتزام التعاقدى ضارا
بالمدين ضررا زائدا أو فاحشا (٤) ، وغير مستحق بالعقد ، لأن
منشأة ذلك الحادث لاذات الالتزام ، فهو اذن خارج عن نطاق التعاقد ،
سوا" أكان الضرر قوامه تفويت منفعة محل العقد كلاً أو بعضاً ، أم من

(١) القوانين العربية ، اشترطت في الطرف من يكون استثنافيا وعاما ،
لاخاصا بالمدين .

(٢) لاتعترف القوانين بالطرف الشخصي بل الموضوعي الواقع على محل

العقد ، مما يقصر أثره على اقتصادياته .

(٣) بعض الظروف في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الاسلامي ، ممكن
التوقع والدفع ، خلافا للقوانين التي اشترطت الا يكون متوقعا ،

بل ليس في الوسع توقعه ، ولا دفعه .
(٤) صرح بعض الفقهاء " بمفهوم الزائد بأنه فاحش .

تعذر استيفاء منفعة العقود عليه ، حسا أو شرعا (١) حتى يصبح مستحيلا لامرهقا فحسب (٢) في بعض الحالات ، أو كان ضررا شخصيا مراجحا يلزم من المضي في تنفيذ موجب العقد (تنفيذ الالتزام) نظرف شخصي مما لعلقة له بسحل العقد وسلامته ، وكامل منفعته (٣) .

الاثر أو الحكم الذي يترتب على مثل هذه الاعذار والحوادث في نفسه المذاهب الكبرى الاربعة ، أما نسخ عقد الاجارة ، كما في المذهب الحنفي ، أو الحط من الثمن بقدر التألف من المبيع ، كما في الجائحة أو الآفة التي اصابت الثمر أو الزرع أو الخضار ، وقد يسقط الثمن كله

(١) الحوادث الذي يمنع استيفاء المنفعة حسا ، كالفيزان ، أو الحرب

التي تنشر خوفا عاما يحول دون امكان زراعة الارض في الاولى ،

حسا ، أو الوصول الى العقار الموهجر في الثانية كذلك .

أما المانع الشرعي فمن مثل عارض الطمث (الحيض) بالنسبة للمرأة

المستأجرة لتنظيف المسجد ، إذا انتقلت مدة الاجارة مع طوره هذا

المعارض ، اذ يحرم عليها شرعا دخول المسجد في هذا الحال ،

فتنفسخ الاجارة بهذا العذر ، فالمانع شرعي لاحسي ، كما تسرى

اذ من الممكن أن تنظف المسجد عملا لولا هذا المانع الشرعي .

(٢) القوانين العربية تشترط الارهاق ، اما اذا بلغ حد الاستحالة

فيدخل في نظرية أخرى هي نظرية الظروف القاهرة .

(٣) لاتعترف القوانين العربية بالظرف الشخصي الطارىء الذي ينشأ

عنه ضرر أرجح من منفعة العقد بعد الموازنة ، في النظرية العامة

الاستثناء في بعض التطبيقات في عقد الاجارة ، كما يرى في نص

المادة ٦٠٨ من القانون المدني المصري مثلا ، وهذا الاستثناء

في الواقع - رجوع اجلامها في الشريعة الاسلامية .

إذا أتت الجائحة عليه وأستأصلته ، في المذهبين المالكي والحنبلي ، وتحميل البائع عبء الخسارة كلها ، أو تعديل قيمة الالتزام التعاقدى في الثمن وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد في مسألة الوفاء بالنقود عند تقلب قيمتها وأسعارها ، وهذا ما يسميه ابن عابدين " الصلح على الأوسط " (١) أو أرجاء تنفيذ الالتزام على ضوء ما تقتضيه العدالة في كل حالة على حدة .

وذلك هو مضمون النظرية - باجمال وإيجاز - في الفقه الاسلامي المقارن .

والخلاصة : ان مضمون النظرية يعتمد على العناصر التالية من الاركان والشروط .

أولا : وجود عقد يتراخى تنفيذه عن وقت إبرامه ، سواء أكان من العقود المستمرة التنفيذ ، حتى يعتبر الزمن عنصرا ملازما للاستيفاء من قبل احد المتعاقدين ، لا ينفصل عنه لأنه معياره ، كما في عقد الاجارة ، بالنسبة للمستأجر ، أو يعتبر عنصرا في الاداء بالنسبة لمن عليه الحق ، بالنسبة للمؤجر .

أو كعقود بيع الثمر القائم على الشجر ، وبعد بدو صلاحه ، فانه يقطف بطونها متلاحقة على النضارة عادة ، فيستمر تنفيذ العقد ، ولا يتعاصر مع وقت إبرامه .

ومثل ذلك بيع الزروع والخضار التي يتلاحق قطفها .

أو كان عقد بيع فوري التنفيذ ، فيما عدا الزروع والثمار والخضار ، إذا كان الثمن كله مؤجلا للتنفيذ بالاتفاق ، الى أجل مسمى ، أم كان -

(١) المراجع السابق -

• منجما على اقساط •

وعلى هذا ، فلا بد من وجود عقد تراخي وقت تنفيذه عن وقت ابرامه ليتصور طرؤ العذر أو الحادث بعد الابرام وقبل التنفيذ أو اثنائه ، مما يجعل تنفيذ الالتزام التعاقدى ضارا ضررا زائدا نتيجة للظرف الطارىء •

ثانيا : أن يكون ثمة حاد ش قد طرأ بعد ابرام العقد لم يكن متوقعا ولا كان بالوسع توقعه ، كما لا يمكن دفعه ، والتحرز منه وهذا في الأعم الأغلب في التطبيقات ، كما أسلفنا ، وسواء أكان هذا الحادث سماويا ، كالجوائح والفيضان والجراد والعفن ، والدود ، أم من الآدميين كالحرب والثورة •

- ١ - ويشترط ألا يكون حدوثة بسبب من أى من المتعاقدين والا كان مسئولا عن آثاره وحده ، ولا ينتفع بأحكام هذه النظرية •
 - ٢ - كما يشترط الا يكون منه تقصير في دفعه والتحرز منه ، والا كان مقصرا ، ويتحمل تبعه تقصيره ، ولا يستفيد من أحكام هذه النظرية •
 - ٣ - يستوى أن يكون الظرف عاما أم خاصا لاحقا بشخص أى ... -
- المتعاقدين

ثالثا : ان يحد ش ضرر زائد أو فاحش غير معتاد نتيجة لهذا الظرف أو العذر الطارىء ، لانتيجة للالتزام نفسه ، وبلازم حدوثة لتنفيذ موجب العقد ، بحيث لا يمكن انفكاكه في الأعم الأغلب •

رابعا : ويستوى أن يكون الضرر ماديا اقتصاديا يخل بالتوازن بين الالتزامات الناشئة عن العقد ، أو أن يكون معنويا يمس الاعتبار الانساني ، أو شرعيا يمنع الشارع نفسه من تنفيذ العقد لطرؤ هذا

الحادث أو المانع الشرعي .

وقد يصبح تنفيذه - بسبب الطارئ - مستحيلا ، لمانع حسي أو لمانع شرعي كما اسلفنا ، وأن كان هذا المعنى ، مما يطلق عليه الفقه الوضعي ، الظروف القاهرة لا الطارئة ، ويجعلون فيصل التفرقة بينهما ، ان تنفيذ موجب العقد أن أصبح مستحيلا فذلك من جزئيات الظروف القاهرة ، وان كان ممكنا ، ولكن بضرر فاحش ، فمن جزئيات ومضمون الظروف الطارئة .
خامسا : أحكام هذه النظرية ، وحلولها ، وقد سيقت الاشارة اليها .

رابعاً : التكييف الفقهي للنظرية :

- يقصد بالتكييف الفقهي للنظرية وصفها الذي أضفاه عليها الفقهاء في ضوء الآثار التي ترتبت عليها .
- وقد أشرنا الى أن النظرية ذات أحكام وآثار ، يطبق كل منها على الواقعة المعروضة بظروفها ، بما يتفق ومقتضى العدل .
- وعلى هذا ، يخلف الحكم أو الحل باختلاف طبيعة الواقعة وظروفها الملازمة على النحو التالي :
- أ - قد رأينا ، أن من حلولها ثبوت حق الفسخ ، للمتعاقد المضرور ، بالاعذار في عقد الاجارة .
- ب - ومنها " الانساخ التلقائي بحكم الشرع " كما في حالة تعذر استيفاء المنفعة شرعا ، أي لمانع شرعي .
- هذا ، ولاستحالة التنفيذ شرعا ، يفسخ العقد تلقائيا ، دون رضا المتعاقدين ، ودون حاجة الى رفع الأمر الى القضاء ليحكم بالفسخ .
- ج - وقد يكون الحكم " تعديل قيمة الالتزام " كما في أحوال تغيير قيم النقود ارتفاعا وهبوطا ، وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد وهو ما سماه الفقهاء " الصلح على الاوسط " لاعادة التوازن بقدر الامكان .
- د - أو يكون تحميل البائع وحده عبء الخسارة ، كالأوبعضا ، كما في الجائحة في الثمار والزرع ، بقدر التالف وتعديل الثمن ، ولكن على حساب البائع وحده ، كما أشرنا .

التكييف الفقهي للنظرية في ضوء حلولها هو أنها صورة من صور

تعديل التزام العقد ، أو فسخه ، أو انفساخه تلقائيا بحكم

الشرع .

تبين لنا مما سبق ، وفي ضوء الحلول التي وضعها الفقهاء ، ان النظرية تتخذ صورة من تعديل العقد ، أو فسخه بإرادة منفردة هي إرادة الطرف المضرور ، أو انفساخه (١) شرعا . هذا ، وحق فسخ العقد ثابت هنا لا على أساس أن العقد فاسد ، ولا على أساس خيار الشرط أو غيره من الخيارات ، بل على أساس الضرر الفاحش الناشئ عن السبب الطارئ (٢) وغير المستحق بالعقد . أما في قوانين البلاد العربية ، فقد اتخذت النظرية صورة واحدة فقط هي صورة " تعديل العقد ويتولى ذلك القضاء وحده " . فلا تعرف القوانين العربية التي استقت النظرية من الشريعة الإسلامية صورة " فسخ العقد " بل أبقّت على العقد قائما ، على الرغم من ظروف وجعلت للقاضي سلطة " تعديل العقد " فقط . غير أن هذه القوانين اضطرت آخر الأمر - في تطبيقات عقد الاجارة ولظروف طارئة شخصية ، لاحقة بالمستأجر الى اللجوء الى اثبات حق الفسخ ، كما في المادة ٦٠٨ و ٦٠٩ ، من القانون المدني المصري ، وهذا حكم مقتبس من الفقه الإسلامي في بعض مذاهبه ، كالمذهب الحنفي ، ولكن على سبيل الاستثناء من عموم حكم النظرية . هذا ، والشريعة الإسلامية ، لم تعتبر هذه النظرية صورة مسن

(١) والواقع ان استحالة التنفيذ تدخل في نظرية الظروف القاهرة .

(٢) فهو اذن صورة من صور فسخ العقد - والفسخ حل ارتباط العقد .

صور " البطـلان " . بداهة ، لأن المفروض أن العقد صحيح قائم نافذ لازم ، ثم طرأ العذر .
ولا صورة من صور " انقضاء العقد الذي يتم بتنفيذه التزاماته المتبادلة " لأن المفروض أن الالتزام المرهق لم ينفذ بعد ، إذ أصبح تنفيذه بعد طرؤ العذر ، سببا لاضرار فاحشة للمدين ، وهو غير مستحق بالعقد فكان ثبوت الفسخ للمتعاقد المضرور اذن ، ليدفع عن نفسه الضرر ، وليستنع عن تحمل غير المستحق ان شاء .
وليس صورة من الفسخ بالتراضي (الاقالة) ، ولا بسبب الخيار الذي يتصل بعيوب الرضاء . وبالنظر في أحكام النظرية في الفقه الاسلامي يبدو أنه اكثر مرونة في أمداها بالحلول الاخرى كالفسخ عن طريق الاستثناء ، لوقائع لا تقتضي العدالة ابقاء العقد . كما في حالات الاعذار الشخصية في عقد الاجارة على النحو الذي قدمنا (١) .

- (١) تنص المادة ٦٠٨ من القانون المدني المصري على ما يلي : " اذا كان الايجار معين المدة جاز لكل من المتعاقدين ، أن يطلب انتهاء العقد (نسخه) قبل انقضاء مدته ، اذا جرت (طرأت) ظروف خطيرة غير متوقعة ، من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد من مبدأ الأمر ، أو في أثناء سريانه ، مرهقا " .
وطلب انتهاء العقد - نسخه .
وكذلك المادة ٦٠٩ من القانون المذكور ، إذ تنص على أنه " يجوز للموظف أو المستخدم اذا اقتضى عمله أن يغير محل اقامته ، أن يطلب ايجار مسكنه ، اذا كان هذا الايجار معين المدة . . . " .
وهذا استثناء من عموم حكم النظرية في القانون ، وهو تعديل العقد وفي ذلك رجوع الى حكم الفقه الحنفي .

مبدأ تدخل القاضي لتعديل التزامات العقد أو نسخه
في الفقه الاسلامي .

والواقع أن الفقه الاسلامي - منذ القديم - وفي ضوء احكام
هذه النظرية لم يجعل العقد شريعة للمتعاقدين ، يقوم مقام القانون
في الزام كل من متعاقديه بكل آثاره وينوده ، وفي جميع الظروف المتغيرة
بل وضع " مبدأ اعادة النظر في العقد " من جديد في ضوء اثار
الظروف التي طرأت عليه ، بما تقتضيه العدالة سواء أكانت اعادة النظر
من قبل المتعاقد المضرور ، وهو صاحب الحق الاول في هذه الحال ،
او من قبل القاضي ، وبذلك وضعت الشريعة " مبدأ تدخل القاضي "
في تعديل العقد في ضوء الظروف الجديدة الطارئة ، فلم تعد
وظيفته مقصورة على مجرد تفسير العقد في ضوء نية عاقيه ،
أو بعبارة أخرى يملك القاضي المجتهد ، وظيفتين حسب الاحوال :
١ - وظيفة تفسير العقد ، في ضوء نية عاقيه ، ليتم تطبيقه
تطبيقاً سليماً على مقتضى تلك النية المشتركة ، لطرفيه ، وهذه
هي وظيفته الاولى والاساسية .
٢ - وظيفة تعديل العقد ، أو تعديل قيمة الالتزام ، وأحياناً
نسخه ، حسب الأصول تحققاً للعدالة ، وهذا تدخل
من القاضي ، وخروج على مبدأ اصل لزوم العقد من حيث
الظاهر .

تدخل المشرع للحكم بانفساخ العقد تلقائياً دون رضا أو قضا

ويتدخل المشرع أحياناً بحكم مباشر ، في حالات معينة فيقضي بانفساخ العقد تلقائياً ، دون حاجة الى ارادة الطرف المضرور ، او الى حكم القضا كما أشرنا ، اذا كان الطرف المانع شرعياً . وهذا ، مما يضعف من مبدأ سلطان الارادة ، بلا ريب ، إذ مقتضيات العدل هي التي ينبغي أن تسود جزئياً في الفقه الاسلامي ، ولذا لا بد في كل عقد - كما يقول الامام ابن تيمية - من رض المتعاقدين وموافقة الشرع .

خامساً : الأدلة التي نهضت بتأصيل النظرية في الفقه الاسلامي المقارن

أ - الأدلة الاجمالية :

ترجع الأدلة الاجمالية التي تنهض بتأصيل هذه النظرية ، الى أصول تشريعية عامة (١) ، وقواعد فقهية .

(١) كل أصل عام نص عليه المشرع في الكتاب العزيز ، أو السنة المطهرة نطلق عليه " الاصل التشريعي العام " .
- وأما القواعد الفقهية المستنبطة اجتهاداً ، فنطلق عليها ، " القاعدة الفقهية " أو الاصل الفقهي العام ، وتمييزاً لها عن الاصل التشريعي العام .
وأما النص الجزئي الذي ورد بخصوص مسألة بعينها في الكتاب أو السنة فهو أصل تشريعي خاص ، ويمكن أن يكون أصلاً يقاس عليه غيره اذا استنبطت علته وحددت ، وتحققت في الفرع المقيس وحينئذ يتحد الحكم في الاصل والفرع ، لاتحادهما في العلة التي هي مبني الحكم ، وبذلك يكتسب النص التشريعي الخاص ، قوة منطقية تشريعية بتعليقه ، لأنه يصبح شاملاً لوقائع لا تحصى بمعقوله وروحه (علته)

١- أما الاصول التشريعية العامة فمن مثل : قوله تعالى :

" لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل .

ووجه الاستدلال ، أن ما أتت عليه الجائحة مثلا من الثمار او الزرع -
البيحة ، ينبغي أن يحط ويخفف من الثمن ، بقدر التالف ، حتى يتم
اعادة التوازن بين ما يحطي كل من العاقدين وما يأخذ ، والا اختل
هذا التوازن ، فأخذ أحدهما اضعاف ما أعطى ، أو العكس ، وهو ضرب
من اكل اموال الناس بالباطل ودون مقابل .

ذلك لان ما استفيد نتيجة للظروف ، لا يقوم على سبب ثابت في نظرس
الشرع (١) ، وهذا هو الباطل الذي لا يقوم على سبب شرعي معتبر وكد لك
ان حال العذر الطارئ ، دون تمكن أحد طرفي العقد من استيفاء
المنفعة مع كونها قائمة ، أو اذا أدى الى فواتها ، فينبغي ان تحل
الرابطة العقدية ، اذا شاء الطرف المضرور ، لان بقاء العقد وتنفيذ
الالتزام ، على الرغم من آثار هذا العذر ، يؤدي حتما الى أن يستوفي
أحد المتعاقدين قيمة الالتزام كاملا ، وان يحرم الاخر أو ينقص من حقه
بفعل ذلك الطرف ، دون وجه حق ، ولا سيما اذا لم يكن له يد فسي
طروء هذا الظرف ، ولا قبل له بدفعه او الاحتراز .

ومحكومة بالتالي بحكمه ، بعد أن كان خاصا في منطوقه ، او بعبارة

أخرى يصبح عاما بمعقوله وان كان خاصا بمنطوقه .

(١) الباطل ضد الحق ، والحق هو الموجود الثابت من كل وجه فالباطل
مالم يكن ثابتا ، ولا موجودا في الشرع ، وما لا يقوم على سبب شرعي

معتبر .

منه ، ولم يثبت تقصيره أو تفريطه .

وقد جاء هذا المعنى فيما رواه البخارى بسنده عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قوله : " يم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ " وبيّن الاسام العيني - شارح صحيح البخارى - الحكم الذى أخرجه الرسول - صلى الله عليه وسلم - في صورة الاستفهام الاستنكارى هذا ، فيقول : " أى شيء يأخذ أحدكم مال أخيه اذا تلف الثمر ، لأنه اذا تلف الثمر لا يبقى للمشتري في مقابل ما دفع شيء ، فيكون أخذ البائع بالباطل . وفي رواية في صحيح مسلم قوله - صلى الله عليه وسلم - : " يم تأخذ مال أخيك بغير حق .

وفي رواية " يم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ " .
ووجه الاستدلال بالاحاديث الشريفة ظاهر ، وهو أن البائع اذا تمسك بالعقد ، وطالب المشتري بالثمن ، فلا يحل له أخذه ، لأنه باطل وبغير حق ، ولا يحل .

وعلى هذا فما لاصل التشريعي العام ، وهو قوله تعالى : " لا تأكلوا أموالكم بيتكم بالباطل " شامل بعمومه هذه الفروع التي جاءت السنة التفصيلية مؤكدة لحكم الأصل العام .

فالابقاء على العقد (١) وعدم فسخه ، أو عدم تعديل قيمته الالتزام التي أشر فيها العذر الطارىء ، بما يعيد التوازن ، أصبح سببا مفضيا الى ظلم أحد طرفيه ، وانتفاع الآخر بما لا يحل ، أو بالباطل ، والشريعة لم تشرع العقود أساسا لتكون اسبابا مفضية للذلل بالهداهة ، أو لايقاع

(١) عند القارىء شرح صحيح البخارى : ج ١ ص ٨ - صحيح مسلم بشرح النووي : ج ١٠ ص ٢١٦ وما يليها سنبل الاوطار : ج ٥ ص ٢٠٠ للشوكاني .

الناس في الظلم من جراء تنفيذها في ظرف طراً فأثر على قيمته
الالتزام تأثيراً بيناً ، فكان أثره ضرراً للتنفيذ ، ولا ينفك عنه .
وإذا كان الاصل العام هو " لزوم العقد " ووجوب الوفاء بالتزاماته
لكن ذلك مقيد بالأدلة الاجمالية الأخرى هذه ، التي تحرم الظلم
وأكل أموال الناس بالباطل ، وتمنع ايقاعهم في العنت والحرج .
ولا يجوز الاجتزاء باصل عام ، واطراح الأدلة الأخرى ، لأن التشريع
الاسلامي كل لا يتجزأ تصوراً ووقوعاً ، أو نظراً وتطبيقاً .
فهذه الأدلة الاجمالية التي نشأت عن تغير الظروف أضحت دلائل
تكليفية أخرى تعارض أصل اللزوم في العقد ، فيجب العمل بالراجح
الذي يرفع التعارض الظاهري .

وهذا من باب تحقيق المناط الخاص (١) كما علمت .

ذلك ، لأن المناط العام ، هو قيام عقد مبرم صحيح نافذ لازم ، مقرر
في الظروف العادية التي لم يطرأ عليها تغيير يترك أثراً في توازن آثار
العقد ، والتزاماته ، حتى إذا تغيرت الظروف الملبسه ، نشأ عنها

(١) وهذا يشير اليه الرسول - صلى الله عليه وسلم - حين طلب
المشتري من البائع أن يقلبه (بفسخ العقد) أو يضع عنده
بقدر التالف ، وحلف البائع الا يفعل شيئاً من ذلك ، لأنه
أراد الإبقاء على العقد ، فأنكر الرسول - صلى الله
عليه وسلم - وقال : تألى - حلف - على الله ألا يفعل خيراً
المراجع السابقة .

دلائل تكليفية أخرى ، كما ذكرنا ، تتعلق بمآلاتها اذ لكل حالة

بظروفها حكم خاص بها ، يحقق العدل والمصلحة المعتبره فيها .

ولأن هذه المآلات لم يتم التراضي عليها عند ابرام العقد .

وأيضاً التعميم - أي تعميم حكم المناط العام - انما يفترض التشابه في

الظروف أما وقد اختلفت ، واختلفت بالتالي آثارها تبعاً لها ، فقد

غدا من الظلم سحب الحكم العام عليها بعد ذلك ، بل لابد لكل واقعة

بظروفها من حكم خاص يناسبها عدلاً ، كما اسلفنا (١) نظراً للمآل .

وتطبيقاً لمقتضى هذا الاصل الذي أصلناه لك ، فان الآية الكريمة ،

" لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " أصل تكليفي عام ، أما أنه تكليفي

فذلك لمكان النهي الذي يوجب التحريم ، وأما أنه عام فلأنه ، يشمل

بمضمونه وحكمه ، كل الوقائع وصور المعاملات التي يتحقق فيها أكل

الاموال بالباطل ، أي دون اساس أو سبب شرعي ثابت معتبر ، ولو عن

طريق تنفيذ الالتزامات التعاقدية ، لمعموم النص .

اذن ، يتعلق هذا الأصل العام بنظريتنا هذه أساساً عاماً لحكمها ،

في كل عقد نشأ عن الظرف الذي طرأ بعد ابرامه ، وقبل تنفيذه أو أثناءه

ضرر مالي زائد غير مستحق بالعقد نفسه ، يلزم حدوثه تنفيذ الالتزام

التعاقدى ، في ظل هذا الظرف بالنسبة لأحد متعاقديه ، ويستفيد

المتعاقدين الآخر حتماً من نتائج هذا الظرف ، دون وجه حق ، أو سبب

شرعي معتبر .

فانتقاء السبب الشرعي لتحمل الضرر الزائد ، وما يلزم عنه من فائدة زائدة

للطرف الآخر هو الباطل بعينه .

(١) راجع بحث المناط الخاص " كتابنا الفقه المقارن .

فهذا الدليل التكليفي العام الذي نشأ تعلقه (١) باختلال التوازن بين الالتزامات في مضمون العقد اقتصادياً ، أو أعدامها كلية ، حسب الأحوال ، ليحكمه بحكمه ، حماية للطرف المضرور ، قد عارض الحكم الأصلي لآثار العقد ، وهو اللزوم ، أو وجوب الوفاء بها ، أو المضي في موجب العقد ، أو بعبارة أخرى ، تعارض أصلاً ، في مثل هذه الحال بالنسبة لآثار العقد .

أحد هما : أصل اللزوم وهو وجوب الوفاء بالالتزامات العقد ، لقوله تعالى :
يا أيها الذين آمنوا ، أوفوا بالعقود (٢) ، وهو أصل عام في عقود

(١) نشؤ تعلق هذا الدليل التكليفي العام ، بأثر الظرف الطارئ عند طروقه بعد إبرام العقد ، بسبب ما أحدثته الظرف من اختلال التوازن في مضمون العقد واقتصادياته .

غير أن الدليل لا يشمل إلا الاضرار التي تتعلق بالنال فقط ، ولا يشمل الاضرار الجسمية والادبية التي تشملها النظرية بمضمونها وحكمها .

(٢) يقول الامام القرطبي في تفسير هذه الآية " أمر الله سبحانه بالوفاء بالعقود ، قال الحسن (البصري) يعني بذلك عقود الدين ، وهي ما عقده المرء على نفسه ، من بيع ، وشراء ، وأجارة وزواج ، وطلاق ، ومزارعة ، ومصالحة ، وتمليك ، وتخيير . . .

وقال ابن شهاب : قرأت كتاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الذي كتبه لعمر بن حزم ، حين بعثه إلى نجران ، وفي صدره : هذا بيان للناس من الله ورسوله : يا أيها الذين آمنوا ، أوفوا بالعقود وقال الزجاج : أوفوا بالعقود عليكم ، ومعقدكم بعضكم على بعض ، وهذا كله راجع إلى القول بالعموم ، وهو الصحيح في هذا الباب .
- نيل الاوطار - ج ٥ ص ٢٠١ للشوكاني .

المعاوضات كالبيع والاجارة ، مناطه العام ، قيام عقد بهرم صحيح

نافذ ، فيكون لازما ، كما بينا .

ثانيهما : أصل تكليفي عام ، نشأ عند طرؤ الطرف ، وتعلق بأثر هذا الطرف ومقتضاه تحريم أكل أموال الناس بدون سبب شرعي معتبر - أى بدون وجه حق . ذلك لأن الضرر الفاحش اللاحق بأحد المتعاقدين ، نتيجة للظرف الطارىء ، هو في الواقع - نفع زائد بالنسبة للطرف الآخر ، يستفيد له لزوماً من العقد والظرف الطارىء ليس سبباً شرعياً يسوغ هذه الفائدة ، لأنه نفع بدون عوض ، كما أسلفنا ومن هنا كان باطلاً .

يرشدك الى هذا ، أنه لولا الظرف الطارىء ، لما نشأ الضرر بالنسبة لأحد طرفي العقد ، ولما استفاد من ذلك الطرف الآخر ، حتماً .

وانما قلنا ، أن الأصل التكليفي العام ، وهو قول مسبحانه : " لا تأكلوا

أموالكم بينكم بالباطل " انما تعلق بأثر الطرف ، لابذاته ، إذ الاحكام تتعلق بالآثار والمآلات ، وهي هنا الاضرار .

وأيضاً التعلق بالأثر والمآل انما كان عند طرؤ الطرف لاقبله .

ذلك ، لأنه طرؤ الطرف ، وقيل حدوث أثره على آثار العقد والتزاماته

كان واجبا العمل بحكم الأصل ، وهو اللزوم ، ووجوب الوفاء بالتزامات

المتبادلة على كل من طرفيه لتحقيق مناطه العام في الاحوال العادية ،

وهو قيام العقد البهيم الصحيح النافذ ، كما أشرنا .

هذا ، ومن المعلوم ، أنه اذا تعاور الواقعة دليلان متعارضان في مواقع

الوجود وجب الترجيح ، كما يقول الامام الشاطبي ، إذ ليس لله

تعالى الاحكام واحد فقط في كل واقعة مهما اختلفت ظروفها ، يجسب

على المجتهد تحريه وتبينه عند التطبيق ، وبالترجيح يرتفع التعارض الظاهري .

وقد رأينا الفقهاء يرجحون دليل المآل على دليل حكم الأصل ،
فيحكمون بحكم المناط الخاص لا العام ، حماية للطرف الضعيف المضرورة
فيحكمون أما بالفسخ ، اذا تعين طريقا لرفع الظلم ، أو بتعديل
قيمة الالتزام ، أو بارجاء تنفيذه فترة معينة اذا كان من المتوقع ، زوال
الظرف في وقت معقول ، وعلا بقاعدة الميسرة ، كل ذلك ، دفعا
للضرر ، ومنعاً لاحد طرفي العقد أن يأكل مال أخيه ، بالباطل
ويستفيد من تكبات الظروف ، اذ الظرف الطارئ والخارج عن نطاق
التعاقد ، ليس سببا شرعياً يثبت به حق امتلاك أموال الناس ، لأنه
دون عوض ، كما أشرنا .

وإذا فقد السبب الشرعي ، كان الامتلاك لمال الغير باطلا مشمولاً

بعموم الآية الكريمة .

هذا الدليل الاجمالي قاصر عن أن يكون أساساً لعموم مناط

النظرية وشمول احكامها .

أو بعبارة أخرى أن هذا الدليل الاجمالي قاصر عن عموم الدعوى ،
أي قاصر عن أن يكون أساساً لعموم مناط النظرية ، وشمول احكامها ،
ذلك لأنه لا يتناول الا " الضرر المالي " فقط ، أي لا يتعلق الا باقتصاديات
العقد ، لكنك قد علمت ، أن مضمون النظرية يتسع ليشمل بعمومه وقائع
أخرى ، مما يكون فيها الضرر جسمياً ، أو أدبياً معنوياً ، وهذا لاعلاقة
له بالمال أصلاً ، ولا سيما في عقد الاجارة ، والاعذار التي تطرأ
عليه ، مما يستوجب فسخه ، لضرر جسمي أو أدبي ، فضلا عن المانع
الشرعي .

وعلى كل حال ، فان هذا لا يخل بصلاحيته هذا الدليل ، ليكون
مبنى وأساسا لكثير من احكام هذه النظرية ، اذ تتضامر على النهوض
بتأصيلها أدلة اخرى كثيرة اجمالية وتفصيلية ، على ما سيأتي بيانه .
٢ - ومن الأصول الشرعية الاجمالية قوله تعالى : ان الله يأمر
بالعدل ، والاحسان " ووجه الاستدلال ان العدل هو المساواة
والدقة في الاقتضا ، في المعاملات والاحسان تجاوز العدل الى الفضل
عملا بقوله سبحانه : " ولا تنسوا الفضل بينكم .
ويقول الامام المزيّن عبد السلام : " ان اجمع آية في القرآن ، للحث
على المصالح كلها ، والزجر عن المفسد بأسرها ، قوله تعالى : ان
الله يأمر بالعدل والاحسان (١) " والاحسان في المعاملات يخفف
من حدة المعاملة الدقيقة في الاقتضا ، أي اثرا لتطبيق القواعد
العامّة ، فيكون الاستثناء الذي يكون اقرب الى روح التشريع في بعض
الظروف والازمات .

وفي هذا المعنى يقول الزمخشري في تفسيره : " ان العدل هو
الواجب والواجب أمر الشرع ، وقد يقضى بتكليف ما لا يطاق ، وفي ذلك
ظلم وجور ، ولا يتصور صدورهما من الله ، فكان الأمر بالاحسان ،
للتخفيف من تفريط العدل (٢) أي المبالغة في تطبيقه .
ووجوب الوفاء بالعقد عدل ، والله تعالى أمر به ، ولكن جاء الأمر
بالاحسان ، اذا لزم عن ايفاء العقد ضرر زائد ،
في ظرف طارىء "

(١) قواعد الاحكام ج ٢ ص ١٦١ .

(٢) تفسير الكشاف : ج ٢ ص ٢٤١ - للزمخشري .

وهل هذا ، فالتشريع التفصيلي في قوله سبحانه : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود إذا أضحى تطبيقه في ظرف من الظروف ، مؤديا إلى ضرر راجح غير مستحق ، بالنسبة لواقعة معينة ، يوقف حكمه ، نفيًا للضرر اللازم له ، لالذاته ، وتستثنى الواقعة ، ويثبت لها حكم آخر ، يدفع الضرر —

وكذلك مضارة الدائن بمدينه بما نشأ له عن العقد من حق ، غير مشروعه ، بمقتضى عموم قوله — صلى الله عليه وسلم — لا ضرر ولا ضرار "

لأن هذا ضرب من المضارة في التصرف في الحق ، وهو محرم .
ثانيا : القواعد الفقهية العامة التي تنهض بتأصيل النظرية :

أولا : الضرر يزال (١) وهي قاعدة متفرعة عن قوله — صلى الله عليه

وسلم — " لا ضرر ولا ضرار "

والمعنى أن الضرر غير المستحق ، يجب ازالته شرعا ، إذا وقع ، أيما كان منشؤه لأنه ظلم .

ولا ريب أنه إذا كانت ازالته واجبة شرعا ، إذا وقع ، فإن دفعه قبل وقوعه واجب من باب أولى ، إذ من المقررات الشرعية ان " الضرر يدفع بقدر الامكان "

(١) المادة ٢٠ — مجلة الأحكام العدلية —

ثانياً - الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، عامة كانت أم خاصة (١) .

وإذا كانت مواقع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع ، دفعا لها ،
فالحاجة كذلك ، تيسيرا على الناس ، ورفعا للعسر والضيق غير المألوف
عنهم .

- والمدين بالالتزام المرهق ، نتيجة لعذر طارئ ، واقع نفسي
الحاجة التي تقرب من الضرورة ، فيجسب رفع الضيق عنه ، ولو استثناء
من قواعد الشرع .

الى غير ذلك من قواعد وجوب ازالة الضرر .

(١) وجاء في تعليل القاعدة " الضرر يزال " في شرح المجلة
لعلي حيدر : ج ١ ص ٣٣ مايلي : " ولأن الضرر هو ظلم وعذر
والواجب عدم ايقاعه .
ثم يبين ان الضرر قد يكون منشؤه قصد المضارة في التصرف في
الحق بقوله : كذا لو أحدث شخص بنا في ملكه (حقه) وتسبب
عن ذلك حصول الظلام في غرفة جاره بصورة لا تستطاع معها القراءة
والكتابة ، وما أن ذلك ضرر فاحش يزال .
فالعلة هي الضرر الفاحش ولو كان منشؤه استعمال حق - كما ترى
فما نحن فيه كذلك ، لأن الزام الدائن المدين بتنفيذ التزامه لصلحة
الدائن ، ذلك التنفيذ الذي تسبب عنه ضرر فاحش اثر للظرف
هو مضارة في استعمال الحق وما أن ضرر فاحش فيبر مستحق وجب
أن يزال .

ثالثا : درة المفاسد أولى من جلب المصالح :

أصل هذه القاعدة : قول النبي - صلى الله عليه وسلم - " إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شيء ، فاجتنبوه " .
وجه الاستدلال ، أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - علق امتثال الأمر بالاستطاعة ، بينما سد باب النهي كله ، فلم يجزه أبدا الا عند الضرورة .

وأیضا ، فان الأمر يفيد طلب الفعل ولو مرة ، والنهي يفيد طلب الكف عن الفعل أبدا .

وأیضا الواجبات تؤثر فيها المشقة للترخيص ، ولو كانت من باب الحرج بخلاف المحرمات ، فانه لا يؤثر فيها الا الضرورة التي يخشى منها علسي النفس أو الدين ، وسائر الضرورات الخمس .

ويقول الفقهاء ، محل هذه القاعدة اذا كانت المفسدة راجحة ، وكان في غير ضرورة .

فاذا تعارضت مفسدة وبصلحة ، قدم المفسدة الراجحة ، لما قدمنا ، من أن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات ، للحديث الشريف المتقدم .

وبينا آنفا ، أنه تعارض في مسألتنا هذه أصلان ، مصلحة الأصل التي يقتضيها وجوب ایفاء العقد ، والمفسدة او الضرر الناتج عن الظروف الطارىء ، وهو بين ، (٢) ، وغير مستحق ، فيقدم دفع الضرر الراجح

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي : ص ٧٩ .

(٢) البين الفاحش .

- غير المستحق ، بالفسخ أو بالتعديل حسب الأحوال (١) .
 - لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات .
 - ومن ذلك قاعدة " الضرر الأشد يزال بالأخف " .
- اذن يراعى في تطبيق القواعد الآمرة في الشرع ، ألا يلزم عن ذلك ضرر راجح غير مستحق ، بفعل الظروف ، لأنه ظلم ، والظلم محرم قطعا ، وهذا شرط ضمنى تتوقف عليه سلامة التطبيق والنتائج عدلا .
- ولعل هذا هو مؤدى قول الامام ابن تيمية : " لا بد في العقد من رضا المتعاقدين ، وموافقة الشرع ، أى انشاء ، وتطبيقا ، ونتائج .
- لأن التشريع الاسلامي كل متسق ، لا تتناقض جزئياته مع كلياته ، لافسي التصور ، ولا في الوقوع .
- يويد ذلك قول الرسول — صلى الله عليه وسلم — : " من عمل عملا ليس عليه أمرنا ، فهو رد " .
- الادلة التفصيلية الخاصة بالنظرية التي نهضت بتأصيلها :

اولا : من السنة :

أ — ماروى عن جابر بن عبد الله — رضي الله عنه — قال : قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — : " لو بعت من أخيك

- (١) راجع كتابنا : " الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق " ص ٤٦٤ وما يليها — طبع — جامعة دمشق — ١٣٨٦ هـ — ١٩٦٧ م .
- وراجع أيضا من ص ٤٥٣ وما بعدها — المرجع السابق .

ثرا ، فأصابته جائحة (١) ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا
بم تأخذ مال أخيك بغير حق (٢) ؟

ب- مارواه مسلم : أن النبي - صلى الله عليه وسلم - " أمر بوضع
الجوائح " (٣) .

ج- أخرج البخارى بسنده عن عمرة بنت عبد الرحمن ، قالت : " سمعت

عائشة رضي الله عنها ، تقول : " سمع رسول الله - صلى

الله عليه وسلم - صوت خصوم بالباب عالية أصواتهم ، وإذا -

أحدهم يستوضع الآخر (٤) ، ويسترفقه (٥) في شيء ، وهو

يقول : والله لأفعل ، فخرج عليهما رسول الله - صلى الله

عليه وسلم - فقال : أين المتألي (٦) لا يفعل المعروف ؟

(١) الجائحة هي الآفة السماوية التي تصيب الثمار فتهلكها
ولا خلاف أن البرد والقحط والمعطش جائحة ، وكذلك كل ما هو
آفة سماوية ، وأما ما كان من الآدميين كالسرقة ففيه خلاف : منهم
من لم يره جائحة ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - في الحديث عن
أنس : " إذا منع الله الثمرة " ومنهم من قال انه جائحة تشبيها
بالآفة السماوية . - نيل الاوطار : ج ٥ ص ٢٠ للشوكاني -
طبع لبابي الحلبي - الطبعة الاخيرة .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي : ج ١٠ ص ٢١٦ - الطبعة الاولى -
تصوير دار احياء التراث العربي .

(٣) المرجع السابق : ووضع الجوائح معناه انقاص الثمن بقدر التالف

من الثمر حتى اذا اتلف الثمر كله ، سقط الثمن كله .

(٤) يطلب اليه أن يضع الثمن ، أن ينقص منه .

(٥) يسترفقه يطلب اليه الفرق بحاله . (٦) المتألي : أي الخالف بالله .

نقال : أنا يارسول الله ، وله أى ذلك أحب " .

د - مارواه مالك في الموطأ ، عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن ، أنه سمعها تقول : ابتاع - رجل ثم حائط (١) في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان ، فسأل رب الحائط أن يضع له ، أو أن يقيه فحلف أن لا يفعل ، فذهبت أم المشتري الى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فذكرت ذلك له ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - تألى " أن لا يفعل خيرا فسمع رب الحائط فقال : يارسول الله ، هو له " وأى له ما طلب من التخفيض .

ووجه الاستدلال بأحاديث الباب كما يلي :

أولا : ماروى عنه صلى الله عليه وسلم - أنه " أمر بوضع الجوائح " والأمر يقتضي الوجوب ، ولا يصرف الى الاستحباب والندب ، كما ورد في روايات أخرى ، من أن عدم وضعها ، لا يحل ، وهو أكل لاموال الناس بالباطل ، وبدون وجه (٢) .

ثانيا : قوله - صلى الله عليه وسلم - أين المتألي على الله ألا يفعل المعروف " استفهام يفيد الإنكار ، وهو يفيد المنع والتحريم . وأيضاً ، سعى الشارع وضع الجوائح ، أو الاقالة من العقد على الثمار التي أصيبت بها ، " معروف مأمور به " يأمررون بالمعروف وينهون عن المنكر " فكان واجبا اما التخفيض والنقصان بقدر التالف ، أو الاقالة والفسخ .

(١) الحائط - البستان . (٢) المعيني على البخاري : ج ١١ ص ٨ - ونيل الاوطار : ج ٥ ص ٢٠ للشوكاني يقيه - يفسخ العقد بتراضيهما

ثالثا : فهم الصحابي انكار النبي - صلى الله عليه وسلم - لتعنته على أنه يفيد التحريم ، ولذا أجاب النبي - صلى الله عليه وسلم - الى ما رغب فقال : " هو له " يارسول الله - أى له الحظ من الثمن أو الفسخ ، وفي رواية : " وله أى ذلك أحب " (١) .

وهذه الأحاديث تنهض بجمعها لتفيد وجوب الحظ من الثمن ، أو - الفسخ ، وهو الراجع ، وهذه الأحاديث مرفوعة على الصحيح (٢) . ولا بد من التعرض لخلاف الفقهاء ، فيما اذا بيع الثمر بعد بدو صلاحه وسلمه البائع للمشتري بالتخلية ، ثم تلفت بالجائحة قبل أوان الجذاز . قال الشافعي وأبو حنيفة وغيره من الكوفيين ، والليث بن سعد لا يرجع المشتري على البائع بشيء ، وحملوا الأحاديث التي وردت - بوضوح الجوائح ، على ما اذا لم يبيع الثمر قبل بدو الصلاح ، بغير شرط القطع .

واستدل الطحاوي على هذا الاتجاه بحديث أبي سعيد " أصيب رجل في ثمار ابتاعها ، فكثر دينه ، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - تصدقوا عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال : خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك (٣) .

ووجه استدلال الطحاوي بالحديث ، أن دين الغرما لم يبطل بذهاب الثمار بالعاهات ، ولم يأخذ النبي - صلى الله عليه وسلم -

(١) المراجع السابقة .

(٢) نيل الاوطار : ج ٥ ص ٢٠٠ وما يليها للشوكاني .

(٣) أخرجه مسلم - وأصحاب السنن : نيل الاوطار - ج ٥ ص ٢٠٠

الثلث من باعها منه ، فدل على أن وضع الجوائح ليس على عمومه " ويجاب عن ذلك بأن ليس في هذا الحديث حجة على عدم وضع الجوائح إذ لا صلة له بموضوع النزاع ، ولم يصرح في الحديث بأن ذهب ثمره ذلك الرجل كان بعاهة سماوية .

وأما ما ذهب إليه الامام أبو حنيفة والشافعي في الجديد ، من حمل الأحاديث التي تفيد وجوب وضع الجوائح على ما إذا بيعت قبل بدو الصلاح ، فيجاب عنه بما أجاب به الامام الشوكاني ، من أن : " التنصيص على الوضع (١) مع البيع قبل الصلاح ، لا ينافي الوضع مع البيع بعده (٢) ولا يصلح مثله ، لتخصيص ما دل على وضع الجوائح ، ولا لتقييده " .
ومفاد كلام الامام الشوكاني ، ان ما ورد من النص على وضع الجوائح مع البيع قبل بدو الصلاح ، ان هذا الظرف " قبل بدو الصلاح " لا يصلح قيده قيده به أحاديث الباب ، إذ لا تنافي بين وجوب الوضع قبله أو بعده لأن هذا القيد غير معتبر في تشريع الحكم ، لسبب بسيط ، هو أنه يتنافى مع حكمة التشريع ، وهو دفع الضرر والظلم ، وذلك لا يختلف بكون العاهة قبلاً أو بعداً ، فالمرجع نص على القبلية لا للتقييد بل للوقوع ، وعلى هذا فلا مفهوم له ، لأن مفهوم المخالفة إنما يعمل به إذا لم يثبت من المشرع ارادة الموافقة في الحالين ، حالة ثبوت القيد وانتفاؤه تحقيقاً للمصلحة والعدل .

ومنشأ الخلاف ، هل التخلية قبض كامل ، فيكون الهلاك من ضمان المشتري لأن المبيع هلك بعد التسليم الكامل .

(١) وضع الجوائح او الحط من الثمن بقدر التالف من الثمر .

(٢) نيل الاوطار : ج ٥ ص ٢٠١ للشوكاني .

أو التخلية ليست قبضا كاملا ، فيكون هلاك المبيع قبل التسليم من

ضمان البائع .

وهذا اختلاف في تحقيق مناط التسليم الكامل في الوقائع المعروضة .
والراجح ما قلنا من وجوب وضع الجوائح ، وهو ما أكده الامام القرطبي
بقوله : " وفي الأحاديث دليل واضح على وجوب اسقاط ما أجتبح
من الثمرة ، عن المشتري " (١) .

سادسا : من أهم الاصول الفقهية الاجتهادية للنظرية ، ما اعتمده

الحنفية من أصل النظر في المال ، اساسا لأحكام فسخ الاجارة بالعدر

وتطبيقا لها :

ما يتضمن مفهوم هذه النظرية ومناطقها ما أتى به الحنفية من

أحكام اجتهادية تتعلق بفسخ عقد الاجارة بالعدر أو الظرف الطارىء

سواء كان متعلقا بالاستأجر أو المؤجر ، أو العين المؤجرة ، حيث

اعتمدوا فيما صدروا عنه من اجتهادات في هذا الصدد - أصل النظر

في المال ، على ما صرح به أئمة مذهبهم ، في أوثق وأقدم مصادره

ما نتناوله بالبحث والتحليل ، والمقارنة بما ورد في المذاهب الاخرى

من نظيره ، أو متعلقا بموضوعه ، واستجلاء الفلسفة التشريعية التي

تنهض عليها تلك الأحكام .

(١) نيل الاوطار : ج ٥ ص ٢٠١ للشوكانسي .

أصل النظر في مآل الظرف أو العذر الطارىء هو العلة في سلب
صفة اللزوم في الحال عن عقد الاجارة واثبات حق الفسخ للمضروفي
اجتهاد أئمة الحنفية ، اذا تعين طريقا لدفع الضرر غير المستحق .

ان وجوب أصل النظر في مآل العذر الطارىء ، وهو " الضرر " الواقع أو المتوقع ، كان ملحظا قويا لأئمة المذهب الحنفي بوجه خاص ، فيما يتعلق باثبات حق الفسخ بالعذر في عقد الاجارة ، ذلك لأن " العذر الطارىء " يؤدى الى الضرر " مآلا فيما لومضى المديسن الذى كان العذر في جانبه ، على موجب (١) العقد ، ونفذ ما التزم به في ظل هذا العذر ، وهو ما صرح به الامام السرخسي وغيره (٢) من أئمة الحنفية ، بقوله ، " وعندنا جواز هذا العقد أى عقد الاجارة - للحاجة ، ولزومه (٢) لتوفير المنفعة على المتعاقدين ، فاذا آل الأمر الى الضرر ، أخذنا فيما بقياس ، وقلنا : العقد - أى عقد الاجارة في حكم المضاف في حق السمعقود عليه (٣) والاضافة في عقود التمليكات

(١) المبسوط : ج ١٦ ص ٢ وما يليها - تبين الحقائق : ج ٥ ص ١٤٦

للزيلعي بدائع الصنائع : ج ٤ ص ١٩٧ وما يليها ، للكاساني .

- الموجب بفتح الجيم - الآثار او الالتزامات التي تترتب على

العقد والمضي على موجب العقد يعني تنفيذ الالتزام .

(٢) حاجة الناس الى عقد الاجارة اقتضت أمرين : اجازة هذا العقد

استحسانا واستثناء من القياس العام ، وهو عدم الجواز ، لانعدام

محل العقد وهو المنافع ، عند ابرامه ، ثم جعله لازما ، لايسع

أحد طرفيه الاستبداد بفسخه دون رضى الطرف الآخر ، حتى يتم

تمكين طرفيه من الانتفاع بثمراته ، ودفع الحاجة العامة الماسة عن

طريقه .

تمنع للزوم في الحال ، كالوصية (١) .
فأنت ترى ، أن أئمة الحنفية قد اضطروا تحت تأثير أصل وجوب اعتبار
"المال" الى تكييف عقد الاجارة ، حالة طرؤ العذر ، بأنه في حكم
العقد المضاف بالنسبة للمعقود عليه ، وهو المنافع تكييفاً مردّه الى أن
"المنافع" - وهي محل العقد - ليست بطبيعتها موجودة عند إبرام
العقد ، بل ستوجد مستقبلاً عند استيفائها - ان هي في اجتهادهم
- اعراض تحد شيئاً فشيئاً عند الاستيفاء ، فكان عقد الاجارة عقداً
مضافاً حكمه وأثره الى المستقبل ، بالنسبة للمنافع ، لا أنه عقد مضاف -
حقيقية ، فأشبهه الوصية من الوجه ، فكأن الاصل فيه عدم اللزوم ، ولكنه
اعتبر لازماً للحاجة استحساناً والاصل ، أن الاضافة في عقود التمليك التي
تقبل بطبيعتها الاضافة كعقد الاجارة والمساقاة والمزارعة ، تمنع صفة
اللزوم في الحال ، بسبب الاضافة هذه ، فوثقت فيها حق الفسخ كالوصية
حال حياة الموصي فدعا للضرر ، ولكنها مستثناة من هذا الاصل العام
واعترت لازمة ، للحاجة ، كما أشرنا .

وهذا الاساس الفقهي عند الحنفية الخاص بمسألة اثبات حق فسخ الاجارة
بالعذر ، ألجأ الحنفية الى اعتماده مستنداً خاصاً لهذا الحق ، وجوب
العمل بمقتضى أصل النظر في المال ، واعتباره في تطبيقات الفروع .

(٢) أي بمثابة العقد المضاف اثره الى المستقبل بالنسبة للمعقود عليه
لا أنه عقد مضاف حقيقة ، ومعلوم أن من عقود التمليك وهو ما ينعقد علة
لحكمه بجعل الله تعالى ويصح مع الاضافة كعقد الاجارة .
(١) المراجع السابقة .

أساس فقهي آخر يسوغ به الحنفية حق فسخ الاجارة بالمعذر هو قياس
المعذر الطارئ على العيب في المعقود عليه قبل القبض :

وثمة أساس فقهي آخر (١) يستند اليه ثبوت حق الفسخ بالمعذر ، في اجتهاد الحنفية ، ذلك هو قياس المعذر الطارئ على العيب في المعقود عليه قبل القبض ، بجامع أن كلا منهما يوجب ضررا زائدا لم يستحق بالعقد اذا مضى المدين الذي قام المعذر في جانبه على موجب العقد ، أي قام بتنفيذ التزامه ، وهذا هو المناط العام ، أو الضابط الفقهي للمعذر في اجتهاد الحنفية ، يروونه متحققا في العيب في المعقود عليه (٢) .

(١) أما الأساس الاول فهو أن عقد الاجارة في حكم العقد المضاف كعقد الوصية وهو عقد تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، ولكنه غير لازم في حياة الموصي ، وإنما يلزم في حقه بعد وفاته مصرا عليها ، بشرط قبول الموصى له صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي ، ان لا عبرة - بقبوله في حياة الموصي ، لما قد منان من أنه عقد غير لازم مادام حيا ، وللموصي له أن يقبلها او يرد لها بعد وفاة الموصي ، لانها غير لازمة في حقه ايضا ان لا يدخل شيء في ملك شخص دون ارادته الا من قبل الشارع كالارث ، دفعا لضرر تحمل المنة ، وهذا والوصية لا تكون الا مضافة ولا تقبل التنجيز . - المراجع السابقة .

(٢) غير أنه يؤخذ على الحنفية ، أن المعذر أوسع شمولا من العيب - اللاحق بالمعقود عليه لأنهم يعتبرون الاعذار الشخصية التي لا علاقة لها بالمعقود عليه ، فيثبتون حق الفسخ بقتضاها ، ولو كان المعقود عليه قائما سليما . الا ان يقال : أن العلة الجامعة هي : مطلق الضرر الزائد الذي لم يستحق بالعقد ، أيا كان منشؤه من المعذر

والسبب قبل القبض ، ويجب حق الفسخ للمضرور ، فيكذلك العذر .
وبان ذلك ، أن العيب يوجب نقضا في المعقود عليه ، مما يترتب عليه
تفاوت الثمن أو الاجرة ، بين حالتي المعقود عليه سليما أو معيبا ، وهو
ضرر لم يستحق بالعقد لان الاصل " سلامة المعقود عليه " من العيوب
بل هي ضمني في كل عقد معاوضة ، كما علمت . تحقيقا للرضا الكامل -
بتحقيق التوازن ما أمكن . فكان ثبوت جق الفسخ شرعا ، دفعا لهذا
الضرر الزائد غير المستحق بالعقد ، واستعمال المدين لحقه في الفسخ
يكون كما يقول أئمة الحنفية - امتناعا عن تحمل هذا الضرر .
الضرر في حد ذاته الذي آل اليه العذر ، اثر له ، هو اساس الحكم

بثبوت حق الفسخ الا العيب في ذاته :

هذا ، ويؤكد أئمة الحنفية ، أن الضرر الزائد عن المستحق بالعقد
الذي آل اليه العذر ، اثر له هو علة الحكم بثبوت حق الفسخ أو مستندا
وليس مجرد العيب ، حيث قالوا : " ثم الفسخ بسبب العيب ، لدفع الضرر
لا لعين العيب ، فاذا تحقق الضرر في ايقاء العقد يكون " عذرا " في
الفسخ ، وان لم يتحقق العيب في المعقود عليه " .
وهذا تأكيد لوحدة العلة بين العذر والعيب ، في المعقود عليه ، وهو
الضرر الزائد (١) أو أن شئت فقل وحدة "المال" بينهما ، كما صرح

الشخصي بالمؤجر أو المستأجر ، أو بالمعقود عليه ، وهذا النظر لم
يوافقهم له لاحق عليه سائر المذاهب الاخرى ، كما سنرى على أن الاعذار
الشخصية التي توجب حق الفسخ ليست مطلقة بل هي اعذار شخصية
مخصوصة كما سيأتي بيانها .

(١) المبسوط : ج ١٦ ص ٢ وما يليها .

بذلك الامام السرخسي .

أو بعبارة أدق أن مستند ذلك هو أدلة عدم مشروعية الضرر ، أو وجوب ازالته أن وقع أو دفعه قبل الوقوع ، تلك الأدلة التي نشأت عن مآل الظروف المستجدة ، وعارضت حكم الأصل ، أو القياس العام ، وهو وجوب الوفاء بالعقد ، أو عارضت أصل اللزوم الثابت بقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " وقوله سبحانه : وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها .

الواقع ان الحنفية لم يخرموا قاعدة وجوب الوفاء بالعقد ، ولا القياس العام في عقد المعاوضة ، وهو اللزوم ، باثبات حق نسخ عقد الاجارة بالعدر بل اثبتوه على أساس القياس .

وعند التحقق يبدو لنا أن الحنفية اذ قالوا أن العذر اذا طرأ وعجزا المدين عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، لم يخرموا القاعدة العامة من وجوب الوفاء بالعقد ، والقياس العام من كونه لازماً ذلك ، لأنهم أوجبوا على المتعاقد أن يتحمل الأضرار الناشئة عن موجب العقد نفسه ، باعتبار أنه تم التعاقد أو التراضي على ذلك ، أما الضرر الزائد الذي لم يكن منشؤه موجب العقد ذاته ، كان مآلاً ونتيجة للعذر الطارئ الخارج عن نطاق العقد ، فذلك امر لم يلتزم بالعقد أصلاً ، بل لم يتم التراضي على أساس تحمله ، ولذا :
" إنا أن أثر العذر ضرر زائد لم يستحق بالعقد .
رما يؤكد هذا ، وانه خارج عن نطاق التعاقد ، أنهم لم يقصروا أثر العذر على الضرر الاقتصادي ، بل جعلوه شاملاً للضرر البدني ، وللضرر

الذي يس الاعتبار الانساني ، فضلا عن الاعذار الشرعية الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام محرما شرعا (١) .
واذا ثبت ان الضرر كان مآلا لظرف طارئ على ابرام العقد ، فلا يكون المدين اذن ملزما به أصلا ، حتى يقال ان عدم الزامه بالوفاء استثناء من الأصل العام ، وهو وجوب الوفاء بالعقود .
وهذا يفهم صراحة من أمرين :

أولا : من تحديدهم لضابط العذر ، من أنه : العجز عن البضي على موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، ناشي عن الظرف الطارئ ، ويفترض أنه ملازم لتنفيذ الالتزام لا ينفك عنه .
فيتعين الفسخ طريقا لدفع الضرر ، اذ لو أمكن تنفيذ الالتزام دون هذه النتيجة الحتمية من الضرر ، لما ثبت حق الفسخ ،
لامكان انفكاك هذا الضرر الزائد عن تنفيذ الالتزام ، وذلك بدفع العذر أو التحرز منه - (٢) .

ثانيا : تعليل الامام السرخسي لثبوت حق الفسخ ، حيث ترك الاستحسان وعاد الى القياس العام ، والعمل به ، وعلل ذلك بأنه آل الأمر الى الضرر الزائد .

فتبين لنا ، أن الحنفية لم يخرموا قاعدة اللزوم العامة في عقود المعاوضة ، بل عملوا بالأصل العام عندهم في عقد الاجارة خاصة من أنه في " حكم العقد المضاف " بالنظر للطبيعة الخاصة للمنافع

(١) سيأتي تفصيل ذلك في التطبيقات .

(٢) وهذا في الأم الاغلب ، والا فان بعض تطبيقات الاعذار الشخصية عند الحنفية ، مما يمكن دفعها أو التحرز منها ، فضلا عن أنها من الممكن توقعها .

في اجتهادهم كما بينا ، أو لأن المتعاقد المضرور لم يكن ملزماً أصلاً بالضرر الزائد الذي لم يستحق بالعقد .
وانما الاستثناء أن لو كان المتعاقد المضرور ملزماً بالضرر الزائد ، ثم اعفى منه ، غير أن الاستثناء من أصل اللزوم في عقود المعاوضة عامة إنما وقع في تطبيقات وضع الجوائح في الزرع والثمار في اجتهاد المالكية على ماسياتي بيانه .

ويمكن تعليل اجتهادات الحنفية والمالكية في اثبات حق الفسخ في عقد الاجارة ، وعقد البيع في الثمار والزرع بعد بدو صلاحها ، اذا أصيبت بجائحة ، فضلاً عن الأدلة التفصيلية والأسس الفقهية الخاصة ، بأساس فقهي عام مؤداه .

ان المقرر شرعاً ، ان " العقود " سواء منها ما شرع قياساً أو استحساناً بل المعاملات بوجه عام ، لم تشرع أساساً ، الا للحاجة الباسة اليها في التعامل ، وتبادل المنافع ، والتيسير على الناس في طرق كسبهم ووسائل معاشهم ، مما يرفع الضيق ، والعنت ، والحرج (١) ، والضرر عنهم ولم تشرع قطعاً لتلك المآلات والنتائج الضرورية التي تصبح العقود أو تنفيذها في ظرف من الظروف ، ذريعة مفضية اليها فهم هذا من تعليلهم ، حيث قالوا : ان حق الفسخ للعيب ، لالذات العيب ، بل للضرر كذلك العذر لا يفسخ به عقد الاجارة لذات العذر بل لهآله ، وهو الضرر غير المستحق في حد ذاته ، أي كان منشؤه .

(١) سيأتي أن المعاملات عامة ، بما فيها العقود انما شرعت لتحقيق المقاصد الحاجية وهي المرتبة الثانية من مراتب مقاصد الشريعة .

ولو افتراض بقاء العقد قائما ولازما لطرفيه على الرغم من تلاها النتائج -
الضرورية الحتمية لعادات العقود ابراما وتنفيذا ، على أصل تشريعها
بالنقض ، كما يقول الأصوليون .

ومعلوم ، أن الاصل في التكاليف والمشروعات أن تكون نتائج تنفيذها
وتطبيقها عمليا ، مطابقة لما رسم الشارع لها من مآل نظريا ، حتى تتم
المطابقة والمساواة ، بين التطبيق والتشريع ، لأن هذا هو مراد الشارع
قطعا ، والا كانت المناقضة بين التطبيق والشرع ، والمناقضة باطلية ،
بالاجماع ، فلا يتسبب في المصير اليها ، وعليه فلا ينفذ العقد اذا غلب
على الظن أنه مفض الى هذه المناقضة ، بل هي مناقضة للمقاصد الحاجية
العامة التي ما شرعت العقود والمعاملات بوجه عام الا لتحقيقها .
الغاية العامة للعقد بل للمعاملات بوجه عام تنصل بالمقاصد

الحاجية في معظمها :

الغاية العامة للعقد بل للمعاملات بوجه عام هي تحقيق المقاصد
الحاجية ، غالبا (١) ، كما ذكرنا ، وهي المصالح التي لا بد منها
لتيسير الحياة دون مشقة غير معتادة ، مما يتعلق بالاقتصاد ، والاجتماع
وغير ذلك من وجوه المصالح التي ترفع المصيق والحرج عن الناس بتحقيقها ،
وهي دون الضروريات ، وأهمها عقود البيع والاجارة بجميع صورها .
على أن بعض المعاملات قد شرع لتحقيق " المصالح الضرورية " وهذه
أحكامها مستثناة من قواعد الشرع ، كما علمت ، من مثل شراء المضطر

(١) راجع بحث " مقاصد التشريع " بمراتبها الثلاث ، والضرورية
والحاجية والتحسينية كتاب الموافقات - الجزء الثاني - للامام
الشاطبي .

طعام غيره جبيرا عنه لسد الرمق بطن المثل ، انقاذا لحياته ،
اذا لم يلحق المالك ضرر مثله .
وبذلك ثبت أن العقد ذو مفهوم اجتماعي وانساني مما يجعله :
وسيلة أمن وعمل ، وغايته العامة تيسير سبل الحياة على أيسر وجهه
اقتصاديا واجتماعيا بما يرفع العسر والحرج والضيق والعنت .
أما كونه وسيلة " أمن " فلأنه مقيد بمنع " الضرر " عن الغير من الفرد
أو المجتمع ، ورعاية حق المجتمع من حقوق الله تعالى اطلق عليها الامام
الشاطبي " جهة التعاون " كما علمت ، وقيد بها الحقوق عموما ، بل
والحريات العامة (١) أيضا ، وأقيد بها سلطان الارادة الانسانية
في التصرف ، ان شئت .
وأما انه " وسيلة عمل " فلأنه أهم اداة للتعامل ، وتبادل المنافع
بين الناس ولولاه لتوقف النشاط الاقتصادي ، والاجتماعي ، ولاصاحبها
خلل كبير لا يستقيم معه أمر الحياة الا بعسر ومشقة بالغين ، وليس هذا
من أسس التشريع الاسلامي قطعا .
وأما غايته بوجه عام ، فلتحقيق المقاصد الحاجية غالبا ، كما ذكرنا .
مقارنة فلسفة الحنفية في أصول حق الفسخ بما يناظر ذلك في

فقه الشافعية :

هذا ولا بد من تفصيل القول في مقارنة فلسفة الحنفية في أصول
حق الفسخ في عقد الاجارة خاصة من واقع نصوص مذهبهم بما استقر
عليه هذا الحق في المذهب الشافعي .

(١) المواقفات : ج ٣ ص ٤٥٨

بوجه خاص (١) ، كما ورد في مصادرهم ، الأمر الذي ينعكس أثره على مفهوم العقد بوجه عام ، فيحدد طبيعته وأثره وغايته العامة ، لأن التطبيقات الجزئية تتضمن مناط الاصل العام ، وغايته .
وانما آثرنا أن يحدد مفهوم العقد بأمثلة وتطبيقات تتصل بموضوع بحثنا في معظمها ، فضلا عن التطبيقات الأخرى ، حتى يكون هذا التمهيد مساعدا على تفهم النظرية نفسها في بحوثها المقبلة .
فلسفة ابتناء الحنفية ثبوت " حق الفسخ " في عقد الاجارة حالة

العدر (٢) على اساسين فقهيين خاصيين ، فضلا عن الاصول العامة :

- أحدهما : كون عقد الاجارة في حكم العقد المضاف ، كما علمت .
- ثانيهما : كون " العذر " بمثابة " العيب " في المعقود عليه قبل القبض بجامع " العجز عن المضي في موجب (٣) العقد .

- (١) ان المذهب الاخرى لا تخالف عن اصله كثيرا ، ولقائل أن يقول : ان الاختلاف الواقع بين المذهب الشافعي والحنفي من حيث أصل حق الفسخ ، لا يعكس لنا مفهوما موحدا للعقد ، بوجه عام ، بل مفهوم العقد في فقه كل منهما ، والجواب على ذلك من وجهين :
١ - ان ثمة اصولا لحق الفسخ ، دفعا للضرر ، في فقه المالكية على اساس وضع الجوائح . كما أن هناك اصولا لتعدد يل التزامات العقد في الوفاء بالنقود التي طرأت ظروف فغيرت من قيمتها .
٢ - يجب الترجيح بعد المقارنة ، بما هو أقوى دليلا ، وهذا ، يعطي فكرة واضحة بعد الترجيح عن مفهوم العقد في الفقه الاسلامي والا لما كان للبحث والدراسة المقارنة أي جدوى .
- (٢) الظرف الطارئ .
- (٣) بفتح الحيم - الاثر الثابت بالعقد وهو الالتزام ، والمضي في موجب العقد أي تنفيذ الالتزام .

الا بضرر زائد لم يستحق بالعقد (١) ، وهذا هو ضابط "العذر"
ومناطه عند الحنفية ، وهو متحقق في "العييب" فصح قياس العذر على
العييب ، والحكم هو ثبوت حق الفسخ للمدين المضرور ، في كل منهما ،
لوحد العلة في اجتهادهم .
وفي هذا رد على الشافعية الذين لا يقولون بحق الفسخ الا بالعذر الذي
يلحق المعقود عليه .
فالاساس الاول ، يمنع اللزوم في الحال في عقود التملك اذا كانت مما
تصح مع الاضافة ، كعقد الاجارة والساقاة والمزارعة ، للاضافة (٢) ،
فيثبت حق الفسخ ضرورة دفعا للضرر ، وهذا هو القياس العام (٣) .

- (١) مفاد هذا : ان الضرر الزائد الذي يعجز المدين عن تنفيذه
التزامه الاحتمله ، هو ضرر ليس منشؤه الالتزام نفسه ، والا لوجب
تحمله ، لانه من موجبات (بفتح الجيم العقد) وآثاره ، وهو داخل
في نطاقه ، والمدين قد دخل في العقد ، وتم التراضي (بالايجاب
والقبول) على أساس تحمل كل ما ينشأ عن التزامات العقد ، ولكن
الضرر الزائد هنا ، وهو غير متوقع غالبا ، ناشي عن العذر الطارئ
بعد ابرام العقد والمدين لم يلتزم أصلا بما ينشأ عنه من ضرر
لأنه ليس من التزامات العقد ، اذ هو حادث بعد ابرامه ، فكان
هذا الضرر خارجا عن نطاق العقد ، وغير متوقع غالبا .
(٢) يقول الامام السرخسي في هذا المعنى ، والاضافة في عقود التملك
تمنع اللزوم في الحال كالوصية . المبسوط : ج ١ ص ٢٦٠ - تبين الحقائق
ج ١ ص ٢٦٠ للزيلعي .
(٣) ويقول الامام السرخسي : " فاذا آل الامر فيه الى الضرر ، اخذنا فيه
بالقياس وقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه ، وقلنا

الاضافة تمنع صفة اللزوم في الحال في عقود التمليكات اى التي تصح
مع الاضافة — المرجع السابق .

• وهو كونه في حكم العقد المضاف الذى يمنع صفة اللزوم في الحال
والاساس الثانى — يثبت حق الفسخ ضرورة ، اذ الاصل " سلامة العقود
عليه " بل هو شرط ضمنى ثابت شرعا ، في كافة عقود المعاوضة (١) وان
لم يشترط في العقد ضراحة ، كما ذكرنا .
وأقول : ابتناء الحنفية ثبوت حق الفسخ في عقد الاجارة حالة العذر
الطارى بعد إبرام العقد ، على هذين الاساسين الفقهيين الخاصين ،
فضلا عن الأصول التشريعية والفقهيية العامة (٢) ، ومباني العدل (٣)
وموجهاته (٤) ، كان الدافع اليه (٥) ، (الى هذا الابتناء) هو

- (١) البدائع : ج ص للكاساني .
- (٢) من مثل قوله تعالى " لا تأكلوا بينكم بالباطل " وقوله سبحانه :
" يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " .
- (٣) من مثل القواعد الفقهية : " الضر يزال " و " يصار الى أخف الضررين "
وغيرهما من القواعد المتفرعة عن القاعدة العامة التشريعية التي
ارساها الرسول — صلى الله عليه وسلم — " لا ضرر ولا ضرار " وهي
حاكمة على القواعد كلها ، ومقيدة لها .
- (٤) ان الله يأمر بالعدل والاحسان — والاحسان مأمور به لأنه يخفف
من نتائج الجرى على موجب القواعد العامة اذا افضت اليها نسي
الظروف المتغايرة ، اذ للظروف تأثير في هذه النتائج ، فكان
الاحسان ، وهو التجاوز من العدل الى الفضل . — راجع كتابنا
" الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده " ص للمؤلف .
- (٥) اى الدافع هذا الابتناء .

" أصل وجوب اعتبار " المآل " في حد ذاته ، وهو هنا الضرر الواقع أو المتوقع ، سواء أكان ناشئاً عن " العيب " أو " العذر " ، ما دام غير مستحق بالعقد والضرر الواقع يجب إزالته شرعاً إذا كان غير مستحق (الضرر يزال) و (لا ضرر ولا ضرار في الاسلام) .
والضرر المتوقع يجب دفعه قبل الوقوع ، لأن الدفع أسهل من الرفع ، وعلا بالقاعدة الفقهية المعروفة " يدفع الضرر بقدر الامكان " أي قبل الوقوع .
وانما قلنا ، ان الدافع لأئمة الحنفية الى تلمس هذين الأساسين الفقهيين الخاصين ، ليبتنى عليهما ثبوت حق الفسخ ، بالاعذار الطارئة ، هو الأصل العام من وجوب النظر في المآل - في حد ذاته - الذي ينبغي أن يكيف على أساسه التصرف أو الفعل ، من جديد ، بقطع النظر عن حكمه الأصلي ولو اقتضى ذلك استثناءً من مقتضى قاعدته العامة ، لأننا استخلصنا هذا الدافع الى العمل بأصل المآل ، من توجيه أئمة الحنفية أنفسهم ، - للاستدلال بهذين الأساسين ، فكان ذلك اعترافاً منهم بهذا الأصل العام (١) في الاجتهاد التشريعي في الفروع ، إبان التطبيق ، وثاره يسمونه " مآلاً " وطوراً يسمونه " استحساناً " ومن تحكيمهم له فسي استنباط الأحكام أيضاً وفقاً للظروف المتغيرة ذات الأثر في نتائج هذا التطبيق ، كما رأيت .

(١) أصله الامام الشاطبي ان يقول : " أصل النظر في مآلات الافعال

معتبر مقصود شرعاً . " وهو الاصل الذي تفرع عنه مبدأ الاستحسان
ومبدأ الذرائع ، ومبدأ مراعاة الخلاف .

- المواقات : ج ٤ ص ١٩٨ .

يرشدك الى هذا ، أن الامام السرخسي نفسه ، في معرض رده على الشافعية الذين لا يفسخون عقد الاجارة الا بالعيب في المعقود عليه لأن عقد الاجارة في اعتبارهم ، هو عقد بيع ، والمنافع في اجتهادهم أيضا في " حكم الاعيان " الموجودة ومعلوم أن عقد البيع اذا تم كان لازما فلا يفسخ الا بالعيب (١) دون الاعذار الاخرى فيما عدا الاعذار الشرعية (٢) ، أجاب (الامام السرخسي على ذلك) موهنا حجة الشافعية هذه بقوله ، بأنه ينبغي ألا يعتبر العيب في حد ذاته ، بل " مآله " ونتيجته وهو " الضرر " ولا شك أن " الضرر " مآل العذر أيضا ، فكان هو المعنى الجامع بينهما (٣) ، واذا اتحدت العلة ، وجب أن يتحد الحكم فيهما ، وهو الفسخ ، لأن العلة مناطه ، تأكيدا لمنطق التشريع المتسق ، وتحقيقا للمعدل " الذي يمثل الارادة الحقيقية للمشرع ، والا كانت المناقضة ، ومناقضة المشرع باطلة .

-
- (١) فضلا عن إمكان فسخه شرعا بإقترانه بخيار الشرط ، أو بمقتضى حق الخيارات الثابتة شرعا ، كخيار الروية ، وخيار الاكراه ، وسائر الخيارات التي تتعلق بعيوب الرضا .
- (٢) الاعذار الشرعية ، تجعل استيفا " منفعة محل عقد الاجارة ، أي المنافع ، متعذرا ، وهذا متفق عليه بين المذاهب ، وذلك ، كما من استأجر امرأة لتنظيف المسجد خلال فترة معينة فحاضت اثناء هذه المدة ، فيفسخ العقد بحكم الشرع ، لتعذر استيفا " المنفعة لأنها محرمة ، في هذا الظرف ، وهو عذر شرعي بحق شخصي ، إذ لا يجوز للعائض ان تدخل المسجد ، فالمانع من الاستيفا " شرعي .
- (٣) راجع المبسوط : والبدائع ، وتبيين الحقائق - في فسخ الاجارة بالعذر

هذا الرد ، وتوجيه الاستدلال ، يؤكد اعتبار " أصل المآل " عند
أئمة الحنفية ، وتكييف الفعل بالمشروعية وعدمها على أساسه ، كما
رأيت ، واليك نص الامام السرخسي ، وتابعه في ذلك كبار أئمة الحنفية
اذ يقول : " فالشافعي - رحمه الله - يقول : " عقد الاجارة اذا -
اطلقت ، فهي لازمة ، كالبيع ، الا أن عندنا قد يفسخ الاجارة بالعدر
وعنده لا يفسخ الا بالعيب وهو بنا على أصله ، أن " النافع كالأعيان
الموجودة " حكما ، فان العقد عليها كالعقد على العين ، فكما لا يفسخ
البيع الا بعيب ، فكذلك الاجارة " .
هذا هو الاصل الذي بنى عليه الامام الشافعي اجتهاده في حكم نسخ
عقد الاجارة بالأعدار .

ومنشأ الخلاف كما ترى : هل النافع كالأعيان حكما ، فيكون العقد عليها
لازما كعقد البيع ، ولا تنسخ الا بما يفسخ به عقد البيع ، أو أن النافع

(١) يفهم من هذا ، كما هو واضح ، ان جواز عقد الاجارة ولزومه انما
كان لأمرين : أحدهما : دفع الحاجة العامة الماسة استثناء من
الأصل العام ، وهو عدم الجواز ، لانعدام العقود عليه (محل
العقد) عند إبرام العقد ، وبيع المعدوم - وهو النافع - باطل
فأجيزه استحسانا للحاجة . وثانيهما - توفير المنفعة للمتعاقدين
وذلك لا يتم الا اذا كان لازما ، ان لو اعتبرناه غير لازم لاستقل كل
من طرفيه بفسخه وفقا لمشيئته وفي كل وقت ، ودون رضا الآخر ،
فكان كل من طرفيه مهددا بفسخه في كل لحظة ، وبذلك لا يتوفر
للمتعاقدين الانتفاع بالعقد ، فلا المستاجر يمكنه ان يستوفي المنفعة
المقصودة ، ولا المؤجر يمكنه ان ينتفع بالبدل ، اذا حصل الفسخ نتيجة
لعدم اللزم .

لمست كالأعيان حكما بل هي أعراض زائلة معدومة تتجدد شيئا فشيئا
عقد الاستيفاء .

وأما نص الرد عليه من قبل الامام السرخسي فكما يلي : " وعندنا -
أي الحنفية - جواز هذا العقد - عقد الاجارة - للحاجة ، ولزومه ،
لتوفير المنفعة على المتعاقدين ، فاذا آل الامر الى الضرر ، أخذنا
فيه بالقياس (١) وهو عدم اللزوم ، على اعتبار أن عقد الاجارة نسي
حكم العقد المضاف (٢) .
والواقع - كما ترى - أن اجتهاد الأئمة على موجب القياس ، والاستثناء
منه والعمل بموجب الاستحسان ، يدور - في الحالين - كما رأيت
مع مقتضى العدل ، ودفن الضرر غير المستحق .

-
- (١) ويقصد به القياس العام وهو " عدم اللزوم " اذ عقد الاجارة نسي
حكم العقد المضاف والاضافة في عقد التملك الذي يصح مع الاضافة
كالاجارة والساقاة ، يمنع اللزوم في الحال كالوصية - أما
الوصية فانها لا تكون الا مضافة بطبيعتها لاتقبل التنجيز .
- المبسوط : للسرخسي - ج ١٦ ص ٢
- اذ " المال " هو الذي غير حكم العقد من اللزوم الى
عدمه ، أو من الاستحسان الى القياس .
- (٢) العقد المضاف هو القعد الذي يصدر بصيغة يضاف فيها
الايجاب الى زمن مستقبل سواء أكانت الصيغة مطلقة او مقترنة
بشرط ، كقوله " اجرتك هذه الارض ، مدة خمس سنوات ابتداء
من أول السنة القادمة ، ويقبل الطرف الآخر .

فاذا كان العمل بموجب القياس العام يؤول في ظرف معين السي تحقيق العدل ، والصلحة المعتبرة ، ودفع الضرر غير المستحق ، وجب التصير الى هذا المآل ، تحقيقا لذلك كله .
أما اذا كان العمل بهذا الموجب في ظرف من الظروف يؤول الى مآل ممنوع ، من الضرر الزائد غير المستحق (١) وجب حينئذ اخراج السألة من القياس العام ، وتطبيق قاعدة اخرى تدفع هذا المآل الممنوع وتحقيق العدل ، وهذا هو الاستحسان ، أو المناط الخالص ، كما علمت .

فالعدل اذن هو قطب الرحى في التشريع الاسلامي ، قياسا أو استحسانا ، حسب الظروف والاحوال ، وبذلك كانت معايير من الدقة والاحكام بحيث تقدره على تحقيق مقتضى العدل ، والصلحة ، ورفع الحرج ، والضرر في الظروف المتغيرة ، وفي كل واقعة تعرض .

= / وحكم هذا العقد أنه ينعقد علة لحكمه ، ولكن يتأخر سرسان آثاره الى الزمن المستقبل المحدد ، فلا يملك المستأجر منفعة الارض الا بدءا من الزمن الذي أضيف اليه العقد .

— وعقد الوصية لا يكون الا مضافا بطبيعته ، وكذلك عقد الايضا ، لأن طبيعتهما تقتضي الاضافة ، ولا تحتل التنجيز ، وعقد الاجارة يقبل التنجيز كما يقبل الاضافة ، ويصح معها ، لأن محله المنافع ، وهي توجد شيئا فشيئا ، فكانت الاضافة متفقة مع طبيعتهما .

(١) ويقول الامام السرخسي تطبيقا على خصوص سألتنا : " لأنه لا ضرر عليه في ايضا العقد الا قدر ما التزمه " .

ثم يبين الامام السرخسي ، أنه كان من مقتضيات النفاذ العقلي في الاجتهاد التشريعي أن نستبطن مقاصد التشريع ، أو المعنوي التشريعي الذي أدار عليه المشرع الحكم .

فإذا كان الامام الشافعي - رحمه الله - يرى أن عقد الاجارة كالبيع لا يفسخ الا بالعيب فالعلة - لو أمعنا النظر - ليست هي ذات العيب بل العلة هي " الضرر " لأن " العيب في المعقود عليه " ينقص المنفعة ، أو يزيلها ، إذا أصاب بعضا من المنعوتة عليه ، أو أتى عليه جملة ، وكذا يتفاوت الثمن أو الاجرة بالعيب ، أو يسقطان قبل القبض تبعا لنقص المنفعة أو فواتها وهذا لعلة الضرر .

وإذا كانت " العلة " هي " الضرر " غير مستحق في حد ذاته ، فهو متحقق في العذر والعيب على السواء ، مآلا لهما ، كما ذكرنا ، فوجب الاعتداد بالمآل ، وهو هنا " الضرر " لاذات العيب ، وإذا كان الضرر الزائد غير المستحق " معنى ينتظم العيب والعذر معا ، وجب اتحاد الحكم فيهما ، كما قدمنا ، لوحدة العلة ، والحكم هو وجوب دفع الضرر وذلك لا يتأتى الا بالفسخ اذا تعين وسيلة اليه ، فثبت حق الفسخ بناء على ذلك في الحالين : العيب والاعذار ، والتفرقة بينهما تحكم لا ينهض بها دليل شرعي معتبر ، بل في التفرقة بينهما انخرام أصل العدل الذي يقضي بعدم مشروعية الحكم الضرري بخير حق ، وهذا هو مؤدى نص الامام السرخسي : " ثم الفسخ بسبب العيب ، لدفع الضرر ، لالعين العيب ، فإذا تحقق الضرر (١) في ايضا العقد (٢)

(١) وهو المآل الواقع او المتوقع .
(٢) أي في البضي على موجب العقد وتنفيذ التزاماته رغم طرود العذر أو الظرف .

(١)

يكون ذلك عذرا في الفسخ ، وان لم يتحقق العيب في المعقود عليه

وأساس ذلك أن الضرر الزائد غير مستحق على المتعاقد شرعا ، ولا ينبغي

أن يتحمل في ايفاء العقد ، الا قدر ما التزمه عند العقد (٢) ،

” وبذلك ثبت الفسخ بالاعذار الشخصية اللاحقة بالاستأجر والموَجَّر

اذا تسبب عنها ضرر وائد غير ” مستحق ” بالعقد ، فضلا عن العيب

اللاحق بالمعقود عليه لوحدة المآل على ما سيأتي تفصيله .

ويستخلص من هذا ، ان الشارع الحكيم ، لا يحل الملتزم فوق ما التزم

فعلا عند العقد .

ويلزم عن هذا عقلا ، انه يشترط أن تكون الظروف وقت ابرام العقد ،

قائمة عند تنفيذه ، اذا كان لتغييرها أثر في مآل تنفيذ العقد ضررا زائدا

وهو شرط ضمني فهم لزوما عقليا ، من تعليل الأئمة السابق ، وان لم

يصرحوا به ، كما اسلفنا .

فحق الامتناع عن المضي في موجب العقد ، أى الامتناع عن تنفيذ -

الالتزام من جانب المتعاقد المدين به يقتضى حق الفسخ الثابت له

شرعا ، لم تكن علته ذات الالتزام ولا الضرر الناشئ عنه ، لأن ذلك -

واجب الوفاء به شرعا ، عملا بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود

” ولأن العقد عهد ، والله تعالى يقول : ” ووفوا بعهد الله اذا

عاهدتم ، ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا ”

(١) المبسوط : ج ١٦ ص ٢ - ٣ .

(٢)

(٣) ان يقول الامام السرخسي : ” لانه لا ضرر عليه في ايفاء العقد ، الا

قدر ما التزمه عند العقد ” أى لا بعد ابرامه بسبب عذر يطرأ .

المبسوط : ج ١٦ ص ٣ للسرخسي .

أقول ان حق الامتناع عن تنفيذ الالتزام حالة العذر الطارىء بالفسخ لا لذات الالتزام ، لما بينا ، بل لوصف ملازم للالتزام لا ينفك ، وهو الضرر الناشئ عن العذر أو الظرف الطارىء الملبس ، وهذا الضرر غير مستحق ، اذ التعاقد ليس ملزما شرعا الا بالتزامات العقد التي نشأت عند ابرامه ، لا بعد ، ، لأنها خارجة عن نطاقه ، كما اسلفنا ، ثبت ما قلنا ، من أن حق الفسخ لم يكن استثناء من أصل قاعدة اللزوم عند الحنفية ، بل هو القياس .

وأما " حق الفسخ " يثبت اذا تعين طريقا لدفع الضرر غير المستحق لأن تحمله ظللم .

فاشراف المشرع على تنفيذ العقود ابان الظروف المتغيرة ، واضح في تعليقات الأئمة وأسبغهم الفقهية ، وتطبيقاتهم ،

، مما لا يصح معه القول بأن العقود -

وأثارها في الفقه الاسلامي تخضع لسلطان الارادة الانسانية المطلقة بل اشرف المشرع عليها ابراما وتنفيذا ، نجعل لضيمون العقد مقبوسا اجتماعيا وانسانيا ، بما يحقق من التوازن ، والعدل ، في المعايضات ومبرورية الباعث وما هو وسيلة أمن وعمل وتعاون ، أما فائته العامة ، نرفع الضيق والحرج ، وتمكين طرفيه من الانتفاع المتبادل في حدود الحق والعدل والصلحة المشروعة .

ونكتفي بهذا القدر من بحث النظرية ، لمحدودية

الصفحات المقررة ، والله الهادي الى سواء السبيل .

نظرية المسؤولية التقصيرية والعقدية

في

الفقه الإسلامي

مقدمه :

لم يرد هذا الاصطلاح في الفقه الاسلامي وانما
ورد معناه تحت اسم آخر هو " الضمان " .
وانذا كانت المسؤولية تعني المواخذه فان الضمان - في
أحد معانيه - يعنينا كذلك عند الفقهاء ، ونورد فيما يلي المعاني
الفقهية التي اطلق عليها الفقهاء لفظ الضمان في استعمالهم .
الضمان في اصطلاح الاصوليين والفقهاء (١)

يعنينا من تعريف الضمان في بحثنا هذا
تحديد تاحيته المدنية ، لا الجنائية ، وقد حددت الحنفية
بما يفيد هغل الذمة بأد الامثل ما أظف ، ان كان من المثليات

(١) الضمان في اللغة ، يعني الالتزام ، تقول ضمانت المال التزمت
به ويتعدى الى مقمولين : تقول ضمانته النال أي التزمت
به - الصباح المنير .

هذا ، وللضمان معنى آخر ، وهو الكفالة - والضامن هو
الكفيل والملتزم والغارم - ويأتي الضمان ايضاً بمعنى التأكيد
على خلو الشيء من العيب - وب - المعجم الوسيط -

أوقيته ، ان كان من القبيبات ، وهذا المعنى كما يتحقق
في ضمان التصرفات الفعلية غير المشروعة ، فيما يتعلق بالاموال ،
يتحقق كذلك ، في ضمان العقود (١) .
غير أنه فيما يتعلق بضمان العقود ، كسغل ذمة البائع بمثل أو
قيمة البيع المهالك في يده قبل تسليمه ، انما هو أثر لازم لحكم
العقد ، من وجوب التسليم ، عند أداء المشتري الثمن ، وليس
أثراً مباشراً للعقد ، وكذلك ضمان الوديعة مثل أوقية العين المودعة
أثراً لحكم عقد الوديعة ، من التزامه بالمحافظة عليها ، اذا هلكت بتقصير
منه أو تعدد وعلى هذا ، كان الضمان في جانبه المدني لا الجنائي ،
عند الفقهاء على نوعين :

أ - ضمان الاتلاف .

ب - ضمان العقد .

وقد عرف الضمان بعض الفقهاء القدامى ، بأنه " غرامة التالف (٢)
أو " رد مثل الهالك اوقيته " كما عرفه بعض المحدثين ، بأنه "
التزام بتمويض مالي ، عن ضرر للغير ، وهنسي معان متقاربة ، تتسم
بالوضوح والايجاز .

(١) (١) المجلة / ٤١٦ (٢) من العقود ما يكون الضمان أثراً مباشراً

له ، وهو الكفالة ، وهو اما التزام بعمل كما في احضار
شخص معين ، أو سغل الذمة بالدين أو بالمطالبة على خلاف
بين الفقهاء .

(٢) الضمان ص ٤ وما يليها - للشيخ على الخفيف .

غير أن بعض المحدثين ، قد عرف الضمان بأنه : " شغل
الذمة بما يجب أدائه من مال أو عمل ، عند تحقيق شرط أدائه ،
في الحال ، أو في المستقبل المعين " .
هذا في الواقع ، تعريف بالاعم ، لأنه يشمل " الدين " ولا علاقة
له بالتصرفات الفعلية التي تشكل اعتداءً على المال يتلفه ، كما
يشمل عقد الاجير المشترك والخاص ، ومحل العمل ، وليس هذا من
قبيل ما نحن فيه ، من الاعتداء على الاموال بالاثلاف .

نعم اذا امتنع الاجير عن اداء التزامه ، من القيام بالعمل محل
العقد ، وكذا اذا امتنع البائع عن تسليم المبيع الى المشتري عند ادائه
الثمن ، يجبر قضاءً على ذلك ، ويعزره الحاكم وينفذه عليه ان امكن
غير أن الشارع لا يلزمه بتعويض مالي عن تأخره او امتناعه ، فكان
هذا التعريف غير مانع (١) .

وأيضاً ، قد يكون الضمان بمعنى الكفالة بالمال أو النفس ، وفي
هذا النوع الاخير من الكفالة ، محله احضار شخص وهو عمل غير أن
الامتناع عن ذلك لا يستوجب التعويض المالي (٢) وان لحق الدائن

(١) الضمان - ص ١٤ - الشيخ علي الخفيف .

(٢) الضمان بمعنى الكفالة ، قد استعمله المالكية والشافعية

والحنابلة - راجع - المهذب ج ١ ص ٣٥٩ - معنى المحتاج

ج ٣ ص ٨٣ - الاشباه والنظائر - للسيوطي ص ٢٢٢

المغني - ج ٤ ص ٥٣٤ - ابن قدامه .

ضرر من جرائه ، وهذا ليس مما نحن بصدده البحث فيـــــــــــــــــه
أيضا .

وهكذا ترى ، أن الالتزام بعمل ، سواء أكان حكما وأثرا للعقد كما
في عقد البيع ، من مثل التزام البائع بتسليم الببيع أم كان محلا للعقد
كما في عقد الاجير المشترك أو الخاص ، فان امتناع الملتزم عن الاداء
لا يستوجب التعويض المالي عن التأخير ، ولو لحق الدائن ضرر بسبب
ذلك وانما يجبر قضا على التنفيذ ان امكــــــــــــــــن ، كما أسلفنا .

الفصل الاول

أدلة مشروعية الضمان

تنهض بمشروعية الضمان ، أدلة من الكتاب والسنة .
أما الكتاب ، ففيما يتعلق ، بالاعارة والوديعة ، وكل شيء أنتصن
صاحبه غيره عليه أو ألزم به الشارع فمن مثل عموم قوله تعالى : " ان
الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها " .
ووجه الاستدلال : أن الله تعالى أوجب أداء الامانة بصريح الامر
وهذا يستلزم شغل الذمة به والا كان توجه الخطاب بالطلب في غير
مطلوب ، وهذا لا يتصور ، وشغل الذمة مما يتحقق به الضمان الذي
يستوجب الاداء .

وعلى هذا ، فالضمان بنوعيه ، ضمان الاتلاف ، وضمان العقد
يشمله عموم الآية الكريمة ، من حيث شغل الذمة به ، ووجوب أرائه

عند تحقيق شرطه .

هذا ، والآراء الكمال ، اما برد العين ان كانت قائمة ، كما
في رد المنصوب ، وهو ما تقرره السنة ، أيضا ، في قوله - صلى
الله عليه وسلم - : " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " .
أورد مثلها الكمال صورة ومعنى ، ان هلكت أو تلفت وكانت من المثليات ، أو رد
قيمتها القائمة ، وهو المثل المعنوي ، ان كانت من القيميات ، أو
كانت من المثليات وانقطع مثلها ، تعويضا وجبرا للتالف .
ثانيا : قوله تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما
اعتدى عليكم " .

ما أعتدى عليكم .

وجه الاستدلال ، أن الآية الكريمة بحمومها ، تقرر مبدأ -
المماثلة في الجزاء عدلا والتعويض ضرب من الجزاء ، والمماثلة الكاملة
ما كانت صورة ومعنى ، لا يمكن ، والا فالمثلية معنى وهي القيمة
مجزئة . غير أن هذا الجبر أو الجزاء ، لا ينطوي على معنى العقوبة
الزاجرة ، وإنما هو مجرد رد للبدل التالف على صاحبه ، لعصمة
ماله فيقوم بال محل المال التالف .

ثالثا : قوله تعالى : " وان عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عاقبتهم به " .

وجه الاستدلال ، أن الآية صريحة الدلالة على وجوب تحقيق
مماثلة العقوبة للفعل الجرمي ، وهذا ، وان كان نصا في العقوبات
الزاجرة للعدوان على الانفس ، غير أنه يستأنس به في الاستدلال على
مبدأ المماثلة في العدوان على الاموال كذلك من قبل أن " المماثلة " .
مبدأ عام يقرره العدل في الجزاء ، على العدوان باطلا لعقوبة

أو تعويضا وجبرا ، الا ما استثني بدليل ، كما في ضمان العقد
على ما سيأتي تفصيله (١) .
رابعا : قال تعالى : " وجزاء سيئاته ، سيئته مثلها ، وهذا
تأكيد لتقرير مبدأ المثلية في الجزاء عدلا .
ووجه الدلالة ، أن التعويض المالي ضرب من الجزاء ، لأنه من قبيل
ازالة الضرر المالي الذي أحدثه المعتدى ، وأمثلة طريق لذلك ، هو
أحداث نقص في مال المعتدى يماثل الذي أحدثه في مال المعتدى
عليه ، ويرد على هذا الأخير جبرا وعضا ، وهذا ضرب من الجزاء ،
ومما يؤكد ذلك أنه جبر وتعويض وجب شرعا في مقابل انتهاك عصمة المال
بالنسبة للمعتدى عليه ، وهو نفسه انتهاك لعصمة مال المعتدى ، جزاء
وفاقا ، وعلى هذا ، فإن عموم عصمة النفس أو المال مخصصة بما قدمنا
من الآيات الثلاث (٢) بالنسبة للمعتدى (٣) .
خامسا : ماروى عن أنس - رضي الله عنه - قال : اهدت بعض أزواج

-
- (١) سيأتي أن ضمان العقد يتم التقدير فيه على أساس التواضي
بخلاف ضمان الائتلاف فإن مبناه على الجبر والتعويض ، وذلك
أساسه المعادلة أو المائلة ، أو المساواة في المالية والقيمة ،
ان تعذرت المثلية صورة .
(٢) من قوله تعالى : " وان عاقبتهم ، فعاقبوا بئس عواقبتم به " وقوله
تعالى : " فمن اعتدى عليكم ، فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم
وقوله تعالى : " وجزاء سيئة ، سيئة مثلها " .
(٣) المرجع السابق ج ٥ ص ٢٩٨ .

النبي - صلى الله عليه وسلم - اليه طعاما في قصعة ، فضربت
عائشة القصعة بيدها ، فأتلفت ما فيها ، فقال رسول الله - صلى
الله عليه وسلم - طعام بطعام ، وأنا باناء (١) .
ووجه الدلالة ، أن الباء في الحديث للعوض ، فأوجب الرسول
- صلى الله عليه وسلم - طعاما وأنا على المتلف ، مثل الطعام
والاناء الذي أتلفه ، عوضا وجبرا .
ومعلوم أن القيمي يضمن بقيمته ، والمثلي بمثله (٢) .
هذا وفي رواية لابن أبي حاتم بلفظ أن " من كسر شيئا ، فهو له ،
وعليه مثله " (٣) وهذا عام .
خامسا : وما روى عن سمرة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال
" على اليد ما أخذت حتى تؤديه (٤) " ووجه الدلالة ، أن المقتضى
- بفتح الضاد - وهو المعنى اللزوم^(٥) المقدر الذي يتوقف عليه فهم
المراد من نص الحديث هو الضمان ،

-
- (١) نيل الاوطار ج ٥ ص ٣٢٤ .
 - (٢) المرجع السابق .
 - (٣) المرجع السابق - والحديث رواه الترمذى وصححه .
 - (٤) رواه الخمسة الا نسائي .
 - (٥) راجع بحث المقتضى " في كتابنا المناهج الاصولية ، وكتابنا
أصول التشريع .

على الراجح (١) فيكون معنى الحديث : على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤديه " ووجه كونه هو الراجح ، لأن الحديث يوجب رد عين ما أخذت اليد ، ان كانت قائمة ، لأنه الواجب الاصلي ، والا فالضمان لأن الضمان غرامة التالف ، كما بينا .

سادسا : وروى النعمان بن بشير عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : " من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين ، أو في سوق من أسواقهم ، فأوطأت بيد أو برجل ، فهو ضامن وهذا واضح .

(١) وانما قلنا انه الراجح ، لأن الاحتمالات ثلاثة في المقتضى اما الضمان أو الحفظ ، أو الاية فيكون معنى الحديث على هذا التقدير الثلاثة للمقتضى (بفتح الصاد) على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤديه ، أو حفظ ما أخذت حتى تؤديه ، أو أداء ما أخذت حتى تؤديه ، لاجاز أن يكون هذا الأخير وهو التأدية ، مقتضى ، لأنه جعل في الحديث غاية ، والشيء لا يكون غاية لنفسه ، فيبقى الترجيح بين الاحتمالين : الضمان والحفظ ، والظاهر الضمان ، لأن الحديث يوجب رد عين ما أخذت ان كانت قائمة ، والا فالضمان ، لأن الضمان غرامة التالف تعويضا ، كما بينا - نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٩٩ .

سابعاً : من المقررات الفقهية التي تنهض ببدأ المسؤولية عن الضرر المالي ، ماجاء في قواعد المجلة ، من مثل : " الضرر يزال " و " الضرر يدفع بقدر الامكان " وكلتاها متفرعتان عن القاعدة التشريعية التي ارساها الرسول - صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " .
والقاعدة الاولى ، توجب معالجة ما وقع من الضرر ، بازالة عينه ان امكن ، وذلك برد المال عيناً ، ان كان قائماً ، والا فالتعويض مثلاً او قيمة كما ذكرنا .

وأما الثانية ، فتأتي بحكم وقائي بحيث يجب الحيلولة دون وقوع الضرر ، لأن الدفع اسهل من الدفع ، أو الوقاية خير من العلاج وهذا المعنى لا يصلح سنداً على موضوعنا .
غير أن قاعدة الدفع هذه يتحقق مناطها العام في الجبر بالمثل أو القيمة ، لأن هذا هو الممكن دفعه (١) من الضرر .
فتبين ، أن مبدأ الضمان مستقر في الشرع قطعاً ، بما قدمنا من الأدلة .

(١) وعلى هذا ، كان الدفع بمعنى الازالة وتضعيف قاعدة الدفع معنى جديداً ، وهو أن يكون الدفع بقدر الامكان .

الفصل الثاني

=====

اسباب الضمان

للضمان أسباب عدة ، يوردها الفقهاء في أبواب الفقه المختلفة ،

اذ لم تجمع في باب واحد ، ومن ذلك .

آ - الزام الشارع بالضمان ، مباشرة و بما يشغل ذمة المكلف المخاطب من النفقات بوجه عام ، أو من اموال الزكاة ، أو الكفارات في خصالها المالية ويوجب الاداء ايضا وهذا لا يتضمن معنى التمويض عن مال اُتلف ، كما ترى ، وانما هو تكليف يحقق معنى التكافل الاجتماعي الملزم ، في دائرة الاسرة ، أو المجتمع أو عقوبة زاجرة عن عمل محرم كما في الفطر عمدا في رمضان دون عذر ، أو الحث في اليمين ، من الخطايا الدينية ، وهذا مما لا يدخل في بحثنا .

ب- وقد يكون سببه العقد ، وهو ما يطلق عليه الفقهاء " ضمان

العقد " وسيأتي البحث فيه .

ج- وذكروا من الاسباب ، الاتلاف ، والغصب ، والتفويت والتعيب والتغير ، والحيلولة بين المالك وماله ، والشرط والهد غير المحقة ، والتسبب تعديا ، على أن هذه الاسباب جميعا يمكن أن يجمعها معنى واحد هو الفعل الضار عند تحقق شرطه ، وهو ركن من أركان الضمان التي تتناولها بالبحث فيما يلي :

الفصل الثالث أركان الضمان

الترتيب المنطقي لهذه الأركان حسب الوقوع هو الفعل الضار على سبيل التعدى ، والضرر ، وعلاقة السببية بينهما ، أو ما يطلق عليه الفقهاء الأفضاء ، فكانت أركانه ثلاثة :

المبحث الأول

الفعل الضار تعدياً

ليس الفعل الضار مشروعاً ، بل هو فعل محظور ، ولذا كان سبباً للتضمين بما يكون له من أثر في إتلاف المال ، ولا يشترط في فاعله أن يتوافر فيه الإدراك ، أو القصد إلى الأضرار ، بل تنعقد سببياً الفعل الضار لضمان ما يترتب عليه من ضرر أو إتلاف للمال ، ولو كان فاعله فاقداً الأهلية كصبي غير مميز ، أو مجنون ، أو غير مدرك ولا قاصد كالنائم والناسي ، إذ ليست أهلية الأداء شرطاً في التضمين ، ذلك لأن أساس التضمين المالي هو جبر التلف ، وصيانة لعصمة الإنسان في ماله ، ولذا كان العمد والخطأ في إتلاف المال سواءً ، وإن كان

- (١) يفتح اللام - اسم مفعول - إذا لم يشترط أهلية الأداء ، غير أنه لا بد من أهلية الوجول ، إذ انتفاء الأهلية أهلاً لا يوجب المسئولية ، كما في الحيوان ، لأن جرح الفجاء جبار .

للعمد والخطأ أثر في العدوان على النفس .
غير أنه يشترط أن يكون الفعل الضار قد وقع تعدياً ، أي دون وجه
حق وعلى سبيل الاعتداء أو المجاوزة على حق الغير ، والتعدي لا يعني
التعمد ولا القصد ، كما سيأتي .

وعلى هذا ليس كل فعل ضار يوجب التضمين ، فلو أن شخصاً هدم داراً
لغيره بإذن من صاحبها ، لا يضمن ، لأنه فعل ضار ولكن بحقوق
وكذلك يكون الفعل الضار قد وقع تعدياً إذا لم يأذن به الشرع أصلاً .
وسا هو جدير بالإشارة هنا إلى أن الفعل المشروع في الأصل ، لنشؤه
عن حق إذا أدى استعماله الحاضر إلى فاحش أو راجح بالغير
انقلب فعلاً ضاراً غير مشروع بالنظر إلى نتيجته ، لا إلى ذاته وهذا ضرب
من التعسف في استعمال الحق ، كما علمت ، وقد بحثنا ذلك بحثاً
مفصلاً في نظرية الحق والتعسف في استعماله (١) ، ولا يدخل
في موضوعنا ، لاستقلال نظريته ومعاييره وأحكامه غير أن الفعل الضار

(١) وفي هذا المعنى يقول : " إذا تأملت شرائع الله وجدت بها
لاتخرج عن تحصيل المصالح الخالصة أو تالراجحة وان تراحمت
قدم أهمها واجلها ، وان فات أدناها ، كما لاتخرج عن
المفاسد الخالصة والراجحة بقدر الامكان وان تراحمت
(المفاسد) عطل أعظمها فساداً يتحمل أدناها وعلى هذا
وضع احكم الحاكمين شرائع دينه ، ورتب حقوق عباده . "

أصلا ، والفعل التعمضي ، يفصل بينهما أن الاول لا يشترط فيهما
يترتب عليه من ضرر لتنعقد سببته للتضمين أن يكون الضرر فاحشا
أو راجحا ، بل يكفي لتثور مسئوليته ، أن يكون يسيرا بخلاف الثاني
لاستناده أصلا الى حق .

الفعل الضار نوعان ، ايجابي وسلبى

الفعل الضار قد يكون حسيا ايجابيا أى وقوعيا ، فاذا ترتب عليه ضرر
بالغير ، تعدى ، انعقد سببا يستوجب التضمين ، سواء كان ترتب
ذلك الضرر عن طريق المباشرة أو التسبب .
ويكون بطريق المباشرة اذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعلى
آخر ، أو كما تقول المجلة : " الاتلاف مباشرة ، هو اتلاف الشيء"
بالنذات " كقطع الشخص أشجار غيره أو كسر انائه .
ويكون بطريق التسبب اذا فصل بينه وبين الضرر فعل آخر ، أدى
اليه ، فكان علة لوقوع الضرر ، أو كما تقول المجلة : " الاتلاف تسببا
هو التسبب لتلف شيء ، يعنى احداث أمر في شيء يفضي الى تلف شيء"
آخرا على جرى العادة (١) " كما سيأتى تفصيله .
وأما الفعل الضار السلبي ، فهو فعل نفسي ، لاجس مادي ،
بمعنى الكف والامتناع عن الفعل ، وفي انعقاده سببا للتضمين شرعا
خلاف بين الفقهاء

(١) المجلة المادة ٨٨٢ - انظر ماورد في جامع الفصولين من
صورة المباشرة والتسبب في الاتلاف ج ٢ ص (١٢) - ص ١٢٢

فذهب بعض الفقهاء الى أنه ليس سببا للتضمين شرعا ، وهو مذهب
الحنفية والشافعية (١) وذلك ، كمن رأى مالا لغيره يحترق ، وكان في
وسعه انقاذه ، ولم يفعل ، فانه لا يضمن لأنه ليس مباشرا ، ولا متسببا ،
ولا تضمين الا عن طريقهما .

هذا والامتناع امر سلبي عديم ، والمباشرة والتسبب لا يكونان
الا بأمر وجودي وقوعي ، وأيضا لا يؤخذ الله تعالى على الفعل النفسي
مجردا حتى يخرج الى حيز الوقوع .

وخالف في هذا الحنابلة والمالكية (٢) ومسندهم في هذا ، أنه
ترك واجبا ، وهو انقاذ مال أخيه المسلم ، مع قدرته على ذلك ، فأدى
امتناعه عن اداء الواجب ، الى تلف المال المحترق ، تسببا ، فيكون -
مسئولا وضامنا ، كمن وجد لقطه في الطريق ولم يلقطها ، وهو يعلم
أنها اذا تركت تلتف ، كان ضامنا ، فكذا هذا ، ولأنه ضرب من التسبب
في تضييع المال ، وهو ما نرجحه (٣) .

التعدى (٤)

قلنا آتفا ، أن "التعدى" في اصطلاح الفقهاء ، لا يعني

(١) البدائع ج٧ ص ١٦٤ تبين الحقائق ج٦ ص ١٤٣ ص ١٤٦

نهاية المحتاج ج٥ ص ١٥١ وما يليها .

(٢) كشاف القناع ج٢ ص ٣٦٢ وما يليها - بداية المجتهد ج٢ ص ٢٦٢

وما يليها لابن رشد - الفروق ج٢ ص ٢٠٥ للقراني .

(٣) راجع الضمان ص ٨٢ ص ٨٣ للشيخ علي الخفيف .

(٤) يطلق المالكية "التعدى" على غضب المنفعة اما الاستيلاء على

العين عدوانا فيسعى عندهم غضبا - راجع البهجة شرح التحفة

ج٢ ص ٣٤٤ - و ص ٣٥١ للتسولي .

التعمد أو القصد ، وإنما يعني دون وجه حق أو المجاوزة إلى حق الغير ، أو عدم الجواز الشرعي (١) أو العدوان ، كما يعني الإهمال والتعسير فالفعل الضار لا يكون موجبا للضمان ، إلا إذا وقع بغير وجه حق ، وقد استقر قاعدة في الفقه الإسلامي مؤداها أن " الجواز الشرعي ينافي الضمان (٢) " .

وعلى هذا ، فلو حفر بئرا في الطريق العام دون إذن ولي الأمر وقعت فيها دابة فنفقت ، ضمن الحافر ، لأنه تسبب في هذا الضرر تعديا وبدون وجه حق ، بخلاف ما لو كان الحفر بإذن من ولي الأمر . ومن ذلك ، ما لو نشب حريق في دار فهدمها الجار دون إذن صاحبها قطعاً لامتداد الحريق إلى داره ، وبدون إذن ولي الأمر ، ضمن ، لأنه مباشر للاتلاف ، على وجه التعدي (٣) .

ونرى أنه إذ تعذر استئذان صاحبها ، لغيبته ، أو تعمس استئذان السلطات أو تقاعس عن أداء الواجب في الوقت المناسب كان له أن -

(١) الموجبات والعقود - ج ١ ص ١٧٤ - للمحصاني .

(٢) المجلة / المادة / ٩١

(٣) المادة ٩١٩ من المجلة . على أن قاعدة " الجواز الشرعي

ينافي الضمان ليست على إطلاقها ، بدليل ضمان التعسف

والفعل المتعسف في استعماله ، جائز بالنظر إلى أصل

تشريعه ، ومع ذلك يضمن المتعسف ما ترتب على فعله من

نتائج ضرورية لاحقة بالغير إذا كانت على قدر معين من الجسامه

ولو بدون قصد ، لذا كان لا بد من تصحيح منطوق هذا القاعدة

فيقال : الجواز الشرعي المقيد ينافي الضمان .

يهدمها (١) ، ولا ضمان/انقاذاً لحقه ، ولأن واجباً عليه شرعاً ، ألا يتسبب في ضياع ماله دون مقصد شرعي ، ألا ترى أنه لو رأى مال غيره يحترق ، وكان بإمكانه انقاذه ولم يفعل ، كان ضامناً ، لتركه واجباً كما قدمنا ، فامواله اولى .

ويورد الامام السرخسي صوراً من الافعال الضارة تعدى ودون جواز شرعي ويتسبب فاعلها في وقوع اضرار بالغير ، ومن ذلك " اذا وضع الرجل في الطريق حجراً ، أو بنى فيه بناءً ، أو أخرج من حائطه جذعاً ، أو صخرة شاخضة الى الطريق ، أو اشرع كنيفاً ، أو حياضاً ، أو ميزاباً ، أو وضع في الطريق جذعاً ، فهو ضامن لما أصاب من ذلك ، لأنه "سبب" لهلاك ما تلف بما أحدثه ، وهو متعمد في هذا التسبب ، فانه أحدث في الطريق ما يتضرر به المارة ، أو يحول بينهم ، وبين المرور في الطريق الذي هو حقهم (٢) ، والتعدي كما قلنا شرط للتضمين ، فاذا انتفى الشرط انتفى المشروط ، اذ لا يترتب على الجواز الشرعي - في الاصل - ضمان ، للمنافاة . هذا ، ولا ينظر في " التعدي "

- (١) هذا اذا تعين الهدم طريقاً الى انقاذ داره ، والا فان امكن انقاذها بقطع امتداد الحريق اليها ، بالاطفاً ، وجب المصير الى ذلك ، والا كان ضامناً بالهدم ، على أى حال ، لعدم الضرورة ، ومن قال بالتضمين ربما اعتمد على قاعدة : (الاضرار لا يبطل حق الغير) ويجاب عن هذا ، أن الخلاف بين الفقهاء جار في اصل القاعدة نفسها ، فلا يكون الاختلاف عن باسحقيق المناط .
- (٢) المبسوط ج ٢٧ ص ٦ - وراجع الموجبات والمعتور - للمحصاني ج ١ ص ١٢٥ .

بمجرد للتضمين في المتلفات المالية ، الى التعمد ، فالتعمد والخطأ
في ذلك سواء ، بل انتفاء التمييز او الارادة اصلا ، لا يخل بمبدأ التضمين
لأن الشريعة تقيم الضمان على التعدي وضعا ماديا للمحل (١) ولم
تعتبر أيًا من العناصر الذاتية ، كالادراك أو التمييز ، أو الارادة ، أو
القصد والتعمد ، أو الخطأ مناطا للضمان ، كما اسلفنا .
هذا ، ولا حجر في الجوارح فيما يتعلق باتلاف الاموال (٢) . وعلى
هذا ، فالصغير غير المميز ، كالكبير البالغ العاقل المدرك في مسئولية
التضمين عما ترتب على افعاله الضارة من اتلاف لمال الغير ، وكذلك
المجنون ، والمعتهو والنائم ، فيما لو انقلب على مال - اثنا نومه -
فأتلفه لأن الضمان ليس من باب العقوبة التي يشترط فيها القصد والارادة
بل من باب الجبر والتعويض المالي ، كما قدمنا والمقصود بانتفاء الاهلية
هنا ، هو اهلية الاداء ، والا فان اهلية الوجوب شرط ، لأنها مناط الانسان
وقيام الذمة في ثبوت الحقوق لصاحبها وعليه ، والا فان انتفاء الاهلية
وجوبا وأداء ، لا ضمان معه كالحيوان ، لأن جرح العجماء جبار .
هذا ، واعتبار العمد والخطأ في التعدي في النفس لاني الاموال (٣)

(١) مذكرة في المسئولية التصيرية - مقررة على الصف الرابع في

كلية الشريعة - للدكتور محمد فوزي فيض الله .

(٢) المحجور - سواء كان عاقلا أم مجنونا أم صغيرا غير مميز اذا

اتلف مالا ضمن اذا لحجر في افعال الجوارح فالاعذار لا تؤثر
في عصمة المال .

(٣) وللعمد والخطأ في التعدي أثر في الاثم الاخرى وعدمه فيما

يتعلق بالاتلاف المالي ، لاني الحكم الديني ، اذ التعدي

وفي الاثم الاخرى وعدمه .

وعلى هذا ، فلا حرج في افعال الجوارح ، والاعذار من الجنون

والصغر وانتفاء التمييز وما اليه لا يؤثر في عصمة المال .

معيار التعدي بمعنى الاهمال والتقصير :

قلنا أن التعدي هو الجاوزة الى حق الغير ، أو العدوان على ماله

اتلاقا دون وجه حق . وأما فيما يتعلق بالتقصير والاهمال فقلنا

الاحتراس ، فان الضابط هو مخالفة السلوك المألوف للرجل العادي .

ومن المقرر عند أصحاب القواعد ، أن كل ماورد به الشرع مطلقا ، ولا

ضابط فيه ولا في الفقه يرجع فيه الى العرف (١) .

الاستثناءات من قاعدة التعدي :

استثنى الفقهاء من قاعدة التعدي فلا يعتبر الفاعل معتديا ،

في حكم الشرع ولو تحقق فيه مناط التعدي ظاهرا للحالات الآتية :

١ - حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال ، أو العرض

٢ - حال الضرورة

٣ - حال تنفيذ أوامر ذي الولاية الخاصة ، أو العامة (٢)

* يوجب الضمان في كليهما ، فالتمييز والادراك والقصد ، ليس

شرطا في ايجاب الضمان المالي كما اشرنا ، لأنه تعويض وجبر

عن فال متلف وليس عقوبة زاجرة ، كما في العدوان على النفس

(١) الاشياء والنظائر - للسيوطي .

(٢) ولا يتسع المقام للتفصيل .

المبحث الثاني

الضرر

الضرر هو علقا للضمان ، والفعل الضار بشرط التعدي سبب (١) هذا ، والضرر مطلقا يوجب التضمين ، ولا يشترط في الفاعل الذي احدث القصد او التعمد ، أو الادراك والتمييز " كما قدمنا .
فالصغير غير المميز ، والمجنون ، والمعتهو والمخطئ ، والناسم والناسي ، كل اولئك اذا اتلف مالا للغير ، وجب عليه الضمان فسي ماله لأن الضرر في ذاته علة للتضمين شرعا ، بل يحكم بالتضمين على من لم يحدث منه فعل نشأ عنه الضرر ، كالتلف الذي يحدث في مال هو في يد ضمان ، لما ذكرنا من ان الشريعة ، اعتبرت الضرر مطلقا ، علة في تشريع حكم التضمين ، فاذا وجدت العلة (الضرر) وجد المعلول وهو الحكم حتما ، اثرا للعلة ، وهو التضمين فكان ذلك الحكم (٢) من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف ، وهو مذاهب الجمهور ورأى عند المالكية (٣) واذا كان الضرر علة في حكم التضمين كان ركنا بحيث اذا انتفى الضرر انتفى الضمان ، ولو باشر الفاعل فعلا ضارا من شأنه أن ينشأ عنه الضرر ، أو تسبب في احداث ذلك ولكن الضرر لم يقع .

(١) فترق بيننا لسبب والعلة ، فالسبب طريق موصل الى الشيء ولكن

من غير تأثير ، بخلاف العلة ، فانها مؤثرة بجعل الله تعالى

اوهي ما يكون حصول الشيء عند اثرا له .

(٢) أي الحكم بالتضمين . (٣) الخرشي ج ٦ ص ١٥١ القوانين الفقهية

ص ٣١٩ لابن جزى وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٢٢ .

وعلى هذا اذا ذبح شاة لغيره لا ترجى حياتها لم يضمن قيمتها ، لعدم الضرر ، وان باشر فعلا ضارا بل قد أفاد صاحبها ، ان لو تركها دون ذبح وهي مشرقة على الهلاك ، لتلفت ، فكان في الامتناع عن ذبحها تسبب في الاضرار بصاحبها ، اتلافاً فيضمن في بعض المذاهب لأنه ضرب من التعدي في صورته السلبية ، كما بينا (١) الا اذا كان احتراق المال على مشهد من صاحبه ، ان يسقط الواجب على غيره في انقائه / هذا وقد قلنا ، ان فيصل التفرقة بين الفعل التعسفي ، وبين الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية ، ان الاول يشترط فيه أن يكون ما أدى اليه من " ضرر " فاحشا أو ارجحاً ، لتثور المسؤولية التعسفية ، ذلك لأن الفعل التعسفي في أصله مشروع ، بخلاف الفعل الضار ، فان الضرر الذي هو علة التضمن يوجب ولو كان يسيراً ، لأن الفعل الضار في أصله غير جائز أصلاً .

تعريف الضرر :

عرف بعض الفقهاء الضرر بأنه كل خسار في المال ينشأ عن نقص فيه أو في منفعه ، أو زوالها مع أصلها جملة أو زوال بعض أوصافه مما يؤثر في قيمته ، وعلى هذا ، فالاتلاف أو الضرر قد يكون جزئياً وقد يكون كلياً (٢) والاول افساد والثاني استهلاك .

(١) مجمع الضمانات ص ٣٠٨ و ص ٣٦٠ - القواعد ص ٢٢٢ لابن

رجب (٢) الضمان ص ٨٢ - للشيخ علي الخديف .

(٣) القواعد ص ٢٢٢ لابن رجب مجمع الضمانات ص ٣٠٨ .

أنواع الضرر :

والضرر على نوعين :

١ - مادي أو مالي

٢ - معنوي

أما الضرر المادي ، فما يصيب مال الانسان ، فيتلف بعضه ، أو يضيئه بتعيب ينقص قيمته ، أو يذهب بالمال كله ، أصلاً ومنفعة فيجب التعويض على صاحبه بالمال بقدر التالف ، ليحل مال مكان مال ، جبراً وتعويضاً ، ولهذا وجب التعويض بالمثل الكامل ليكون الجبر من كل وجه . بصورة ومعنى ، والا فيجب المساواة التامة من حيث المالية وهي القيمة .

وأما الضرر المعنوي ، فمن مثل ما يصيب الانسان في شرفه وعرضه من الاذى كما في القذف والسب ، أو من اىذاء للشعور ، أو امتهان في المعاملة ، وهذا لا يخضع لقواعد التعويض في الفقه الاسلامي التي تقضي بأن يميل مال محل مال اتلف وإنما يترك تقدير التعويض المالي فيها للحاكم ، والاصل عدم التضمين فيه ، إلا ان بعض الفقهاء قالوا بتعويض الالم (١) اذا لم يحدث أثراً والخالصة : أن تحقق الضرر المالي

(١) على أن التعزيز بالتشريع المالي عقوبة لا يدخل في موضوعنا

لأنه ليس من باب التعويض عن مال أتلف - وأما التعويض عن

الالم فقال أبو يوسف الموجهات ج ١ ص ١٤٢ .

بالمضور هو مناط التضمين المالي تعويضا اثر لنقص في المال أو في منفعته ، أو في قيمته ، أو قيمته بعضه ، أو لزوال المنفعة كلها التي كانت تطلب منه عادة ، وهذا الضرر الكلي والجزئي قد يحدث عادة نتيجة المباشرة ، أو التسبب (١) كما أشرنا .

المبحث الثالث

الافضاء أو علاقته السببية بين الضرر والتعدي

لاتنهدس المسؤولية أو يحكم بالتضمين الا بعد تحقق العالقةبين الفعل الضار ونتيجته من الضرر ، اما عن طريق المباشرة أو التسبب وهي وان كانت شرطا يتوقف عليه الحكم بالتضمين ، غير أن الشرط يعتبر من الاركان عند جمهور الفقهاء خلافا للحنفية وانتقاء هذه العالقة ينتفى الحكم بالضمان .

ويقصد بالعالقة " التلازم " الذي لا انفكك له بين السبب وبين ما أدى اليه من نتيجة أو بين العلة ومعلولها عند انتفاء المانع ، وهذا التلازم هو ما يطلق عليه الافضاء .

أما السبب ، فهو الفعل الضار على وجه التعدي ، وأما النتيجة فهي الضرر ، وليس من معنى التعدي التعمد أو القصد ، بل المجاوزة أو عدم الجواز الشرعي .

(١) نص الفقهاء على ما يتحقق به الضرر في الاموال بالاتلاف ومعناه اخراج الشيء " عن أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة وهو اما ان يكون تاما ويسمى الاستهلاك كقتل الحيوان أو حرق الثوب أو كسر الفخار وما الى ذلك واما ان يكون ناقصا ويسمى الانساد كما في خرق الثوب ، أو قطع رجل الداية أو ما شابهه - الهدائع ج ٢ ص ١٦٤ المحصاني - الموجبات ص ١٧٠ القوانين الفقهية ص ٢٣٧ ابن جزى .

أما معنى التلازم الذي هو الانقضاء فهو كون النتيجة لا تتخلف عن سببها
او ان المعلول لا يتخلف عن علته ، عادة يجعل الله تعالى •
الفرق بين السبب والعللة

السبب ما كان موصلا الى السبب من غير تأثير بخلاف العلة ، فهي
ما شرع الحكم عند ، اثر له •
فالعلة تؤثر في الحكم ، لان الشارع اعتبرها أساسا في تشريع الحكم
لأنها مظنة الحكمة أو المصلحة ، ويرى الاصوليون أن السبب الحقيقي
لا بد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة فيضاف الحكم عندئذ الى العلة دون
السبب اذ ايجاد العلة يطلق عليه " المباشرة " وايجاد السبب يطلق
عليه " التسبب " والمباشرة يجب تقديمها على التسبب اذا اجتمعا
تبعاً للتأثير في الاول دون الثاني واستقر هذا قاعدة عامة في الفقه الاسلامي
مؤداها أنه : " اذا اجتمع المباشر والمتسبب ، أضيف الحكم السي
المباشر (١) •

هذا ، وتقديم المباشرة على السبب ، انعقد عليه الاجماع (٢)

فيضاف حكم التضمين الى المباشر دون المتسبب •

- (١) الاشياء والنظائر ص ٦٤ - ابن نجيم • المجلة / المادة - / ٩٠
- (٢) جاء في قواعد ابن رجب مانصه : " اذا استند اطلاق أموال الآدميين
ونفوسهم ، الى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون التسبب
الا ان تكون المباشرة مبينة على السبب " القاعدة ١٢٢ - ص ٢٨٥
وانظر في هذا المعنى الاشياء والنظائر للسيوطي ص ١٠٩ الفروق
للقرافي ج ٢ ص ٢٠٨ المجلة مادة ٩٢٥ - تبين الحقائق ج ٦
ص ١٤٢ وما يليها •

المباشرة والتسبب

قلنا أن الاتلاف أو الضرر هو علة الحكم في التضمين ، غير أن التلف قد يحصل عادة بطريق المباشرة أو التسبب .

والمباشرة هي اتصال الفعل الضار ذاته بالمال ، فيتلفه ، أو هي إيجاد علة اتلافه ، دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر ، فهذا ضرر مباشر ، ولا خلاف في تضمين من باشره وأحدثه ، وذلك لأن فعله علة التلف بدليل نسبه إليه ، كاحراق الزرع ، أو قطع الشجر ، أو هدم البنيان ، أو قتل الحيوان ، أو احراق المتاع ، أو تمزيق الثوب وليس أي من الاهلية ، أو التمييز ، أو الادراك ، أو التعمد شرطا في حكم

(١) وهكذا ترى أن معنى الضمان في اتلاف المال هو جبر النقص ، لاقضية الزجر ، أو هو بدل مال ، لاقضية أعماله ، ولذا لا حجر على الصبيان ومن اليهم من عديمي الاهلية ، في افعالهم بل الحجر عليهم في تصرفاتهم القولية ، كالعقود لأنهم ليسوا أهلا للالتزام والالتزام فيها ، لانقاذ اهلية الاداء لممارسة العقود والالتزامات بخلاف الجنائيات على الانفس فانها تعتمد القصد والارادة في الجزاء وهذا مفقود في عديم الاهلية لأن حكمها العقوبة الزاجرة ، لا التعويض الجابر .

— ويقول صدر الشريعة في هذا الصدد : " الحجر في الحكميات ، لاني الحسيات " هذا وقد ورد في القرآن الكريم حكم قتل المؤمن خطأ ، من تحرير رقبة ، ودية مسلمة ، كفارة فهل الكفارة جابرة أم زاجرة والارجح كونها زاجرة .

التضمين ، لما قدمنا من أن التشريع الاسلامي ، قد رتب الضمان على التعدي وضعا ماديا للمحل ، فكان حكما وضعيا لا تكليفيا ، بأن وضع الله تعالى شيئا علة لشيء آخر ، بحيث يستلزم وجودها وجود - الحكم الذي بني عليها ، لأنها معتبرة في تشريعها .
وعلى هذا ، فالمباشرة في الاتلاف (١) اتصال الفعل الضار ذاته بمحل الضرر من المال دون أن يتوسط فعل آخر ويحدث فيه تلفا أو ضررا بحيث ينسب هذا الفعل عادة الى فاعله الذي يشره او هي ايجاد علة التلف (٢) كما ذكرنا .
أما التسبب فهو اتصال " أثر الفعل " بمحل الضرر وهو المال لاذات الفعل وحقيقته فيحصل ذلك الى تلفه وذلك بأن يحدث أخذ أمرا في شيء يفضي الى تلف شيء آخر على جرى العادة .

-
- (١) عرفت المجلة الاتلاف مباشرة بأنه : " اتلاف الشيء بالذات مادة ٨٨٢ - اما الاتلاف تسببا فقد عرفت به انه احداث امر في شيء يفضي الى تلف شيء آخر على جرى العادة المادة ٨٨٨ .
(٢) او بعبارة اخرى الاتلاف مباشرة هو الذي لا يتخلل بين فعل المباشر وبين تلف المال ، فعل آخر - درر الاحكام شرح مجلة - الاحكام ج ٢ ص ٤٥٢ لعلي حيدر - شرح المحامي فهى الحسيني الاشباه والنظائر ج ١ ص ١٩٦ .

هذا ، والاتلاف مباشرة أوضح من ان يفتر الى مثال ، فقطع الاشجار
في ملك الغير دون وجه حق ، اتلاف مباشرة بخلاف ما اذا كان باذن
المالك ، حيث يعتبر اتلانا مباشرا بحق ، فيضمن في الحال الاولى
دون الثانية ، وكذا لو هدم جدارا لغيره دون وجه حق ، أو احرق
زرعه .

أما الاتلاف تسببا ، فمن مثل أن يحفر أحد حفرة في الطريق
العام فيسقط فيها حيوان أو تلقي به الريح فيها ، فيتلف ، ضمن
الحافر لتعمده بالحفر ، وتسببه في الاتلاف ولنسبة الاتلاف اليه
عادة سواء بسقوط الحيوان من تلقاء نفسه ، أو بفعل الريح .
أما انه متعدد ، فلأنه حفر في الطريق العام ، وهو حق العامة
ودون اذن ممن يمثلهم ، وهو ولي الامر او نوابه ، وأما أنه متسبب
فلأن الحفر سبب موصل الى ذلك التلف ، على جرى العادة .
هذلك اجتمع التسبب والتعمد فيترتب على ذلك حكم التضمين بخلاف
ما اذا حفر احد حفرة في أرض يملكها ثم سقط فيها حيوان لغيره ،
فتلف فانه لا يضمن ، لأنه وان كان متسببا لكنه غير متعدد ، والتسبب
لا يضمن الا اذا كان متعددا .

هذا ، ويشترط في ضمان الاتلاف تسببا الا يتخلل بين فعله وبين
الاتلاف ، فعل مختار مباشر وذلك لأن المباشرة أو العلة مقدمة على السبب
في الحكم/لكنها مؤثرة في الحكم دون السبب كما ذكرنا ، ومن هنا كان
تقديم المباشرة على التسبب لرجحان العلة بالتاثير المباشر ، دون السبب
لأنه طريق موصل الى السبب ولكن دون تاثير .

إذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم الى المباشر :

فلو حفر شخص حفرة في الطريق العام ، فجاأ آخر والقى فيها حيوانا أو متاعا فأثقله ، كان الدافع هو الضامن دون الحفر لمباشرة الاول وتسبب الثاني ، ولأن الفعل الضار ، وما ترتب عن تلف ، ينسب عادة الى الدافع (١) .

هذا ولو دل شخص لصا على مال نسرقه ، فالضمان على السارق لأنه مباشر دون الدال لأنه متسبب (٢) .

وعلى هذا ، تقدم المباشرة على التسبب إذا تعارضوا واجتمعا لقوة الاول بتأثيره ، لأنه علة الائتلاف والعللة هي أساس الحكم بالتضمين .
أساس التفرقة بين المباشرة والتسبب في الحكم :

ان التفرقة بين المباشرة والتسبب أساسها أن الاولى قوامها اتصال الفعل الضار ذاته بمحل الضرر ، وهو المال ، كما بينا ، فكان علة مؤثرة في الائتلاف ، وهذه العلة من الظهور بحيث لاتدع حاجة الى

(١) المادة ٩٠ من المجلة - الاشياء والنظائر ص ٦٤ لابن نجيم

وللسيوطي ص ١٠٩ وقواعد ابن رجب - ص ١٢٢ و ص ٢٨٥

- الفروق ج ٢ ص ٢٠٨ للقراني المجلة - المادة ٩٢٥ .

(٢) وهذا على رأي بعض الفقهاء ، ويرى فريق آخر الضمان عليها

كما سيأتي ، واستثناء ، لأن الدال هنا يعتبر مساهما في

الفعل الضار .

النظر الى فاعلها ، وقصده أو تعبده لأن الفعل الضار المباشر ينسب الى فاعله عادة لاحدائه اياه ، فلا مناص من الحكم عليه بالتضمين لذلك ، وجوبا .

وهذا بخلاف المتسبب ، لأن فعله لا يتصل بذاته بمحل الضرر كالمباشر ، بل بأثره ، على ما فصلنا ، لذا ، لم يكن تسببه في احداث الضرر ظاهرا ظهور المباشرة ، ولا قويا قوتها ، اذ المفروض أنه عند اجتماعهما ، قد تخلل بين تسببه وبين التلف أو الضرر فاصل هو فعل مختار مباشر ، أحدث الضرر ، فالضرر اذن قد تراخى حدوثه عن التسبب ، ولكنه حدث اثر المباشرة ، فكان السبب مجرد سبيل موصل الى الضرر ، غير موثر ، بخلاف المباشرة فانها علة مؤثرة في احداثه ، ودون تراخ ، أو بعبارة اخرى ، أن سببيه فعل المتسبب للضرر أضعف وأخفى من المباشرة ، ومع هذا الضعف والخفاء النسبي لا يرتفع الى مستوى المباشرة من حيث القوة والظهور ، بدليل نسبة الفعل أو الضرر الى المباشرة عادة دون المتسبب ، لذا ، قدمت المباشرة على التسبب عند اجتماعهما ، وأضيف الحكم بالتضمين السني المباشر دون التسبب وهذا بالاتفاق بين المذاهب ، لوجود مسوغ الترجيح عند تعارضهما ، وهو قوة المباشرة وظهورها ، في احداث الضرر ، - فالفارق واقعي كما ترى .

غير أنه اذا ارتفع التسبب الى مستوى المباشرة في بعض الحالات من حيث القوة والظهور ، حتى كان السبب في معنى العلة المؤثرة اضيف حكم التضمين الى المتسبب وحده أو اليهما معا على السواء ، لانتفاء :

سبب الترجيح ، استثناء من قاعدة تقديم المباشر على التسبب
وهو ما تناوله بالبحث حالا .
الحالات المستثناة من قاعدة تقديم المباشرة على التسبب

يستلخص مما سبق ، أن قاعدة تقديم المباشرة على التسبب المتفق
عليها ليست على إطلاقها ، بل مقيدة بألا يصح السبب في معنسى
العلة ، من حيث القوة والاشتر ، والظهور ، وهو ما أشار إليه ابن
رجب في قواعد ، بأن تكون المباشرة مبنية على السبب ، وناشئة عنه
سواء كان الفعل التسبب ملجئا إلى المباشرة أولا فمن ذلك ، ما إذا
حكما لقاضي بمال آخر فذهب به ، بنا على شهادة شهود ، ثم رجعوا
عن شهادتهم ، فالضمان على الشهود المتسببين وخدم لاعلى القاضي
المباشر للاتلاف للأسباب الآتية :

١ - لأن الشهود قد ألجأوا القاضي إلى الحكم الذي هو

علة الاتلاف .

٢ - أن ليس في عمل القاضي تعد ، وهو شرط في حكم

التضمين .

٣ - أن التعدي مع التسبب كانا متواترين في الشهادة

أما التسبب ، فظاهر وأما التعدي ، فللرجوع ، أو

التزوير ، ثم الجاء القاضي إلى الحكم بشهادة زور .

لذا ، كانت المباشرة كما ترى مبنية على التسبب ، وكان ظهور التأثير

وقوته في الشهادة لاني قضا القاضي ، فارتفعت إلى مستوى العلة

من حيث الظهور وقوة التأثير ، فكانت في معنى العلة ، بل العلة وهي

المباشرة مبنية عليها .

وهذا القيد قد استقر في فقه الحنفية والمالكية في الجملة أيضا (١) حيث قالوا يضمن السائق والراكب والاول متسبب والثاني مباشر لما وطئته الدابة فاتلفته ، كما قالوا بتضمين الحافر حفرة في طريق لحيوان يعلم أنه يمر فيها ، ومن أرداه فيها ، إذ القصد الى الاتلاف من التسبب جعله بمنزلة الدافع فالضمان على المباشر والمتسبب كليهما .

كذلك قالوا بتضمين من أمسك شخصا لظالم ، لياخذ منه مأمعه من النقود بعد فراره ، فالضمان عليهما لأن التسبب بتعديده ، وقصده الى اتلاف المال ، ارتفع الى مستوى المباشرة أو اعتبر مساهما في الفعل المباشر (٢) .

وهكذا ترى أن الضمان قد يلزم به التسبب وحده ، أو مع المباشر .

شروط الضمان :

قدمنا أن الضرر أو الاتلاف البالي هو علة الحكم بالتضمين ، ولا تحقق لهذا المناط الا في مال متقوم مملوك ، وهذا هو الشرط الاول .

(١) تبين الحقائق ج ٦ ص ١٥٠ - مجمع الضمانات ص ١٧٧

الشرح الكبير - ج ٣ ص ٣٤٤ - وج ٢ - ص ٢٤٤ وما

يليهما .

المراجع السابقة - ولا يتسع المقام للتفصيلات
الواسعة .

فلا ضمان اذن اذا كان المتلف ليس مالا أصلا ، كالميتة والعدم
أو ليس متقوما ، كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم ، أو ليس مملوكا
لأحد كالمباحات .

أما المنافع ، فان غضبها لا يوجب تضمين غاصبها عند الحنفية ،
لكونها ليست مالا متقوما عندهم

فلا يتحقق فيها معنى التعدي ، خلافا للجمهور الذين يرون أن التعدي
عليها يتحقق في التعدي على مصادرها أو الحيلولة بين صاحبها ، وبين
الانتفاع بها بأي حائل ، أو بإخراجه من مصادرها ، وما إلى ذلك
والحيلولة نوع من التعدي ، وحجة الجمهور ، أنها تقابل بالمال في عقد
الاجارة ، وتختلف قيمتها باختلاف الزمان ، والمكان ، والبيئات ، كالأعيان^(١)
فتضمن بالتعدي .

الثاني : أن يكون الفعل الضار واقعا على سبيل التعدي ، بمعنى
المجاوزه إلى حق الغير ، أي دون جواز شرعي ، أو دون اذن من المالك
بالاتلاف ، ولا يعني التعدي ، التعمد ، والقصد ، أو توفر عنصر
التمييز والادراك في المتعدي سواء أكان الاتلاف بطريق المباشرة أو التسبب .

(١) قد فصلنا القول في مالية المنافع في بحثنا في حقوق الابتكار
في الفقه المقارن .

— هذا وقد استثنى الحنفية ، منافع الموقوف للسكنى أو
للاستغلال ، ومنافع ملك اليتيم ، ومنافع المعد للاستغلال
فان منافع هذه الأعيان مضمونه بالتعدي .

الثالث : أن يكون الضرر واقعا بطريق المباشرة أو التسبب

دون غيرهما ، وقد فصلنا القول فيهما .

الرابع : ألا يكون الفعل الضار واقعا بأمر ممن له الولاية

على فاعله فيما له حق الأمر فيه ، كأمير الرئيس بالنسبة لمرؤوسه
الموظف .

الخامس : ألا يكون الاتلاف ناشئا عن الدفاع الشرعي عن النفس

وهذه هي مسألة الصائل المعتدى كاتلاف سلاحه ، وكراعاه
ودابته ، وسائر أدواته ، وكذلك اتلاف أدوات الهاغي وسلاحه .

السادس : ألا يكون الاتلاف بحكم الشرع ، على سبيل التفرير

بالمال عقوبة ، من مثل كسر دنان الخمر إذا اقتضت اراقتها ذلك
أو كان بأمر ممن له الولاية ، تغليظا للعقوبة .

هذا والشرط الرابع والخامس والسادس من المستثنيات من قاعدة التضمين .

المبحث الثالث

الفرق بين ضمان العقد وضمن الاتلاف ويد الضمان :

ضمان العقد في الفقه الاسلامي - انما يعني التعويض المالي
عن عين مالية تلفت قبل تسليمها الى مستحقها ، في يد من التزم بذلك
بموجب عقد ، وعلى هذا ، فان ضمان العقد لا يكون - كما يقول السيوطي
الا في عين معينة في صلب العقد ، كالبيع ، أو الثمن اذا كان عينا
معينة في عقد البيع ، أو الاجرة اذا كانت عينا معينة في عقد الاجارة
ويدل - الصلح اذا كان عينا كذلك .

هذه الاعيان المنصوص عليها في صلب العقد ، تعتبر مضمونة ضمان
عقد على من وجب عليه تسليمها للطرف الآخر ، بموجب العقد ، اذا تلت
قبل التسليم .

ويختلف ضمان الائتلاف عن ضمان العقد ، فيما يتعلق بأساس -
التعويض فيهما ، أن الاول يقوم على المثلية ، صورة ومعنى ، أو
المثلية معنى وهي القيمة ، والمثلية انما تعني المساواة او المعادلة
والتكافؤ بين العوض والمعوض عنه ، ذلك لأن الفعل الضار يرد على
العين وعلى أوصافها كذلك ، فوجب مراعاة كل ذلك في التقدير
وهذه هي المماثلة التامة ، بخلاف ضمان العقد فانه يقوم على اساس
التراضي ، والمقصود فيه الربح فقد يقع فيه التفاوت بين الهدلين ،
لذا ، فلا اعتبار للمساواة والمماثلة ، ولا تراعى اوصاف التالف عند
تقدير التعويض المالي .

أما تأخير تنفيذ الالتزام ، فيما اذا كان محل العقد او محل
الالتزام عملاً كالأجير المشترك او الخاص ، او تسليم المبيع الى المشتري
عند ادائه الثمن ، فلا يقابل هذا التأخير بتعويض مالي في الفقه
الاسلامي ، ان التعويض المالي شرعا ، انما يعني قيام مال بدل مال
اتلف وتأخير التنفيذ ليس بمال ، فلا تعويض فيه ، لأنه ضرب من اكل اموال
الناس بالباطل وعلى هذا ، فالمسئولية العقدية في القانون لاتعني ضمان
العقد في الفقه الاسلامي .

وعلى هذا ، ف ضمان العقد انما يترتب اثره لازماً لحكم العقد ،
ذاته ، ان وجوب تسليم العين المبيعة مثلا التزام ناشئ عن العقد

والضمان أثر يلزم عن هلاله العين قبل تسليمها • فليس
ضمان العقد اذن حكما ناشئا عن العقد نفسه •
أما ضمان اليد • فهو تعويض مالي عن عين تلفت في يد ضمان
لايد أمانة • بسبب لايد لصاحب الهد فيه (١) • ويروا على
في هذا التعويض المثلية الكاملة او القيمة التامة للتالف •
على نحو ما تقر في ضمان الاتلاف • وهذا تبين حكم الضمان
في كل من ضمان الاتلاف • وضمان اليد • وضمان
العقد •

(١) المرجع السابق •

الباعث وأثره في التصرفات والعقود في الفقه الاسلامي

كان للفقه الاسلامي فضل السبق في ارساء مبدأ " الرضاوية " في العقود " تأسيساً على احترام سلطان الارادة ، قبل أن تعرفه اورسا بقرون ، ويقضي هذا المبدأ ، بأن يتم العقد وينتج آثاره بمجرد اتفاق ارادتين ، دون توقف على شيء من الاجراءات والمراسيم الشكلية . غير أن هذه الارادة قد يحركها باعث ، لانشاء تصرف هو في ظاهره - مستكمل لاركانه وشروطه الشرعية ، من توافر الايجاب والقبول ، وأهلية تامه للعاقدين ، ومحلية للعقد قابلة لحكمه ، لتحقيق اغراض غير مباشرة تجاوز الحدود الاخلاقية ، أو المصلحة العامة ، أو بعبارة أخرى تناقض مقاصد التشريع .

فوقاية من تعسف الارادة ، وما يؤول اليه طغيانها من تحقيق أغراض مشروعة أرسى الشريعة فكرة الباعث كقيد يرد على تصرف الارادة ، أو على مبدأ الرضاوية ، حتى لا تناقض مقاصد التشريع فيما تنشي من تصرفات هي في ظاهرها جائزة ، ولكن في تنفيذها .

— بالنظر الى ما تهدف اليه من غاية نهائية غير مباشرة — ما يمس المصلحة العامة ، أو يهدم مقاصد التشريع .

تحديد معنى الباعث :

يقصد بالباعث : الدافع الذي يحرك ارادة المنشي للتصرف

الى تحقيق غرض غير مباشر .

والقصود هنا ، الدافع الى تحقيق غرض غير مشروع ، يجاوز الحدود —

الاخلاقية أو يمس المصلحة العامة أو يناقض مقاصد التشريع ، أو التحيل على ابطال المصالح الشرعية المعتبرة .
نعمد البيع مثلا من نتائجه المباشرة انتقال ملكية المبيع للمشتري ، وانتقال ملكية الثمن للبائع ، أما الغرض غير المباشر الذي يمكن أن يكون باعنا لأحد المتعاقدين ، أو لكليهما فنحو أن يبتغي المشتري اتخاذ المبيع لتحقيق غرض محرم ، كمن يشتري عنبا ليتخذ به خمرا مثلا ، فاتخاذ عصير العنب خمرا باعنا حمل المشتري على انشاء عقد البيع مع البائع ، وهو دفاع - كما نرى - غير مشروع ، لأنه يرمي الى تحقيق غرض يحرمه الشارع .

هذا ، والباعث - كما هو واضح - أمر ذاتي خفي وخارج عن نطاق التعاقد لأنه ليس ركنا في التصرف داخلا في ماهيته ، ولا شرطا يتوقف عليه وجوده ، وإذا كان الباعث أمرا ذاتيا ، فهو متغير ، أي يختلف باختلاف الاشخاص .

اذن ، يمتاز الباعث بالخصائص التالية : بأنه ذاتي ، وخارج عن نطاق التعاقد ، وأنه متغير ، وهذه نتيجة لكونه أمرا نفسيا ذاتيا . وإذا تعددت البواعث فالعبرة عندئذ بالباعث الرئيسي .
فكرة الباعث اذن وسيلة لابطال التصرف الذي هو في ظاهره جائز ويقصد به الوصول الى أغراض وغايات محرمة ، وهو بهذا المعنى ينطبق على الاحتيال على قواعد الشرع الذي أشار اليه الامام الشاطبي في تعريفه للحيلة بقوله : " وحقيقتها : تقديم عمل ظاهر الجواز له لابطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر الى حكم آخر (١) أي من تحليل

(١) الموافقات : ج ٤ ص ٢٠١ .

محرم أو اسقاط واجب ، وكلاهما مناقض لمقاصد التشريع ، وقد بين الامام الشاطبي هذه المناقضة بقوله : " فآل العمل فيها خسر قواعد الشريعة (١) .

مكانة الباعث في الفقه الاسلامي

قدمنا أن الفقه الاسلامي ذو نزعة مثالية يقيم للعناصر الخلقية والادبية المقام الأول في تشريعه ، لسبب بسيط ، هو أنه فقه ديني الصبغة . وقد تظاهرت الآيات الكثيرة على توطيد ذلك ، من مثل قوله تعالى :
وتعاونوا على البر والتقوى ، ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ، وقوله تعالى :
ان الله يأمر بالعدل والاحسان " وقوله تعالى : " قل انما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن ، والاثم والبغي بغير الحق " وقوله تعالى في وصف ماجاء به الرسول عليه الصلاة والسلام من تشريع " يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ، ويضع عنهم اصرهم ، والاغلال التي كانت عليهم .

كل ذلك يقتضي أن يعتد بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا - وطهارتها ، فكان الفقه الاسلامي ذا نزعة ذاتية .
غير أنه الى جانب ذلك ينزع نزعة مادية موضوعية ، تعتد بالعبارة الظاهرة في التصرفات ، بمعنى أن تمام التصرف وصحته وترتب آثاره عليه ، كل ذلك منوط بالكيان التعبيري للتصرف الذي تنصح عنه العبارة ، ومقتضى هذه النزعة ، ألا يعتد بما هو خارج عن نطاق التصرف - من الأمور النفسية الخفية كالبواعث ، وهو بهذا النزعة يقترب من الفقه الجرمانى

(١) المرجع السابق .

ذى النزعة الموضوعية الذى لا يبحث فيما يتعلق بنشأة الالتزام —
أوصحته خارج نطاق العبارة المنشئة له ، فلا يبحث عن غايات نهائية
وأغراض غير مباشرة خارجة عن النطاق التعبيري الفني الذى هو مظهر
" للادارة ، بل هو الارادة " .

وهذا النظر يضيق مجال فكرة الباعث وأثرها في التصرفات .
وبين استاذنا الدكتور السنهورى هاتين النزعتين في الفقه الاسلامي اذ
يقول : " على الرغم من أن الفقه الاسلامي — تجاه نظرية السبب
ذو نزعة موضوعية بارزة يعتد بالتعبير عن الارادة دون الارادة ذاتها
أى يأخذ ببدا الارادة الظاهرة لا بمذهب الارادة الباطنة ، حتى كان
أقرب في هذه الناحية من الفقه الجرمانى ، الا أنه من جهة أخرى ، فقه
تغلب فيه العوامل الادبية والخلقية والدينية ، وهذا يقتضى أن يعتد
فيما للباعث الذى يقاس به شرف النوايا وطهارتها ، فكان ينهض أن
يكون لنظرية السبب — وهي خلقية في المقام الأول — مكان ملحوظ —
يضاهي مكانها في الفقه اللاتيني (١) .

واذا كان الفقه الاسلامي — بحكم كونه ديني الصبغة — ينزع نزعة ذاتية
تعتد بالهوايات والنوايا ، غير أنه لم يضع في أى مذهب من مذاهبه
نظرية عامة للباعث ، ولكنه يورد التطبيقات التفصيلية ، ويمكن عن طريق
تحليل هذه التطبيقات الفرعية وتأصيلها ، استخراج نظريات عامة
كنظرية الباعث مثلاً .

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ، ص ٥٣

• للدكتور السنهورى

أثر هاتين النزعتين في المناهج الفقهية

لاخلاف بين العلماء في أن الباعث غير المشروع إذا أسفر عنه
التعبير في صلب العقد يبطله ، لاقتترانه بشرط محذور محرم (١) .
أما إذا لم يتضمنه التعبير ، ولم يمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد
ضمنا ، ففي الاعتداد به خلاف بين الفقهاء .
فالحنبلة : يعتدون بالباعث ، ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة
فإذا تبين أنه غير مشروع - ولو عن طريق القرائن - ابطال الالتزام
ولم يترتب عليه أثر ، وبذلك يأخذ الحنبلة بالنزعة الفاتية .
أما الحنفية والشافعية : فقد ذهبوا إلى أنه لا اعتداد بالباعث
غير المشروع مادام لم يتضمنه التعبير ، والتصرف صحيح ، بالنظر لسلامة
كيانه الفني التعبيري ظاهرا ، من حيث هو تصرف مستكمل لاركانه
وشروطه الشرعية .

فوجود التصرف الشرعي ، ووجوب تنفيذه ، منوطان شرعا بصدور
العبارة الصحيحة من أهلها في صورتها الدالة عليه ويقولون : ان نصوص القرآن
والسنة ، بل وعامة أحكام الشريعة تدل على ذلك .
هذا ، وقد قدمنا أن الحنفية يعتدون بالباعث إذا دل عليه طبيعة
المحل ضمنا كما سيأتي .

فهذا الفريق لم يفسح المجال أمام القضاء لتحري البواعث النفسية ،
يحكم على ضوئها بصحة التصرف أو بطلانه ، بل يكتفي بالعبارة الظاهرة

(١) التصرف الانفرادي والارادة المنفردة ص ٩٣ للأستاذ الشيخ
علي الخفيف .

أو الإرادة الظاهرة .

ونفصل القول في الباعث من وجهة نظر المذاهب الفقهية :

١ - مذهب الحنفية :

قلنا ان مذهب الحنفية لا يعتد بالباعث الا اذا تضمنته صيغة العقد صراحة ، أو أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ، فمن الأول ما جاء في الزيلعي : " ولا يجوز (الاستجار) على الغناء والنسج والملاهي ، لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئا ، إذ المبادلة لا تكون الا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ، ولو استحق عليه المعصية ، لكان ذلك مضافا الى الشارع من حيث أنه شرع عقدا موجبا للمعصية ، تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا . . . (١) .

تطبيقات فكرة الباعث في الفقه الحنفي :

وفي الفتاوى الخانية : " رجل استأجر فحلا لينزى بسه ، ويجوز ذلك ، ولا أجر فيه وكذا النائحة والمغنية . . وان استأجر لمسلم ذميا ، لبيع الخمر أو البيعة أو الدم ، لم يجز ، لورود النهي من ذلك (٢) . "

وفي البدائع : " لا تجوز اجارة الاماء للزنا ، لانها اجارة على لمعصية (٣) . "

(١) الزيلعي ج ٥ ص ١٢٥ . (٢) الفتاوى الخانية ج ٢ ص ٣٢٢ .

(٣) البدائع ج ٤ ص ١٩٠ .

وجاء في مختصر الطحاوي "ومن كان له عصير فلا بأس عليه في بيعه ، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمرا دون من يخاف ذلك عليه ، لأن العصير حلال ، فبيعه حلال ، كبيع ماسواه من الأشياء الحلال ، مما ليس على بائعها الكشف عما سيفعله المشتري فيها ، وإنما جاز هذا العقد إذا لم يذكر فيه صراحة ولا ضمنا أن يتخذه المشتري خمرا ، فالبيع في هذا الحال صحيح ، ولو اتخذ المشتري بعد ذلك خمرا (١) .

وهكذا نرى المذهب الحنفي لا يعتد الا بشروطية محل العقد ، مادام لم يرد في صيغته ، أو لم يمكن أن يستخلص من محل العقد ما يسفر عن الباعث صراحة أو ضمنا .

هذا ، وعلما الحنفية بجمعون على أنه لا يجوز التعاون على الأثم والمعصية ، ولكن الخلاف بين الامام وصاحبيهما تتم به المعصية فالامام يرى أن الباعث مادام لا يوجد ما يسفر عنه صراحة لا يعتد به ، فلينظر إلى محل العقد ، فاذا اقامت المعصية بذاته فلا يجوز العقد عندئذ ، أما اذا لم تتم المعصية بعينه ، فيجوز .

أما الصحابان فقد جاوزا المحل ، ونظروا إلى الباعث غير المشروع وقالوا بالكراهية كما في التحايل على اسقاط الشفعة ، وكما في بيع العينة .

جاء في الاختيار (١) : وتكره الحيلة في اسقاط الشفعة قبل وجوبها عند أبي يوسف لأنه منع من وجوب الحق ، وتكره عند محمد ، لأنها

(١) المرجع السابق - ص ٢٨٠ .

(٢) الاختيار لتعليل المختار ج ٢ ص ٦٨ .

شرعت لدفع الضرر ، والحيلة في اسقاط الزكاة على هذا " .
" تحليل الامام محمد صريح بأن الكراهة للتعسف ، لأن في اسقاط
الشفعة منافاة لقصد الشارع ، فاذا شرعت الشفعة لدفع الضرر ، فاسقاطها
عن طريق التحايل بأمر ظاهر الجواز يفضي الى الاضرار ، وهو مناقضة
لقصد الشارع ، وكذلك اسقاط الزكاة .

وبوجه عام ، فان المذهب الحنفي لا يقيم كبير وزن للباعث غير
المشروع بعد أن يكون محل العقد مشروعاً ، لاتقوم معصية بذاته ، فمن
ذلك ما جاء في الزيلعي :

" وجاز بيع العصير من خمار ، لأن المعصية لاتقوم بعينه ، بل
بعد تغيره ، بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة ، لأن المعصية تقوم
بعينه ، فيكون اعانة لهم وتسيباً ، وقد نهينا عن التعاون على العدوان
والمعصية ، ولأن العصير يصلح لأشياء كلها جائز شرعاً فيكون الفساد الى
اختياره " .

فالنص صريح في أن العبرة بمحل العقد ، وتوافر شروطه أو فواتها
ولا ينظر الى الباعث غير المشروع ، ولو قامت القرائن على وجوده ، فكأن
المشترى خماراً قرينة قوية في الدلالة على الباعث غير المشروع ، وهو اتخاذ
خمره ، ومع ذلك ، لم يتلفت اليه .

لا يقال ان السلاح في ذاته ليس بمعصية ، فلم يأخذ حكم العصير ،
لأننا نقول انه امكن استخلاص الباعث من طبيعته ، ولأنه تعين طريقاً
للمعصية في هذه الحال .

هذا ، ويعتد بالباعث غير المشروع في المذهب الحنفي اذا نص عليه

صراحة على سبيل الشرط فيبطل العقد ، من ذلك ما جاء في ابن عابدين : " لا تصح الاجارة لأجل المعاصي ، مثل الفناء والنوح - والملاهي ، ولو أخذ بلا شرط يباح " (١) .

ويورد الامام الكاساني تطبيقا فيما يمكن استخلاص الباعث غير المشروع من طبيعة محل العقد ، وحكمها عدم الجواز ، منها ما جاء في البدائع " وأما القرد - أي شراء القرد - فعن أبي حنيفة / رضي الله عنه / روايات في جوازه وعدم جوازه . وجه رواية عدم جوازه ، أنه غير منتفع به شرعا ، فلا يكون مالا كالخنزير ، ووجه رواية الجواز ، أنه ان لم يكن منتفعا به بذاته يمكن الانتفاع بجلده ، فكان بالنظر الى جلده ، مالا ، وجاز لذلك شراؤه ، والصحيح عدم الجواز ، لأنه لا يشتري للانتفاع - بجلده عادة ، بل للهويسه ، وهو حرام ، فكان هذا بيع الحرام للحرام ، وانه لا يجوز " ، وهذا واضح في أن النظر منصب على محل العقد ومشرعيته لا الى الباعثه الا اذا كان جزءا من صيغة العقد .

٢ - مذهب الامام الشافعي :

يأخذ الامام الشافعي - رحمه الله - بالنزعة الموضوعية ، فيذهب الى أن العقود والالتزامات لا تؤثر فيها البواعث النفسية الخفية فالسبب هو الايجاب والقبول ، وهما تاملان ، وأهلية التعاقد لانزاع فيها ومحلية العقد قابلة ^{للمر} له فلم يبق الا القصد القرون بالعقد - أي الباعث ولا تأثير له في بطلان الاسباب الظاهرة (٢) لأن الباعث لا يؤثر في اقتضاء السبب حكمه " .

(١) رد المختار: ج ٥٥، ص ٣٥ - ٣٦ (٢) اعلام الموقعين ج ٢، ص ١٧٢ - ١٧٣ .

تطبيقات على النزعة الموضوعية في الفقه الشافعي ، فيما يتعلق بفكرة
الباعث يقول الامام الشافعي في كتابه الأم : " أصل ما اذهب اليه ،
أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر ، لم أبطله بتهمة ولا بعادة بيِّن
المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية اذا كانت النية
لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على
أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه من يراه أنه يقتل به
ظلما ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع ، وكما أكره للرجل
أن يبيع العنب من يراه أنه يعصره خمرا ، ولا أفسد عليه البيع اذا باعه
إياه ، لأنه باعه حلالا ، وقد يمكن ألا يجعله خمرا أبدا ، وفي صاحب
السيف ألا يقتل به أحدا أبدا ، ولو نكح رجل امرأة عقدا صحيحا وهو
ينوي ألا يسكها الايوبا أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح ، وإنما أفسده
أبدا بالعقد الفاسد " (١) .

وهكذا ينسب الامام الشافعي الشريعة تفسيراً مادياً على الظاهر
لاعلى ما بطن (٢) . ويقول في موضع آخر : " غير أنهما اذا عقدا
النكاح مطلقا لاشرط فيه ، فالنكاح ثابت ولا تفسد النية من النكاح
شيئا ، لأن النية حد يثانفس ، وقد وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم
وقد ينوي الشيء ولا يفعله ، وينوي ويفعله ، فيكون الفعل حادثا غير
النية ، وكذلك لو نكحها ونيته ونيتها ، أو نية أحدهما دون الآخر ، أن
لايسكها الا قدر ما يصيبها ، فيحللها لزوجها ، ثبت النكاح ما لم
يقع النكاح بشرط يفسده (٣) . وهذه النصوص تدل صراحة على

- (١) الام للشافعي ج ٣ ص ٦٥ .
(٢) الشافعي للامام الشافعي الشيخ ابي زهرة : ص ٣١٧ - ٣١٨ .
(٣) الام ج ٥ ص ٧١ .

تشدد الامام الشافعي في تمسكه بالظاهر " فهو لا يحكم على العقود من حيث آثارها وأوصافها بحسب أغراض المتعاقدين ودوافعهما التي لا تذكر وقت العقد ، وان كانت بينة من أحوالهما " (١) فلا يعتد الا بصيغة العقد وما تضمنته عبارته ، ولا يلتفت الى القرائن وملابسات الاحوال ، ولو كانت تدل دلالة قوية على أنه اتخذ ذريعة لأمر محرم ، بل يحكم بصحة العقد ، وفي هذا يقوله الامام الشافعي " يبطل حكم الازكان من الذرائع في البيوع وغيرها ، ويحكم بصحة العقد (٢) " .

٣ - مذهب الحنابلة :

يأخذ الحنابلة بالنزعة الذاتية ، فيعتد بالباعث غير المشروع ولو لم تتضمنه صيغة العقد ، فاذا تبين ذلك أبطل به العقد ، مادام قد اتخذ العقد وسيلة الى أمر غير مشروع ، لأن في تنفيذه اعانة على المعصية والعدوان ، وذلك منهي عنه بالنص . ولا يشترط - لابطال التصرف في العقود - اذا تبين أن الباعث عليه غير مشروع سوى علم الطرف الآخر بهذا الباعث ، ضمانا لاستقرار التعامل ويقول ابن القيم : " القصد روح العقد ، مصححة وبطله ، فاعتبار القصور في العقود أولى من اعتبار الالفاظ ، فان الالفاظ مقصودة لغيرها ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها ، فاذا الغيت ، واعتبرت الالفاظ التي لا تراد لنفسها ، كان هذا الفاعل لما يجب اعتباره ، واعتبارا

(١) الشافعي ص ٣١٧ وما بعدها للاستاذ الشيخ أبي زهره .

(٢) الأم : ج ٤٢ - و ٢ ص ٢٦٨ و ج ٦ ص ١٩٩ .

لما يجب الغاؤه (١) .

ويقول في موضع آخر مؤكدا أعمال البواعث في التصرفات ، وان

ذلك من قواعد الشريعة التي لا يجوز هدمها .

" قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها : أن المقاصد والاعتقادات

معتبرة نسي التصرفات والعبارات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات

فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما أو صحيحا أو فاسدا (٢) -

فكرة الباعث ترد قيدها على الإرادة أو على التصرف الإرادي

محافظة على مقصود الشريعة :

ومن أجل هذا ، كانت فكرة الباعث عند الذاتيين خصبة مشوية ، تفيد

الإرادة نسي كل تصرف ، لتحافظ على مقصود الشريعة .

ضابط الباعث :

على أن الباعث بها هو عامل نفسي ذاتي ، يختلف باختلاف الأشخاص

وبما هو أمر خارج عن نطاق التعاقد ، لا يحد من ضابط له ، حتى لا يكون

سببا في تزعزع المعاملات وعدم استقرارها .

ولذا رأينا الفقهاء مختلفين في ضبطه ، فمنهم من اشترط أن يكون

منصوصا عليه نسي صلب العقد ، وهم الشافعية والحنفية كما رأينا . ومنهم

من لم يشترط ذلك ، بل اكتفى بعلم المتعاقد الآخر . أو بوجود قرائن

يفترض معها هذا العلم ، وهذا هو مذهب الحنابلة والمالكية ، ومنهم

(١) اعلام الموقعين : ج ٣ ص ٨٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٨٤ .

من اكتفى بمظنة الباعث البعيدة ، فلم يشترط وجود الباعث فيسر
المشروع في كل معاملة من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد ، -
اكتفاء بالكثرة دون غلبة الظن ، عملا بالاحتياط الذي يوجب اعتبار هذه
الكثرة في مرتبة الامور الظنية الغالبة (١) كما قدمنا .
تطبيقات فكرة الباعث في المذهب الحنبلي

وجاء نسي كشاف القناع

" ولا - أي لا يصح - بيع سلاح ونحوه في فتنه ، أو لأهل الحرب
أو لقطاع طريق اذا علم البائع ذلك من مشتريه ، ولو بقرائن ، لقوله
تعالى : " ولا تعاونوا على الاثم والعدوان " ويصح بيع السلاح لأهل
العدل ، لقتال البغاة ، وقتال قطاع الطريق ، لأن ذلك معونة على
البر والتقوى (٢) .

وجاء فيه ايضا " ولا يصح بيع ما قصد به الحرام ، كعنب وعصير
لمتخذها خمرا ، وكذا زبيب ونحوه (٣) .

(١) وهذا هو رأي الامام مالك ، توسعا منه في أعمال الباعث
غير المشروع ، باعتبار وجود مظنته البعيدة - الموافقات
ج ٢ ، ص ٣٦١ وما بعدها .

(٢) كشاف القناع ج ٣ ص ١٤٦ . أنظر كيف يجعل نقها

الحنابلة من قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا
على الاثم والعدوان " قاعدة عامة تنقيد بها الحقوق سلبا -
وايجابا ، كما يجعلونها قيدا يرد على العمومات ، تحريما
للقصد المانع ، ويحتكمون اليها في خلافهم مع غيرهم من نقها
المذاهب الأخرى .
كشاف القناع ج ٣ ، ص ١٤٦ .

(٣)

وفي المغني لابن قدامة :

" وبيع العصير ممن يتخذه خمرا باطل " .
" وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعلم يقينا أنه يتخذه خمرا حرام ،
ولنا قول الله تعالى " ولا تعاونوا على الاثم والعدوان " وهذا
نهى يقتضي التحريم " والقرينة حالية .
وروى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - انه لعن في الخمر عشرة
ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريد ها للمعصية ، فأشبهه اجارة أمته
لمن يعلم أنه يزني بها ، والآية (١) مخصوصة بصورة كثيرة ، فيخص
منها محل النزاع بدليلنا . وقولهم تم البيع بشروطه وأركانه ، قلنا :
ولكن وجد المانع منه " أى الباعث بغير المشروع مانع - وإذا اجتمع
القتضي والمانع قدم المانع . "

" اذا ثبت هذا ، فانما يحرم البيع ويبطل اذا علم الباع قصده
المشترى ذلك ، اما بقوله ، واما بقرائن مختلفة به تدل على ذلك (٢) .
فأما ان كان الأمر محتملا ، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله ، أو من
يعمل الخل والخمر معا ، ولم يلفظ بما يدل على ارادة الخمر ، فالبيع
جائز ، ان لاقطع مع الاحتمال واذا ثبت التخميم فالبيع باطل ، وهكذا
الحكم في كل ما يقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الحرب ، أو لقطاع
الطرق ، أو في الفتنة ، وبيع الامة للغنا ، أو اجارتها كذلك ، أو

(١) أى قوله تعالى : " واحل الله البيع وحرم الربا " وهي الآية
التي تمسك بها أصحاب النزعة الموضوعية في تصحيح العقد
اذا لم يرد في صيغة العقد ما يدل عليه .

(٢) المغني ج ٤ ص ٢٢٣ لابن قدامة - راجع اعالم الموقعين ج ٣
ص ١٢٨ - ١٣٦ لابن قيم الجوزية .

اجارة داره ليبيع الخمر فيها ، أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك ، فهذا حرام ، والعقد باطل لما قدمنا .
وقد نص الامام أحمد على مسائل نهى بها على ذلك ، فقال في القصاب والخباز : " اذا علم من يشتري منه أن يدعوه عليه من يشرب المسكر لا يبيعه ومن يخرط الاقداح لا يبيعه من يشرب فيها ، ونهى عن بيع البياج للرجال ، ولا بأس ببيعه للنساء ، وروى عنه " لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار " .
* وعلى قياسه البيض ، فيكون بيع ذلك كله باطلا (١) .

٤ - المذهب المالكي :

جاء في الموافقات للامام الشاطبي " انما الاعمال بالنهايات -
* والمقاصد معتبرة في التصرف من العبادات والعمادات (٢) وأورد الأدلة من الكتاب والسنة والمعقول على هذا الأصل .
- هذا والامام مالك يعمل الباعث غير المشروع في التصرف ، ولكن لا يبطله اذا تبين الباعث بل يحول دون أثره كما يذهب الي اعتبار ما يؤدي اليه التصرف من المحظور في الكثرة من الاحوال ، ولم يصل ادائه الي المفسده في الغالب من الظن ، فضلا عن القطع - مظنة للباعث غير المشروع ، عملا بالاحتياط والتحرز عن الفساد ، لأن الشريعة قامت على الأخذ بالحزم والاحتياط (٣) .

- (١) المغني ج ٤ ص ٢٢٣ لابن قدامة ، كشف القناع ص ١٤٦ ج ٣
- (٢) ج ٢ ص ٣٢٤ . (٣) الموافقات ج ٢ ص ٣٢٣ للشاطبي
وراجع كتاب مالك ص ٤١٢ للاستاذ الشيخ أبي زهرة .

ومذ لك يختلف الامام مالك عن الامام الشاطبي من حيث أن الاول يعتبر
التصرف صحيحا ، ولكن يرى وجوب اخراج الملك من المشتري ، خلافا
للشاطبي الذي يرى بطلان التصرف .
تطبيقات فكرة الباعث في الفقه المالكي

جاء في التبصرة لابن فرحون في مسائل البيوع .
" وينع المسلمون من بيع آلة الحرب ، يعني من الحربيين ، والعنب
لمن يعصره خيرا (١) " .
ويقول في مؤيد هذا المنع : " ويؤدب من يبيع آلات اللهب ،
ويفسخ البيع ، ويكسر ويؤدب أهل ذلك (٢) " .
غير أن الباعث غير المشروع اذا اقتضى المنع في مذهب المالكية ، لكن
يبدو أن العقد ينعقد ثم يفسخ ، درء للفسدة ، كما جاء في النص
السابق من التبصرة .

هذا ، وجاء في الخطاب : " بيع العنب لمن يعصره خيرا ، وبيع
ثياب الحرير ممن يلبسها غير جائز " (٣) .
فهذا النص يقضي ببطلان الالتزام ، بينما النص السابق لا يجيز استدامة
آثاره ، لما يترتب عليه من مفسد وآثام .

وجاء في المدونة : " وكذا بيع الخشب لمن يستعملها صليبا ، وبيع
العنب لمن يعصره خيرا على أحد قولين ، كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم
أنه يريد به قطع الطريق على المسلمين ، أو إثارة الفتنة بينهم ، كما
لا يجوز في مذهب مالك بيع الجارية المملوكة من قوم عاصين يتسامحون

(١) التبصرة ج ٢ ص ١٤٢ لابن فرحون (٢) المرجع السابق .
(٣) شرح الخطاب ج ٣ ص ٢٦٣ - ٢٦٤ .

في الفساد ، وعدم الغيرة ، وهم آكلون للحرام ، ويطمعونها منه (١) وفي الشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه :

” ويمنع بيع كل شيء علم أن المشتري قصد به أمرا لا يجوز ، كبيع جارية لأهل الفساد وبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة ، وبيع خشبة لمن يصنعها صليبا ، وبيع العنب لمن يعصره خمرا ، والنحاس لمن يتخذ ناقوسا ، وكذا يمنع أن تباع آلة الحرب للحربيين ، كسلاح أو كراع وسرج وكل ما يتقوون به في الحرب ، من نحاس أو خبا ، أو ماعون ، ويجبرون على اخراج ذلك من ملكهم ، ولا يفسخ البيع ” .

وقال ابن رشد : ” والخلاف في هذا مقيد بما إذا علم البائع أن المشتري يفعل ذلك ، أما إذا لم يعلم ، ثم ظهر أنه يفعل ذلك ، فإن البيع لا يفسخ بلا خلاف ، ولكن يجبر المشتري على اخراجه من ملكه ببيع ونحوه ” .

يستخلص من هذه النصوص فيما يتعلق بأعمال الباعث غير المشروع فسي
المعاوضات عند المالكية وجهتان من النظر :

الاولى : ان العقد لا ينعقد بتأثير الباعث غير المشروع اذا علم من الطرف الآخر كما جاء في الخطاب .

الثانية : ان العقد ينعقد ، ولكنه واجب الفسخ ، اذا لم يعلم البائع بقصد المشتري ، بل يجبر هذا على اخراجه من ملكه ، فأراء الفقهاء في هذا المذهب تتردد بين الأخذ بالنزعة الموضوعية والذاتية ، ولكننا نرجح أن المذهب المالكي أميل الى الأخذ بالنظرية الذاتية لما يلسي :

أولاً : ان المحققين من أصولي المذهب المالكي ، قد جعلوا النزعة الذاتية وأفاضوا القول فيها ، وأقاموا الأدلة على أصالة هذا المبدأ في الشريعة ، وهو الذي يتفق ومقاصدها الأساسية ، ولم يقصروا أثر البواعث على العبادات ، بل برهنوا على شمول الأثر للعبادات والمعاملات وأوجبوا - ليكون التصرف سليماً نافذاً - ان يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع ، ويقصد هنا ما يشمل الباعث .

يرشدنا الى هذا ، اقامتهم الأدلة على ابطال نكاح التحليل ، الى جانب اقامتهم الحجج على ابطال بيوع الآجال التي يقصد بها تحقيق الربا ، كما في بيع العينة ، وبينوا مناقضة قصد المكلف لقصد الشارع في التحايل على اسقاط الزكاة عن طريق الهبة قرب نهاية الحول ، وعلى هذا ، فقد شمل اعمال الباعث غير المشروع نكاح التحليل ، وعقود المعاوضات والترعات على سوا (١) .

ثانياً : ان المذهب المالكي ، هو أكثر المذاهب تقهية توسعاً في تطبيق مبدأ الذرائع (٢) وهو مبدأ يتجما تجاهين :

الاول : اتجاه الى الباعث على التصرف .

ثانياً : اتجاه الى مآل التصرف .

فكيف يتفق القول بأنه مذهب موضوعي النزعة ، مع اعتباره مجرداً عن الذرائع أصلاً ، كما لا تستنبط الاحكام في نفسه ، حتى صار يعرف نفسه .

(١) الموافقات : ج ٢ ص ٣٢٣ ، وص ٣٣١ وهي ٣٣٣ وما بعدها .
(٢) الموافقات ج ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها ، على ان الامام الشاطبي لا يجعل التحليل من الذرائع ، بل يجعل التحليل قسماً خاصاً مما يدل على تاصل النزعة الذاتية في أصول مذهب المالكية .

ثالثا : قال الامام مالك : بتوريث كل مبانة في مرض الموت ، ولو لم يتبين له الباعث غير المشروع في كل حادثة على حدة ، وهو حرمانها من الارث ، اكتفاءً بهذه المنظمة ، وهي مرض الموت اعداما لهذا التصرف في ذاته في هذا الظرف ، سدا للذريعة ، واحتياطا لدرء المفسدة ، وتطبيقا لنظرية التعسف في اوسع مدى ، بناء على القصد الكلي من اعتبار المصالح في الأحكام .

فكرة الباعث وضابطه في التبرعات

اتفق الفقهاء على أن عبارة المتبرع اذا تضمنت ما يدل على أن الباعث عليه أمر محظور ، لا ينشأ الالتزام ، لأنه التزام محرم ، وكل محرم باطل . فالوصية بالمحظور كالوصية بمال يشتري به خمر ، أو للنواج ، أو - كالوصية لعابد الوثنيين (١) باطلة ، لأن هذا الالتزام الانفرادي - تحقق سرا ، فيكون باطلا .

أما اذا لم تتضمنه العبارة ، فيجرى فيه الخلاف الذي جرى في عقود - المعاوضات على ما بينا آنفا .

غير أنه فيما يتعلق بضابط الباعث غير المشروع في التبرعات ، لا يشترط فيه وجوب علم الطرف الآخر ، كما في العقود ذات الطرفين ، بل لا يتصور اشتراطه ، لأن التبرع التزام انفرادي من طرف واحد ، وليس له طرف آخر تتوقف نشأته عليه ، وليس مكلفا باداء التزام مقابل .

ومن ذلك أيضا ، وصية الضرار ، فاذا تبين أن الموصي يقصد بوصيته الاضرار بورثته ، بطلت وصيته ، لأن الاضرار بالورثة أمر محرم محظور .

(١) المعنى : ج ٢ ص ٣٣١ .

نظرية العقد في الفقه الاسلامي

تمهيد :

ان الباحث في الفقه الاسلامي القديم ، يجد أن العقود المسماة كالبيع ، والاجارة ، والاعارة ، والرهن ، قد بحثت نظما وأحكاما فرعية ، فكل عقد فصلت أحكامه على حدة ، ولا تجد فيه بحثا يتناول " الأحكام العامة " التي تشمل هذه العقود جملة ، مما يطلق عليه اليوم ، " نظرية العقد " .

غير أن هذا لا يعني أن الفقهاء القدامى لم يتجهوا الى تأصيل " الكليات " بل على العكس من ذلك ، وجدنا فريقا منهم ، يولي هذه " الكليات " اهتماما بالغاً وعناية كبرى تركت آثارها في مصنفاتهم التي تتسم بالدقة والسعة والعمق والشمول ، من مثل كتب " القواعد " (١) .
غير أن هذه " القواعد " لم تبلغ مستوى ، " النظريات العامة " على الرغم مما تنطوي عليه من قيمة علمية قيّمة ، بما هي صبان لأحكام العقد وأصول تفسيرها .

وعلى الرغم من أن الفقهاء القدامى لم يتناولوا بالبحث " النظريات العامة " ، بما كانوا يتناولون الفقه مسألة مسألة ، ويحتكمون الى منطق العدل في التشريع في حكم كل منها على حدة ، اعتقاداً منهم بأن تحكيم " المفاهيم الكبرى " في انتاج الحلول لهذه المسائل

(١) من ذلك كتاب الأشباه والنظائر — للسيوطي — ولابن نجيم وكتاب " القواعد " لابن رجب الحنبلي ، وقواعد الاحكام ، لابن عبد السلام ، والفروق للقرافي .

فاذا ما صدرت وصية مثلاً ، وجب البحث عن الباعث الذي دفع الموصي الى الايحاء وذلك بالنظر فيما اشترطه ، وما صدر عنه أقوال ، وما احتف بالتصرف من قرائن ، فاذا تبين أن الباعث منافع المقصد الشيخ ، كانت الوصية باطلة ، واذا كثرت البواعث فالمعمول عليه هو الباعث الرئيسي .
وكذلك هبة المال قرب نهاية الحول ، لاسقاط الزكاة (١) ، لأن الباعث عليها مناقض للمقصد الشارع .

ومع ذلك ، اذا كان التبرع موجهاً الى شخص معلوم ، لزم أن يكون بحيث يستطيع أن يعلم بسذك الباعث ، وان لم يكن عالماً به فعلاً (٢) ، كما في اهداء القترض الى القرض اذا لم تجر له بذلك عادة .
هذا ، وقد رأينا أن الفقه الاسلامي يكتفي في اعمال الباعث غير المشروع في بطلان عقود المعاوضات بمجرد العلم أو افتراضه أو مظنتها العميدة ، فكان بذلك خصوصية ، وأوسع مجالاً في تطبيق فكرة الباعث التي هي بدورها تطبيق لنظرية التمسك في معظم جوانبها .

أما فيما يتعلق بالباعث في التبرعات ، فلا يشترط علم الطرف الآخر ، لأن الالتزام ينشأ بارادة منفردة ، ولا يتوقف في نشأته على ارادة طرف آخر ومع ذلك اذا كان موجهاً الى شخص معلوم ، لزم أن يكون ذلك الشخص بحيث يستطيع أن يعلم به .

(١) المرجع السابق ص ٣٨٥ - ٣٨٦

(٢) التصرف الانفسرادى ص ١١١ للاستاذ الشيخ علي الخفيف .

المتجددة قد يجاني منطق العدل أحيانا ، أقول على الرغم من ذلك كله ، فإنه من الممكن استخلاص " أحكام عامة " لجميع العقود من هذا التقدير فربما ينبغي ، وهذا ما وقع فعلا في بحوث بعض المحققين والمعاصرين .

أضف الى ذلك ، ان من الفقهاء القدامى من أشار الى بعض

(معايير) نظرية العقد في مقدمة بحث " البيوع " (١) .

أهمية نظرية العقد :

ان بحث نظرية العقد من الأهمية بمكان ، ذلك ، لأن على أحكامها تدور معظم " المعاملات " في الشريعة الاسلامية بل وفي كل تشريع ، لذا كانت متشعبة الاطراف ، تقصر هذه الدراسة المقررة عن استيعابها تفصيلا ، من أجل ذلك سنقصر بحثنا على الأحكام الأساسية لهذه النظرية .

البحث الأول

في التعريف بالعقد

تعريف العقد فقها :

لم يتفق الفقهاء المسلمون على اطلاق لفظ " العقد " (٢)

على مفهوم موحد .

(١) فتح القدير : ج ٥ ، ص ٧٤ وما يليها ، للكمال بن الهمام

بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ وما يليها ، للكاساني ،

فجمهور الفقهاء يطلق "العقد" ويريد به كل ما ينتج التزاما
شرعيا ، سوا ما كان هذا "الالتزام" ناشئا عن اتفاق بين طرفين . أم
كان نتيجة لارادة الشخص الواحد ، وعزمه المبرم على انشاء التزام شرعي
معين يلزم به نفسه ، كالوقف والوصية واليمين .
وعلى هذا شمل "العقد" ما هو أعم من اتفاق ارادتين ، من
التصرف الانفرادى الذى ينشأ التزاما يخص المتصرف نفسه وحده .

== تبين الحقائق - باب البيوع ، للزليعي ، المغني ج ٣ ص ٥٠٣

وما يليها ، لابن قدامه ، ابن عابدين ج ٤ - ٩ - ١٠ .

الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٤ وما يليها ، الهداية ج ٣ ص ١٦

وما بعدها للمرفغيناني

(٢) العقد لغة الربط بين أطراف الشيء ، حسيما ، يقال عقدت الحبل

أى ربطت بين طرفيه .

ويطلق أيضا على الاحكام - بكسر الهزة - أى التقوية المعنوية

أو الربط المعنوى فضلا عن التقوية المادية - من ذلك "عقدة

اليمين" أى توثيقها ، وعزم الحالف على الالتزام بمقتضاها ايجادا

أو تركا ، ومنه قوله تعالى : " ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان " .

- ومنه أيضا توثيق الكلام بين طرفين :

- راجع القاموس المحيط : ج ١ ص ٣١٥

- المصباح المنير : ص ٥٧٥

وهذا هو العقد بالمعنى العام .
غير أن الدقة في تفصيل الأحكام توجب التمييز بين "العقد" بالمعنى
الخاص و "التصرف الانفرادى" أو ما يطلق عليه في القانون "الارادة
المنفردة (١) .

تعريف العقد بالمعنى الخاص :

عرف بعض الفقهاء العقد بأنه : " تعلق كلام أحد المتعاقدين
بالآخر شرعاً ، على وجه يظهر أثره في محله (٢) " .

(١) ومن هنا سميت "اليمين" على فعل أمر في المستقبل "عقداً"
عند الفقهاء ، لأن الحالف يلزم نفسه به - احكام القرآن ، ج٢ ،
ص ١١٤ - للجصاص .

- هذا ، وأكثر ما نرى اطلاق العقد بالمعنى العام ، في
الفقه المالكي ، والشافعي ، والحنبلي ، وأقل منفي كتب الحنفية
- والعقد بالمعنى العام قريب من المعنى اللغوي .

كتاب العقود : ص ١٨ ، ص ٢٨ ، لابن تيمية .
(٢) فتح القدير : ج ٥ ص ٧٤ وما يليها ، وانظر شرح العنايق أيضاً .
وفي تعريفات الجرماني : "العقد ربط اجزاء التصرف بالايجاب
والقبول شرعاً" . وفي البحر الرائق : "العقد شرعاً ربط القبول
بالايجاب ، ج ٥ ، ص ٢٦٢ . على أن تعريف "العقد" جاء في
المجلة - في المادة ١٠٤ . وأغلب الظن أنه منقول عن شرح العناية
المشار اليه ، ونصه كما يلي : "الانعقاد تعلق كل من الايجاب
والقبول بالآخر ، على وجه مشروع ، يظهر أثره في متعلقهما"
والمتعلق - بفتح اللام المشددة " هو محل العقد " او المقود
عليه الذي يقصد العقد لأجله .
- وهذا التعريف لا يشمل إلا "العقد" بالمعنى الخاص ، أي
ما كان بين طرفين وهو ما أوضحتها المادة ١٠٣ من المجلة أيضاً .

تحليل هذا التعريف :

تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعا :
• التعلق هو الارتباط الاعتباري أو الحكمي
وارتباط كلام أحد المتعاقدين بالآخر هو ارتباط الايجاب بالقبول (الصيغة)
• والارتباط هو الانعقاد

ولكن يؤخذ على هذا التعريف ، أنه قصر الصيغة المنشئة للعقد
على " الكلام " في حين ان " الصيغة " قد تكون بغيره من وسائل
التعبير عن الارادة من الكتابة أو الاشارة ، أو المبادلة الفعلية الدالة
على التراضي " كالتعاطي " فالتعريف غير جامع كما ترى •
غير انه يمكن أن يقال : أن التعريف قد نص على ما هو الأصل في
عنصر التعبير عن الارادة الباطنة ، أو الاكثر وقوعا ، ولهذا نرى أن يضاف
الى التعريف عبارة : " أو ما يقوم مقامه " (١)

= حيث تنص على أن العقد " التزام المتعاقدين ، وتعهدهما ،
أما ، هو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول " •
(١) الرجوع أن " العقد " ينعقد بكل ما يدل على الارادة الباطنة
مادامت الاداة بينة مفصحة معهودة ، وسياتي خلاف المذاهب في
" الصيغة " فمنهم من لا يجيز الانعقاد الا بصيغة قولية مادام
المتعاقدين قادرا عليها ، ولا يجيز اللجوء الى الكتابة ، مع القدرة
على القول ، وكان المتعاقدان حاضرين ، ومن باب أولى ألا يجيز
الاشارة الا عند الضرورة ، بان كان أحد المتعاقدين اخرس ، أو
معتقل اللسان •• أما البيع بالتعاطي " فلا يجوز في نظر
بعض المذاهب الا في السلع القليلة الثمن دون الغالية أو النفيسة
خلافا لبعض المذاهب الذي يجيزه في قليل الثمن وغالبه وسياتي
تفصيل ذلك •

والتعريف ان يجعل جوهر العقد " ارتباط ايجاب (١) أحد المتعاقدين بقبول الآخر ، يخرج التصرف القولي الانفرادى الذى ينشئ التزاما على صاحبه وحده ، لأنه يتم بإرادته المنفردة دون توقف على ارادة آخر ، كالوقف على جهة بر مثلا . حقيقة الايجاب والقبول في فقه المذاهب هذا ، والايجاب في فقه الحنفية هو : " ما يصدر أولا (٢) من أحد

(١) والايجاب لغة هو الاثبات ، من أوجب على نفسه أى أثبت وألزم وهذا هو معنى الالتزام .

— وهذا المعنى اللغوي لا يبعد عن المعنى الفقهي ، لأن الموجب يثبت على نفسه مضمون قوله ، ويلتزم به ، اذا انضم قبول الآخر الى ايجابه هذا ، وكان موافقا له .

— والقبول لغة بمعنى التصديق والموافقة والرضا والاقرار والرغبة يضمنون الايجاب السابق ، بجميع عناصره ، ورضاه هذا هو أساس التزامه في مقابل التزام الاول ، اذا استوفى شرائطه .

— فالمعنى اللغوي لا يبعد عن المعنى الفقهي كما ترى .

(٢) فتح القدير : ج ٢ ، ص ٢٤٤ — للكامل بن الهمام — الفروق ج ٢ ، الفرق الثالث للقرافي .

— اما الشافعية ومن معهم فيرون أن " الايجاب " هو ما يدل على " التملك " سواء صدر متأخرا أم مقدما ، والقبول هو ما يدل على " التملك " ولو صدر أولا ، على ما سيأتي تفصيله .

— نهاية المحتاج : ج ٢ ، ص ٢٧ ، للربلي .

طرفي المقعبرا به عن ارادته الجازمة سواء كان " الملك " أم " الممتلك " ذلك لأن الحنفية يرون أنه لا يتصور أن يكون متقدما ، لأن ما يتقدم هو الايجاب ، سواء أكان صادرا من المشتري ، أم من البائع ، في عقد البيع مثلا ، أم كان صادرا من الزوجة أم من الزوج في عقد الزواج ، وهكذا . وأيضا لا يتصور تعاصر الايجاب والقبول ، بل لابد من تعاقبهما ، حتى لو تعاصرا لم ينعقد العقد (٢) .

(٤) والقبول " ماصدر ثانيا (٣) من الطرف الآخر ، معبرا عن ارادته الجازمة أيضا في الموافقة على جميع ما تضمنه الايجاب من عناصر ، لتتم المطابقة بينهما . وهذا الارتباط الحكيم هو " الانعقاد " ، غير أن هذا الارتباط لا يعتبر قائما الا اذا كان على وجه مشروع (٥) ويتحقق الارتباط شرعا بما يأتي

- (١) البحر الرائق : ج ٥ ص ٢٦٢ .
- (٢) المرجع السابق ، مجمع الأنهر ، ج ٢ ، ص ٤
- (٣) المراجع السابقة - وراجع أيضا فتح القدير ج ٥ ، ص ٧٤ للكاملين الهمام .
- (٤) التعبير بالارادة الجازمة هنا ، لنفي التردد ، والوعد نسي المستقبل ، أو التعليق الحقيقي على شرط في المستقبل ، على خطر الوجود والعدم ، أو بالاحرى ، لاخراج ما لا يفيد انشاء العقد في الحال جزما .
- (٥) وقد أشرنا الى عبارة ابن تيمية التي لخص فيها مبدأ التعاقد - المشروع المنتج آثاره بقوله : " لابد في العقد من رضا المتعاقدين وموافقة الشرع " - الفتاوى ج ٣ ص ٣٢٩ - وقد شرحننا هذا البيدأ في مؤلفنا " الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده " ص ٤٣٣ وما يليها .

أولا : أن يكون " العقد " مستوفيا مقوماته (١) من الأركان ،
وشروط الانعقاد ، وكذلك شروط الصحة ، خلافا للحنفية (٢) .
ثانيا : ان يكون سببه مشروعا ، بمعنى أن " الباعث " على التعاقد
يجب أن يكون مشروعا أيضا ، حتى لا يتخذ " العقد " أو التصرف المشروع
في ذاته ، وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع ، يهدم مقاصد التشريع .
— فإذا ثبت " التذرع " بالعقد لتحقيق غرض غير مشروع ، ولو فسي
الغالب من الظن بطل العقد ، وأصبح معدوما في نظر الشارع ، لأثر
له ، على الرغم من استيفائه لصورة العقد أو التصرف المشروع ، لأن
المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، وهذا بالاجماع ، وإنما الخلاف في تحقيق
مناط التذرع (٤) .

- (١) المقومات أعم من الأركان ، لأن " الركن " ما كان جزءا من ماهيته
الشيء ، ومكوناته الذاتية ، بحيث توجد الماهية بوجوده ، وتنتفي
بانتفائه . — أما المقوم فيشمل الى ذلك الشرط ، الذي يتوقف
الشيء على وجوده ، ولكنه خارج عن ماهيته .
- (٢) إذا أختل شرط الصحة فالعقد منعقد عند الحنفية ولكنه فاسد
يستحق الفسخ .
- (٣) يقصد بالباعث : الدافع النفسي الذي يحرك ارادة المنشيء . —
للتصرف ، ويوجهها الى تحقيق غرض غير مباشر ، فضلا عن الغرض
المباشر للتصرف ، وهو ما يسمى " الغرض المصلحي " . هذا والغرض
غير المباشر عقد يكون مشروعا ، وقد لا يكون فان كان غير مشروع ،
دل على العقد باتخاذ ذريعة الى ذلك ، تحيلا على مقاصد الشريعة ، لهضم
حق أو هدم واجب وسبب البطلان هنا مناقضة أو مضادة قصد المتصرف
لقصد الشارع في التشريع . — راجع مؤلفنا : الحق ومدى سلطان
الدولة في تقييده ص ٤٣٣ ، وما يليها ، وهو الكتاب الذي نال درجة
الامتياز بدرجة الشرف الاولى .
- (٤) سيأتي بحث ذلك في نظرية الباعث .

وذلك من مثل : " بيع العنب ممن يعتقد أنه يعصره خمرًا ، أو
بيع السلاح من البغاة أو أهل الفتنة ، لما في ذلك من تعاون على
الاثم والعدوان (١) . وهذا الاصل المعنوي العام ، قد حققه
وأصله الأئمة المحققون ، من مثل الامام الشاطبي في كتابه الموافقات
في أصول الشريعة في موضوعات عدة ، والامام ابن تيمية وتلميذه ابن
قيم الجوزية وغيرهم من الحنابلة .
ويقول الامام الشاطبي في هذا الصدد " قصد الشارع من المكلف أن
يكون قصد في العمل موافقا لقصد الله في التشريع (٢) .

-
- (١) هذا الاصل متفق عليه ، غير أن الخلاف في شروط اعمال هذا
الأصل أو بعبارة أخرى في تحقيق الناطق " أي بم يثبت ويتحقق
التذرع والتحويل ... الموافقات - ج ٤ ص ١٩٦ .
- فذهب بعضهم الى أنه يجب أن يثبت التذرع أو " الباعث "
بالقول الصريح بأن يكون منصوصا عليه في صلب العقد ، أو
مستخلصا من محل العقد ، أي يجب أن يستخلص اثبات الدافع
النفسي قضا ، من العقد نفسه ، ولا يتعدى نطاقه فلا يجتسح
الى الاثبات عن طريق عناصر أخرى خارجة عن نطاق العقد ،
كالقرائن والملابسات ، للحيلولة دون تحكم القضا . وهذا هو
مذهب الحنفية وقريب منه مذهب الشافعية ، وهو مذهب موضوعي
في تفسير العقد وتفسير النصوص عامة . خلافا للحنابلة الذين -
ياخذون بالقرائن أيضا ، وهذه نزعة ذاتية ، كما ترى وعلى هذا ،
فالمبدا متفق عليه وإنما الخلاف في التطبيق . - المرجع السابق .
(٢) الموافقات : ج ٢ ص ٣٣١ ، للامام الشاطبي .

ثم يوضح ، أن سبب بطلان العقد بالبائع غير المشروع هو مناقضة ومضادة قصد المكلف في التصرف والعمل والتطبيق لقصد الله في التشريع ، إذ يقول : " من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له ، فقد ناقض الشريعة ، ومن ناقضها ، فعمله في المناقضة باطل ، فما يؤدي اليها (١) باطل (٢) .

ويقول أيضا : " القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي .
- ويفرق الإمام الشاطبي بين صورة التصرف ، والبائع أو القصد الذي يدفع إليه ، ويطلق على الأول " الظاهر " وعلى الثاني " الباطن " ويرى أنه لا بد أن يكون الظاهر والباطن مشروعين حتى يحكم بكسب العقد أو التصرف قد تم على وجه مشروع ، صورة ومعنى ، أو شكلا ومصلحة إذ يقول : " لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد ، كانت للأعمال (٣) .

(١) أي الوسيلة التي تدرع بها المكلف ، وهو العقد أو التصرف الصحيح

في ظاهره .

(٢) المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٢٣٣٣

- وتحقيق " البائع " غير المشروع هو من قبيل ما يطلق عليه الإمام الشاطبي " التحايل " ويعرفه بأنه " تقديم عمل ظاهر الجواز ، لابطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر " ثم يقول " فمآل العمل فيها - الحيلة - خرم قواعد الشريعة " أي هدسها بتحليل محرم أو إسقاط واجب .

- المرجع السابق ، ج ٤ ، ص ٣٠١ .

(٣) التصرفات .

معتبرة (١) بذلك ، لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين ، فاذا كان الامر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية (٢) ، فلا اشكال ، وان كان الظاهر موافقا (٣) ، والمصلحة مخالفة (٤) ، فالعمل غير صحيح وغير مشروع (٥) .

وهذا عين ما أكده الامام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم (٦) ، اذ يقول الاول لا بد فسي صحة التصرف من رضا المتصرف

-
- (١) أى صحة وفسادا تبعا لمشروعية المصلحة المتوخاة ، أو عدم مشروعيتها حتى لا تتناقض مصلحة المكلف ومقصد الشارع أو الغاية التي شرع التصرف من أجل تحقيقها ، لأن الشارع قد وضع الحكم والحكمة مقترنين ، - فالحكم وسيلة ، والحكمة هي الهدف فينبغي الا تتناقض الوسيلة وما شققت له من حكمة تشريع ، اذ لا عبرة بالوسيلة اذا تقاعدت عن تحصيل مقصدها ، أو اتخذت لتحقيق مصلحة أخرى غير مشروعة لأن هذا هدم لمقاصد التشريع وهي المقاصد التي تمثل " المصالح الحقيقية " للمجتمع الانماني ، لانها أصول العدل وموجهاته .
- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص ١٠٠ ، للمؤلف .
 - (٢) فالتصرف صحيح مشروع منتج آثاره .
 - (٣) بأن كان التصرف مستكملا كيانه من الأركان والشروط من حيث الصورة والشكل .
 - (٤) والغرض غير مشروع .
 - (٥) الموافقات : ج ٢ ، ص ٢٨٥ .
- وراجع أيضا " أصول التشريع " ص ٢٨٢ وما يليها للمؤلف .
- والمناهج الأصولية بالرأى ، ص ٢٧٦ للمؤلف .
- والحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص ٩٠ - ص ٧٠١ للمؤلف .
 - (٦) وهما يمثلان تطورا في الاجتهاد على أصول الفقه الحنبلي فسي المعاملات بوجه خاص وهو اجتهاد يتفق وروح التشريع الاسلامي ومقاصده .

وموافقة الشرع (١) .

— ويقول الامام ابن قيم الجوزية : " القصد روح العقد ، مصححه
ومبطله (٢) والخلاصة أن القيد الوارد في التعريف : " على وجهه

(١) الفتاوى ، ج ٣ ص ٣٢ ، و ص ٤٠ .

وهي عبارة عامة ، تشمل — فيما تشمل — الباعث وأثره على صحة
التصرف ، من حيث أن مشروعية الباعث ، تعتبر أصلاً قطعياً
معنوياً عاماً ، ثابتاً بالاستقراء ، ولا خلاف فيه ، فكان من
عناصر النظام الشرعي العام ، لأنه من مقومات العدل وموجهاته
في التشريع ، والتطبيق ، والتصرف .

— كتاب مالك : ص ٤١ للشيخ أبي زهره .

— كشف القناع ، ج ٣ ، ص ١٤٦ .

— المغني : ج ٤ ص ٢٢٣ ، لابن قدامة .

— جامع العلوم والحكم ، ص ١٨ لابن رجب الحنبلي .

(٢) اعلام الموقعين : ج ٣ ص ٢٤٠ وما يليها .

— وراجع أيضاً شرح القاعدة الفقهية التي تقضي أن " الامور

بمقاصدها " مادة ٣ مجلة الأحكام العدلية .

— وراجع شرح هذه القاعدة أيضاً في كتابنا : " الحق ومدى سلطان

الدولة في تقييده " ص ٤١٥ ، ص ٤٣٢ .

— وبعد هذا التحقير في هذا الأصل القطعي المعنوي العام

الثابت بالاستقراء وتاصيل المحققين من الأصوليين والفقهائ له ،

نرى بعض الكاتبين المحدثين ، يزعم أن لا وجود لهذا الأصل في

التشريع الاسلامي ولا أثر له ، اذ يقول : " الواقع ان الدافع أو

الباعث . لم يعتبر ابداً عند الفقهاء ، حتى انهم قالوا : " ان

البيع يصح ولو ان الغرض الذي سيستعمل فيه المبيع غير مشروع .

مشروع " أى " صورة ومعنى " أو مقصدا مباشرا ، وغير مباشر لمينبغي أن يكون على وفق مقصد المشرع في التشريع ، والا فلا يتم " الارتباط " أو الانعقاد شرعا (١) .

تحقيق معنى " الاثر " في تعريف العقد .

والمراد " بالاثـر " حكم العقد الاصلـي ، أو غايته النوعية (٢) ، بالإضافة الى الاثار الاخرى التي يطلق عليها " حقوق العقد " . وهذه الاثار الاخرى التي تسمى " حقوق العقد " هي عبارة عن الالتزامات المتبادلة بين طرفيه .

ومحل العقد ، هو " المعقود عليه " وهو يختلف باختلاف طبيعة على ماسياتي تفصيله .

والواقع أن الارتباط المعتبر شرعا ، يترك أثره في المعقود عليه ، فينقله من حال الى حال أخرى جديدة حتى اذا كان العقد لا يفيد شيئا جديدا لم ينعقد ، اذ لا أثر له في المعقود عليه ، فلم ينقله من حال الى

= وهذا قول يحوز التحقيق على النحو الذي رأيت .
راجع النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ف ٤٨
للدكتور شفيق شحاته .

(١) - ثمة شروط لاعمال الباعث ، لا يتسع المقام ليرادها وشرحها وتحليلها ، وأشارنا آنفا الى أن الخلاف في هذه الشروط ، لا في الاصل العام ، أو المبدأ ، كما أشارنا .

(٢) الغاية النوعية أو الحكم الاصلـي لعقد البيع مثلا ، انتقال ملكية البيع الى المشتري ، أما حق البائع في الثمن فهو من حقوق العقد وليس حكمه الاصلـي

حال أخرى ، بأن تعاقد زوج مع زوجته على أن ترعى أولاده منها
وتقوم بتربيتهم لقاء أجر معين ، فالعقد لا ينعقد ، لأنه لم يند شيئا جديدا
فهذا الواجب مقرر بمقتضى عقد الزواج قبل هذا التعاقد ، فلم ينقل
محل العقد من حال الى حال أخرى ، بل بقي الواجب كما كان قبل
التعاقد ، فالعقد اذ غير منعقد ، وكل عقد غير مفيد باطل .
- أو كان مفيدا فائدة غير مشروعة ، بأن كان محل العقد غير مشروع
كمن يتعاقد مع شخص على سرقة مال ، أو قتل شخص ، أو اتلاف زرعه
فلا يتم الارتباط لعدم مشروعية محله ، وإذا لم يحصل الارتباط شرعا
فلا يتصور أن يكون له أثر لأنه باطل ، والباطل معدوم شرعا .
هذا ، وتعريف الفقه الاسلامي للعقد ، بأنه ارتباط ايجاب بقبول
أو ما يقوم مقامها من أدوات التعبير المادية ، وتصوير أثر العقد أو حكمه
بأنه تغيير المعقود عليه من حال الى حال ، ينبى عن النزعة الموضوعية
المادية الغالبة بخلاف القانون الذى عرف العقد بأنه " اتفاق " ارادتين
وهما عنصران نفسيان ، ينشئان التزامات متبادلة على عاتق طرفيه ،
فالنزعة الذاتية واضحة ، إذ اعتداده بالارادة الباطنة وأثرها في انشاء
الالتزامات الشخصية بينة في التعريف .
- مصادر الحق - ج ١ ص ٧٧ .
- فالمبيع مثلا ، ينتقل من ملكية البائع ، الى ملكية المشتري ، تلقائيا
بقوة الشرع وحكمه ، وبذلك تحول البيع نفسه من حال الى حال ،
والمبيع عنصر موضوعي . وما يقال في البيع ، يقال في الثمن أيضا .
وكذلك القول في العقد تبادلي .
هذا ومحل العقد هو الذى يقصد بالعقد أصالة .

والعقد اذا تم انعقاده شرعا ، يثبت أثره أو حكمه الاصيلي نسي
المعقود عليه ، فضلا عن سائر آثاره المترتبة عليه ، وهي الحقوق
والالتزامات الأخرى المتبادلة بين طرفيه .
ومن هنا ، وجب التمييز بين المفاهيم الآتية :

١ - الارتباط الاعتباري المشروع ، هو الانعقاد ، ويكون بين طرفي
العقد في موضوع العقد وأثره .

٢ - والارتباط نتيجة تلاقي وتطابق الايجاب والقبول على وجه
مشروع .

٣ - ومحل العقد هو " المعقود عليه " الذي يقصد بالعقد أصالة
كالبيع في عقد البيع ، ومنافع المأجور في عقد الاجارة ، والعين
المرهونة في عقد الرهن .

٤ - وموضوع العقد هو الغاية النوعية لذلك العقد ، فاذا ثبتت
بتقدير حصول الارتباط الحكمي المشروع ، كانت " أثرا " للعقد .
فيثبت حق احتباس المرهون للدائن أثرا أصليا للعقد ، ويثبت انتقال
الملكية إلى المشتري بقوة الشرع أثرا أصليا لعقد البيع .
فالرهن ، والأثر ، والغاية النوعية للعقد وحكمه الأصلي بمعنى واحد (١)

(١) القانون المدني السوري : ص ٢٠ - ٢١ للاستاذ الزرقا .
فنقل ملكية المبيع في عقد البيع ، غاية نوعية لهذا العقد ، أما في
حالة التفاوض والمساومة فيطلق عليه موضوع العقد " وبعد أن
يتم الارتباط المشروع للعقد ، أو حكما أصليا له ، وهو حق المشتري
الذي ثبت له بمقتضى العقد .
- أما أحكام العقد الأخرى ، فتسمى حقوق العقد ، من مثل :
وجوب الثمن ، ووجوب تسليم المبيع ، وحق الرد بالمعيب وغير ذلك
فهى أحكام والتزامات تثبت لاعلى وجه الاصلية ، بل تبعاً .

وعلى هذا ، فينبغي عدم التخليط بين موضوع العقد ، والمعقود عليه أو محل العقد .

هذا - والعقود الناقلة للملكية من قبيل العقود المنشئة للحق ، على الرغم من أن نقل الملكية يتم بقوة الشرع وحكمه (١) .
بمعنى أن المشتري قد نشأ له حق جديد بعد أن لم يكن .
أما بالنسبة للمعقود عليه ، فالملكية ثابتة له في الحالين ، ولا جديد وغاية ما في الأمر ، أن المالك قد تبدل .
معنى كون الفقه الاسلامي ذا نزعة موضوعية يأخذ

بالارادة الظاهرة :

الارادة الظاهرة تعني " الصيغة القولية ، أو ما يقوم مقامها .
فكل لفظ تتمحض صيغته للحال (كالفعل الماضي) ، يؤخذ به
وينعقد العقد على أساسه ، لأن الارادة الظاهرة صريحة وواضحة ،

(١) ذلك ، لأن من المقرر في الفقه الاسلامي ، أن آثار العقد جعلية
بمعنى أن الشارع هو الذي يرتب آثار العقد ، وليس للمتعاقدين
مدخل في ذلك لأن مجال ارادتهما مقصور على انشاء العقد
فحسب ، وذلك خشية طغيان هذه الارادة ، أو تنكها جادة
العدل ، أو اتجاهها الى هدم مقاصد التشريع ، تحت ستار
تصرفات ظاهرة الجواز ، كما قدمنا .
فالعقد ينتج آثاره فور انعقاده صحيحا ، وبقوة الشرع ، سواء -
أكانت آثاره نقل ملكية عقار أو منقول ، كما في البيع ، أو منفعة
بعض كما في الاجارة ، أو ثبوت حق احتباس على عقار أو منقول
دون انتفاع كما في الرهن .

لا احتمال فيها لمعنى الاستقبال أو الوعد ، أو التردد أو —
المساومة حتى لو ادعي الموجب أو القابل أنه لا يقصد معنى انشاء العقد
في الحال لا يؤخذ بادعائه ، بل يؤخذ بظاهر قوله الصريح القاطع ،
ولو أقسم يميناً على صدق ادعائه ، لا يقبل .
وربما يكون صادقاً في ادعائه ، ولكن القضاء لا يأخذ الا بظاهر القول
الصريح ، عملاً بمبدأ استقرار التعامل .

— أما اذا كان اللفظ يحتمل الحال والاستقبال ، ولا قرينة ترجح
أحد الاحتمالين فانه يؤخذ فيه بالارادة الباطنة حينئذ (١) ، لأن
الارادة الظاهرة هنا غير واضحة ، بل محتملة ، فدعت الحاجة حينئذ
الى تعيين المراد بالنية ، أى الأخذ بالارادة الباطنة ، فيتـرك
للمتعاقد أن يثبت مراده ، بأن يرجح أحد الاحتمالين بما يدلي به
من دليل .

— وذلك كما في اللفظ المضارع .

— أما اذا كانت صيغة الفعل المضارع مقرونة بما يفيد تحضها أو
خلوصها للاستقبال ، دون أى احتمال آخر بأن كانت مقرونة بالسين
أو سوف فانه يؤخذ بهذه الارادة الظاهرة الصريحة المتمحضة للاستقبال
فلا ينعقد العقد ، لأن الارادة الظاهرة هنا واضحة ، ولا تفيد انشاء
العقد في الحال ، فلا يعدل عنها الى الارادة الباطنة ، ولو نوى
المتعاقد الايجاب ، لا يقبل ، لأنه استعمل صيغة متمحضة للاستقبال ،
وهي صريحة فيه ، فلا يعدل عنها ، ومن ثم لا ينعقد العقد ، ولا
عبرة بالنية .

(١) البدائع : ج ٥ ، ص ١٣٣ وما يليها ، للكاساني .

والخلاصة : ان الأصل في صيغة العقد - في الفقه الاسلامي
الأخذ بالارادة الظاهرة ، اذا كانت هذه الارادة واضحة ، فان
تمحضت الصيغة للحال انعقد العقد ، وان تمحضت للاستقبال لا ينعقد
- أما اذا كانت الصيغة محتملة ، غير واضحة ، بان احتملت الحال
والاستقبال تعيين الأخذ حينئذ بالارادة الباطنة ، والرجوع إلى
النية ، فان قصد بالصيغة الايجاب انعقد العقد ، والا لم ينعقد (١)
وسياأتي مزيد بيان في بحث الصيغة .

- وليس معنى كون الفقه الاسلامي يعتد بالارادة الظاهرة
وانه ذو نزعة موضوعية غالبية ، أنه لا يعتد بالارادة الباطنة ، بل
المراد أن ذلك هو الغالب السائد .

المبحث الثاني

الفرق بين العقد والالتزام والتصرف

١ - قلنا أن العقد بمعناه العام كل تصرف يعبر عنه بالقول أو -
ما يقوم مقامه ، لانشاء التزام ، سواء أكان قوامه ارادة منفردة
تنشئ التزاما دون أن يقابله التزام من طرف آخر ، ودون أن
يتوقف على قبول آخر ، كالوقف واليمين والنذر والطلاق المجرد ،
أم كان قوامه ارتباط ايجابي بقبول لأحداث أثر شرعي في محل
الالتزام . فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات

(١) البدائع : ج ٥ ، ص ١٣٣ - ١٣٤ . الفتاوى الهندية : ج ٣
ص ٤ وما يليها ، تبين الحقائق : ج ٤ ص ٤ وما يليها للزيلعي
- مصادر الحق : ج ١ ص ٨٠ وما يليها : للدكتور السنهوري .

الشرعية (١) .

غير أن اطلاق العقد بهذا المعنى العام الذي ذهب اليه بعض الفقهاء غير شائع في الاستعمال ، بل الذي يدل عليه لفظ "العقد" عند اطلاقه هو ما صدر من طرفين بارتباط ايجاب أحد هما بقبول من الآخر . وهو المعنى الخاص السائد عند جمهور الفقهاء ، على ما بينا .

٢ - أما الالتزام : فهو يطابق العقد بمعناه العام ، لأنه تصرف قوامه ارادة أحداث أثر شرعي ، سواء صدر من جانب واحد ، أم من طرفين بحيث تتلاقى ارادتهما على أحداث أثر شرعي .

- والالتزام بهذا المعنى أعم من العقد بالمعنى الخاص

كما ترى (٢) .

- وعلى هذا ، فكل عقد التزام وليس كل التزام عقدا .

- على أن بعض الفقهاء يطلق الالتزام على التصرف بارادة

منفردة ، فيكون مقابلا للعقد بالمعنى الخاص .

٣ - أما التصرف : فاما أن يكون قوليا أو فعليا .

آ - والتصرف القولي نوعان :

١ - تصرف قولي لا ينشيء التزاما ، وذلك كالاتجار بحق

(١) أحكام المعاملات الشرعية : ص ٢٠٠ ، الاستاذ على الخفيف .

(٢) نظرية العقد في الشريعة الاسلامية : ص ١ - ٢ للاستاذ

محمود شوكت .

- بيان الالتزامات : للاستاذ احمد ابراهيم ص ٢١ ص ٤١ - ٤٢ .

لأنه اخبار بثبوت حق للغير على النفس نشأ بسبب سابق

على الاقرار ، وكرفع الدعوى ، لا يرتب التزاما .

وكلاهما تصرف شرعي قولي بإرادة منفردة .

٢ - تصرف قولي يتشى التزاما : سواء أكان قوامه إرادة

منفردة أم إرادتين وبذلك يشمل العقد بالمعنى الخاص

والالتزام .

- وعلى هذا فالتصرف القولي بنوعيه أعم من العقد ومن

ومن الالتزام اتفاقا (١) .

- فكل عقد أو التزام تصرف قولي ولا عكس .

ب- أما التصرف الفعلي فنوعان :

١ - مشروع : ويرتب الشارع عليه حكما إذا صدر من مميّز

كالاستيلاء على المال المباح وقبض الدين ، والرجعة

الفعلية .

٢ - غير مشروع ، كالغضب والسرقه ، والقتل .

- فكل من التصرف الفعلي المشروع وغير المشروع يرتب ،

الشارع عليه أثرا ما .

- وعلى هذا ، فالتصرف هو ما يصدر من الشخص المميّز

بإرادته قولاً أو فعلاً يرتب الشارع عليه أثراً ما .

(١) الملكية ونظرية العقد : ص ١٨٣ للشيخ محمد أبي زهرة .

(٢) المدخل للفقهاء الاسلامي : ص ٥٠٨ - ٥١٠ للأستاذ محمد سالم

مذكور . - هذا والرجعة الفعلية يرتب الشارع عليها آثاراً دون

توقف على نية الحنفية والحنابلة . - المرجع السابق .

المبحث الثالث الفرق بين الوعد والعقد

آ - من حيث المفهوم :

الوعد مجرد اخبار عن انشاء أمر في المستقبل دون التزام له في الحال (١) كما لو قال : (سأقرضك عشرين ألف ليرة سورية لو اشتريت بيتا) . أما العقد فانه : ارتباط أساسه تراض يحدث التزاما في الحال .
ب - من حيث الحكم أو القوة الملزمة :

العاقده يجب عليه الوفاء بما التزم به بارادته الحرة ديانه وقضاءه ، فيجبر قضاءه على تنفيذ التزامه للعقدى اذا امتنع بالاجماع .
أما الوعد " فالاجماع منعقد على أنه يجب الوفاء به ديانه ، لأنه من مكارم الأخلاق . أما قضاءه ، فالجمهور على أن الواعد لا يجبر على تنفيذ وعده ، فهو مخير في الوفاء بوعده ، ان شاء أو في وان شاء أخلف خلافا لابن شبرمة الذي يرى وجوب الوفاء بالوعد قضاء .
غير أن للمالكية أقوالا في حكم الوفاء بالوعد قضاء ، أشهرها : أن الواعد يجبر على الوفاء بوعده ، ان كان معلقا على سبب ، وقام الموعود . -

(١) جاء في فتح العلي ، في الفقه المالكي : " وأما العدة - الوعد - فليس فيها التزام الشخص نفسه شيئا الآن ، وإنما هي - كما قال ابن عرفة - أخبار عن انشاء المخبر معروفنا في المستقبل .

المبادئ العامة التي تقوم عليها أحكام نظرية العقد
في الفقه الاسلامي

أولا : مبدأ الرضائية في العقود : (في تكوين العقد) .

أرسى القرآن الكريم ، والسنة المطهرة هذا " المبدأ " بنصوص صريحة قاطعة .

— قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا ، لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " .

وقوله تعالى : " فان طبن لكم عن شيء منه نفسا ، فكلوه هنيئا مريئا .
وقال — صلى الله عليه وسلم — " انما البيع عن تراض " .

وقال — صلى الله عليه وسلم — " لا يحل مال امرئ الا عن طيبة من نفسه " .

فالآية الكريمة الاولى ، تدل بعبارتها صراحة على أن الأصل فسي ثبوت الحق في مال الغير هو " رضا " صاحب هذا المال ، اذا كان ذلك على سبيل التجارة والمعاوضة .
وهو ما أكدته السنة القولية : " انما البيع عن تراض " .

(١) في حكم الوفاء بالوعد في الفقه المالكي خلاف نلخصه فيما يلي :

أولا : لا يجب الوفاء به مطلقا .

ثانيا : انه يجب الوفاء اذا كان معلقا على سبب .

ثالثا : انه يجب الوفاء به اذا كان معلقا على سبب ، ودخل

المبرعود في السبب جرا الوعد .

رابعا : ان الوعد يجبر على الوفاء بوعد قضاء في جميع الاحوال

الا لما عجز بان مات او اقلع .

فلا يثبت حق المشتري فعلا في ملكية المبيع ، ولا تنتقل اليه ، الا برضا صاحبه ، ونظير هذا ، أن لا يثبت حق البائع في الثمن في ذمة المشتري الا برضاه أيضا .

فتراضي الطرفين هو الأساس في ثبوت الحق لكل منهما في مال الآخر على سبيل التبادل والمعاوضة ، دون أن يتوقف ذلك على شيء آخر وسوف التراضي .

• والتجارة شاملة لكثير من التصرفات والمعاملات التي تنشيء التزامات وآلية الكريمة الثانية تدل بعبارتها صراحة أيضا على أن الحق يثبت في مال الغير على سبيل الهبة والمفحمة برضا صاحب المال ، وطيب نفسه . فالمناط في حل الانتفاع بمال الغير هو طيب النفس .

هذا وثبوت هذا الحق " حل الانتفاع " برضا صاحب المال قد صرح به الحديث الشريف : " لا يحل مال امرئ الا عن طيبة من نفسه " .
والخلاصة : ان المناط في ثبوت الحق في مال الغير ، وحل الانتفاع به معاوضة أو منحة ، هو الرضا .
فالعقد الرضائي معناه أن الشرع يحكم بتمام انعقاده بمجرد التراضي بين طرفيه .

• ومبدأ الرضائية هذا مهيم على الأحكام العامة للعقد ، وهي التي يطلق عليها نظرية العقد .

• وهذا المبدأ متفرع عن أصل عام في التشريع الاسلامي هو مبدأ " سلطان الارادة العقدية " .

• فالارادة الانسانية ذات سلطان في انشاء التصرفات في الفقه الاسلامي في مجالات ثلاثة .

- ١ - في انشاء العقد وتكوينه *
- ٢ - في استحداث عقود جديدة تقتضيها مصالح الناس في كل عصر وببساطة *
- ٣ - في تحديد او تعديل آثار العقد زيادة أو نقصا عن طريق الشروط المقترنه بالعقد تقييدا وقد بينا المجال الاول *

- وسنعرض للمجالين التاليين ، ويجمعهما - في الواقع - مفهوم واحد ، هو : مبدأ "حرية التعاقد" عقودا وشروطا .
- غير أنه إذا كان لكل مبدأ عام استثناء ، فلا بد من أن نعرض لما ورد على المبدأ الأول " مبدأ الرضائية " من استثناء *
الاستثناء من مبدأ الرضائية في تكوين العقود وانشائها :

قدمنا أن الأصل أن لاشكلية في العقود (١) بل يتم انعقادها بمجرد

(١) الفقه الشرعي الاسلامي ، ما كان معروفا في اسواق الجاهلية من العقود الشكلية من مثل : بيع الحصاة وبيع المناذرة وبيع الملامسة ، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عنها نهى تحريم :

- أنظر في هذه البيوع - البخاري وشرحه -

للعيبي ، ج ١١ ، ص ٢٦٦ - ٢٦٧ .

- راجع كتابنا " الفقه الاسلامي المقارن " بحثا

مستفيضا في الشروط المقترنة بالعقد تقييدا * .

تراضي طرفيها • غير أن الشريعة الإسلامية أوجبت أوضاعاً وشكليات معينة في بعض العقود ، لأهميتها ، أو تعلق آثارها بالامصلحة العامة ، كعقد الزواج مثلاً •

١ - الشكلية في عقد الزواج :

— عقد الزواج — بما له من صلة بتأسيس القربات ، والنسب ، وبناء أسرة هي لبنة في البناء الاجتماعي ، احتاط المشرع في أمره فأوجب شرطاً لصحته ، " الشهادة " وبذلك كان عقد الزواج بمجرد التراضي ودون شاهدين ، عقداً فاسداً يجب نسخه لقوله — صلى الله عليه وسلم : " لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل " •

هذا ، وبعض المذاهب أوجب الشكلية في صيغته من الايجاب والقبول ، بأن يكونا بلفظي النكاح أو التزويج خاصة ، دون سواهما من الألفاظ الأخرى التي تؤدي معناها مجازاً وبالقرينة •

— قاعدة : " العبرة في العقود للمعاني ، لا للألفاظ والمباني " لاتشمل عقد الزواج في نظر هذه المذاهب التي توجب " الشكلية " في صيغته ، وحجتهم في ذلك : ان في عقد الزواج معنى تعبدية فلا بد من التزام الألفاظ معينة في التعبير عنه •

ولكن هذا الرأي مرجوح ، بالأدلة التي لا يتسع المقام للدلالة بها لدحضه ، وإثبات أن التعبير عن الإرادة في عقد الزواج يجوز بكل لفظ ينهي عنه ، ولو مجازاً اذا قامت القرينة على هذا

المعنى (١) ، على ما سيأتي بحثه في صيغة العقد .

٢ - شكلية التسليم في العقود العينية :

والارادة في " العقد العيني " لاتظهر بمجرد الايجاب والقبول بل لابد من تسليم (العين) محل العقد ، ليتم ، ولهذا سمي عينيا .
والعقود العينية - في الفقه الاسلامي - خمسة : الرهن ، والقرض ،
والاعارة ، والايداع ، والهبة .

فلا يتم العقد العيني ، ولا أثر له بالتالي ، قبل قبض " العين " محل العقد (٢) بمعنى أن عقد الرهن مثلا لا يتم ولا يصبح ملزما

(١) وهذا هو مذهب الحنفية ، خلافا للشافعية الذين يشترطون

لفظي النكاح أو التزويج ، ومشتقاتهما كما قدمنا .

أما فيما يتعلق بالشهادة في عقد الزواج ، فالجمهور على أنه شرط صحة ، خلافا للمالكية وفقها " الشيعة الامامية " فقالوا

انه مستحب ومندوب اليه وليس شرطا للعقاد ، وثمة تفصيلات

أخرى لا يتسع القام لسردها . - الهداية : ج ١ ص ٢٤٩ .

- على أنا نرى أن الشهادة هنا اشترطت وسيلة للاثبات وخشية

الجحود في مثل هذا العقد الخطير الشأن ، ولذا ، فان

الامام مالكا يرى الاعلان . وعلى هذا بقي المبدأ في ذاته سليما

اذ العقد منعقد ، بمجرد التراضي غير انه يشترط قبل الدخول للزواج

٢) العقد معقد الرهن مثلا لا اثر له قبل تسليم العين المرهونة الى المرتهن

ولا يستطيع المرتهن اجبار الراهن المدين على تسليم العين بمجرد

الايجاب والقبول ، ان لم يكن قد سلمها . - اما بعد التسليم

فيصبح العقد ملزما للراهن لأنه تم بالتسليم ، فاذا استرد الرهن

بدون رضا المرتهن ، طالبه المرتهن باعادته وأجبره قضايا على ذلك .

- للراهن ، الا اذا سلم الراهن العين المرهونة الى الفتره —
• فاذا تم عقد الرهن بالقبض فلا يملك الراهن بعدد أن يسترد " العين " •
• دون رضا المرتهن •
• أما قبل التسليم ، فلا يملك المرتهن أن يجبر الراهن على تسليم المرهون
• لأن العقد لم يكن قد تم ، فلا أثر له (١) •
• وكذلك " الهبة " لا تتم بمجرد الايجاب والقبول ، بل لابد من القبض (٢)
• — وهذا عند جمهور الفقهاء •
• واستدلوا بقوله — صلى الله عليه وسلم : " لا تجوز الهبة الا مقبوضة " (٣)
• وأيضا ، ان عقد التبرع عقد ضعيف في ذاته ، ولذا لا يتعلق به صفة
• اللزوم • والملك الثابت للواهب قوى ، فلا يزول بعقد أو بسبب ضعيف
• حتى ينضم اليه ما يوفيه ، وهو التسليم بعد ايجاب عقد التمليك لغيره (٤)

-
- (١) المدخل الفقهي : ج ١ ص ٣٦٤ للاستاذ الزرقاء •
(٢) وهو مذهب الامام أبي حنيفة والشافعي والثوري وغيرهم •
• وهذا الرأي اخذت مجلة الأحكام العدلية •
• فقد جاء في المادة / ٥٧ / منها ما يلي : " لا يتم التبرع الا بالقبض " •
• وفي الهبة نصت المادة / ٨٣٧ / : تنعقد الهبة بالايجاب والقبول
• وتتم بالقبض
(٣) المبسوط : ج ٢ ص ٢٤٧ — للسرخسي •
• — وراجع : المغني ، ج ٢ ص ٤٣١ لابن قدامة
(٤) المرجع السابق
• الموجبات والعقود : ج ٢ ص ٢٨٥ وما يليها للدكتور المحمصاني •
• — المدخل الفقهي : ج ١ ص ٣٦٤ للاستاذ الزرقاء •

وأما في عقد الرهن ، فقد جاء في (مجلة الأحكام العدلية) في
المادة ٧٠٦ ما يلي :

" ينعقد الرهن بايجاب وقبول من الراهن والمرتهن ، ولكن مالم
يوجد القبض ، لا يتم ولا يلزم ، فللراهن أن يرجع عن الرهن قبـ
التسليم "

استثناء عقد الوصية من عقود التبرع من حيث
شروط التسليم :

طبيعة عقد الوصية ، من حيث أنه يفيد تمليكا مضافا الى ما بعد الموت
بشرط قبول الموصى له بعد موت الموصي ، أو عدم رده للوصية ، فتنتقل
ملكية الموصى به الى الموصى له - تجعل شرط التسليم مستجيلا بالنسبة
للموصي المتوفي ، فلذا استثنى من القاعدة العامة في عقود التبرع ، فلم
يشترط شكلية التسليم لتامه :

والخلاصة : أن الأصل العام هو " الرضائية " فبسي تكوين العقد وانشائه
وان الشكلية استثناء (١) في عقود معينة .
ثانيا : مبدأ حرية التعاقد :

يتخذ هذا المبدأ مجالات ثلاثة أيضا :

المجال الاول : لا اكراه على عقد ما مسمى كان العقد أم غير مسمى .
المجال الثاني : انشاء عقود جديدة تقتضيها مصالح الناس في كل عصر
وبيئة ، فضلا عن العقود التي سماها الشارع ونظمت

أحكامها ، نصوصا واستنباطا بطريق الاجتهاد .
المجال الثالث : تعديل آثاره زيادة أو نقصا ، عن طريق الاشتراط في
(١) المرجع السابق .

صلب العقد ، أو بعبارة أخرى " حرية الاشتراط في العقد " .
أما المجال الأول : فالتشريع الاسلامي يقيم العقد على أساس "الرضا
الكامل " بدليل أحكام الخيارات (١) وسائر أحكام عيوب الرضا .
أما الثاني : وهو مبدأ " حرية التعاقد " عقودا وشروطا ، فقد اختلف
فقهاء المسلمين فيه منذ القدم على رأيين أساسيين :
رأى أهل الظاهر : وهو داه ، وعدم الأخذ بمبدأ " حرية التعاقد "
فلم يجيزوا أحداث أنواع من عقود جديدة لم يتناولها الشارع -
بعينها تسمية وتنظيما على ضوء ماورد فيها من أدلة .
وكذلك لم يأخذوا بهذا المبدأ في " نطاق العقد " فلم يجيزوا
حرية الاشتراط لما في ذلك من تعديل للآثار التي رتبها
الشارع على العقد ، وآثار العقد " جعلية " (٢) بمعنى

(١) خيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار الوصف ، وخيار التعيين ،
وخيار النقد ، وقبل هذا وذاك " خيار المجلس " وغير ذلك
من الخيارات . - هذا ، بالإضافة الى " عيوب الرضا " من
الاكراه والغلط ، والتدليس مع الغبن الفاحش ، والغبن
الاستغلالي . - وسيأتي بحث ذلك كله في مقامه .
- راجع مؤلفنا " أصول التشريع الاسلامي ، ومناهج الاجتهاد
بالرأى ص (٢٧) و ص (٢٧٢) وما يليها .

(٢) وسيأتي مزيد تفصيل في هذا الموضوع ، عند بحث الشروط المقترنة
بالعقد " - فالعقود أسباب جعلية وليست طبيعية ، بمعنى أنها
أسباب جعلها الشارع طريقا لآثار رتبها هو غير

أن الإرادة الانسانية تنشي التصرف فقط ، وأما آثاره ، فبترتيب
الشارع ، لا بفعل المتعاقد ، اللهم الا اذا ورد بالشرط نص ، أو انعقد
عليه اجماع (١) .

- وعلى هذا - فالاصل المنع ، حتى يرد الدليل المبيح من الشارع
نصا أو اجماعا .

- وهذا ما يقضي به أصلهم من التمسك بظواهر النصوص ، والوقوف ،
عندها ، ورفض أصل التعليل ، وما تفرغ عنه من القياس ، والمصلحة
المرسلة . وأدلتهم في ذلك ما يأتي :

أولا : قوله - صلى الله عليه وسلم - من عمل عملا ليس عليه أمرنا
فهو رد (أي باطل ومردود) .

قالوا ، فهذا النص صريح في اعتبار كل عقد يحدثه الناس ، ولم يسرد
من الشارع نص يبيحه بعينه ، أولم ينعقد على مشروعيته اجماع المجتهدين (١)
باطلا . والشرط كذلك لأن الشروط عقود ، والعقود شروط ان العقد

(١) الظاهرية لا يقولون بأصل "التعليل" ولذا لا يجيزون القياس
فلا يعتبرونه أصلا من أصول التشريع ، ومعلوم أن القياس فرع
التعليل .

أما الاجماع ، فمردء الى دليل من الشارع ، ان لابد في الاجماع
من أن يكون له "مستند" من الكتاب ، أو منهما معا .

(٢) يقول ابن ا حزم الاندلسي في هذا الصدد : " فصح بهذا النص
بطلان كل عقد عقده الانسان والتزمه الا ماصح أن يكون عقدا ،
جاء النص أو الاجماع بالزامة باسمه " . - الاحكام في أصول الاحكام .

ج ٥ ص ٣٧ - فالاصل - كما ترى - المنع ، والاباحة استثناء .

راجع في هذا الموضوع ، بحثا مستقيضا للمؤلف في الشروط المقترنة
بالعقد تقييداني كتابنا " الفقهاء المقارن " طبع جامعة دمشق ١٩٨٠

يتضمن لتزاما بنتائجه ، فكذلك الشرط .

ثانيا : قوله - صلى الله عليه وسلم - (ما بال أقوال يتشترطون شروطا ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله ، فهو باطل ، ولو كان مائة شرط ، كتاب اللعاقق ، وشرط اللعاقق .
ووجه استدلالهم بهذا الحديث الشريف ، أنه صريح ، الدلالة على معناه .
من أن كل شرط - ويشمل العقد - لم يرد في كتاب الله ما ينهض -
بمشروعيته بعينه ، أو لم يرد به اجماع ، باطل (١) .
وعلى هذا فالشرط عند الظاهرية إما صحيح ، وأما باطل ، ولا واسطة
بينهما . - وقالوا : ان الشرط الباطل يبطل العقد أيضا (٢) ، إذا اقترن
به ، فان لم يقترن به ، فلا أثر له (٣) .

الرأى الثاني : ان الأصل الاباحة والجواز ، حتى يرد دليل المنع ،
فكان من المقرر عند أولى الرأى هذا : " ان المعاملات تطلق حتى يسرد
المنع (٤) . - وبنأ على هذا الرأى ، ان كل شرط يشترطه المتعاقدان

-
- (١) الاحكام : ج ٨ ص ٤١٢ وما يليها وص ١٢ وص ١٤ .
الفتاوى ، ج ٣ ص ٣٣٣ وما يليها - لابن تيمية .
 - (٢) المرجع السابق : ج ٥ ص ٦ وص ١٢ وص ١٤ وص ٣٢ .
 - (٣) الاحكام : ج ٨ ص ٤١٢ وما يليها ، وج ٥ ص ٦ وص ١٢ وص ١٤ .
وص ٣٢ لابن حزم - الفتاوى : ج ٨ ص ٣٣٣ وما يليها لابن تيمية .
 - (٤) اصول التشريع الاسلامي : ص ٢٦٦ وما يليها للمؤلف .
- وانظر في أدلة هذا الأصل ، ووجه الاستدلال بها .
- ومعنى قولهم : " المعاملات تطلق " أى مباحة فير يقيد بقيد
يمنعها ، فالاصل أنها مشروعة حتى يرد من الشارع دليل يمنعها .

أو أحدهما في صلب العقد ، بل كل عقد يحدثه الناس ، ويطلقون عليه
اسما جديدا ، جائز شرعا ، ما لم يرد دليل من الشرع يحرمه ، من نص
أو قياس .

— هذا هو مذهب الحنابلة ، وقريب منه مذهب المالكية (١) وحجتهم
في ذلك ما يلي :

أولا : قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " .

— ووجه استدلالهم بالآية الكريمة : انها أمرت بالوفاء بالعقود

أمرا عاما وباطلاق ، دون تعيين لنوع العقد أو الشرط ، فدل

ذلك على أن الأصل في العقود — أو الشروط — جميعا الإباحة ،

الا ما رُود من الشارع نهى عنه (٢) .

— فلولا ما يكن الأصل في التعاقد هو الإباحة — عقودا وشروطا — لمسا

أمر الشارع بالوفاء بها باطلاق (٣) دون تقييد بنوع معين منها .

ثانيا : — قوله صلى الله عليه وسلم : " المسلمون عند شروطهم "

— يقضي هذا الحديث بظاهرة لزوم الوفاء بشكل شرط (٤) الا

(١) من حمل لواء هذا الأصل ، وتولى الدفاع عنه ، الامام ابن تيمية

في كتابه " الفتاوى " ج ٣ ص ٣٢٩ وما يليها .

(٢) المرجع السابق .

(٣) بل اعتبر ناقض عهد ، منافقا خالصا ، قال صلى الله عليه وسلم :

" أربع من كن فيه ، كان منافقا خالصا ، ومن كان فيه خصلة منهن

كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، اذا حدث كذب ، واذا

وعد أهلف ، واذا عاهد غدر ، واذا خاصم فجر " .

(٤) والعموم مستفاد من كلمة شروطهم لانها من الفاظ العموم ، ان من

المعلوم أن الجمع المضاف يفيد العموم — على ما هو مقرر في

علم الاصول .

ماخص بدليل مانع ، اذ لا يكون المسلم عند شرطه الا اذا لزمه
الوفاء به ، فاذا استجمع التصرف القولي مقوماته وشرائط صحته ، وقع
على الوجه الذى أنشأه ، بأن كان أهلا للتعاقد ، وكان المحل قابلا
لآثره ، وللعاقدة ولأية عليه (١) .

— فالاصل هو الاباحة ، في حدود قواعد الشريعة ومبادئها ، والمنع
استثناء لأن المستثنى من التصرفات يتنافى ومقتضى تلك القواعد ، أو
بعبارة أخرى ، يخالف النظام الشرعي العام .

ثالثا : — وقوله : صلى الله عليه وسلم : " الصلح جائز بين المسلمين
الا صلحا حرم حلالا ، أو أحل حراما ، والمسلمون على شروطهم ، الا
شرطا حرم حلالا ، أو أحل حراما .

— ووجه استدلالهم بهذا الحديث الشريف : أن الذى يحرم ،
اشترطه هو ما كان مناقضا للشرع ، وأصوله الثابتة ، أو بعبارة أخرى ،
مناقضا لما كان ثابتا قطعيا من نص خاص (١) أو أصل من أصول النظام
الشرعي العام ، لأن مناقضة الشرع باطلة ، اذ هي مضادة لإرادة الشارع
فيما يؤدي الى ذلك من الشرط يكون باطلا .

— وعلى هذا ، فالشرط الذى يحل حراما ، أو يحرم حلالا ، باطل
للمناقضة والمضادة .

— والشرط الذى يسقط ما أوجبه الله تعالى باطل أيضا .

— فالشرط الصحيح اذن هو الذى يوجب ما لم يكن واجبا ولا حراما .

(١) الهدائع : ج ٥ ، ص ٢٥٩ — للكاساني .

(٢) بتناول المسألة عينها التي تناولها الشرط بحكم مخالف .

- ويدهي أن مالم يكن واجبا ولا حراما ، هو المباح .
- والمباح صدم استوى فيه طرفا الفعل والترك ، وجعلت الخيسرة فيه للمكلف ، يختار أيهما شاء ، فان شاء أقدم ، وان شاء أحجم ، على ضوء من مصلحته الذاتية .
- اذا تقرر هذا ، فان المتعاقد له أن يلزم نفسه بنفسه ، واراادته الحرة ، بأحد طرفي المباح فيوجب الفعل على نفسه ، أو يوجب الترك ، ألا ترى أن " الناذر " له أن يوجب على نفسه مالم يسكن واجبا عليه في الأصل ، ويعتبر ملتزما شرعا بنذره (١) ، بينما لم يكن ملتزما بذلك قبل النذر ، وكذلك الشرط .
- ولا مناقضة هنا ، لأن كل ما في الأمر ، أن الشارع لم يوجب المباح ، وعدم الإيجاب لا يدل على نفي الإيجاب ، حتى يكون المشروط مناقضا لارادة الشارع .
- رابعا : ان الله تعالى قد جعل " مناط " الحل في التجارة - والمعاملات ، هو " التراضي " لقوله تعالى : الا أن تكون تجارة عن تراض منكم " على ما أسلفناه .
- كما علق جواز الأكل من المال الممنوح هبة ، على طيب النفس ، وهو الرضا بقوله تعالى : " فان طبن لكم عن شيء منه نفسا ، فكلوا هنيئا مريئا " .
- ولهذا يقول الامام ابن تيمية : " الاصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجبا على أنفسهما بالتعاقد (٢) .

(١) لقوله تعالى : " وليوفوا نذورهم " - وهذا مذهب الحنابلة في حرية الاشتراط .
(٢) الفتاوى : ج ٣ ص ٣٢٩ لابن تيمية اصول التشريع : ص ٢٧٢ - للمؤلف

- وهذا يؤكد أن الأصل هو الحل والاباحة في التعاقد ، الا ما ثبت تحريمه .

- هذا وعدم التحريم دليل الاباحة والا كان التحريم بغير دليل شرعي وهو تحريم مالم يحرمه الله ورسوله ، ولا يقول به أحد .

خامسا : مارواه البخارى عن قضاء عمر رضي الله عنه انه قال : " مقاطع الحقوق عند الشروط " .

- فهذا الاثر يفيد أن الحقوق تتحدد بالشروط ، وهو بعمومه شامل لكل شرط الا ما خص بدليل (١) .

سادسا : وهو دليل عقلي :

- ان عقود المعاوضات المالية ، وما يقترب بها من شروط هـي من قبيل (المعاملات) (٢) لا العبادات .

- والأصل في النصوص التي تنظم المعاملات عقودا وشروطا التعليل لتبين وجه المصلحة ، وذلك لأن الأصل في المعاملات أنها شرعت لمصالح الناس ، فالتفت فيها الى المعاني ، والعلل ، والمصالح ، والأعراف المرعية في المعاملات ، والأعراف أصلا الى " المصالح والأعراف الناس عليها ، هذا فضلا عن القياس والاجماع .

- فما لم يرد من الشارع ما يحرم الشرط ، أو يصطدم مع العرف ، فهو جائز ، تحقيقا لمصالح الناس التي شرعت من أجلها أحكام المعاملات جملة .

(١) روى أن امرأة اشترطت على زوجها في عقد زواجها ، بان تكون - سكناتها في دارها ولما اراد نقلها الى داره ، رفضت فتقاضيا الى عمر رضي الله عنه - فقال لها شرطها فقال الرجل : اذن يطلقنا ، فأجابه عمر بقوله : " مقاطع الحقوق عند الشروط ولها ما شرطت " - اعلام الموقعين : ج٣ ص ٣٣٨ كشف القناع : ج٣ ص ٥٣ .

وما يدل على أن الأصل في المعاملات الإباحة أيضا ، وهو وجوده —
قبل ورود الشرع ، فيحكم على كل تصرف مستحدث ، أو شرط بالإباحة
استصحابا لهذا الأصل ، ويندرج هذا العقد الجديد تحت الأحكام
العامّة للعقود ، حتى يرد دليل المنع .
فالمنع استثناء

— وعلى هذا ، فلا يحكم على التصرف الجديد ، أو الشرط المقترح —
بالعقد ، بالمنع إلا بأخذ الشرطين أو كليهما .
الاول : مناقضة شرع الله ورسوله ، ونظامه الشرعي العام بأن يحل ما حرمه
الله ورسوله .

الثاني : منافاة الشرط لمقتضى العقد .
ومقتضى العقد شرع وقانون ، والمنافاة الغاء لهذا المتضى أو
الغاء للعقد نفسه ، ولا يجوز للتناقض .
— والواقع ، أن الشارع ، قد حدد للعقود التي تنشئ التزامات شرعية
أحكاما عامة وخاصة قصد بها ما يأتي :
١ — عدم إفضاء التصرف إلى النزاع (١)

يطلق الفقهاء على " المعاملات " لفظ (العادات) اصطلاحا تمييزا
لها عن العبادات .
(١) ذلك ، لأن النزاع يحول دون تنفيذ العقد ، وتحقيق غايته وهي
المصلحة العائدة إلى المكلفين ، فيقع الناس في حرج ، أو يصبح التعامل
عبثا ، لا جدوى منه .
وقد علمت أن أصل التعامل قائم على أساس تحقيق مصالح الناس
ورفع الحرج عنهم لتسقيم حياتهم ، فعاد " النزاع " في التعامل على أصل
شرعيته بالنقص .

- ٢ — حماية التعاقد من الغبن (١) .
- ٣ — حماية التعاقد من الوقوع في " الفرر " .
- ٤ — توفر " الرضا الكامل " حتى لا يلزم المتصرف بنتيجة عقده الرضائي ، على غير رضا منه واختيار .
- ٥ — حمايته من الاستغلال ، لظروف عامة ، أو خاصة ، كما في تحريم الاحتكار (٢) والربا .

(١) هو التفاوت بين القيمة الحقيقية والثلث ، وقد يكون فاحشا يتجاوز

- ضعف القيمة وقد يكون يسيرا مغتفرا .
- هذا ، والغبن ، قد يكون مظهرا ماديا للتدليس .
- وقد يكون نتيجة لاستغلال ناحية ضعف في التعاقد المغبون من الجهل بالاسعار ، أو ظروفه من الحاجة أو الاضرار ، وهذا منهي عنه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " بيع المضطر وشراؤه حرام " وقوله عليه السلام " بيع المسترسل ربا " والمسترسل هو الجاهل بالاسعار .
- أو قد يكون نتيجة لاستغلال عدم الخبرة أو ضعف نفسي من طيش بين أو هوى جامع ، كما يعتبر الفقه الوضعي .

(٢) اجمع الفقهاء على تحريم " الاحتكار " لتضافر الأحاديث الصحيحة على ذلك ، فضلا عن الاصول العامة اللفظية والمعنوية التي تنهض بهذا التحريم . اذا أفضى الى الاضرار بالناس ، بل اعتبره الاسلام جريمة اجتماعية ، بدليل الجزاء الأخرى الذي يرتبه الشارع عليها من مثل قوله صلى الله عليه وسلم : " من احتكر على المسلمين طعامهم ، كان حقا على الله أن يقمده بعظمه — بمكان عظيم — من النار . — وهذا الوعيد الشديد لا يقل عن الوعيد على الربا . — والعلة الجامعة بينهما انهما وسيلتا استغلال الظروف ، خاصة كانت أم عامة . — راجع في هذا بحثا مستفيضا للمؤلف في " الفقه المقارن " المقرر على الصف الرابع تحت عنوان الاحتكار والتسمير الجبرى .

واستغلال الاضطرار (١) .

سابعا : منع افضاء العقد الى اسقاط واجب ، أو تحليل محرم ، من حيث المآل باتخاذ العقد وسيلة أو ذريعة الى ذلك ، حماية لمقاصد التشريع من أن يؤذيها أو يهدمها التصرف ، ان لم تشرع العقود ذرائع لهذا المآل المنوع بدهاة (٢) .

— هذا ، والقانون المدني العراقي ، قد اقتفى أثر الفقه الاسلامي فسي أخذه بهذا المبدأ ، ان نصت المادة (٧٥) منه على أنه : " يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر (٣) لا يكون الالتزام به ممنوعا بالقانون ، أو مخالفا للنظام العام ، أو الآداب "

— ومن المعلوم أن العقود أو الشروط المحرمة ، هي التي تتصل بالربا أو الضرر ، أو يكون محلها غير قابل لاثارها شرعا ، أو سببها والباعث عليها غير مشروع .

— وهذا عناصر تنهض بالنظام الشرعي العام في المعاملات (٤) .

(١) لقوله — صلى الله عليه وسلم — " بيع المضطر وشراؤه حرام " .

(٢) وهذا ما سبقت الاشارة اليه في بحث " الباعث " وأثره في العقود .

— لم نتعرض لمذهب الشافعية والحنفية في حرية التعاقد ، لأن

المقام لا يتسع لهذه المقارنه ، وغاية ما يقال في مذهب الحنفية انه

فتح باب هذه الحرية عن طريق " العرف " كما سيأتي بيانه في بحث " الشروط " .

(٣) سوى العقود المسماة التي وردت في نصوص مرشد الحيران ، في المواد ٢٦٣ — ٢٦٦ .

(٤) راجع بحث " النظام الشرعي العام " في " المناهج الأصولية في الاجتهاد

بالرأى في التشريع الاسلامي : ص ٢٣٨ — ص ٢٥٩ للمؤلف .

— وفي : " اصول التشريع الاسلامي : ص ٢٥٦ — ص ٣٠٧ للمؤلف .

على أن دائرة النظام الشرعي العام في الفقه الاسلامي ، أوسع منها
في الفقه الوضعي .

- ويترتب على هذا ، أن اشراف الشارع على ابرام العقود والاشتراط
فيها ، أبعد مدى من التشريع الوضعي ، وذلك تحقيقا للعدل ، والتوازن
بين الالتزامات في مضمون العقد ، أو اقتصادياته ، مما جعل حرية
الارادة الانسانية أو حرية التعاقد في الفقه الاسلامي أضيق منه في الفقه
الوضعي (١) .

رأينا في موقف الظاهرية من حرية التعاقد بخاصة ، وتفسير

الشريعة بعامة :

اولا- أن الأصل الذي بنى عليه الظاهرية مذهبهم في حرية التعاقد ،
بل وفي تفسير الشريعة بوجه عام . وهو الوقوف عند ظواهر النصوص
والجمود على ظاهر لغويتها ، وسد باب الاجتهاد في " التعليل "
لا يتفق وطبيعة التشريع نفسه ، أي تشريع كان ، والا لما كان ثمة فرق
بين الدرس اللغوي والاجتهاد التشريعي .

- ذلك ، لأن التشريع ليس مجرد نصوص ، بل هو " دلالات " ومعان
تؤخذ بطرق متعددة ، منها عبارة النص ، وإشارته ، ومفهومه الموافق
ومفهومه المخالف ، كما يؤخذ من لوازم النص العقلية (٢)

- (١) إذ من المعلوم أنه كلما اتسعت دائرة النظام الشرعي العام الذي
يحد حدودا ويوصل قواعد لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على خلاتها
تحت طائلة البطلان ، كان مجال حرية الارادة فيه أضيق .
- مصادر الحق : ج ١ ص ٨٠ - ٨١ للدكتور السهموري .
- (٢) من المقرر في علم أصول الفقه ، ان النص الدال على المعنى الملزم
دال على المعنى اللازم عقلا كذلك . - اصول التشريع ص ٤٢٥
للمؤلف .

المباشرة ، وغير المباشرة ، وعن طريق مقاصد التشريع العامة (١) التي هي اصول العدل ومبانيه ، وموجهاته (٢) .
- ولهذا لا يتفق اصلهم هذا ، وطبيعة التشريع نفسه ، بل ولا تستقيم معه حياة الناس ومصالحهم .

ثانياً - وأما استند لالهم بقوله - صلى الله عليه وسلم : " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد " فنحن نقول بهذا أيضاً ، ان لا نقر عقداً ولا شرطاً يحل ما حرم الله ، أو لا يتفق وأصوله التشريعية الثابتة ، أو ينافي مقتضى العقد ، أو نصاً خاصاً ، ورد في محل الالتزام بالشرط بحكم مخالف .
- ولكن ليس معنى هذا ، أنه يجب أن يرد من المشرع نص خاص يتعلق

(١) اللوازم العقلية المباشرة ، كدلالة الاشارة - وغير المباشرة كدلالة النص ، والدلالة القياسية ، ان كل من المعنى العقلي المأخوذ عن طريقهما ليس لازماً عقلياً مباشراً ، بل عن طريق العلة المفهومة لغة في الدلالة الاولى ، والمستنبطة اجتهاداً بالرأى في الدلالة الثانية ، كما هو مقرر في علم الأصول .
- اصول التشريع الاسلامي : ص ٣٢٨ وما يليها ، للمؤلف .
(٢) أما " المقاصد " فهي المصالح العامة والخاصة التي هي غايات النصوص وأحكامها ، بل هي المصالح التي شرعت تلك النصوص من أجلها ، فكيف يمكن اغفالها أو اطراحها ؟
- لذلك كانت مباني للعدل ، وموجهاته في التشريع - الاجتهادي .

- المرجع السابق : ص ٢٨٨ وما يليها ، للمؤلف .

بالعقد أو الشرط بعينه حتى يحلّه ويجيزه ، فعدم ورود دليل —
التحريم كاف في الدلالة ، علي الحل والمشروعية .

ثالثا — وأما استدلالهم بنص الحديث : " ما كان من شرط ليس في كتاب
الله فهو باطل ، ولو كان مائة شرط " فليس المقصود بكتاب الله هنا
خصوص القرآن الكريم ، بل شرع الله ، وما فرضه ، كتابا وسنة ، نصحا
واستنباطا ودلالات (١) ، كما قدمنا .

رابعا — هذا ، وإذا كان " الاصل " أن الشارع قد منح الانسان حرية
التصرف فيما يملك من مال أو حق ، واعتبره نافذا شرعا ، وكان العقد أو
الشرط في الوقت نفسه ضريا من التصرف ، نتج عن هذه المقدمة ، ان
الشارع أباح له حرية التعاقد عقودا ، وشروطا ، بمقتضى هذا الأصل
، وليس لأحد ولاية الحجر على المالك فيما يملك ، الا اذا أضر بغيره
من الفرد أو المجتمع ، ضررا فاحشا ، أو صادم نسا خاصا أمرا ، أو ألغى
مقتضى العقد ، أو اتخذ من العقد وسيلة لتحليل محرم أو هدم واجب .
خامسا وأيضا ، اذا كان الأصل أن العقد أو الشرط ضريا من التصرف في الملك
كما قلنا .

— والتصرف في الملك نافذا شرعا ، فلا يمكن أن يكون التصرف نافذا
الا اذا ابیح للمالك أن يتصرف فيما يملك عن طريق العقد أو الشرط ،
والا لم يكن لهذا النفاذ من معنى (١) بل لم يكن للملك أو الحق من
معنى . — لهذه الأدلة ، كان مذهب الجمهور هو الراجع .

(١) أحكام المعاملات الشرعية : ص ٢٠٠ و ٢٤٠ وما يليها ، للشيخ

القسم الأول مقومات العقد

نقصد بمقومات العقد ، ما يطلق عليه بعض الفقهاء ، " أركانه وشرائطه " سواء أكانت شرائط انعقاد ، أم شرائط صحة .
وأركان العقد ، قد درج كثير من الفقهاء على حصرها في " الصيغة " و " العاقدين " و " المحل " .
أما الباعث " - ويطلق عليه " السبب " الدافع الى التعاقد - فقد جرى فقهاء القانون على اعتباره " ركناً " في العقد ، بحيث تغدو أركانه أربعة .

(١) يطلق كثير من الباحثين في الفقه الاسلامي على مقومات العقد اصطلاح أركان العقد ، وهذا الاطلاق ليس متفقاً عليه بين المذاهب الفقهية ، اذ الحنفية يطلقون الركن على ما كان جزءاً من الماهية ، بحيث لا تتحقق الا به ، والعقد لا ركن له بهذا المعنى الا " التراضي " أو " صيغة العقد " من الايجاب والقبول " وما يقوم مقامهما ، وما عدا ذلك فلوازم للعقد لا يتصور قيامه الا بتوافرها ، وهي خارجة عن ماهية العقد ، ولذلك لا يتحقق فيها معنى الركن ، عند الحنفية .
أما المالكية ومن معهم ، فيطلقون الركن على ما هو أعم من الجزء الداخل في ماهية الشيء ، بحيث لا تتحقق ذاتيته الا به ، وعلى ما يتوقف عليه وجوده ، مما هو خارج عن ماهيته ، ولذا اطلقنا كلمة " المقومات " تالياً لهذا الخلاف .

غير أنهم يخلطون - فيما يبدو وبين شرائط المحل وبين " الباعث " خلطا " لا ينهي " عن الدقة في التمييز بين المفاهيم ، فمن ذلك ، أنهم يعتبرون العقد باطلا لعدم مشروعية السبب اذا كان اتفاقا بين طرفين على أن يقوم أحدهما بسرقة ، أو جريمة قتل ، وهذا ليس من معنى الباعث في شيء ، بل هو من قبيل شروط " محل " العقد الذي لم يتوافر فيه شرط كونه قابلا لحكم العقد وأثره ، وهو " المشروعية " ان محل الالتزام هنا القيام بعمل ، ومن شروطه ، أن يكون محلـه مشروعاً ، والجرائم ليست محلاً للالتزام التعاقدى أصلاً .
وأما الباعث ، فأمر وراء ذلك ، ان يقصد به الدافع أو " العنصر النفسي " الذي يحمل المتعاقد أو كليهما على تحقيق غرض غير مباشر ، فضلا عن الغرض الأصلي للتصرف ، وذلك باتخاذ التصرف المشروع في ذاته ذريعة أو وسيلة لتحقيق غرض مشروع ، مع كون العقد في ذاته ، صحيحا مستكملا أركانه وشروطه ، صيغة ومحلا وأهلية .
وأيا ما كان ، فالفقهاء قد تناولوا هذا " السبب " بالبحث ، ولا سيما الامام الشاطبي من الأصوليين ، والفقهاء في الفروع ، والحنبلة بوجه خاص ، قد نصوا على ذلك .
- تطبيقنا لفكرة الباعث - بقولهم : " بيع العنب من يعصره خيرا باطل (١) .

(١) المغني : ج ٤ ، ص ٢٢٣ - لابن قدامة - التناوي : ج ٣ ص ٤٠ وما يليها - ابن تيمية وانظر نظرية الباعث في هذا الكتاب .

ومنشأ البطلان أو علته ، هو خرم قواعد الشريعة ، باحلال محصر أو هدم واجب باتخاذ التصرف المشروع وسيلة الى ذلك ، وهذه مناقضة لقصد الشارع ، فالمناقضة بين القصدين ، قصد المكلف ، وقصد الشارع ، سبب يبطل للتصرف أو العقد بالاجماع ، بما اتخذ وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع ، وهو ضرب من التعاون على الاثم ، المنهي عنه بالنص .

غير أن " السبب " بهذا المعنى ، ليس ركناً في العقد ، بل هو شرط انعقاد ، أو شرط صحة ، على رأى الجمهور ، إذ لا يفرقون بينهما من حيث أثرهما في ابطال العقد عند انتفائهما ، بمعنى أنه يشترط أن يكون " الباعث " مشروعاً .

هذا ، ولا خلاف بين الفقهاء والاصوليين ، في وجوب أعمال " الباعث " في التصرف أو العقد ، بوجه عام ، وإنما الخلاف في التطبيق ، أى في تحقيق مناطه . فترى فريقاً منهم يكتفي بالقرائن دليلاً على تحقيق مناطه في الوقائع ، وهذا أخذ بما يسى بالارادة الباطنة فيبطل العقد ، ولو كان سليماً من حيث الشكل ، وهو " هـ " ، وهو " هـ " المالكية والحنابلة .

وأما الفريق الآخر ، فيأخذ بالارادة الظاهرة ، ولا يعبأ بالقرائن على

(١) خلافاً للحنفية الذين يفرقون بين شرط الانعقاد ، وهو شرط تكويني ، لقيام للركن الا به ، فيؤثر انتفاؤه على قيام العقد وانعقاده ، فيكون باطلاً ، بخلاف شروط الصحة فتأثير انتفائه مقصور على أحداث خلل في وصف العقد من الفساد ، دون البطلان كما تعلم .

عدم مشروعية الباعث ، لبيطل العقد الصحيح من حيث الشكل والظاهر بل يشترط أن يكون " الباعث " مصرحاً به في عبارة أو صيغة العقد .
ليعتبره ، وهذا أخذ بالارادة الظاهرة .

وهكذا ترى أن الخلاف في تحقيق المناط ، لا في أصل القاعدة (١) .

فتخلص أن مقومات العقد في الفقه الاسلامي أربعة :

- ١ - الصيغة ٢ - المحل ٣ - العاقدان ٤ - السبب أو الباعث .
- ونتناولهما بالبحث في فصول أربعة .

المبحث الأول

صيغة العقد

يؤصل الفقه الاسلامي ، قاعدة عامة مؤداها : أن " التراضي هو أساس التعاقد " بمعنى أن " العقد " لا ينشأ شرعاً الا بالتراضي ، وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة ، وهذا ما يطلق عليه اليوم " مبدأ الرضائية في العقود " .

أما الكتاب ، فقولوه تعالى : " لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، الا أن تكون تجارة عن تراض منكم " .
والتجارة تشمل سائر العقود والمعاملات . ووجه الدلالة ، أن الشارع الحكيم ، قد جعل " التراضي " أساس نشوء العقد ، وحل انتفاع كل

(١) هذا ، فيما يتعلق بالسبب ، وقد آثرنا تقديم هذه الاشارة اليه لكي نحيله الى نظريته التي تناولت بحث تفصيلي هذا - الكتاب ، والقررة هذا العام حسب الخطة الدراسية الجديدة وعنوانها " نظرية الباعث " .

من المتعاقدين بمال الآخر ، اذا استوفى سائر شرائطه ، وعبر
بالأكل ، لأنه من أعظم ضروب الانتفاع ، لالتخصيص به ، هذا في العقود
التبادلية المالية .

وأما في التبرعات ، فكذلك ، لقوله سبحانه : " فان طبن لكم
عن شيء منه نفسا ، فكلوه هنيئا مريئا (١) " وهذا صريح ، بأن طيب
نفس المتبرع ، هو أساس نشوء حكم حل انتفاع المتبرع له بالمتبرع به — من
مال المتبرع .

يوكد هذا ، قوله — صلى الله عليه وسلم — : " انما البيع عن تراض "
وقوله " لا يحل مال امرئ مسلم ، الا بطيب نفس منه " .
غير أن " الرضا أو " طيب النفس " عنصر نفسي ، لا يمكن الاطلاع عليه
فأناط الشارع حكم " العقد " بما يقوم مقام هذا العنصر النفسي الخفي
وهو " الصيغة " لكونها أمرا ماديا ظاهرا منضبطا ، مدركا ، محسوسا
يمكن اثباته أمام القضاء عند النزاع وسنن الشارع في مثل هذا ، أن يقيم
السبب الظاهر المنضبط ، مقام الأمر الخفي مناطا للحكم ، كإقامه السفسر
مقام المشقة غير المعتادة ، لخفائها ، رخصة للفطر في رمضان .
فالصيغة اذن اقيمت مقام التراضي لخفائه ، مظهرا له ، ودليلا عليه .
معنى الصيغة :

الصيغة هي ما يصدر عن العاقدين ، من الايجاب والقبول
أو ما يقيم مقامها ، من الكتابة ، والاشارة ، والمبادلة الفعلية (٢) .

-
- (١) السنن — بفتح السين والنون — الطريقة السلوكية في الشرع .
أو القاعدة العامة .
(٢) يعمر عنه بالتعاطي .

قرينة دالة على التراضي ، أو اشارة على الارادة الخفية .
وبعبارة أخرى ، ما يصدر عن المتعاقدين ، من قول أو فعل دليلا
على الارادة .

وصيغة العقد هذه ، أضحت هي المناط ، لأنها علة نشوء العقد وسبب
قيامه ، دون الارادة الخفية ، لخفاؤها .

على أن هذه " الصيغة " تصلح " مظنة " للتراضي ، مادام
لم يتم دليل قاطع أو قرينة قوية ، تنقضها ، وتدل على أنها لا تفصح
عن الارادة فعلا ، فتصبح حينئذ مفرغة من مضمونها ، كما اذا وجدت
" الصيغة " وكان أحد العاقدين مجنونا ، أو صبيبا غير مميز ، لانتفاء
الارادة قطعا ، فتصبح " الصيغة " عندئذ غير ذات موضوع ، أو مضمون
فتبطل بالتالي سببيتها لنشوء العقد ، لقيام الدليل على انتفاء أسسه
وهو الارادة .

وعلى هذا ، فالصيغة ليست دليلا قاطعا على الارادة ، وإنما
هي مجرد قرينة تحتل اثبات العكس ، وهذا ما نسميه " المظنة " لقيام
احتمال بطلانها بالدليل القوي .

هذا ، ويطلق بعضهم على " الصيغة " من قول أو فعل ، " الارادة
الظاهرة " باعتبارها مظهرا تعبيريًا للارادة الباطنة ، أو التراضي النفسي
والمفروض في الارادة الظاهرة " الصيغة " أن تكون مطابقة للارادة الباطنة
حتى تصلح دليلا عليها ، لأنها مظهر لها ، وقائمة مقامها ، كما بينا .
هذا ، والأصل في " الصيغة " أن تكون بالقول ، لأنه أدل على
المراد ، غير أن الشارع ، اجاز أن تكون اداة التعبير بالقول ، أو
الكتابة ، أو الاشارة ، أو الفعل ، تيسيرا للناس ورفعًا للحرج عنهم

واستجابة أحيانا لمقتضيات الضرورة ، كما سيأتي تفصيله .

الفرع الأول مكونات الصيغة

تتكون الصيغة في العقود التبادلية ، أو ثنائية الطرف ، من
الايجاب والقبول .

اجتهاد الفقهاء في حقيقة الايجاب والقبول :

لم تتفق آراء الفقهاء على معنى " الايجاب والقبول " .

آ - فذهب الحنفية ، الى أن الايجاب (١) هو ما صدر أولا ، من
أحد المتعاقدين المملك أو الممتلك ، دالا على ارادته انشاء العقد
في الحال ، والرضا بالالتزام بآثاره .

وأما القبول فهو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر ، دالا على موافقته ورضاه
بما تضمنه ايجاب الأول . كما بينا آنفا

وعلى هذا ، فلو قال المشتري : اشتريت منك هذه الأرض ، بمائة
ألف كان ذلك ايجابا ، بصدوره أولا ، ولو كان الموجب هنا ممتلكا
وهو المشتري ، حتى اذا قال البائع ، رضيت أو قبلت ، كان ذلك
قبولا ، كان ذلك قبولا . لصدوره ثانيا ، ولو كان

(١) . الايجاب لغة الالتزام والاثبات ، فالموجب هو من ألزم نفسه -

بمضمون ما صدر منه أولا حال انشاء العقد ، من قول أو فعل

وهو معنى يتفق مع المعنى الفقهي كما ترى .

أما القبول ، لغة فهو الموافقة ، والتصديق والتلقي ، والأخذ
فتح القدير : ج ٢ ص ٢٤٤ - وراجع الفروق : ج ٢ - الفرق الثالث
للقرافي .

هو المملك .

وتعليل ذلك ، أنه لا يتصور تقديم القبول ، لأن التقديم انما يكون -
للايجاب ، بقطع النظر عن كون الموجب ، مملكا ، فالصادر أولا هو
الايجاب .

هذا ، ولو قدم القبول لم يكن قبولا ، لانتهاء معناه ، كما
لا يتصور " تعاصر " الايجاب والقبول ، بل لابد أن يردا متعاقبين ،
حتى لو تعاصرا ، وصدا معا ، لا ينعقد العقد (١) .
ب- وذهب غير الحنفية ، الى أن الايجاب هو ما يصدر عن المملك (٢)
دون المملك ولو صدر متأخرا ، اذ العبرة بمعنى التمليك والتملك ،
لا بتقدم صدور العبارة وتأخرها .
والقبول ، هو ما صدر عن المملك ، ولكننا نرى أن مذهب الحنفية ،
أرجح ، اذ القبول معناه أن شيئا قد تقدمه ، ثم تمت الموافقة عليه ،
اطلاقا للافاظ على حقيقة مدلولاتها .
على أن كلمة " نعم " تكفي في الدلالة على الموافقة والقبول ، اذا تقدمها
الايجاب .

الفرع الثاني

المادة اللغوية ، والصيغة الزمنية للفظ الذي يتحقق به

الايجاب والقبول

آ- المادة اللغوية : الأصل في التعبير عن الارادة ، هو اللفظ

- (١) البحر الرائق / ج٥ ص٢٦٢ - ٢٦٣ مجمع الأنهر : ج٢ ص٤ .
- (٢) كالبائع مثلا ، لأنه مالك المبيع ، فكان عقد البيع لتمليك المبيع
للمشتري ، من قبل مالكة وهو البائع .

لسهولته ، وقوة دلالاته ، ولذا كان أكثر استعمالا ، وكان غير
من الكتابة ، أو الإشارة ، أو الفعل ، قائما مقامه .
وليس معنى هذا ، أن الفقهاء قالوا بتعيين " اللفظ " أداة للتعبير
عن الإرادة بحيث لا يتحقق الإيجاب والقبول إلا به ، فهذا ما لم يقل به
أحد ، وإنما الذي ذهبوا إليه أن كل لفظ واضح الدلالة ، يبين
الانصاح عن إرادة العاقدين انشاء العقد في الحال سواء أكان على
سبيل الحقيقة أم المجاز ، مادام مصحوبا بالقرينة الدالة ، تتحقق به
الصيغة من الإيجاب والقبول ، وينشأ العقد شرعا ، لتوافر ركته ، وليس
اللفظ شرطا . غير أن الشافعية والحنابلة ، استثنوا من هذا الأصل
عقد الزواج ، فأوجبوا أن تكون صيغة الإيجاب في هذا العقد بلفظي
النكاح والتزويج ، ومشتقاتهما ، دون غيرهما من الألفاظ ، ولو كانت واضحة
الدلالة ، حقيقة أو مجازا ، لقيام القرينة ، ذهابا منهم إلى أن هذا
العقد لخطورته ، حيث يحل المرأة بعد أن كانت حراما ، وجليل آثاره
من النسل وبناء الأسرة ، جعل الغلبة للمعنى التبعدي فيه ، فأوجب
ذلك الوقوف عند مادة اللفظ التي عبر بها القرآن والسنة ، لانشاءه ،
وهو النكاح والزواج ومشتقاتهما ، تعبدا .
أما الحنفية والمالكية ، فلم يفرقوا بين عقد الزواج وغيره ، في هذا
الصدق ، فكان اللفظ الذي يتحقق به الإيجاب في عقد الزواج في فقههم
أكثر يسرا ، إذ أجازوا كل لفظ يدل على تملك العين ، ولو مجازا ،
إذا قامت القرينة التي تدل على معنى الزواج ، من تسمية المهر وقدره
واحضار الشهود ، شريطة أن يكون الشهود على بينة من هذا المعنى
أيضا ، بحيث لا يعتره لبس ولا ابهام ، عملا بمقتضى القاعدة :

” العبرة في العقود للمعاني ، لا للألفاظ والمباني (١) ” .

وعلى هذا ، ينعقد الزواج بالكنايات من الصدقة ، والجعل ،
والتملك والهبة ، إذ يجمع بينها معنى مشترك ، هو ” تملك العين (٢)
والقرينة تصرفه الى معنى الزواج المقصود ، وهو ما لم يجزه الشافعية —
والحنابلة ، كما ذكرنا ، وهو ” لا ” وان عملوا بمقتضى قاعدة ” العبرة في
العقود للمعاني ” في انشاء العقود ، لكنهم استثنوا منها عقود
الزواج لما بينها .

فلو قالت المرأة : وهبتك نفسي على مهر قدره عشرة آلاف ، وقال
مريد الزواج ، قبلت أو رضيت ، تم العقد ، بلفظ ” الهبة ” لقيام
القرينة ، وهو تسمية المهر ومقداره ، على ارادة معنى الزواج ، مجازا
والمعنى المشترك بين الهبة والزواج ، هو ” تملك العين ” في كل
منهما ، بما يسوغ استعمال الهبة كناية عن الزواج ، والعبرة في —
العقود للمعاني ، وهذا المعنى ظاهر للشهود كذلك ، خلافا للشافعية
والحنابلة ، إذ لا يرون انعقاد الزواج بذلك ، بل لابد — في اجتهادهم
من استعمال لفظ النكاح والزواج ومشتقاتهما ، كما ذكرنا —
أما ” القبول ” في عقد الزواج ” فلا يشترط أن يكون بلفظ الزواج
أو النكاح ، بل يصح بكل لفظ يدل على الموافقة والرضا ، كقوله قبلت
أورضيت ، اجماعا .

(١) الجلسة ، مادة ٣

(٢) ويلزم عن هذا ، أنه لا ينعقد النكاح بكل لفظ لا يفيد ذلك ،
أعني تملك العين ، بأن كان لتمليك المنفعة ، يعوض أو بدون
عوض أو الاحتباس من مثل : الاعارة أو الوديعة ، أو الاجارة أو الرهن
أو مالي ذلك .

وعلى هذا ، فالفقه الاسلامي - بوجه عام - لا يتعلق بالشكلية أو اللفظية في انشاء العقود .
على أن الفقهاء استثنوا عقد الزواج أيضا ، من الأصل العام ، وهو جواز التعاقد بالنطق أو الكتابة ، أو الإشارة ، أو المبادأة الفعلية فلم يجيزوا التعاقد فيه الا بالنطق وحده ، اذا كان بين حاضرين ، وذلك لمكان الشهود شرطا في صحة عقد الزواج ، اذ لا يتأتى سماعهما بالإيجاب والقبول ، في وقت واحد ، الا اذا كان التعاقد باللفظ ، دون غيره من الكتابة وما إليها .

نفسه ، يجوز التعاقد بالكتابة في عقد الزواج بين غائبين ، لضرورة الغيبة ، ولا ضرورة اذا كان بين حاضرين .
هذا ، ونرجح اجتهاد الحنفية والمالكية فيما يتعلق بالمادة اللفظية التي يتحقق بها الايجاب والقبول في عقد الزواج ، بحيث ينعقد - كسائر العقود - بكل لفظ يدل عليه حقيقة أو مجازا ، اذ العبرة في العقود للمعاني كما ذكرنا .

يؤيد هذا ، أن القرآن ، والسنة المطهرة ، قد ورد فيهما استعمال لفظ " الهبة " و " التملك " تعبيرا عن الزواج ، مجازا مع أصطحاب القرينة الدالة على ذلك ، في قوله تعالى : " وامرأة مؤمنة ، ان وهبت نفسها للنبي ، ان أراد النبي أن يستنكحها ، خالصة لك ، من دون المؤمنين (١) .

(١) ولا يقال ان لفظ " الهبة " في الآية الكريمة ، انما كان جواز استعمالها تعبيرا عن الزواج ، من باب " الخصوصية " للنبي - صلى الله عليه وسلم - ومعلم ان ما كان واردا في الشرع على سبيل الخصوصية ، فان حكمه لا يعم ، لا يقال هذا ، لان " الخصوصية " - في الواقع - انما كانت في اباحة الزواج للرسول - صلى الله عليه - بدون مهور ، لاني استعمال لفظ مكان لفظ - الاحزاب .

وكذلك في قوله - صلى الله عليه وسلم - : " ملكتها بما معك من القرآن " وأما سائر العقود ، فيصح انعقادها بمشكل لفظ يدل على ارادة انشائها ، بالكتابة مطلقا ، بل وبغير ذلك من وسائل التعبير والقاعدة العامة في هذا ، ان " الكتاب كالخطاب " (١) .
وتأسيسا على هذا ، فان " اللفظ " وان كان هو الأصل في التعبير عن الارادة التعاقدية ، بل عن المعاني النفسية عامة ، وانه أيسر وأدق ، من حيث كونه الارادة الطبيعية العامة ، بدليل أنه أكثر استعمالا ، غير أن الفقه الاسلامي ، لم يوجب استعمال " اللفظ " او النطق سبيلا متعينا لانشاء العقود ، ولا استعمال الفاظ معينة بذاتها خاصة بكل عقد على حدة ، دون غيرها ، وعلى سبيل الحصر ، تعلقا بالشكلية أو اللفظية ، بل كل لفظ بين الدلالة على هذه الارادة ، يصلح اداة للتعبير عنها ، حسب عرف الناس في مخاطباتهم ، وتعاملهم ويتحقق بها الايجاب والقبول وينشأ العقد ، كما يجوز بالكتابة وبغيرها ، مما تعارفه الناس وسائل للتعبير عن اراداتهم لوحدة المناط ، على ما سيأتي بيانه . فلا شكلية ولا لفظية في انشاء العقود والتصرفات في الفقه الاسلامي .
ب - الصيغة الزمنية للفظ الذي يتحقق به الايجاب والقبول :

للفعل - كما هو معلوم - ثلاث صيغ زمنية : الماضي - والمضارع - والأمر .

١ - أما صيغة الماضي ، فأصل أنها للاخبار عن فعل حدث نفسي الزمان الماضي وانتهى قبل زمن التكلم ، غير أن الشارع اتخذها صيغة للانشاء ، في عرفه هو ، والحقيقة الشرعية مقدمة على الحقيقة اللغوية

في الاعتبار .

وبيان ذلك ، أن الحقيقة الشرعية للعقد ، هي انشاء معنى في الحال لم يكن حاصلًا من قبل ، وهذا المعنى لا يوجد في اللغة صيغة خاصة به تدل عليه ، لأن الفعل الماضي - كما قلنا - اخبار عن حدث وقع في الزمن الماضي وانتهى ، قبل زمن التكلم ، ولم يوضع أصلاً لانشاء معنى في الحال ، وعند التكلم ، لذا اصطفى المشرع للدلالة على معنى الانشاء صيغة الماضي (١) ، لأنها أدل على وقوع وتحقيق معنى ايجاد العقد في الحال ، دون غيرها من الصيغ الزمنية ، فكان الماضي ذا - حقيقة شرعية في عرف المشرع ، فينعقد به العقد ، دون حاجة الى قرينة اونية .

على أن عرف الناس قد جرى على استعمال صيغة الماضي - في الايجاب والقبول ، لانشاء العقود ، في عصر الرسول - صلى الله عليه وسلم - بل قبل الاسلام ، والمشرع باصطفائه هذه الصيغة ، حقيقة شرعية للشعب ير عن ارادة انشاء العقد في الحال ، يكون قد أقر هذا العرف الاستعمالي .

وأياً ما كان ، فمرد صيغة الماضي مظهراً للتعبير عن التراضي ، بحيث ينعقد بها العقد بذاتها ، دون توقف على أي شيء آخر ، هو الشرع ، اصطفاً أو اقراراً ، وكذلك في التصرف الافرادى ، من مثل طلقت وخالعت ، ووقفت ، وأبرأت .

هذا ، وصيغة اسم الفاعل ، كصيغة الماضي ، ينعقد بها العقد بذاتها ، من مثل اني موص ، أو واقف ، أو بائع ، تعبيراً عن الايجاب ، وانسي

(١) قد وردت في السنة أدلة تفيد استعمال الرسول - صلى الله عليه وسلم - صيغة الماضي في انشاء العقد .

مشتري ، أو راص أو قابل ، تعبيراً عن القبول - وما مائله ، كسل .
ذلك يتمدد به العقد ، دون توقف على نية أو قرينة .
على أن العرف في صيغ العقود محكم .
وعلى هذا ، فإن صيغة الماضي للأفعال ، اعتبرت - في حد ذاتها -
سبباً ينشأ العقد (١) به ، ولو أنها في أصلها اللغوي اخبارية ، -
تقدم للحقيقة الشرعية على الحقيقة اللغوية ، كما أشرنا ، وهذا مما
انعقد عليه الاجماع .
٢ - صيغة المضارع :

الفقهاء يؤثرون التعبير بصيغة الماضي ، لأنها أدل على الإرادة
الجازمة في انشاء العقد ، حال التكلم ، وتحقق معناه ، من سواها ،
فكانت أفضل ، ولكنها ليست شرطاً لصلاحية الصيغة لانعقاد العقد بها
حتى اذا عبر العاقدان " بصيغة المضارع " وقامت " القرينة " على
إرادة انشاء العقد في الحال ، انعقد العقد بها ايضاً ، لكن
لا بد من ثبوت النية أو قيام القرينة التي تثبت هذا القصد . ذلك ، لأن
" صيغة المضارع " ليست متحضة الدلالة على الحال ، في أصل
وضعها اللغوي بل تحتل الدلالة على المستقبل أيضاً ، وترجيح دلالتها
على الحال ، إنما يكون بالنية والقصد ، أو القرائن الملائمة فاذا قال :
أبيعك هذا البيت بمبلغ كذا الآن ، وقال الآخر ، رضيت او قبلت ، انعقد
العقد بها ، لقيام " النية " على إرادة انشاء العقد في الحال ، -
بقوله " الآن " وهي قرينة لفظية تقطع احتمال إرادة معنى الاستقبال

(١) فلا تدل حينئذ على إرادة انشاء العقد في الحال ، بل على
الوعد مستقبله ، أو المساومة ، وهذا مما يتنافى مع معنى العقد بداهة .

الذي يفيد الوعد بانشاء العقد في المستقبل او المساومة ،
ما يتنافى مع الارادة الجازمة التي تتجه الى انشاء العقد في الحال
لأنها أساس التعاقد ، أو مناط الانعقاد .
وتفسير اشتراط النية أو قيام القرائن في استعمال " صيغة المضارع "
هو كثرة استعمال هذه الصيغة في الاستقبال (١) ، دون الحال ،
وهو ما يضاد معنى العقد ، وحقيقته ، من حيث كونه انشاء معنى في
الحال ، باتجاه الارادة الحاسمة النهائية الى ذلك ، فلا ينعقد العقد
بهذه الصيغة الا بالنية ، أو بالقرائن الملازمة التي تدل على ترجيح -
ارادة الانشاء في الحال ، وقطع احتمال الوعد او المساومة في المستقبل .
وعلى هذا ، فاذا لم تثبت النية ، أو القرينة ، لا ينعقد العقد بهذه
الصيغة ، كما قلنا . ومن باب أولى ، لا ينعقد العقد بهذه الصيغة
(المضارع) اذا اقترن بها ما يدل على تمحضه للاستقبال ، من مثل
السين أو سوف ، حتى ولو نوى بها التعاقد الايجاب والقبول ، فلو قال :
سأبيعك سيارتي هذه بمبلغ كذا ، أو سوف أبيعها ، لا ينعقد العقد ،
لتمحض هذه الصيغة للاستقبال الذي يفيد الوعد أو المساومة ، فلا تصلح
دليلا على الارادة الجازمة لانشاء العقد في الحال ، ولو نوى ذلك
أخذا بصريح دلالة الصيغة ، أو العبارة أو ما يسي بالارادة الظاهرة .
العرف حجة في ترجيح أحد احتمالات الصيغة الزمنية للفظ .

اتفق الفقهاء على أن " صيغة المضارع " اذا تمحضت للدلالة
على الحال ، عرفا ، انعقد بها العقد ، دون توقف على قرينة

أونية (١) وصارت كصيغة الماضي • فالمدار - كما ترى -
على العرف في ترجيح أحد احتمالات الصيغة الزمنية •
وتفسير ذلك ، ان العرف يخرج الصيغة المحتملة عن أن تبقى مجالا
للشك أو الاحتمال ويعين لها معنى واحد ، يجب التصير اليه ،
والأخذ به لجريان العرف على استعمالها فيه وحده ، بحيث اوضحت
لاتدل الاعليه ، لذا كان وجوب تقديم الحقيقة العرفية هذه ، على
الحقيقة اللغوية للصيغة ، أو للفظ ، أصلا من أصول التفسير ، اذا العرف
نفسه أصبح هو " القرينة " الدالة على ذلك المعنى المتعين فهمه
من الصيغة حين استعمالها ، واعتباره مرادا للعاقدين من تلك الصيغة
اذا استعمالها فيه ، بحكم تواضع الناس عليها ، فضلا عن أنها دليل
في الوقت نفسه - على هجر الناس لسائر احتمالات معناها اللغوي ،
والا ماجرى تعارفهم عليها ، واحتكامهم اليها ، عند النزاع •
هذا ، والاستفهام لا ينعقد به العقد ، لأنه ليس انشاء للعقد ، بل
طلب الاجابة عن سؤال ، ماعدا عقد الزواج ، فانه يتم بالاستفهام
وبالمضارع ، والأمر على السواء ، لانتفاء احتمال الوعد والمساومة فيه
فضلا عن انعقاده بصيغة الماضي فلو قال : هل تزوجني ابنتك على مهر
قدره عشرة آلاف ؟ فقال الولي قبلت ، أو نعم ، تم العقد •
٣ - فعل الأمر :

قدمنا أن " صيغة الماضي " ينعقد بها العقد اجماعا ، دون
أن تتوقف على شيء آخر ، لأنها تعينت بذاتها ، للدلالة على ايجاد

(١) البحر الرائق : ج ٥ ص ٢٦٤ - مجمع الأنهر : ج ٢ ص ٤ •
وقولنا : تمحضت - أي تعينت وحدها دون سواها •

العقد في الحال ، وعند التلفظ بها ، وهذا هو معنى العقسد
أخذا بظاهر هذه العبارة ، أو الصيغة ، أو ما يسي بالارادة الظاهرة
كما أشرنا .

وأما " المضارع " فان تعيينت دلالة على ذلك ، عرفا ، كان
كالماضي " في الحكم ، لأن العرف يقطع احتمال الاستقبال ، فيؤخذ
حينئذ بظاهر الصيغة ، دون توقف على شيء آخر من قرينة أو نية .
اذ الدلالة العرفية للصيغة خجسة .

أما اذا لم يجز بصيغة المضارع عرف ، فلا يده حينئذ من القرينة
التي ترجح ارادة الانشاء في الحال ، دون احتمال الاستقبال .
هذا ، وما يقال في " صيغة المضارع " بقول أيضا في " صيغة الأمر "
ناذا أريد به الحال ، وثبتت النية أو القرينة التي تدل على ذلك ،
انعقد العقد ، وهذا هو رأى مالك والشافعي وأحمد ، اذ ليس ثمة
فروق - في اجتهادهم - بين المضارع والأمر .

فاذا قال : يعني هذا المنزل بمائة ألف ، ايجابا ، فقال
الآخر ، قبلت ، أو رضيت ، أو اشتريت ، تم العقد .
أو قال مرید الشراء ايجابا ، اشتريت منك هذا البيت بمبلغ كذا ، فقال
الآخر هات الثمن ، انعقد البيع .

هذا اذا جرى العرف باستعمال صيغة الأمر في الايجاب أو
القبول ، على السواء ، للدلالة على ارادة ايجاد العقد في الحال ،
ولا يبحث عن القرينة أو النية ، لأن العرف كاف ، اذ هو القرينة أو -
الدليل على ترجيح معنى ارادة الانشاء حالا ، على أى احتمال آخر ،
ولا فرق بين عقد وعقد ، وبذلك تحمل صيغة الأمر على معنى ارادة انشاء

العقد ، أو على الإيجاب والقبول ، بقريضة العرف ، دون معناها الأصلي ، وهو طلب إيجاد المأمور به في المستقبل .
أما إذا لم يجر العرف بذلك ، فلا ينعقد العقد ، مع قيام احتمال المساومة أو الوعد فلا بد من الترجيح بثبوت القريضة ، كما قدمنا في صيغة المضارع .

وأما الحنفية ، فالواقع أنهم لا يخالفون عن هذا الأصل .
غير أنهم قالوا فيما يتعلق بعقد البيع خاصة ، ان صيغة الأمر تحتل الدلالة على ارادة المساومة ، أو الوعد ، لأن هذه الصيغة — في أصل وضعها اللغوي — تفيد طلب إيجاد الفعل في المستقبل ، ومع هذا الاحتمال لا تكون قاطعة الدلالة على ارادة انشاء العقد حالا ،
أولم تعد متعينة الدلالة على ذلك ، ان مدار الأمر على تعيين الدلالة .
وأغلب الظن ، أن ما يلبس " عقد البيع " خاصة من احتمال المساومة هو الذي حملهم على هذا الرأي .

يرشد الى هذا ، أنهم قالوا بانعقاد الزواج بصيغة الأمر ،
وعلموا ذلك بانتفاء احتمال المساومة فيه ، ان لا يكون الاقدام على عقده عادة الا بعد الفراغ من الخطبة ، ومن المفاوضة ، والمشاورة ، وتقدير المهر ، وهذا قريضة على نفي احتمال المساومة ، بخلاف " البيع " .
وعلى هذا ، فان لازم مذهب الحنفية ، القول بانعقاد العقد — بصيغة الأمر ، اذا انتفى احتمال الوعد أو المساومة ، بأن جرى " العرف " باستعمال صيغة الأمر في إبرام العقود ، لأن العرف ينقل الصيغة من معناها الأصلي ، ليجعلها متعينة الدلالة على ارادة الإيجاب والقبول أو معنى الانشاء في الحال ، دون أي احتمال آخر ، وبذلك يلتقي

الحنفية مع الجمهور في حكم استعمال صيغة فعل الأمر في انشاء -
العقود ، أما إذا لم يجز باستعمالها العرف ، فحكمها عندئذ ، حكم
صيغة المضارع المحتملة ، لا ينعقد بها إلا إذا دلت القرائن على ذلك (١) .
فتلخص ، أن الممول عليه في استعمال صيغة المضارع أو صيغة الأمر
في انشاء العقود ، هو وضع الافهام أو تعيين الدلالة على ارادة انشاء
العقد حالا ، أما باثبات دلالة القرينة المصاحبة للتلفظ بها ، إذا كانت
الصيغة محتمة ، أو جريان العرف باستعمالها في هذا المعنى وحده
لأن العرف - كما ذكرنا - يخرج الصيغة المحتملة عن أن تبقى محلا
للسك والاحتمال ، ويجعلها متعينة الدلالة على ارادة انشاء العقد ،
حالا ، وبذلك ينزل الفقه الاسلامي " صيغ العقود " على عرف الناس
في مخاطباتهم وتعاملهم ، إذ هو الأساس في تبين مقصودهم ، - من
صيغهم وتيسيرا لهم ، ورفعا للحرج عنهم ، وتحقيقا لمصالحهم التي
اتجهت رغائبهم اليها (٢) .

الفروع الثالث

وسائل التعبير عن الارادة

(صيغة العقد) بخير اللفظ

الأصل في التعبير عن الارادة ، هو النطق ، مظهرا لها ، كما
نوهنا ، غير أن ثمة وسائل أخرى تفصح أيضا عن المعاني النفسية ، تقوم
مقام اللفظ ، ويتحقق الايجاب والقبول بها ، في الفقه الاسلامي ، وهي :

(١) راجع أحكام المعاملات الشرعية : ص ٢٢٠ - ٢٢١ للشيخ علي الخفيف

(٢) المرجع السابق .

الكتابة ، والاشارة ، والمبادلة الفعلية (التعاطي) الدال على

التراضي .

آ - الكتابة :

القاعدة العامة أن " الكتاب كالخطاب " (١) كما قدمنا ،
(٢) ومفاد هذا ، أن التعاقد بالكتابة ،
بالمشاهدة والنطق
في الحكم ، من حيث كونهما مظهرا للإرادة ، يناط انعقاد العقد
ووجوده شرعا بهما ، كما ينعقد بغيرهما أيضا من الفعل والاشارة ،
ما يقوم ، مقام التراضي ، على ما سيأتى بيانه ، لخفاء حقيقة الإرادة
أو الرضا ، دفعا للحرج أو لقيام الضرورة .
هذا ، والكتابة بما هي أداة للتعبير عن الإرادة الجازمة ، يصح التعاقد
بها بين حاضرين ، كما يصح بين غائبين ، على الأصح ، لوحدة المناط
وهو وضوح الدلالة وقوة الانهزام ، وهذا ينتظم سائر العقود .
غير أن الفقهاء استثنوا من هذا الأصل ، " عقد الزواج " فلم
يجوزوا التعاقد فيه بالكتابة بين حاضرين ، ضرورة تمكين الشهود من سماع
الصيغة في وقت واحد ، الا عند قيام العذر من العجز عن النطق
بخلاف ما اذا كان بين غائبين ، لضرورة الغيبة ، فيجوز بالكتابة .
والغيبية ضرورة أو عذر استدعى جواز التعاقد بالكتابة مطلقا ،
رفعا للحرج وسواء أكان العقد عقد معاوضة مالية ، أم عقد زواج ، أم
تصرفا انفراديا ، كالطلاق والزوجة غائبة ، أم غير ذلك من العقود .

(١) المجلة / مادة ٦٩ (٢) وان كان النطق هو الوسيلة الاولى
والأيسر استعمالا ، والأوضح تعبيرا وافصاحا ولذا كانت هي الافضل .

هذا ، واذن جاز التعاقد بالكتابة بين حاضرين ، على الأصح
كالنطق ، لوضوحها ، وقوة دلالتها ، فلأن تجوز بين غائبين من بسبب
أولى ، لمكان عذر الغيبة .

والقاعدة : ان الكتاب من الغائب ، كالنطق من الحاضر .

شروط انعقاد العقد بالكتابة :

هذا ، ويشترط لانعقاد العقد بالكتابة مايلي :

- ١ - أن تكون الكتابة مستبينة ، وهذا اصطلاح فقهي قديم يقصد
به أن تكون مكتوبة على قرطاس أو ماشابه ، لتثبت وتستقر .
- ٢ - أن تكون " مرسومة " بمعنى أن يكون موثوقا بصدورها من العقادين
وأن تغرغ في صيغ قد اعتاد الناس اتخاذها للتعبير عن قصدهم
لمضمونها ، على النحو الذي يتعارف عليه التجار مثلا من صيغ يتخذونها
في كتاباتهم لصكوك الدين ، أو صيغ عقود الاجارة أو بيع العقارات ،
وموقعة في المكان المعد للتوقيع ، فضلا عن تصديرها ببيان اسم كل من
طرفي العقد ، اذا كان ثنائيا ، بحيث لا يكون في كل اولئك محل للشك
أو التردد أو الابهام .

٣ - اتصال القبول بالايجاب في مجلس قراءة الكتاب من قبل من
وجه اليه الايجاب (المرسل اليه - القابل) .

قدمنا أن التعاقد بالكتابة ينعقد به العقد ، كالتعاقد بالنطق سواء
سواء ، - على الأصح - لاستوائهما من حيث أصل الدلالة على
ارادة انشاء العقد . وقد منا أيضا ، أن الدلالة قائمة مقام التراضي ،
فكانت مناط حكم الشارع بانعقاد العقد ، لذلك سواء أكان العقادان

حاضرين ، أم كان أحدهما حاضرا والآخر غائبا .
وعلى هذا ، فإذا صدر الإيجاب من أحدهما كتابة ، وصدر القبول بين
الآخر ، كتابة أو قولا ، في مجلس العقد ، وهما حاضران ، انعقد
العقد ، لاتصال القبول بالإيجاب .

وكذلك الحكم فيما إذا كان أحدهما حاضرا والآخر غائبا ، فكتب أحدهما :
أني قد بعتك سيارتي ، بنبلغ كذا ، فإذا صدر القبول من الآخر اثر وصول
الرسالة إليه ، وقراءتها وتفهمه لمضمونها ، كتابة أو قولا ، انعقد العقد
لاتصال القبول بالإيجاب .

أذن من شروط انعقاد العقد ، اتصال القبول بالإيجاب ، مطلقا
سواء أكان العاقدان ، حاضرين أم غائبين .

وهذا الاتصال لا يكون الا في مجلس العقد ، على ما سيأتي بيانه
ومجلس العقد بالنسبة للغائبين المتعاقدين كتابة ، هو مجلس قراءة
الرسالة ، فلا بد أن يتم اتصال القبول بالإيجاب فيه ، وقبل انتهائه
والا فلا يتم العقد .

على أن " الغيبة " ليست شرطا في صحة التعاقد بالكتابة ، على
ما ذهب إليه الحنفية ، إذ لا يجوز التعاقد بها الا عند التعذر -
كالفنية ، بل يصح التعاقد بها حال الحضور أيضا ، على الأصح
وهو مذهب الشافعية ، لما بينا .

(١) ذهب بعض الفقهاء الى أن التعاقد بالكتابة ، لا ينعقد العقد
بها الا عند الضرورة ، وهي الغيبة والارجح ما بيننا في المتن ،
من أن النطق والكتابة سياتان من حيث الحجية ، لتحقيق المناط
فيهما ، وهو الدلالة الواضحة على الإرادة .

التعاقد بين غائبين بواسطة الرسول :

لا يتغير وجه المسألة بين أن تكون الرسالة كتابية ، أو برقية ، أو تكون شفوية يحملها رسول ، ذلك ، أن الرسول سفير ومعبر ، ينقل ايجاب المرسل مشافهة ، حتى اذا وصل الرسول مقر من وجهه اليه الايجاب ، وبلغه ايجاب المرسل ، مشافهة ، وقبله المرسل اليه في مجلس التبليغ ، انعقد العقد في حكم الشرع ، واعتبر الرسول بمثابة الموجب المرسل نفسه ، وبذلك يتم الاتصال بين القبول والايجاب ، وهو من شروط الانعقاد ، كما نوهنا .

ب - التعاقد بالاشارة :

الاشارة المفهمة دلالة عرفية خاصة ، اقتضتها الضرورة بالنسبة للأخرس أو معتقل اللسان (١) واستقرت في ذلك قاعدة عامة فسي الفقه الاسلامي مؤداها أن " الاشارة المعهودة للأخرس ، كالبيسان باللسان " (٢) . أما أنها دلالة عرفية ، فواضح ، لكونها

(١) معتقل اللسان هو من كان قادرا على النطق ، وهم اعتقل لسانه لمرض ، بخلاف الأخرس الاصلي .

(٢) المجلة ، مادة ٧٠ . هذا ، والحنفية ، في رأي عندهم أن اشارة معتقل اللسان ، لا يعتد بها شرعا ، ما لم تستمر عقلته مدة ، ليتأتى ان تصبح معتاده في الافهام ، علي خلاف فسي تحديدها من ستة أشهر ، الي سنة . والرأي الآخر ، أنها لا يعتد بها ، ما لم تستمر عقلته حتى الموت ، وفي هذا حرج كبير وتعطيل لمصالحه طوال حياته ، والشرع ياباه ، لذا كان الرأي الاول أرفق بالناس ، وادفع للحرج . ابن نجيم : ج ٣ ، ص ١٨٦ ، ١٩٩ . السيوطي : ص ٣٣٤ - ٣٣٨ .

لاتقوم على التعبير اللغوي أصلا ، لانطقا ، ولا كتابة ، بل على ما اعتاد
الناس أن يفهموه منها حين التعبير بها ، وهذا معنى كونها " معهودة " .
وأما أنها خاصة ، فلكونها اعتبرت حجة في الإفصاح عن الإرادة الباطنة ،
بالنسبة للعاجز عن النطق وعن الكتابة على وجه الخصوص ، فإشارة الأخرس
المعهودة تقوم مقام عبارة الناطق وكتابته ، إيجابا أو قبولا ، ولا يعتمد
بها في حق القادر على النطق أو على الكتابة ، عند الشافعية والحنفية
في رواية ، وهو الأصح .

وأما أنها ضرورية (استثنائية) فلأن العاجز عن النطق والكتابة ، لا يتمكن
من التعبير عن إرادته (إيجابا أو قبولا ، إلا بإشارته المعهودة ، فكان
العجز ضرورة اقتضت اعتبارها ، استثناء ، ولا تعطلت مصالحه طوال حياته .
هذا ، ولا يشترط في الإشارة ، الآن تكون مفهومة ، وقد اعتاد الناس
إدراك المقصود منها عند التعبير بها ، والا كانت لغوا .

هل الأخرس القادر على الكتابة تقبل منه إشارته المعهودة

في التعبير عن الإرادة في فقه المذاهب :

تستوى - عند الجمهور - الإشارة والكتابة من الأخرس القادر على
الكتابة ، من حيث الاعتداد بكل منهما شرعا ، بحيث يختار ما شاء منهما
للتعبير عن إرادته ، لاستوائهما في الحجية ، سواء عبر بها عن القبول أم
الإيجاب .

وهذا مبني على أصل استوائهما من حيث كون كل منهما أداة ضرورية
استثنائية فيستويان لذلك ، حكما واعتبارا .

غير أن الشافعية (١) ورواية عن الحنفية (٢) ، أن الآخرس
أو معتقل اللسان ، لا تقبل اشارة المفهمة اذا كان قادرا على الكتابة
لأنها تعينت في حقه ، فلا يصح العدول عنها الى الاشارة .
وعدتهم (٣) في ذلك ، أن " الكتابة " أدل على المقصود (٤) ،
أو قصد البيان فيها معلوم حسا وعيانا ، بخلاف الاشارة ، لما يعترضها
من الغموض والاحتمال ، وهذا الاتجاه أقوى دليلا كما ترى .
على أن مبنى التسوية بين الكتابة والاشارة - في اجتهاد الجمهور
من حيث ان كلا منهما أداة ضرورية (استثنائية) منقوض ، ذلك
أن " الكتابة " تستوى - على الأصح - مع النطق من حيث قوة الافصاح
عن الارادة ، لامع الاشارة ، فكانت لذلك اداة أصلية ، لا ضرورية
تقوم على الاعذار والضرورات ، لأن صلاحيتها الدلالية ذاتية ، وهذا
ما نرجحه .

المالكية والحنابلة يعتدون بالاشارة ، واعتاد ادهم بالنطق

والكتابة ، على أنها أداة عرفية أصلية عامة للتعبير عن

الارادة بالنسبة للكافة ، ينعقد بها العقد ، فضلا

عن العاجز (٥) عن النطق والكتابة ، شريطة أن تكون مفهمة .

- (١) نهاية المحتاج : ج ٣ ص ٣٨٥ .
- (٢) رد المحتار : ج ٥ ص ٦٤٥ ، مجمع الأنهر : ج ٢ ص ٧٣٢ ،
الاشباه والنظائر : لابن نجيم ٣ ص ١٩٩ - ٢٠٢ ، الاشباه
والنظائر : ص ٣٣٨ للسيوطي .
- (٣) فتح القدير : ج ٢ ص ٣٥٠ ، الهدايج ج ٥ ص ١٣٥ .
- (٤) المقصود هنا : هو الارادة ايجابا أو قبولا .
- (٥) أشرنا الى أن الحنفية ، لا يعتدون باشارة معتقل اللسان ، إذ

يذهب المالكية والحنابلة الى أن الإشارة حجة كالنطق والكتابة ، على
السواء (١) وعلى هذا ، فالإشارة ليست أداة استثنائية (ضرورية) تقوم
على العجز أو الضرورة ، بل هي أداة أصلية عرفية عامة ، للتعبير عن
الإرادة ، بالنسبة للكافة ، فضلا عن العاجز عن النطق والكتابة فيما يصدر
عنهم من التصرفات والحقوق ، ما عدا عقد النكاح ، فهناك ما يوجب ان
المناط هو الافهام "عرفا" ، أو وضح الدلالة ، وهذا متحقق في الإشارة
بداهة ، فكانت لذلك حجة ، ينعقد العقد بها ، شأنها في ذلك شأن
النطق والكتابة على السواء ، والتمييز تحكم .

هذا ، ويوون أيضا ان الإشارة أبين دلالة من المعاطاة ، فاذا جازت
هذه أصالة ، جازت تلك من باب أولى ، هذا في اجتهاد المالكية والحنابلة
ونحن نرجح رأى الجمهور ، ان لا ضرورة تقتضي الإشارة ، حيث
تتحقق القدرة على النطق ، أو الكتابة ، ان الدلالة فيهما ما صريحة ، وفي

لا تكون مفهومة الا اذا امتدت العقلة ، على خلاف بينهم في مدى مدتها

من ستة أشهر الى سنة ، أو الى المو
غير أن الشافعية يقبلون إشارة معتقل اللسان كالأخرس ، ان كانت مفهومة
قبولا أو ايجابا ، دون اشتراط المدة ، ما دامت مفهومة فتح القدير :
ج ٢ ص ٣٤٠ ، رد المختار : ج ٥ ص ٦٤٥ ، شرح الخريفي ج ٢ ص ٢٦١
وج ٥ - ص ٤١١ المغني ، ج ٦ ص ٤٨٨ ، الأشباه والنظائر - للسيوطي
: ص ٣٣٨ - نهاية المحتاج : ج ٣ - ص ٣٨٥ - مواهب .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ج ٣ ص ٢٠٢ - الخطاب ج ٤ ص ٢٢

المغني : ج ٣ ص ٥٦٢ .

الإشارة ضمنية ، والصريح أقوى وأوضح في الدلالة على المقصود من
الضمني الذي يعتريه الخفاء والابهام في كثير من الأحيان .
أما القول بأن الإشارة أقوى دلالة من المعاطاة ، فعلى التسليم
بصحته ، فنحن نجيز التعاقد بالإشارة في مواطن الضرورة أولاً ، وفي
الحالات التي تقتضي طبيعتها سرعة الانجاز أيضاً كما في بعض المعاملات
التجارية التي جرى العرف بالاعتداد بالإشارة المتداولة فيها ، دون
نزاع ، ولا ضرورة في اتخاذها أداة أصلية عامة بالنسبة للقادر على النطق
أو الكتابة ، وللتعبير عن الإرادة في عامة الأحوال ، وفي سائر العقود -
والتصرفات ، جليلها وضميلها ، خطيرها وتافهها ، على السواء ، إذ من
المعاملات ، ما تستدعي خطورة شأنه ، قوة أداة التعبير التي تناسبها
فلا يعدل عنها إلى الأضعف ، تحقيقاً للمصلحة ، وضماناً للتيقن من
الرضا الكامل ، وسداً لباب النزاع في خطير الشأن من الأمور .
على أن القول بأن الإشارة أقوى دلالة من المعاطاة ، فيه نظر
بل العكس أدنى إلى الصواب ، ذلك لأن المعاطاة بما هي أخذ وعطاء
تنهض بالدلالة على تنفيذ العقد ، وإدائه التزاماته فعلاً وعياناً ، وهذا
يستلزم عقلاً ، وعرفاً ، سبق قيام العقد ، ووجوده فكان هذا أدل من
الإشارة التي يعترى بها الابهام والاحتمال .

ج - التعاقد بالدلالة :

سبق أن بينا ، أن التعبير عن الإرادة قد يكون بالقول والكتابة -
والرسالة الشفهية والإشارة .
بقي أن نبحث وسيلة التعبير بفعل لاتدع ظروف الحال شكاً في

دلالة على الرضا وهذا الفعل - دون أن يصحبه ايجاب
وقبول - ينطوي تحت صورتان ،
أولاهما : التعاطي (المعاطاة)
الثانية : لسان الحال (دلالة الحال) .

١ - أما التعاطي : وهو المبادلة الفعلية للموضين والدالة على
الرضا ، عرفا ، دون أن تقترن بايجاب وقبول ، فقد عبر عنها الامام
الكاساني ، بأنها أخذ وعطاء (١) ، وينشأ العقد بها اذا تعارف -
الناس عليها ، عند الجمهور ، سواء أكانت في عقد بيع أم اجارة ، أم هبة
أم اعادة ، أم غير ذلك ، وهو مذهب الحنفية (٢) ، ورواية عن أحمد
والمالكية (٣) ، ورأى أصحاب الشافعي (٤) .

هذا ، وذهب فريق من الفقهاء الى أن المبادلة الفعلية ينشأ بها
العقد ، في النفيس والتافه ، مادام قد جرى بها العرف ، وهذا هو
مذهب الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة ، خلافا للشافعي والشيعة ،
حيث قصروها على التافه دون النفيس .
على أن متأخرى الحنابلة (٥) ، والامام مالك ، قد أجازوا التعاقد

-
- (١) البدائع : ج ٥ - ص ١٣٤ .
(٢) فتح القدير مع العناية : ج ٥ ص ٧٧ .
(٣) الفروق : ج ٢ ص ١٧٧ للقرافي .
(٤) أحكام المعاملات الشرعية ص ١٩٣ - ١٩٤ على الخفيف - المغني
ج ٣ ص ٥٦١ .
(٥) الامام ابن تيمية - القواعد النورانية القهية ص ١٠١ - ١١٥ - طبعة
اولى ١٣٧٠ ، حيث يقول : والقاعدة ان العقود تصح بكل ما دل
على مقصودها من قول أو فعل ، يدل على ذلك أصول الشريعة ان -
اكتفى الشارع بالتراضي في البيع في قوله : الا أن تكون تجارة عن

بالتعاطي ، مطلقا ، سواء جرى به العرف ، أم لم يجر ، ما دام
الفعل دالا على ارادة انشاء العقد ، من الجانبين وسواء أكان في
النفس أم التافه من الاشياء .

وعلى هذا ، فكل ما يظهر ارادة المتعاقدين ، في اجتهاد
هؤلاء - من قول أو فعل أو اشارة ، أو كتابة ، ينشأ العقد به ، ويعتبر
اداة طبيعية عامة للتعبير عن أساس التناقد وهو التراضي في سائر
العقود ، ما عدا عقد النكاح ، كما أسلفنا ، وقد بينا وجهة نظرنا
في الاشارة .

ويقول الامام مالك في هذا الصدد : " يقع البيع بما يعتقد به الناس
بيعا " (١) وهذا بعمومه يشمل اللفظ والكتابة والاشارة (٢) والفعل
وعقد البيع وغيره في هذا المعنى سواء ما عدا عقد الزواج ، فلا ينعقد
بالكتابتين حاضرين ، ولا بالاشارة ولا بالتعاطي ، أجماعا ، لخطورة
شأنه ، وعظيم أثره ولتمييزه عن المخادنه ، والمعاشرة غير المشروعة .
العقود التي يجرى فيها التعاطي :

يجرى " التعاطي " في عقود المعارضات المالية ، كالبيع والاجارة

تراض منكم " وطيب نفس في التبرع " فان طبن لكم عن شيء منه نفسا
فكلوه هنيئا مرثيا " . . . ولم يشترط لفظا يعينا يدل على التراضي ، وعلى
طيب النفس والناس تعلم التراضي وطيب النفس بطرق متعددة ، من
الاقوال والافعال " المرجع السابق .

(١) المغني : ج ٢ ص ٥٦١ - ٥٦٢ - المدخل للفقهاء الاسلامي ص ٥٤٠ .

للاستاذ سلام مذكور - طبعة ١٩٦٠ م .

(٢) ما عدا الاخرس ومعتقل اللسان

والصرف ، والاقالة ، والصلح على مال ، والقسمة ، لما تتضمن
من معنى المعاوضة ، كما يجرى في غير المعاوضات كالأغارة والهبة (١)
ومن ذلك ، الاشتراك في الهاتف ، والمياه ، والكهرباء ، مما يسمى
" عقود الاذعان " (٢) لأن المؤسسات المختصة تقوم بتوصيل ذلك
الى المنازل بناءً على طلب من نماذج معدة ومرسومة .
ومن ذلك أيضا شراء المجلات والصحف دون ايجاب وقبول
وقطع بطاقات الركوب في وسائل المواصلات كافة جوا وبرا وبحرا ، وما
الى ذلك مما يشكل جانبا كبيرا من حياتنا العملية الذي يقوم على
التعاقد بالتعاطي (٣) ، في ضئيل المال وكثيره (٤) .

(١) المجلة : م ٨٠٤ و ٨٣٩ .

(٢) المدخل الفقهي العام ج١ ص ٣٥٣ - ٣٥٦ للاستاذ الزرقاء .

(٣) هذا ، والاصح ، أنه لا يشترط أن يكون التناول من الجانبين ،
لينشأ العقد بالتعاطي ، فاذا جرى التناول من أحد العاقدين
للمبيع أو الثمن ، تم العقد ولزم ، وذلك بأن يأخذ المشتري
المبيع برضا البائع بعد ان يتفق معه على الثمن . دون ان ينقد
المشتري الثمن للبائع ، أو ان يدفع المشتري الثمن للبائع ، ثم
يذهب دون أن يقبض المبيع ، فالعقد يتم ويلزم في الحالين على
السواء ، ولو كان التناول من جانب واحد ، للمبيع ، أو الثمن
- البحر الرائق : ج ٥ ص ٢٥٨ - ٢٦٩ و ٢٧٠ - مجمع
الانهر مع الحاشية : ج ٢ ص ٦ خلافا لبعض الحنفية الذين -
يذهبون الى أن التناول من جانب مقصور على ما اذا كان القبض
هو المبيع ، لينشأ به العقد ، لأنه الاصل ، في عقد البيع -
المدخل الفقهي : ج ١ ص ٣٥٤ للاستاذ الزرقاء .
(٤) يعبر بالخسيس في الفقه الاسلامي عما كان ثمنه قليلا ، كالجرائد
والصحف ، وقطع الحدوى .

هذا ، وخالف في التعاقد بالتعاطي ، فيما عدا التافه من الاشياء ، والشانعي (١) والشيعية ، وحجتهم في ذلك ما يلي :

١ - ان الدلالة اللغوية هي الاصل ، لقوتها ووضوحها في التعبير عن الارادة - نطقا أو كتابة - وليس كذلك الفعل ، لما يعتريه من الابهام والاحتمال ، ومن المقرر فقها ، أنه لا يترك الأصل الذي البدل الا لضرورة ، والأداة اللغوية ممكنة ، أما في المواطن التي تقتضي الضرورة سرعة الانجاز ، فقد أجزنا التعاطي ، في هذه الأمور دفعا للحرج ، وتحقيقا لمصالح الناس ، ولا سيما في التجارة ، والأمر المعاشية اليومية .

وأيضاً ، حرمة مال الغير ثابتة قطعا ، فلا تحل بالاحتمال والظن بل لا بد من تحقق الرضا الكامل ، وهذا لا يظهر الا بالارادة اللغوية نطقا أو كتابة ، لقوتها في الافصاح والابانة ، دون احتمال ، وتحقيقا للرضا الكامل ولا سيما في الأمور الخطيرة ، وليس كذلك الفعل .

ونحن نرجح ما ذهب اليه الجمهور ، لما فيه من اليسر ، ولتعلق مصالح الناس به ، وأما خشية المخالف من الاحتمال والابهام ، فمدفوع ، لأن الجمهور لم يعتدوا به باطلاق بل اشترطوا تحقق الرضا ، حتى اذا قامت القرائن على انتفائه ، بطلب حجية الفعل ، فلا ينشأ به العقد لفقده ان أساسه ، وهو الرضا .

* والفواكه والخضار ، وسائر المواد الغذائية الاستهلاكية التي تجرى المعاوضة فيها يوميا ، وما اليها . وأما النفيس ، فمن مثل الذهب والفضة والسيارات والعقارات من الابنية والأراضي على أن المعيار فيها أمر نسبي .

(١) المهذب: ج١ ص ٢٥٧ ، الوجيز: ص ١٢٣١ ، مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥ .

شروط صحة التعاقد بالتعاطي :

يشترط لصحة التعااطي أمران :

أولهما : أن يدل على تحقيق التراضي .

الثاني : تحقق الفعل الدال عليه ، من المبادلة أخذاً وعطاءً ،

من الجانبين ، أو من جانب واحد (١) ، على

الأصح ، كما بينا (٢)

٢ - دلالة الحال :

مما سبق كان نوعاً من التعاقد بالتعاطي الدال على التراضي ،

عرفاً ، وقد اتخذ وسيلة المبادلة الفعلية للعرضين ، كما بينا .

وأما دلالة الحال ، فينشأ بها العقد ، أيضاً ، لأنها نوع من التعاقد

عن طريق الدلالة العرضية ، ولكن وسيلتها " السكوت " وهو أمر سلبي

لا تفعل ايجابي ، كالتعاطي على أن " دلالة الحال " هذه ، لا تكون

(١) يرى بعض الفقهاء ، أن الأخذ أو العطاء ، من جانب واحد ،

لا ينعقد به العقد ، بل لابد أن تكون مبادلة فعلية ، باعتبارها

قائمة مقام الإيجاب والقبول .

ويرى فريق آخر أن العقد ينعقد إذا كان أخذاً أو عطاءً من جانب

واحد ، وكذلك لا يلزم للأخذ ، أو المعطي ، أن ينقض العقد

(بفسخه) ويرد ما أخذ ، أو يسترد ما أعطى ، ويعقد عقداً جديداً

إن شاء ، على شيء جديد والأصح أنه ينعقد ويلزم ولو من جانب واحد

كما بينا .

(٢) لا وجه لما ذهب إليه الامام الشافعي رحمه الله ومن معه ، من قصر

التعاقد بالتعاطي على توافقه الاشياء ، أي قليلة الثمن أو العوض

فليس ذلك شرطاً على الأصح ، لحاجة الناس إلى جريانه في عامة

الاقبولا ، ولا تصلح للايجاب ، اذ الايجاب لا يتأتى بالسكوت
المجرد ، بل لا بد من فعل ايجابي ، بخلاف التعاطي ، فقد يكون
ايجابا وقد يكون قبولا .

مثال ذلك ، عقد الوديعة ، ينعقد بلسان الحال ، بأن يشترك
شخص متاعه بين يدي آخر ويذهب ، وهذا الذي أودع المتاع بين يديه
ساكت لم يبد رفضا ، ولا تنصلا ، فينعقد العقد بذلك دلالة ، ويصبح
مودعا لديه مكلفا بالحفظ ، بحيث اذا قصر أو تعدى ، كان ضامنا (١) .
حكم السكوت كوسيلة للتعبير عن الارادة استثناء في الفقه الاسلامي :

السكوت في حد ذاته ، مجردا عن القرائن والظروف الخارجية
الملازمة ، لا يصلح دليلا على الارادة ، ولا يعتبر في حكم التعبير
اصلا ، فلا يقوم بالتالي ، مقام ايجاب ولا قبول ، لانه عدم ، أو أمر
سلب محض ، بل السكوت هو الحال الاصلية التي ينتفي معها البيان
أو الدلالة على شيء يقينا ، وعلى هذا استقرت القاعدة في الفقه الاسلامي
* لا ينسب لساكت قول (٢) .

ولذا ، فان اعتباره في حكم التعبير والبيان ، أمر استثنائي

شؤونهم ومعاملاتهم ، مادام واضح الدلالة على المقصود ، وهو تحقيق
الرضا ، ولا سيما أن هذا النوع من التعاقد قد أصبح يمثل جانبا كبيرا
من حياتنا في التعامل ، كما أشرنا .

وأما اشتراط أن تتحقق المبادلة من الجانبين ، فقد بينا ما هو وجه
الحق فيه .

(١) المدخل الفقهي العلم : ج ١ ص ٣٥٨ - للاستاذ الزرقا .

(٢) المادة ٦٢ من المجلد .

طاري غير يقيني ، لأنه خلاف الأصل ، وفكان على خلاف الأصل فلا بد من دليل أو قرينة تدل عليه ، أو توجيه كضرورة مقتضية (١) ، أو دفع ضرر عن الناس ، أو تجنبيا لهم من الوقوع في الضرر ، أو لحال تلبس الساكت نفسه توجب اعتبار سكوته بيانا ، إلى غير ذلك من القرائن والظروف والتي توجه السكوت إلى أن يكون بيانا ، وتجعله في حكم القول والتعبير ، وقد يكون العرف من تلك العناصر الموجهة ، وهي التسي أشار إليها الفقه الاسلامي في استدراكه على القاعدة السابقة : " لكن السكوت في معرض الحاجة بيان " .

وهذا نظر شديد ، إذ لا يلزم الساكت بأن يبين ، قبولا أو رفضا ، في كافة المواقف والأحوال ، ولا اعتبر قابلا حكما ، لما في ذلك من الزام له بلا موجب ولا مسوغ ، وإيقاع الناس في ضرر بالغ ، ومشاق غير معتادة وكل من الضرر والحرج قد دفع في الدين .

هذا والعناصر الموجهة ، أو القرائن والعرف ، والأحوال الملازمة للسكوت ، هي المقصودة في الاستدراك على القاعدة ، والقائل : " في معرض الحاجة " . ومن معرض الحاجة ، ضرورة دفع الضرر ، أو الضرر عن الناس ، أو الحال الملازمة للسكوت نفسه التي تقتضي ضرورة اعتبار سكوته بيانا ، وقد يكون " العرف - كما قلنا - قرينة على اعتبار السكوت بيانا في كثير من المواطن ، والدلالة العرفية - كما نعلم - معتبرة شرعا في التعبير عن الإرادة .

(١) انظر هذا البحث مفصلا في مصادر علم الأصول ، في " بيان الضرورة " وراجع المدخل الفقهي : ج ٢ ف ٥٨١ - للاستاذ الزرقا المدخل الفقهي ص ٥٣ . للدكتور أحمد الكردي .

- ١ - ومن تطبيقات هذه القاعدة ، لو سكن شخص في دار آخر - دون عقد - وهي غير معدة للاستغلال (١) فسكت مالكها ، لا يعتبر قابلاً باجارة ولا بيع ، ولا تعد الدار بالتالي مؤجرة ولا مبيعة (٢) بخلاف ما اذا كانت " معدة للاستغلال " فذلك قرينة تجعل السكوت ذا دلالة على القبول .
- ٢ - اذا كان هناك تعامل سابق بين العاقدين ، واتصل الايجاب من أحدهما بهذا التعامل ، كان سكوت الطرف الآخر قبولا ، لا بالنظر الى السكوت في حد ذاته ، بل قرينة التعامل السابق . فلو أن صاحب مطعم مثلاً اعتاد شراء المواد الغذائية اللازمة لمطعمه ، من تاجر معين ، وقد أرسل الى هذا التاجر يطلب كمية من هذه المواد ، فسكت التاجر ، اعتبر سكوته قبولا ، وتم العقد بينهما ، لقرينة التعامل السابق ، وأجبر التاجر على توريد تلك المواد . قضاة ان لم يرسلها طوعاً ، تنفيذاً لالتزامه الناشئ عن هذا العقد دفعا للضرر عن صاحب المطعم ، ولولا هذه القرينة لبقى السكوت على حالته الاصلية ، من عدم دلالة على شيء .
- ٣ - سكوت الشفيع عن طلب حقه في الشفعة بعدما علم ببيع العقار ، يعتبر بياناً على ارادته لاسقاط حقه فيها ، ضرورة دفع التفسير عن

(١) أي للايجار . (٢) شرح المجلة : ج ١ ص ١٣١ - للاستاذ منير القاضي - الاشياء والنظائر : ج ١ ص ١٨٤ - لابن نجيم وللسيوطي : ص ١٥٨ - ١٥٩ - والمدخل الفقهي : ج ٢ ف ٥٨١ - للاستاذ الزرقا .

المشترى ، اذ لو لم نعتبر سكوتها بيانا في مثل هذه الحال
لطالب الشفيع بحقه ، وقد يكون المشتري قد بنى أو غرس في العقار
وهذا تفرير لا تقره الشريعة ، ولا هد لها في التعامل ، فكانت
هذه الحال الملبسة ، ضرورة اقتضت اعتبار السكوت بيانا ، دفعا للضرر
كما قلنا ، ولذا يطلق عليه الأصوليون : بيان الضرورة .

٤ - سكوت الفتاة البكر بعد استئذان وليها لها ، لتزويجها (١)
يعتبر قبولا أو اذنا لضرورة حياتها الذي يمنعها من التصريح
بالاذن عرفا ، فكانت هذه الحال ضرورة اقتضت اعتبار سكوتها
قائما مقام الاذن الصريح ، فكان سكوتها دلالة عرفية أو حالية
على الاذن ، بدليل أنها لو لم تكن راغبة لرفضت ، صراحة ،
اذ لا تستحي من الرفض عادة ، ولو لم نعتبر سكوتها بيانا
لما انعقد زواجها حتى آخر حياتها ، وفي هذا من الضرر ما فيه .
وعلى هذا ، فالسكوت دلالة عرفية في الاذن لا في الرفض .
والخلاصة ، أن السكوت حال أصلية سلبية تنتفي معها الدلالة على
شيء ، يقينا ، وان تحول السكوت الى وسيلة للتعبير عن الارادة ، فانما
يكون بعناصر موجبة ، أو أدلة من قرينة ، أو ظرف خارجي ملابس .
أو عرف ، أو ضرورة مقتضية ، لدفع غرر أو ضرر ، لأن هذه الدلالة خلاف
الأصل (٢) .

(١) المرجع السابق . (٢) أي أن اعتبار السكوت بيانا هو خلاف
حالته الأصلية اليقينية ، من أنه ليس بيانا لشيء ، لكونه أمرا
سلبيا تنتفي معه الدلالة على شيء . ، وخلاف الأصل حالة -
استثنائية طارئة ، لا بد لها من دليل يثبتها أو ينهض بها ، وقد
بيننا تلك الأدلة التي توجب حالة الاستثناء من كونه وسيلة للتعبير
عن الارادة .

البحث الثاني

شروط الصيغة (شروط انعقاد)

إذا كانت " الصيغة " من الايجاب والقبول ، أو ما يقوم مقامها ،
هي الركن الوحيد للعقد ، على التحقيق ، وطا عداها ، فلوازم ،
كما بينا فان لهذه الصيغة شروطا ، لا ينعقد العقد الا بتوافرها ، لأنها
شروط انعقاد ، أو عناصر تكوين ، وتوردها فيما يلي :

اولا : توافق الايجاب والقبول (صراحة أو ضمنا)

ثانيا : اتصال القبول بالايجاب

ثالثا : بقاء الايجاب قائما في مجلس العقد ، حتى صدور القبول عند

الجمهور

المسرح الاول

توافق الايجاب والقبول صراحة أو ضمنا (١)

معنى التوافق : التوافق معناه تضمن القبول كل جزئيات الايجاب^(٢)
بحيث اذا خالفه في جزئيه منها ، مخالفة حقيقية (٣) ، لا ينعقد
العقد ، بل يكون رفضا للايجاب ، يتضمن ايجابا جديدا ، يحتاج الى
قبول جديد من الطرف الأول ، سيأتي بيانه . ولا تشترط الموافقة
الضمنية أو الحكيمية .

- (١) فتح القدير : ج ٧٧-٧٨ ، الهدايع : ج ١٣٧ ، نهاية المحتاج
ج ٣ ص ٨٠ . (٢) ففي عقد البيع مثلا ، لا بد من التوافق بين القبول
والايجاب في محل العقد ، وفي مقدار ثمنه ، وفي الاجل ان وجد .
- (٣) اذا كانت المخالفة ظاهرة ، لاحقية ، فالعقد ينعقد ، لأنها تكون
حيثما متحضة لمنفعة الموجب ، محققة لرضاه ، وهذه هي الموافقة
الضمنية كما في المتن .

ومن الموافقة الصريحة ، أن تقول ، بعتك هذه الارض بمائة ألف ،
فيقول مريد الشراء ، قبلت شراءها بمائة ألف ، أو قبلت .
أما الموافقة الضمنية ، فكقولك : بعتك هذه السيارة بعشرين الفاً
فيقول اشتريتها بخمسة وعشرين ، لأن هذا يتضمن القبول بالعشرين من
باب أولى ، وفيه منفعة خالصة للموجب ، فالمخالفة ظاهرة ، لاحقية
لأنها تضمنت ما طلبه الموجب ، وزيادة ، فرضاه ثابت قطعاً .
وعلى هذا ينعقد العقد بالعشرين ولكن لا تجب الزيادة الا اذا قبلها
الموجب ، حتى لا يدخل شيء في ملك أحد الا باذنه ، نفياً للمنة
عن نفسه .

وما يقال في محل (١) العقد والثن ، يقال في الاجل كذلك ، فاذا
قال البائع ، بعتك هذا المنزل بمائة الف حالة ، فقال الآخر ، قبلت
بمائة ألف مؤجلة ، لا ينعقد العقد ، للمخالفة الصريحة في الاجل ،
لأن من يرضى بالثن حالاً ، قد لا يرضى به مؤجلاً ، بخلاف العكس ،
لأنه في مصلحة الموجب ، فرضاه متحقق فيه .

ومن هنا ندرك ، أن اشتراط موافقة القبول للايجاب في جميع -
ما يتضمنه الايجاب من جزئيات ، شرطاً للانعقاد أساسه ، ان (صيغة
العقد) (الايجاب والقبول) ليست مقصودة لذاتها ، وانما باعتبارها
دليلاً أو قرينة على " التراضي " فما لم يحصل التطابق بين الايجاب

(١) ولو كانت الصفة متحدة ، فلا ينعقد العقد اذا كان القبول علو
بعضها لتفرق الصفة ، فلو قال البائع بعتك هذه الارض بمائة
ألف ، فقال نصفها بخمسين ، لا ينعقد العقد ، وكذلك اذا
بدل قبلت المحل ، فلو قال زوجتك فاطمة بعشرة آلاف فقال -
تزوجت امته بعشرة آلاف .

والقبول في جميع الجزئيات ، ولا يمكن أن تعتبر مظنة على حصول التراضي الكامل الذي هو أساس التعاقد .
والرضا الكاويل لا يتحقق الا اذا تم التطابق بين الايجاب والقبول .

الفصل الثاني

اتصال القبول بالايجاب في مجلس العقد

تحديد معنى الاتصال بين عنصرى الصيغة في فقه المذاهب (مجلس العقد)

من المتفق عليه بين الفقهاء ، انه لا بد - لينعقد العقد - من تحقيق الاتصال بين القبول والايجاب ، (عنصرى الصيغة) هذا من حيث المبدأ ، وانما الخلاف في تحديد معنى الاتصال ، سواء كان بين حاضرين ، أم بين غائبين .

فالجمهور على أن المراد بالاتصال ، اتحاد مجلس العقد ، أو الزمن الذى يكون فيه المتعاقدان مقبلين على التعاقد ، اذ لا اتصال مع تعدد المجلس ، بدهاءة ، فلا يشترط أن يصدر القبول عقبه مباشرة ، لأن " الفورية " في صدور القبول ، ليست شرطا لتحقيق الاتصال عندهم دفعا للحرج عن الناس ، وتحقيقا لمصالحهم ، وانما يشترط قيام مجلس العقد أو اتحاده ، ولو كان بين الايجاب والقبول فاصل زمني .

ذلك ، لأن الجمهور يرى أنه لا بد من وجود فترة زمنية بعد صدور الايجاب ، ليتسنى للطرف الآخر أن يتروى في الأمر ، ويوازن بين ما يعطى وما يأخذ ، ولا يتسرع ، وليتخير بعد ذلك بين القبول والرفض ضمانا لرضاء الحقيقي الكامل ، ولهذا قالوا ان المجلس جامع المتفرقات .
وعلى هذا الرصد والقبول بعد فترة زمنية من صدور الايجاب - وان طالت -

تحقق الاتصال ، مادام المجلس قائما ، أى لم يتخلل الفترة ما بين
الايجاب والقبول اعراض عن التعاقد يحول دون الاتصال بينهما ، أو
صرف أحدهما عن التعاقد شاغل آخر .

وبيان ذلك ، ان الاعراض عن التعاقد ، أو التشاغل بغيره قبل
القبول ، ينهدم به المجلس ، فينهدم بالتالي الايجاب الذى صدر فيه
حتى اذا صدر القبول بعد ذلك ، لم يصادف ايجابا قائما ليتصل به
فلا ينعقد العقد ، لعدم تحقق الاتصال .

على أن المجلس ينهدم — فضلا عن ذلك — برجوع الموجب
عن ايجابه قبل القبول ، على ما سيأتي .

ومن هنا نلاحظ ، أن الايجاب يبقى قائما حكما — في اجتهاد الجمهور
— مادام المجلس قائما ، حتى اذا انهدم المجلس حقيقة او حكما ، وانهدم
الايجاب . أما انهدام المجلس حقيقة ، فمن مثل خروج أحدهما — الموجب
أو الموجه اليه الايجاب — من المجلس بعد صدور الايجاب ، وقبل القبول
أو رجوع الموجب عن ايجابه ، أو رفضه صراحة من وجه اليه .

وأما انقضاؤه حكما ، فمن مثل اعراض أحدهما عن التعاقد
والتشاغل بغيره كقراءة صحيفة ، أو التحدث مع الآخرين ، قبل القبول
أو بما يعتبره العرف اعراضا ينقضي به المجلس .

على أن القبول الذى يعتد به اذا صدر بعد انهدام الايجاب
يعتبر ايجابا جديدا يحتاج الى قبول جديد من الطرف الأول ، ينعقد
به عقد جديد .

اذن ، مجلس العقد — في اجتهاد الجمهور — هو المكان الذى
يجتمع فيه العاقدان — ان كانا حاضرين — وتمتد فترته الزمنية من وقت

صدور الايجاب ، وتنتهي بانعقاد العقد ، أو بأعراض أحدهما
عن التعاقد صراحة أو دلالة .

أو هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التعاقد ،
منصرفين الى التكلم فيه ، وقد تطول هذه الفترة التعاقدية أو تقصر
وأيا ما كان ، فالجلس يعتبر قائما مادام العاقدان مقبلين على التعاقد
دون أن يصرفهما عنه شاغل آخر .

وأما بالنسبة الى الغائبين ، فهما وان كانا مختلفين مكانا ، فان
مجلس العقد يتحدد بالنسبة اليهما بالوقت الذي يستغرق التعاقد
أيضا ، سواء أكان بواسطة البرقية ، أو الرسالة المكتوبة ، أو الشفهية
أو الهاتفية ، أو غير ذلك من الوسائل ، فان مجلس العقد هو مجلس
وصول الرسالة ، أو تبليغها ، أو وصول البرقية ، أو وقت الكالمسة
الهاتفية ، وينتهي بقبول ما تضمنه الايجاب وانعقاد العقد ، أو بأعراض
من وجه اليه الايجاب (القابل) صراحة أو دلالة ، أو برجوع الموجب
عن ايجابه قبل القبول .

أما الشافعية ، فيشترطون " الفورية " لتحقيق الاتصال ، بمعنى
أن العقد لا ينعقد الا اذا صدر القبول فور الايجاب ، وعقبة مباشرة دون
فاصل زمني ، ولو كان مجلس العقد قائما ، ولو لم ييدر من أحد العاقدين
ما يهدمه .

وأما " التروي " فأجاب الشافعية عنه ، بأنه يمكن أن يتم بعد
انعقاد العقد ، حيث يثبت لكل من العاقدين ، في عقود المعاوضات
المالية خاصة ، حق نسخ العقد ، اذا لم يره محققا لمصلحته ، مادام
المجلس قائما ، وهذا هو خيار المجلس .

اذن ، فترة " التروى " يقربها الفريقان ، تحقيقا للرضا الكامل
غير أن الجمهور يراها قبل انعقاد العقد ، بالنسبة لمن وجه اليه
الايجاب ، (القابل) ، أى في الفترة الواقعة بين صدور الايجابيين
القبول ، حيث يكون مخييرا بين القبول والرفض ، وهذا هو " خيار
القبول " حتى اذا صدر القبول ، وانعقد العقد ، لزم ، ولا خيرة
بعدئذ في نسخه لأى من العاقدين ، دون رضا الآخر ، الا من
عيب أو عدم روية ، وما الى ذلك .
وأما الشافعية ، فقد رأوا فترة " التروى " بعد انعقاد العقد ،
أى في " خيار المجلس " كما ذكرنا ، مادام المجلس قائما ، ان لا يلزم
العقد - عقد المعاوضة - في اجتهادهم الا بعد انقضاء المجلس (١) .
خيار المجلس :

هذا ، والشافعية يثبتون خيار المجلس في عقود المعاوضات
المالية خاصة ، دون سواها فلا يثبت هذا الخيار بالنسبة لعقد الزواج
مثلا ، لأن فترة " التروى " في هذا العقد متحققة في مقدماته - من
الخطبة ، والتفاوض في المهر وما اليه ، عادة ، فلطبيعة هذا العقد ،
ولخطورته ، لم يقل الشافعية بثبوت خيار المجلس فيه .
أما الجمهور ، فلم يوافقوا الشافعية على ثبوت خيار المجلس لأى
من المتعاقدين أصلا في أى عقد من العقود .
وحجة الشافعية في ثبوت خيار المجلس ، قوله - صلى الله عليه وسلم
" البيعان بالخيار ، ما لم يتفرقا " .

(١) المذهب : ج ٢ ص ٢٥٢ - ٢٥٨ .

ووجه الدلالة ، ان للعاقدين ، حق خيار فسخ العقد ، أو امضائه ، ماداما في المجلس ، بصريح الحديث ، مالم يتفرقا بأبدانهما ، تفرقا حسيا ، ولا يتصور حق الفسخ الا في عقد منعقد .
ولا يرى الحنفية في هذا الحديث حجة لاثبات خيار المجلس ، ذلك أن "الخيار" في الحديث محمول على خيار القبول بالنسبة لمن وجه اليه الايجاب ، لاعلى خيار المجلس . أما "التفرق" فمقصود به التفرق والتخالف في الاقوال ، لا في الابدان ، وذلك بعدم موافقة القبول للايجاب .

وهذا تأويل للحديث بعيد ، كما ترى .

وحجة الحنفية (١) في نفي خيار المجلس ، قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " .

ووجه الدلالة ، أن الآية الكريمة توجب الوفاء بالعقد اثر انعقاده ، وابعاده ، وهذا يتنافى مع ثبوت الحق في نسخه وهو ما يسي بخيار المجلس على أن الامام مالك احتج على عدم اعتبار خيار المجلس ، بعمل أهل المدينة .

ونحن نرجح اجتهاد الشافعية في هذا ، لصراحة الحديث ، ولعدم تنافيه مع الآية الكريمة ، فيثبت خيار المجلس لأى من المتعاقدين مادام المجلس قائما ، ولو بعد انعقاد العقد .
وأما حجة الشافعية في اشتراط " الفورية " لتحقق الاتصال بين عنصرى الصيغة ، لينعقد العقد ، فهو دأها أن الايجاب عرض زائل ينقض اثر التكلم به ، فلا بد من صدور القبول عقبه مباشرة ليتحقق

(١) فتح القدير : ج ٥ ص ٨١ وما يليها - المذهب : ج ١ ص ٢٥٧ -
٢٥٨

الاتصال ، وهذا هو القياس .
أما الجمهور فمع اعترافهم بأن طبيعة الايجاب كذلك ، غير أنهم اعتبروه قائما حكما ، طوال مدة المجلس ، تحقيقا لمصالح الناس ، ودفعاً للحرج فكان ذلك استحسانا على خلاف القياس .
وعلى هذا ، فمادام المجلس قائما متحدا ، والعاقدان مقبلين على التعاقد ، فالايجاب قائم حكما ، واعتبارا ، كذلك ، وقالوا ، ان مجلس العقد يجمع المتفرقات ، للضرورة ، بمعنى أن الاتصال يتحقق بين القبول والايجاب ، ولو كان بينهما فاصل زمني ، لوحدة المجلس الذي صدرا فيه ، ضرورة التيسير على الناس ، وتحقيق مصالحهم ، ودفع الحرج عنهم ، وهذا هو سند الاستحسان ، ودليله ، وهو ما نرجحه .
هذا ، ولا يتغير حكم المسألة سوا ، أكان التعاقد بين حاضرين أم بين غائبين .

أما اذا كانا حاضرين ، فواضح لأن اتحاد المجلس انما يعني الفترة الزمنية التي يكون فيها العاقدان مقبلين على التعاقد ، كما بينا .
وأما اذا كانا غائبين ، فان التعاقد لا يتم بينهما الا بالواسطة ، من البرقية ، أو الرسالة الكتابية ، أو الشفهية التي يحملها رسول ، أو الهاتف ومجلس العقد بالنسبة اليهما هو مجلس " العلم " بما تتضمنه البرقية أو الرسالة ، أو بما يبلغه الرسول ، أو تتضمنه المكالمة الهاتفية من ايجاب ، ويبقى المجلس مستدا الى الزمن الذي يستغرقه التعاقد ، وأيما ما كان ، فاذا صدر القبول في المجلس كتابة ، أو شفاها ، أو هاتفيا ، على النحو الذي بينا ، تم الاتصال بين الايجاب والقبول ، وانعقد العقد ولو كان بينهما فاصل زمني ، مادام المجلس .

العقود التي لا يشترط فيها تحقق الاتصال :

قد منّا ، أن الجمهور لا يشترط صدور القبول فور الإيجاب ، ليتحقق الاتصال ، بل اكتفوا باتحاد مجلس العقد ، فتعقد العقد ولو لم يصدر القبول فوراً ، بأن كان بينهما فاصل زمني ، مادام المجلس لم ينفذ .
على أن شرط الاتصال بهذا المعنى عند الجمهور ، لا يشترط في عقد الوصية ، والإيضاء ، والوكالة ، فيتعقد العقد فيها باتحاد المجلس وبغيره ، بل أن بعضها لا يتعقد إلا إذا صدر القبول في مجلس آخر كالوصية . وبيان ذلك أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، فلا يكون قبول الموصى له معتبراً ، إلا بعد موت الموصي .
وكذلك الإيضاء لأن الموصي إليه بالقيام برعاية شئون اولاد الموصي القصر لا يكون وصياً إلا بعد وفاته .
وأما الوكالة ، فمهي من باب الاعانة ، ولذلك صح القبول فيها ، فسي المجلس بعده .

الفروع الثالث

بقاء الإيجاب قائماً حتى صدور القبول

قد منّا ، أن اتصال القبول بالإيجاب ، كشرط للانعقاد ، يفترض سبق قيام الإيجاب واستمراره ، حتى يصدر القبول ، ليتصل به .
وعلى هذا ، فسقوط الإيجاب قبل القبول ، بأى سبب ، يحول دون

- (١) التعاقد بالهاتف بمثابة التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان ، وبين غائبين من حيث المكان ، ويتم العقد بينهما إذا اتحد المجلس زمنياً بالقدر الذي تستغرقه المكالمة الهاتفية التعاقدية .

تحقق الاتصال بينهما ، فلا ينعقد العقد .

وهذا يقتضينا بحث الأسباب التي يسقط بها الإيجاب ، فنعرضها فيما

يلي :

أولا : رجوع الموجب عن إيجابه ، صراحة أو دلالة ، قبل القبول .

أما صراحة فقوله : رجعت عن إيجابي ، وأما دلالة ، فبانصرافه

عن التعاقد ، إلى التماغل بما لا يتعلق بموضوع العقد ، كالأكل

والنوم والتحدث بحديث آخر ، كما قدمنا .

وفي هذه المسألة رأيان للفقهاء :

أ - أنه يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه ، مادام لم يتعلق به

حق لأحد ، إذا المفروض أنه قبل صدور القبول ، ويصبح بالرجوع

لغوا . فإذا صدر القبول بعد ذلك ، لم يصادفه ، فلا يتحقق الارتباط

ولا يتم العقد ، وهذا رأى الجمهور ومصر المالكية . وحجتهم في ذلك .

أن للموجب حق الملك ، وإيجابه اثبت للطرف الآخر حق التملك ، فكان

للموجب أن يرفع هذا الحق الذي أولاه الطرف الآخر ، لأن حق الملك

أقوى من حق التملك ، إذ الأول ثابت أصالة ، والثاني مجرد ولا يست

منوحة من الموجب ، ورضاه ، ولو الزمنا الموجب بإيجابه قبل القبول

لكان حق التملك أقوى ، وهذا جائز ، لما قدمنا ، بخلاف ما إذا رجع

بعد القبول ، إذ ينعقد العقد ، ولا يملك الموجب الرجوع عن إيجابه

حينئذ ، لأنه تعلق به حق الغير .

تخلص من هذا المعنى أن الموجب يملك حق الرجوع قبل القبول ، لا بعده

وان رجوعه قبل القبول يحول دون تحقق الاتصال ، فلا ينعقد العقد .

ب - لا يملك الموجب الرجوع عن إيجابه ، ولو قبل القبول ، فيكون

ملزما به ، مادام المجلس قائما ، ولا اعتبار لرجوعه لو وقع ، ولو صدر

القبول انعقد العقد ، ولا يسقط الايجاب . الا باعراض الطرف
الآخر ، او انتهاء المجلس بالقبول ، الا اذا قيد الموجب نفسه بمدة (١)
بان حدد للطرف الآخر مدة معينة يقبل فيها العقد . او يرفضه ، فيكون
الموجب ملزما بما ألزم به نفسه ، طوال هذه المدة التي قيد بها نفسه
ولا يبطل الايجاب بانتهاء المجلس ، بل بانتهاء المدة اذا لم يصادفه
قبول ، وليس في تحديد هذه المدة منافاة لمقتضى العقد .
هذا ، ويتقيد الايجاب بالعرف ، اذا جرى على تقييد الموجب بمسدة
معينة (٢) .

ثانيا : موت أحد العاقدين ، او زوال اهليته بجنون ونحوه ، قبل القبول
موت الموجب ، او خروجه عن أهليته بالجنون قبل القبول ، يبطل
ايجابه ، فاذا صدر القبول من الطرف الآخر بعد ذلك ، فلا ينعقد العقد
اذا لم يصادف ايجابا يرتبط به .

وانما سقط الايجاب بذلك ، ولم يورث ، لاحتمال رجوع الموجب لو بقي
حيا . وكذلك موت الطرف الآخر ، او خروجه عن أهليته ، قبل قبوله
يبطل الايجاب ، انه لم تعد له فائدة . وهذا مبني على أن حق
الايجاب أو القبول ، لا يورث ، وهو مذهب الائمة الاربعة (٣) .

(١) مواهب الجليل : ج ٤ ص ٢٤١ .

(٢) الدر المنقى : شرح المنقى -- بهامش مجمع الانهر : ج ٢ ص ٤
البحر الرائق : ج ٥ - ص ٢٦٢ وانظر احكام المعاملات الشرعية

ص ١٢٥ للاستاذ الشيخ علي الخفيف .

(٣) الفتاوى الهندية : ج ٢ ص ٧

وخالف في هذا الاباضية ، فاجزوا للوارث ، أو الولي أو القيم حسب الأحوال ، أن يقوم مقام الموجب أو القابل الذي توفي أو زالت أهليته بناءً على أن هذا الحق يورث (١) .
عندهم
ثالثاً : يبطل الايجاب ايضاً برفض من وجه اليه الايجاب (القابل)
صراحة أو دلالة (٢) .

رابعاً : هلاك محل العقد ، كلياً أو جزئياً ، أو تغييره ، أو التغير في حكم الهلاك الجزئي ، قبل القبول ، بأن كان عصير عنب فتخمر أو صار خلا .

اذن من شروط بقاء الايجاب ، منتجا لآثاره ، وصالحا لاتصال القبول به ، بقاء محل العقد على الحال التي كان عليها قبل التعاقد .
خامساً : انتفاء مجلس العقد ، حسا بالتفرق ، أو معنى بالاعراض وذلك قبل صدور القبول ، فإذا انقضى المجلس ، سقط الايجاب الذي صدر فيه ضرورة .

الفصل الثاني

محل العقود

اختلاف طبيعة المحل باختلاف العقود

محل العقد هو المعقود عليه الذي يظهر اثر العقد فيه (٣) ،

- (١) كتاب النيل : ج ٢ ص ١١ .
- (٢) فتح القدير : ج ٥ ص ٧٨ ص ٨١ ، الخطاب : ج ٤ ص ٢٤ .
- (٣) الشرح الكبير : ج ٣ ص ٥ ، مغني المحتاج : ج ٢ ص ٦ .
وهذا ظاهر في تعريف الفقهاء ، للعقد ، من أنه ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع ، يظهر اثره في محله - كما قدمنا - فلا بد لكل عقد من محل يظهر حكمه أو أثره فيه ، والمقصود من المعقود آثارها .

النوع

- ولا عقد بلا محل ، وتختلف طبيعة هذا المحل باختلاف العقود .
- على هذا ، فقد يكون محل العقد من الأعيان المالية او المنافع او الاعمال .
- فعقد البيع (١) والرهن ، والهبة مثلاً . محل العقد فيها تكين ماليه .
- وعقد الاجارة والاعارة ، محلها ، المنفعة والانتفاع .
- وعقد المزارعة والمساقاة والاستصناع ، محله العمل .
- وعقد الزواج المنتمه الزوجيه ، وهكذا .
- على ان طبيعة بعض العقود تقتضي وجود محل العقد عند التعاقد ، وبعضها لا تقتضي طبيعتها ذلك .
- فمن الاول ، عقد البيع ، والرهن ، ومن الثاني عقد الاجارة والاعارة والمساقاة والمزارعة . ذلك ، لان البيع محله الأعيان كما ذكرنا ، فلا بد أن يكون موجوداً ليظهر أثره فيه ، بخلاف المنافع ، فانها أعراض تظهر شيئاً فشيئاً ، عند الاستيفاء ، لذا لا يتصور وجودها عند التعاقد وكذلك الاعمال ، توجد مستقبلاً .

فتلخص ، انه لابد لكل عقد من محل ، ليظهر اثره فيه ، والا كان العقد باطلاً ، وبطلت العمل باختلاف المصطلح ، وإياها مما كان ، من العقود ، التي لا يكون محلها ، او منفعة او عملاً (٢) كما اشرنا .

- (١) يرد البيع في أيامنا هذه ، على الحقوق المبتكرة ، كحق التأليف ومحل العقد فيه هو الافكار ، وهي تصورات ذهنية أو أدبية ، فكانت من قبيل المنافع ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - " أو علم ينتفع به " .
- (٢) ومن الاعمال التي يجرى التعاقد عليها ، عمل الأجير المشترك ، أو الأجير المسمى ، أو الأجير المسمى بالخبرة العلمية من المهندسين ، والادباء ، والفنيين ، وغيرهم .

المبحث الأول شروط محل العقد في الفقه الاسلامي

أولاً : أن يكون محل العقد قابلاً لحكمه شرعاً .

هذا الشرط قد انعقد عليه الاجماع ،

هذا ، ولا يكون محل العقد قابلاً لحكمه ، وبالتالي لا انعقد العقد في الاحوال الآتية :

١ - كون محل العقد مالا متقوماً مملوكاً ، ولكن طبيعته تابعي قبول حكم نوع معين من العقود ، لا لعدم المشروعية في اصله .

بمثال ذلك الخضروات والفواكه والثلج ، أموال متقومة لم يخرجها الشارع من دائرة التعامل اصلاً ، بل من نوع معين منه ، كإقراض الرهن ، اذ طبيعتها لا تتفق مع حكمه من الاحتباس طوال اجل الدين ، لكونها اذ لم يرضها طيبلاً بالقسود من العقد حكمه وأثره .

بأنما يجري عليها من العقود ما يتفق وطبيعتها ، كالتبني ، والهبة ، والصدقة ، لأنها انما تشتري أو توهب أو يتصدق بها ، تحقيقاً لقصد الأكل عادة ، أو التبريد الموقت ، فلا يصح رهنها ، لالكونها غير مشروعة في أصلها ، بل لما ذكرنا ، بدليل صحة بيعها وهبتها .

٢ - أن يكون حكم العقد لا يتفق مع ما خصص له محله من غرض عام يتعلق بالكافة .

وبيان ذلك أن يكون التعامل مما يشأ عنه بمصالح فردية متبادلة بين العاقدين وفي مقدمتها ، حق الملكية الفردية ، مما لا يتفق مع ما خصص له الرهن ، من منفعة عامة مشتركة للكافة ، لا لطبيعة المحل نفسه .
ومن ذلك ، الأوقاف ، والجسور ، والمنابر ، وغيرها من منشآت الدولة

والآجام والمراعي ، وينابيع المياه وآبار النفط ، وعروق المعادن في الأرض ، وما إلى ذلك مما يتنافى مع الغرض من أصل انشائه ، أو خلقه في الأرض ، اجراء الملكية الخاصة عليه بالتعامل أو التعاقد .
غير أن عدم قابلية محل العقد للمحل هنا نسبي لا مطلق ، فالوقف إذا كان لا يجوز امتلاكه ، بعقد البيع ، أو الهبة ، أو الارث استبعادا له عن التملك الفردي الذي يتنافى مع الغرض العام من أصل تشريعه فان اجارته جائزة ، ان تؤكد ذلك الغرض ولا تنافيه لصرف غلته السي مستحقه ، وأيضا ، جاز بيع الوقف على سبيل الاستبدال ، اذا كان خيرا له ، لا للتملك الفردي المحض ، وذلك لموضع الضرورة .
والفرق بين هذا السبب وسابقه ، ان الاول يرجع الى طبيعة المحل وهذا الى الغرض منه .

٣ - كون المحل ليس مالا أصلا ، لنجاسته وضرره أو لكرامته ، فأخرجه الشارع من دائرة التعامل ، واعتبر كل عقد يرد عليه باطلا .
فمن الاول الميتة والدم ، لنجاستهما ، ولما يشتملان عليه من ضرر محقق ، وانتفاء منتفعتيهما يستلزم انتفاء ماليتهما ، ان المالية قوامها المنفعة ، وما لا منفعة فيه ليس بمال شرعا ، ومن هنا كان تحريمهما ، فكيف اذا كان ضررا محضا ، أو خبيثا خالصا .

ومن الثاني ، الانسان الحر ، حيث لا يجوز أن يكون محلا للتعامل ، أصلا ، ولا أي عضو من أعضائه ، مسلما كان أم غير مسلم ، لآدميته التي هي منشأ كرامته ، لقوله تعالى : " ولقد كرّمنا بني آدم " باطلاق .
٤ - كون محل العقد مالا ولكنه ليس بمتقوم شرعا ، فلا يكون قابلا لحكم العقد ، فيقع باطلا .

يشترط في محل العقد أن يكون مالا متقوما . والا وقع العقد -
باطلا (١) ، فهو شرط انعقاد ، والمال المتقوم ^{هو} ما توافر فيه أمران :
الأول : اجرازه وحيازته فعلا .
الثاني : جواز الانتفاع به انتفاعا مطلقا في حال السعة والاختيار ،
لا في حال العسر والاضطرار .
وتأسيسا على هذا ، فلا يجوز التعامل ، فيما لا منفعة فيه أصلا ، لفقدان
العقد أو التعامل الغرض الذي من أجله شرع ، وهو تبادل المنافع .
وأیضا ، مالا منفعة فيه ، يجعل التعامل فيه عبثا ، لعدم الفائدة ، وكل
عقد يخلو من الفائدة باطل ، لأن العبث لا يشرع ، فكانت الفائدة شرط
انعقاد . وأيضا بذل المال فيما لا نفع فيه سفه ، وأخذ المال من قبل
الطرف الآخر ، أكل لأموال الناس بالباطل ، وكلاهما محرم .
وذلك كالحشرات ، والسباع التي لا ينتفع بها في الأكل ، ولا في الصيد
ولا في غيرها من وجوه النفع المعتاد .
على أن قوام مالية الشيء - كما قدمنا - المنفعة ، وهي أساس
القيمة ، ومالا منفعة فيه قيمة له عرفا ، ومالا قيمة له عرفا ، ليس مالا متقوما
شرعا .

- (١) البدائع : ج ٥ ص ٢١٠ للكاساني .
جاء في المجلة تعريف المال المتقوم : " يستعمل في معنيين
الأول ما يباح الانتفاع به والثاني - بمعنى المال المحرز ،
فالسك في البحر غير متقوم ، وإذا صيد صار متقوما بالاجراز
المادة ١٢٧ . وراجع تبیین الحقائق : ج ٤ ص ٤٤ .
البدائع : ج ٥ ص ١٤٠ .

ويستوى في ذلك أن يكون للشيء نفع ، ولكن الشارع منع منه ، والألا يكون له نفع أصلا ، لأن المنفعة المحرمة كالمعدومة ، إذ المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، ولا يجوز التعامل في المعدوم .
ومن ذلك آلات الملاهي ، والفسق ، والمعاصي ، وما مثلها ، أو الاستجار للغنا ، والرقص ، والنياحة على الموتى ، لأن محل العقد غير منقول ، بمعنى أن ما فيه من نفع هو محرم ، فلا يجوز استيفاءه ، الانتفاع به ، فصار كما لا نفع فيه أصلا ، كالخمر ، فيكون العقد باطلا لانقضاء ركنه ، وهو المحل ، أو شرط انعقاده ، وهو عدم قابليته هذا المحل لحكم العقد ، كما ذكرنا (١) .

وتطبيقا لشرط التقوم في العقد ، بمعناه ، الأول ، وهو الاحراز في المباحات يثبت الملك للمحرز ، وليتمكن من التسليم ، لا يجوز بيع السمك في البحر ، والطيور في الهواء ، والحيوان في الأجام ، والكلاء في الرعي ، والحطب في الغابات ، والمياه في الينابيع ، قبل احرازها والاستيلاء عليها فعلا ، لأمرين :

الأول : لأن التعامل تملك ، ولا يتأتى هذا المعنى فسي البتاع قبل تملكه ومعلوم أن التملك بالاحراز ، وقبله لا يتأتى تملك من لا يملك . ولأن العاقدين بالنسبة للمباحات وهي في الطبيعة ، على السواء ، من حيث وضعهما الشرعي ، فلا يتصور أن يخوله التملك ، وأخذ العوض ، بحيث يصبح أحدهما مالكا ، وفي مركز أقوى ، والآخر مملوكا ، فبطل الاحراز ، لأن ترجيح أحدهما على الآخر ، بد مرجح يسوغه تحكم غير جازم

(١) : تبين الحقائق : ج ٤ ص ٤٤ ، ص ٤٨ ، الخطاب : ج ٤ ص ٢٦٢

الثاني - لعدم القدرة على التسليم ، وهو شرط لصحة العقد ، تنفيذ الأحكامه ، إذ هي الغرض من تشريع العقود .
فتلخص ، أن المباحات في الطبيعة ، قيد أن يحجزها ويملكها أحد ، ليست محلا للتعامل ، إذ لا يعلو التملك من لا يملك ، وهذا هو التقوم بمعناه الأول عند الحنفية ، وهم الأحرار الذين ليس لهم الملك ، ويمكن أن يقال ، أن شرط " التقوم " ينطوي على شروط ثلاثة ، في المذهب الحنفي :

أولا : أن يكون محل العقد مالا جائز الانتفاع به شرعا بحالة السهنة والاختيار (١) .

ثانيا : أن يكون مملوكا (وبذلك الساح بالأحرار) .

ثالثا : أن يكون مقدور التسليم .
فتلخص أن محل العقد يشترط / لصحة العقد / أن يكون مالا متقوما مقدور التسليم (٢) وموجودا وقت التعاقد على ما سيأتي بيانه .
ثانيا : أن يكون المحل موجودا وقت التعاقد :

لم تتفق اجتهادات الفقهاء على هذا الشرط ، حتى فيما تقتضي طبيعته وجود المحل ، كالبيع والرهن ، وهو من الأعيان ، على أن الفقهاء قد اتفقت للمتهم على أن التشريع الإسلامي ، واقعي ، وباعتباره تشريعا قائما أساسا على الحقيقة ، وسالحي الناس ، لسداد

(١) أما حالة الضرورة ، فيجوز الانتفاع بالمحظور أيضا ، كالحال ، ولا جائز الانتفاع به شرعا ، كالحال ، في غير ذلك .
(٢) أما القدرة على التعاقد ، فببرها بعض الفقهاء شرط صحة ، وبعضهم الآخر يعتبرها شرط لزوم .

رأوا أن هذا التشريع - بحكم واقعيته - لا يتصور أن يأتي بحكم ،
صراحة دلالة ينافي هذه الواقعية التي تقتضي امكانية التطبيق ،
وتحقيق مصالح الناس .

وعلى هذا ، اتفق الفقهاء على أنه لا يشترط وجود المحل عند التعاقد
إذا كان بطبيعته معدوما ، لا يوجد الا مستقبلا ، أو شيئا فشيئا ، حسب
الاستيفاء ، كالمنافع والأعمال ، فاشتراط وجودها جملة ، وقت التعاقد
أمر مستنوع ، واقعا ، لأنها أعراض زائلة كما قدمنا .

وعلى هذا ، جاز التعاقد عليها ، على وضعها الطبيعي الذي
وجدت عليه ، أي على الرغم من انتفائها وقت إبرام العقد ، استجابة
لما تقتضيه طبائع الأشياء .

أما إذا كان المحل عيناً مالية ، معينة بالذات ، ولم تكن موجودة
أصلاً وقت انعقاد العقد ، وقع باطلاً اجماعاً ، بأن كان موجوداً ، ولكنه
هلك قبل البيع ، لأن البيع معين بالذات ، وقد اتفقت ارادة المتعاقدين
على أن يرد هذا العقد على محل معين بذاته ، يجب أن يكون موجوداً
وقت التعاقد ، فوقع باطلاً ، لتخلف ركنه ، مما جعل العقد غير مفيد
لاستحالة تنفيذه (١) .

غير أن وجود محل العقد بوجه عام ، كشرط لانعقاد اختلاف فيه الفقهاء
على آراء ثلاثة :

أ - يشترط وجود المحل فعلاً وقت التعاقد ، إذا كان عيناً مالية ،
في كافة العقود من المعاوضات والتبرعات ، ولا يكفي احتمال وجوده مستقبلاً

(١) البدائع : ج ٥ ص ١٣٨ ، للكاساني .

لما في ذلك من الغرر المنهي عنه شرعا وصوننا للعقد من الالغاء عند فواته كالثمرة التي لم تبرز أصلا (١) ، لاحتمال عدم ظهورها ، وكاللبن في الضرع ، لاحتمال أن يكون انتفاخا ، وهذا ما يطلق عليه بيع " ماله خطر العدم " (٢) أي احتمال وجوده وعدمه ، فالعقد عليه يقع باطلا ، ولو وجد بعد إبرامه .

وحجتهم ، في هذا ، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد نهى عن بيع الغرر وعن بيع المعاومة والسنين (٣) وعن بيع الانسان ما ليس عنده (٤) وعن بيع حبل الحبله (٥) . لأن بيع المحل ، اذا كان معدوما وقت التعاقد ، قد يفضي الى الغرر بالا يوجد أصلا ، وكذلك اذا كان على خطر الوجود والعدم ، لأن هذا الاحتمال يفضي الى ذلك أيضا ، فلا بد أن يكون محقق الوجود ، عند العقد ، نفيًا للغرر والتنازع ، وكلاهما محرم ، والا كان العقد باطلا .

هذا هو مذهب الحنفية والشافعية (٦) في جميع العقود ، وهو مذهب المالكية فيما عدا عقود التبرعات .

ومن تطبيقات ذلك أيضا ، بيع الشر قبل أن يوجد ، اذ قد يمنع الله الثمرة ، وكذلك بيع ما ستلد ، الانعام ، أو بيع الأحمال في بطون أمهاتها

-
- (١) الفتاوى الهندية : ج٣ ص ١٠٦ ، وقد جاء فيها " بيع الثمار قبل الظهور لا يصح اتفاقا " .
 - (٢) بيع ثمار البساتين والزرور ، لعدة أعوام مقبلة .
 - (٣) جاء الجديث / " لا تبع ما ليس عندك " .
 - (٤) أي نتاج النتاج من الحيوان - بفتح الحاء والباء في كليهما .
 - (٥) مجمع الانهر : ج٢ ص ٥٣ ، ص ٥٨ ، الهداية : ج١ ص ١٣٩ ، نهاية المحتاج : ج٢ ص ٥٤ ، الام : ج٣ ص ١٦٢ ، الفتاوى الهندية : ج١ ص ٤٦١ البسوط : ج١ ص ١٢٦

كل ذلك باطل ، لعدم وجوده أصلاً ، أو لا يثبت له وجوده ،
 يوجد ، فكان على خطر العدم ، إذ من المعلوم أن العقد الحبيس
 سيبا ، فيكون في العدم ، وفي احتمال الوجود لا عرر .
 وفرعوا عن هذا الأصل ، بطلان العقد اذا وقع غلط في دانسية
 المبيع ، بأن انصب الغلط على اسم المعبود ، كأن يشتري شخص
 هذا الخاتم من الذهب بشيرا الى خاتم من نحاس ، وهو لا يعلم أنه
 بنحاس ، أو أن يشتري فصا من الياقوت ، فاذا به من زجاج ، اذ المبيع
 حينئذ يكون معدوما ، لأن ما أسماه ، وأشار اليه ، لم يكن هو المعقود
 عليه (١) .

ب - يشترط تحقق وجود المحل عند ابرام العقد - كالرأى الأول -
 ولكن في عقود المعاوضات المالية خاصة ، دون عقود التبرعات والتوثيقات
 كالوقف والهبة والرهن ، بل يكفي في هذه الأخيرة ، أن يكون المحل
 ممكن الوجود في المستقبل ، وهذا هو مذهب المالكية ، اذ لاغرر فيها
 ولا تزاج - لأنها تمحضت تبرعا ، ودون غيرها ، أو سببا .
 ح - لا يشترط وجود المحل وقت التعاقد ، في كافة العقود ، وهو رأى
 الامام ابن تيمية وابن القيم (٢) والامام العز بن عبد السلام ، بل يصح

على أن بعض الفقهاء المحدثين ، قد ادج هذه المسألة في باب
 نسيب الرضاء ، انظر المعاملات الشرعية المالية : ص ٩١ - ٩٢ هـ
 والاساتاذ أحمد ابو الفتح : كتاب المعاملات في الشريعة الاسلامية
 ج ٢ ص ١٨٢ - ١٨٤ هـ ، واخذت المجلة بهذا الراى في البادة ٢٠٨
 نظام التوثيقين : ج ٢ ص ١١٣ وما يليها - والقياس في الشرع الاسلامي
 ح - لابن تيمية ، وراجع مذهب المالكية - الخرشي : ج ٢ ص ١١٦
 بداية المجتهد : ج ٢ ص ١١٢ هـ

أن يكون محل العقد شيئا مستقبلا ، اذا كان محقق الوجود أو
ممكن الوجود عادة .

وعلى هذا ، فان المعدوم من حيث هو معدوم ، يصلح أن يكون محلا
للتعاقد ، لأن النهي عن بيعه ، لا للوجود ولا للعدم ، بل للفرر
حتى اذا كان محقق الوجود أو ممكن الوجود مستقبلا ، عادة ، صح -
التعاقد عليه ، تيسيرا على الناس ، ورفعاً للحرج عنهم ، وتحقيقاً
لمصالحهم ، وقد درج على ذلك عرفهم ، ونزع الناس عن أعراضهم ، القاء
لهم في العنت وذلك فيسرجائز ، مادام لا يورث غررا ولا نزاعا مشكلا
يحول دون تنفيذ العقد عادة .

والخلاصة أن متأخرى الحنابلة وبعض الشافعية أجازوا أن يكون محل
العقد شيئا مستقبلا ، مادام ممكن الوجود ، وان الفرر هو علة النهي
لا المعدومية .

منشأ الخلاف بين ابن تيمية وابن القيم وابن عبد السلام من جهة

بين جمهور الفقهاء في اشتراط وجود المحل وقت العقد اذا كان

عينا ماليا .

منشأ الخلاف في تخريج مناط النهي عن المعدوم ، أهو لذات
العدم ، وهذا ما انتهى اليه اجتهاد الجمهور ، أو للفرر ، لا للعدم ؟
وهو مذهب ابن تيمية وابن القيم وابن عبد السلام .
وتفرع عن هذا ، ان المعدوم يصح ورود العقد عليه ، ويكون صحيحا
شرعا ، اذا كان محتمل الوجود مستقبلا ، وكان معلوم الوصف والقدر ،
ومقدور التسليم ، لانتفاء " الفرر " الذي هو علة النهي ، واذا انتفى الشرع

انتفى التحريم وصح العقد .

وأما اذا تحقق الغرر ، كان العقد باطلا ، ولو كان محل العقد موجودا وقت العقد ، كبيع البعير الشارد والمال المغصوب ، والمسروق ، وما اليه ، لأنه معجوز التسليم .

ونرى أن رأى الامام ابن تيمية وابن القيم ، هو الأرجح ، لقيام التعامل على اليسر . وتحقيق المصالح ، ولأن الضرورات تقتضي العمل بهذا الرأى ، ولذا رأينا الامام مالك وبعض أئمة الحنفية يجيزون بيع المعدوم من الثمر والبقول والخضار ، تبعا للموجود اذا كان من طبيعته هذا التلاحق في الوجود ، واستدلوا بما ورد في عقد السلم الذى جاز بالنص والاجماع ، وفي الاستصناع ، والاجارة ، وغيرها ، ومحلها معدوم ، لمكان الضرورة ، والشارع لا يتناقض .

على أن ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، من أن الاصل تحقق وجود المحل وقت التعاقد ، شرطا لصحة العقد ، وما عدا ذلك انما جاء على سبيل الاستحسان ، كلاجارة وما اليها منقوض - كما يقول العز بن عبد السلام - بأن الشريعة طافحة بمسائل المعاوضة على المعدوم ولا يستقيم اعتبار الأصل أصلا ، اذا كانت الاستثنائات في جميع التصرفات اكثر مما يقتضيه ، وفي هذا المعنى يقول الامام العز بن عبد السلام ، مستنكرا رأى الجمهور بقوله : " والعجيب ممن يعتقد أن المعاوضة على المعدوم ، على خلاف الاصل ، مع أن الشريعة طافحة بها في جميع التصرفات . (١) "

(١) قواعد الأحكام : ج ٢ ص ١١١ ص ١١٣ . ومن هذه الاستثنائات

الاستصناع والسلم وبيع الثمار والخضار ، والازهار ، والاجارة .

ثالثا : أن يكون المحل مقدور التسليم وقت إبرام العقد :

هذا الشرط عام في جميع العقود (١) ، عند الشافعية والحنفية ولا يصح العقد اذا تخلف ، ولو كان المحل موجودا ومطوقا للعاقبة كبيع سفينة غرقت في البحر ، أو بيع بضاعة مستوردة من الخارج أيام (٩٠) الحروب ، ولما تصل إلى يد البائع ، أو بيع الحيوان الضال ، فالعقد باطل (٢) .

وجاء في تطبيقات هذا الشرط أيضا ، بيع اللبن في الضرع ، لأنه لا يجتمع دفعة واحدة ، ولا بيع الصوف على ظهر الغنم ، لأنه ينمو ساعة فساعة فيختلط الموجود وقت العقد بالحادث بعينه على وجه لا يمكن معه التمييز بينهما فصار معجوز التسليم (٣) .
وتعليل هذا الاشتراط ، أن الفرض من العقد تنفيذ أحكامه ، ولا سيما حكمه الأصلي ، كانتقال الملكية في عقد البيع ، إلى المشتري ، فإذا كان المبيع معجوز التسليم ، لم يتحقق الفرض الأصلي للعقد فيغدو عبثا ، عديم الفائدة .

وكذلك الحكم ، بل ومن باب أولى ، إذا كان محل العقد مستحيلا عادة أو شرعا القيام به ، أو إنجازه وتسليمه ، من مثل الاتفاق منع

(١) - خلافا للملكية الذين اشتروا في عقود المعاوضات خاصة ، دون

عقود التبرعات ، كما سيأتي .

(٢) - المادة / ٢٠٩ من المجلة - تبين الحقائق - ج ٤ - ص ٤٤ وما

يليها - البدائع - ج ٥ - ص ٢١٠ .

(٣) - البدائع - ج ٥ - ص ٢١٠ - الهداية - ج ٣ - ص ٣٢ - ص ٢٣

وانظر المادة / ٢٠٨ و ٢٠٩ - من المجلة .

الطبيب على شفاء المريض نظير أجر معين ، باطل ، لان هذا يستحيل شرعا ان الشفاء بيد الله تعالى ، فالعقد أوجب تكليفا أو التزاما لا يسع التعاقد أن يوجده ، أو ينفذه ، وبذلك كان غير مقدور التسليم . غير أن المالكية أجازوا تخلف شرط القدرة على التسليم وقت التعاقد ، في التبرعات . فلم يشترطوه فتجوز هبة البعير الشارد وما اليه والوصية بالمال المفصوب . فخالفوا بذلك الجمهور .

وحجتهم في ذلك ، أن النهي عن الفرر انما ورد في البيع خاصة وهو عقد معاوضة مالية ، فيقتصر عليه ، ويلحق به ما كان في معناه ويستثنى من ذلك التبرعات .

هذا ، واستدلوا بالمعقول ، وهو أن محل العقد في المعاوضات اذا كان غير مقدور التسليم ، فإن بيعه يفضي الى المقامرة ، لانه يباع عادة بثمن أقل ، فاذا قدر المشتري على أخذه ، يكون قد قمر البائع ، وخذعه لانه أخذه باقل من ثمنه ، وان عجز عن ذلك ، يكون البائع قد قمره وظبه لانه اخذ مالا دون أن يقدم عوضا مكافئا وفي كلا الحالين ضرر ومنازعة وهو ما لا يجوز المصير اليه ، وهذا منتصف في عقود التبرع ، ان ليس المقصود فيها الربح (٢) ، بل التواضع والتواصل واسداء الخير والاحسان الى الغير .

رابعا : أن يكون محل العقد معلوماً عند طرفيه ، وقت العقد عند علما نافيا للجهالة الفاحشة المفضية الى النزاع غالبا ، تحقيقا للرضى الحقيقي الكامل :

هذا الشرط متفق عليه في عقود المعاوضات المالية بما هي قائمة (٩٢)

(١) - المحلى - ج ٨ رقم ١٣١ - لابن حزم الاندلسي .

(٢) - الخرشبي - ج ٣ - ص ٣٧٢ - المهذب - ج ١ - ص ٢٦٣

جمع الانهر - ج ٢ - ص ٥٨ .

بأساس على تبادل العوضين فلا بد لكل من طرفي العقد ، أن يكون على بينة مما يأخذ ويعطي ، ليتم رضاه كمالاً ، والا فان الجهالة الفاحشة لا يتحقق معها الرضا ، وهو أساس التعاقد ، وحل انتفاع كل من التعاقدين بمال الآخر ، فضلاً عن أنها تفضي الى المنازعة ، مما يحول دون تنفيذ العقد ، واجتناء آثاره ، وما شرع التعامل في الاسلام لهذا المآل الممنوع .
ومن تطبيقات ذلك ، أن يقول بعثك شاة من هذا القطيع ، أو ثوباً من هذا الصندوق ، لجهالة المحل على نحو يفضي الى المنازعة .
وانما نشأت الجهالة الفاحشة من التفاوت الفاحش بين أفسراد المبيع (١) .

ثم أن هذه الجهالة مانعة من التسليم ، فلا يتحقق المقصود من العقد (٢) .

بخلاف الجهالة اليسيرة ، فمفترة ، تيسيراً للتعامل .
هذا ، ومحل العقد اذا كان يتعين بالتعيين ، أصبح هو بذاته واجب التسليم ، دون غيره ، ولو كان من جنسه وليس للعاقد الا خبر أن يسلمه شيئاً آخر ، ولو من جنسه ، أو مثله ، أو في مثل قيمته ، أو أعلى قيمة منه (٢) .

(١) - البدائع - ج ٥ - ص ١٥٦ - البحر الرائق - ج ٥ - ص ٢٦٠

المرجع السابق .

(٢) - نصت المجلة على أن " المبيع يتعين بتعيينه في العقد - مثلاً لو قال بعثك هذه السلعة ، وأشار الى سلعة موجودة في المجلس ، وقبل المشتري ، لزم على البائع تسليم تلك السلعة بعينها ، وليس له أن يعطيه سلعة غيرها من جنسها "

هذا ، وتكفي الإشارة في تعيين محل العقد اذا كان موجودا فسي
المجلس ، ويحصل بها علم المشتري به .

أما اذا كان المجل غائبا عن المجلس فيمكن تعيينه بالاوصاف
التي تميزه عن غيره ، ليحصل العلم .

فان كان أرضا ، أو دارا ، أو سيارة ، فيجب بيان مساحتها
وحدودها ، أو بيان موقع الدار ، وعدد طبقاتها ، ومساحتها ، أو بيان
نوع السيارة ، وشكلها ، ومصدر صنعها ، وتاريخه ، ومدى جدتها
واستعمالها ان لم تكن جديدة ، وهكذا من كل ما هو ضروري لنفي الجهالة
التي تورث النزاع .

وأما ان كان محل العقد من المثليات ، فيجب - لتعيينه وحصول
العلم به ، أن يبين جنسه ، ونوعه ، وقدره ، والا بطل العقد
ذلك لان رضا الطرفين - وهو أساس التعاقد - موقوف على ذلك
اذ لو لم يكن المجل على الاوصاف التي تم الاتفاق عليها ، فان كان
خيرا منه ، فات رضا البائع ، وان كان دونه ، فات رضا المشتري (١) .
وكذلك يحصل العلم بالروية ان كان في مجلس العقد ، أو كانت قبله
بوقت لا يحتمل تغيره فيه ، وسيأتي مزيد بيان في بحث وسائل تعيين
المحل ، تحصيلا للعلم به علما نافية للجهالة الفاحشة ، ومحققا للرضا
الكامل .

هذا في عقود المعاوضات المالية .

(١) - شرح المجلة - ج ١ - ص ٢٠٦ - للاستاذ محمد سعيد مراد الغزوي

شرح المجلة - ص ٢٢٢ - ص ٢٢٤ للاستاذ منير القاضي .

أما في عقود التبرعات ، فقد مضى المالكية على أصلهم في التيسير فيها ، فجازوا الجهالة في محالها بولو فاحشة ، كالهبة ، والوقف ، والوصية فقالوا بصحتها معها .

غير أن المالكية لم يجيزوا الجهالة الفاحشة ، في المهر (١) ، في عقد زواج - وهو ليس عقد معاوضة مالية ، ولا عقد تبرع - بل أجازوا اليسيرة ن يتزوج ويجعل المهر أثاث بيت ، ويحتكم في تعيين ذلك الى العرف .
وبذلك كان العرف - عند المالكية - سبيلا الى تحقيق امكانية العلم حل العقد ، ولو كان - في حد ذاته - مجهولا وقت التعاقد .

وتعليل هذا الرأي عند المالكية ، أن عقود التبرع ، وكذا عقود الزواج ، ليس المقصود منها الربح ، أو العوض المالي ، فالتبرع لا يفهم شيئا ، وكذا عقد الزواج ، ليس المقصود أصالة من ابرامه ، المال ، ولذا كانت الجهالة فيه لا تخل بالمقصد الاصيل منه ، والعرف كاف في ازالة الجهالة التي تلابس المهر ، هسفة وقدرا ، فتغتفر الجهالة فيه بقصد أكبر من الجهالة في عقود المعاوضات المالية .

أما الشافعية ، فقد اشترطوا العلم بمحل العقد أيا كان ذلك العقد ، معاوضة أو تبرعا على ما سيأتي تفصيله .

وسائل تعيين المحل التي تنتفي معها الجهالة الفاحشة :

٦ - تعيين المحل بالوصف جنسا ونوعا وقدرا ، اذا كان من المثليات ،
اجمعا :

يتعين محل العقد بالوصف جنسا ونوعا وقدرا ، اذا كان من المثليات .

(١) - الخرشي - ج ٣ - ص ٣٧٨ .

وفي عقود المعاوضة المالية وهذا بالاجماع ، كالقمح ، والشعير ، والزيت والقطن ، وما الى ذلك .

فلو قال بعثلك من القطن السوري ، من نوع كذا ، مقدار كذا ، تعيين المحل ، وأصبح معلوما لا جهالة فيه ، فيصح العقد ويلزم .

هذا اذا كان المحل من المثليات ، وفي عقود المعاوضات المالية . ولا يغني في تعيين " المثليات " (المقدرات) بيان الجنس دون النوع والمقدار ، او الجنس والنوع دون المقدار .

وأما اذا كان المحل من " القيميات " فلا بد من تعيينه بالذات ، ببيان أوصافه الجوهرية ، حسب طبيعة المحل ، فاذا باع دارا فلا بد من ذكر موقعها ، وبيان مساحتها ، ومشمولاتها ، وعدد طبقاتها وغرف كل طابق ، ومساحة كل غرفة ، وارتفاعها . واذا كان محل العقد القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، فانه يجب بيان نوع العمل ، وصفته ، ومدته ، فالتعاقد على بناء دار مثلا ، باطل لجهالة المحل جهالة فاحشة (١) ، وكذلك الامتناع عن غسل لا بد من بيان نوعه ، ومدته ، كالاتناع عن سكنى المنزل السنوي اشتراء ، مدة ثلاث سنوات من تاريخ العقد ، بشرط مقترن بالعقد لصالح البائع . وفي المنافع ، يجب تعيين العين المؤجرة ، ونوع المنفعة ، والمدة ومقدار العوض ، تعيينا يمنع أسباب النزاع . واذا باع من الانعام ما تتفاوت افراده في القيمة تفاوتاً يعتد به عرفاً ، فيجب تعيين المبيع بالذات ، لان التفاوت الفاحش بين افراده يجعل المبيع

(١) الجهالة الفاحشة هي التي تفضى الى النزاع ، وهي ضرب من الغرر

مجهولا جهالة فاحشة مفضية الى النزاع المشكل الذي يتعذر حسمه أمام القضاء (١) ، وهذا ضرب من الفرر المنهني عنه ، فلا بد من تعيين ذاتية المحل .

هذا ، ويتخذ الوصف وسيلة لتعيين المحل اذا كان عينا غائبة عن مجلس العقد ، وهو رأى الجمهور من المالكية والحنفية والحنابلة .

أما الشافعية (٣) ، فلا يرون " الوصف " للغائب ، وسيلة كافية لتعيين المحل ، والعلم به ، ولو كان دقيقا ، فلا يصح معه العقد ، بل يرون أن " الروئية " شرط انعقاد ، لانهم اعتبروها الوسيلة الوحيدة للتعيين ، ولذا اشترطوها دائما ، سواء أكان المحل قائما فسي المجلس ، أم غائبا عنه (٤) ، فالأعيان الغائبة لا سبيل الى العلم بها الا الروئية .

(١) - فلا يصح بيع دابة من الدواب ، أو شاة من القطيع ، أو أن يبيعه جميع ما في هذه الدار من الاثاث ، والدواب ، والثياب ، والحبوب .

(٢) - هذا ، وحكم العقد على مجهول - في فقه الحنفية - أنه فاسد لا باطل ، خلافا للجمهور الذين لا يفرقون بين الفساد والبطلان على ما سيأتي تفصيله . جاء في المجلة " بيع المجهول فاسد " مادة / ٢١٣ .

(٣) - وهذا مذهب الشافعي في الجديد ، وفي رواية عن الحنابلة - بداية المجتهد - ج ٢ - ص ١٦٩ - مغني المحتاج - ج ٣ - ص ٥٢٠ وما يليها .

(٤) - نهاية المحتاج - ج ٣ - ص ٣٤ .

وعلى هذا ، لا خيار رؤية في فقههم ، لان هذا يستلزم سبق انعقاد العقد غير لازم ، انما لم تتم رؤية محله عند انشاءه ، وهم لا يقولون بانعقاده اصلا في هذه الحال ، فيقع باطلا ، ولا خيار في العقد الباطل لانعدامه أصلا وآثارا ولانه لا يقبل الاجازة ، وحجتهم في هذا ، قوله - صلى الله عليه وسلم - : (لا يخل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ولا يربح ما لم يضمن ، ولا يبيع ما ليس عندك) .

ووجه الاستدلال ، أن قوله - صلى الله عليه وسلم - " ولا يبيع ما ليس عندك " ، محمول على الغائب الذي لم تتم رؤيته ، هذا فضلا عن احتجاجهم بالنهي عن الفرر ، وبذلك منع الشافعية العقد على الاعيان الغائبة ، لعدم تحقق شرط الرؤية ، وهو رواية عن الحنابلة .

ولم يوافق الجمهور (١) على هذا التفسير ، بل حملوه على بيع الانسان ما لا يملك ، بخلاف الغائب ، فلا نهي عن بيعه اذا كان مملوكا ، ويستتم العلم به عن طريق الوصف اذا لم تمكن رؤيته ، ومشاهدته ، لعذر الغيبة وهي شرط في جميع العقود ، سواء أكانت من المعاوضات المالية أم التبرعات ولا نزاع في أن " الرؤية " من أبلغ طرق العلم بمحل العقد اذا كان من الاعيان ، عقارا كان أم منقولا . هذا ، ويتوقف شرط الرؤية على كسبون محل العقد عينا مشخصة .

(١) - راجع في مذهب الجمهور - فتح القدير - ج ٥ - ص ٩٠

كشاف القناع - ج ٢ - ص ٦٧ - نهاية المحتاج - ج ٣ - ص ٢٧

وما يليها .

وراجع مصادر الحق - ج ٢ ص ٦٣ وما يليها -

المبسوط - ج ١٣ - ص ٦٩ وما يليها .

غير أن المالكية يوجبون الروئية إذا كان المحل حاضرا في المجلس حتى إذا تمت ، كان العقد لازما .
أما إذا كان غائبا ، فالوصف الدقيق الذي تنتفي معه الجهالة يقوم مقامها ، ويقع العقد لازما إذا كان الوصف مطابقا ، والا فللمشتري خيار الوصف عند المالكية والحنابلة في رواية ، بخلاف الحنفية حيث يثبت خيار الروئية مطلقا ، فالعقد لا يكون لازما عندهم إلا بالروئية ، ولو كانت أوصافه مطابقة لما تم التعاقد عليه .

واستدلوا بقوله - صلى الله عليه وسلم - " من اشترى ما لم يــــره فله الخيار إذا رآه " باطلاق ويحدث ليس الخبر كالمعاينة " .
- هذا ، ولا يراد بالروئية الابصار ، بل هي أعم ، إذ تعترف في كل شيء بحسبه ، فإن كان من المشعومات ، أو المطفومات ، فإن رويته تعتبر بشممه وذوقه ، بخلاف السيارة ، والدار ، والارض ، والحيوان وما الى ذلك .
ولا يشترط أن يرى محل العقد كمالا ، بل تكفي روية جزء منسه إذا كانت اجزائه لا تتفاوت تفاوتاً يعتد به عرفا ، إذ العلم بالجزء ، يستلزم العلم بالكل .

- هذا ، والارجح ما ذهب اليه الجمهور ، تيسيرا للتعامل ، ولا تنفاء الغرر . وفي الجملة ، فإن الفقه الاسلامي يتشدد في شرط معلومية المحل تحقيقا للرضا الكامل (١) .

(١) - مغني المحتاج - ج ٣ - ص ٣٤٣ - بداية المجتهد - ج ٢ - ص ١٥٥ -
منتهى الارادات - ج ١ - ص ٣٤٢ - فتح القدير - ج ٥ ص ٨٥ وما يليها - مجمع الانهر - ج ٢ - ص ٥٨ - المهذب - ج ١ - ص ٢٦٣
احكام المعاملات الشرعية - ص ٤٠٠ وما يليها
للاستاذ علي الخفيف .

٩٩ هـ - العلم بالاشارة :

هذا ، ويتم العلم بمحل العقد ، أو تعيينه بالاشارة اليه
أو الى مكانه الخاص به ، اذا كان المحل موجودا في مجلس العقد
ولا تلزم الروئية عند فريق من الفقهاء منهم الحنفية ، في هذه الحال
كأن يقول البائع بعتك هذه السيارة ، مشيراً اليها ، أو يقول بعتك ما فسي
هذا الصندوق ، أو ما في هذه الغرفة ، أو الكيس ، ويشير اليه ، شريطة
أن يكون ما في كل منها معروفا لدى المشتري قبل العقد على
الاصح .

ونذهب بعض الفقهاء الى عدم اشتراط معرفة المشتري المسبقة
والاصح الاول (١) ، ان لا تنتفي الجهالة الفاحشة مع عدم العلم المسبق
بما في المكان الخاص بالمحل ، وبشرط الا يكون قد مضى على علم المشتري
مدة يتغير المحل خلالها عادة (٢) .

(١) - منير القاضي - هـ - ١ - ص - شرح المجلة

الاقناع - هـ - ٢ - ص ٦٥ .

(٢) - والفقه الاسلامي يهـصل في هذا قاعدة عامة مؤداها أن

"الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر" .

(٣) - لا يتسع المقام للتفصيل بأكثر من ذلك ، لمحدودية صفحات

المقرر حسب النظم المرعية .

الفصل الثالث

الارادة المنفردة

كمصدر للالتزام في الفقه الاسلامي

يعتبر هذا المصدر فرعاً من مبدأ سلطان الارادة في الفقه الاسلامي غير أنها مقيدة بالمصلحة العامة ، وبعدم المساس بحق الغير ، أو الحاق الضرر به دون وجه حق ، والشروط التي اشترطها الفقهاء في العقد بالمعنى الخاص في الجملة .

هذا والارادة المنفردة (١) ، او التصرف الانفرادي (٢)

اصطلاح غير معروف في الفقه الاسلامي ، بل في الفقه الوضعي ، وإن كان مدلوله مستقراً في فقهننا ، منذ نشوئه ، ومجاله أوسع ، ويطلق عليه العقد بالمعنى العام ، أو الايجاب الذي يتم بصدوره من الموجب وحسده على وجه مشروع ، دون توقف على قبول طرف آخر ، ويترك اثره في محله .

(١) - لم يعرف الفقه الاسلامي هذا الاسم تعبيراً عن الايجاب الذي يتم .

ليصدوره عن الموجب على وجه مشروع ، ليترك اثره في محله ، دون توقفه على قبول طرف آخر ، وإن كان "مدلوله" قد وجد في هذا الفقه ، واتخذ مجالاً واسعاً ، ولم يكن وجوده ثمرة لتطور هذا الفقه ، وإنما استقر فيه منذ نشوئه ، كمصدر للالتزام ، ويطلق عليه العقد بالمعنى العام .

(٢) - هذا ويطلق بعض الفقهاء اسم التصرف الانفرادي ، غير اننا نسمي

أن هذا المعنى أعم من مفهوم الارادة المنفردة كمصدر للالتزام .

تعريف الارادة المنفردة كمصدر للالتزام :

يمكن تعريفه : بأنه : ايجاب يتم على وجه مشروع يترك أثره في محله والمكلف في الشرع ، يصبح ملتزما بما يلزم به نفسه ، وازادته الحسرة تجاه الله تعالى ، أو الكافة ، أو جهة عامه ، أو شخص معين ، أو غير معين .

مجال الارادة المنفردة :

لا ينحصر مجالها في الالتزامات المالية ، بل يتعداها إلى غيرها من الالتزامات غير المالية .

أما في الالتزامات المالية ، فمن مثل الكفالة ، والابراء من الدين والجمالة ، والنذر ، وفي اجازة عقود المعاوضات المالية الموقوفة . وأما غير المالية ، فمن مثل الاسقاطات ، كالطلاق المجرد ، واسقاط حقوق الشفعة .

وعلى الجملة ، فان الارادة المنفردة ، اما أن تنشيء التزاما معيناً كالوصية والوقف والكفالة (٢) ، أو تبيز تصرفاً ، كالعقد الموقوف ، أو تسقط

(١) - الايجاب هو القول الصادر أولاً ، والمتضمن الزاماً ذاتياً للموجب نفسه ، ولكنه غير متوقف على قبوله طرف آخر ، فخرج العقد بالمعنى الخاص .

- وعلى وجه مشروع ، باستكمال شروط العقد الصحيح ، صيغة ، ومجلا واهلية .

(٢) - الكفالة تتم وتلزم بمجرد الصيغة ، بقولك كفلت لك دينك ، قبل فلان ، وان لم يصدر من الدائن قبول عقب الايجاب ، عند الملكية والحنابلة واضح القولين عند الشافعية ، وهو مذهب الزيدية ورأى أبي يوسف - خلافاً لابي حنيفة ومحمد - التصرف الانفرادي ص ٥٢ - الشيخ علي الخفيف .

حقا كالشرط ، وكالطلاق المجرد (١) ، كل ذلك يتم ويلزم بمجرد الايجاب وحده .
على أن الارادة المنفردة من شروطها الا تحل حراما ، أو تحرم حلالا ، فانما قال شخص حرمت على نفسي هذا الطعام ، لم يلزمه تحريم أو قال أوجبت على نفسي لبس الحرير ، لم يلزمه حل ولا التزام .

فالارادة المنفردة - في الفقه الاسلامي - تنتج آثارا شرعية معينة . هذا ، والارادة المنفردة تصلح سببا للالتزام البات في بعض الاحوال المعينة ، عند الجمهور ، وقد نصت عليها الشريعة ، كالوقف ، والوصية والنذر ، والابراء ، والكفالة ، والجماعة ، وهي مصدر للالتزام بالدين في هذه الاحوال .

وقد تكون مصدرا للالتزام بغير الدين ، في احوال معينة أيضا من مثل الطلاق المجرد ، واسقاط حق الشفعة ، كما ذكرنا وذهب المالكية الى أنها مصدر عام للالتزام بالدين ، لقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا ، اوفوا بالعقود " وغير ذلك من النصوص التي توجب الالتزام على الانسان بما يصدر عنه من عهد ،

أما في غير الالتزام بالدين ، فلا تصلح مصدرا عاما ، بل تكون مصدرا للالتزام فيما نص عليه الشارع (٢) .
أركان الالتزام الانفرادي :

هذا الالتزام يتم من جانب واحد هو الملتزم ، ولا يتوقف على قبول من الطرف الاخر ، فاركانه ثلاثة :

(١) - (٢) - الطلاق المجرد هو ما لم يكن على مال (٣) ، بعد وفاة الموصي

الايجاب (١) - الملتمزم - المحل .

شروطه :

يشترط في الملتمزم ، أن يكون عاقلا بالغا مختارا ، غير محجور عليه ، لسفه ، أو دين ، ان كان الالتزام محله المال ، أو اسقاط مال ، لأنه ضرب من التبرع ، فلا بد أن يكون الملتمزم من أهله .

ومن ابرز تطبيقاته الجعالة .

الجعالة :

هي التزام يوجبه شخص على نفسه ، بارادته المنفردة ، بمال معين معلوم لمن يقوم له بعمل معلوم .

فالجعل اذن ، التزام بمال معين نظير عمل معين ، كأن تقسول : من رد علي سيارتي المسروقة ، أو من حفرتي بئرا في أرضي فاستنبط منها الماء ، أو من يدل على مجرم ، فله كذا ، مما يتعلق بالمصالح العامة والخاصة .

هذا ، وقد يكون الايجاب موجها الى شخص معين أو غير معين (٢) أي الى الكافة .

ويلاحظ أن العمل الذي هو محل الالتزام في الجعالة ، قد تلايسه جهالة غير يسيرة ، ان لا يعرف مدى الجهد المبذول في سبيل تنفيذ

(١) - الايجاب هو الصيغة - الملتمزم هو الموجب - والمحل هو الملتمزم به .

(٢) - المرجع السابق .

الملتزم به ، فهو غير محدد المدة ، وقد لا يكون محدد المكان أيضا
كما في رد الحصان الشارد ، أو المتاع الضائع ، غير أن نشوء هذا الالتزام
لا يتوقف على قبول الطرف الآخر ، إذ قد يكون غير معين .

حكم الجعالة :

الجعالة مشروعة في الفقه الاسلامي ، ودليل ذلك ، قوله تعالى :
" ولمن جاء به حمل بعير ، وأنا به زعيم " وهذه هي الجعالة
وإرادها في القرآن الكريم دون نقض لها ، أو نكير عليها ، يدل على
مشروعيتها .

شروط الجعالة :

- ١ - أن يكون العمل الملتزم به معيناً ، على الرغم من ملائمة الجعالة غير
اليسيرة ، وهذا يستلزم ألا يحدد الزمن لاتمام تنفيذ (١) الملتزم
به ، والمعمول به ، والمعمول عليه هو حصول الجاعل على المنفعة .
- ٢ - أن يحدد الجعل أو العوض تحديداً يفيد العلم به .

٣ - ألا يعطى الملتزم العوض فور التعاقد .

٤ - ألا يكون واجبا على الملتزم ذلك العمل ، فلو كان المتاع المطلوب رده

- (١) - يرى المالكية أنه لا يجوز تقديراً زمن معين ، إذ قد يستغرق العمل
الملتزم به زمناً أطول ، فيضيع على الملتزم ما قدم من جهد ، قبل
الفراغ من العمل ، إلا أن يكون قد اشترط عليه أن يترك العمل
متى شاء ، فإنه يجوز ضرب الأجل فيه ، لخفة الضرر .

، الخرشي - ج ٤ - ص ٥٩ - ٦٦ .

بجعل ، موجودا عنده ، أو كان يعلم مكانه ، وجب عليه رده ، ولا يثبت له حق في الجعل .

على أن الفقهاء اختلفوا في بعض التصرفات ، هل تتم بارادة منفردة أو هي عقد لا بد فيها .

من الطرف الاخر ، من مثل الكفاله ، والابراء من الدين .

فأما الكفاله ، فيرى المالكية وأبو يوسف أنها التزام من جانب واحد

فكانت من قبيل الالتزام بالارادة المنفردة ، خلافا للشافعية

وبعض الحنفية حيث يرونها " عقدا " يتوقف انعقاده على قبول

الطرف الاخر .

وأما الابراء من الدين ، فالحنفية يرون أنه التزام انفرادي

يتم بالايجاب وحده ، خلافا للمالكية الذين يرونه " عقدا " لا بد فيه

من قبول المدين ، اذ الابراء فيه معنى التمليك ، وليس لاحد ولاية على

غيره في أن يملكه شيئا دون رضاه ، دفعا للمنة .

المبحث الأول

تولي الشخص الواحد طرفي العقد

العقد ايجاب وقبول ، فلا بد لانعقاده من تعدد التعاقد ، لانه ينشئ حقوقا والتزامات متقابلة ، أو متباينة ، فلا يتصور أن يكون العاقد واحدا .

فعقد البيع مثلا ، ينشئ حقا للمشتري في تسلم المبيع ، والتزاما على البائع ، بتسليمه ، ولا يتصور أن يكون العاقد الواحد مسلما ومتسلما أو دائنا وملتزما في آن واحد ، للتناقض ، وايضا ، الحنفية يرون أن آثار العقد في المعاوضات المالية خاصة ، تنصرف الى " العاقد " لا الى الاصيل فلو كان العاقد وكيلًا عن الجانبين ، مثلا ، انصرفت آثار العقد اليه هو لا الى طرفي العقد الاصيلين ، فيقع التناقض على النحو الذي قدمنا ، بينما يرى فريق من الفقهاء ، أن آثاره ترجع الى الاصيل ، ولهذا هو منشأ الخلاف كما سنرى ، والشافعي كذلك ، لم يجوز أن يتولى شخص واحد طرفي العقد ، الا اذا كان وليا شرعيا في عقد الزواج ، وتولى عقد زواج حفيديه للضرورة ، ان لا يتأتى منهما التوكيل ، خلافا لفسو الذي لم يجوز ذلك باطلاق ، وحجته في ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم - : " كل نكاح لا يخضره اربعة ، فهو سفاح : خاطب وولي وشاهد اعدل " . وعلى هذا فالشافعية ، ووزر ، لا يجيزون تولي الواحد طرفي العقد ، الا اذا كان جدا وليا عن حفيديه في عقد الزواج ، كما قدمنا ، فيجوز

الشافعية للضرورة ، وهذا هو البرأى الاول .

- ونذهب الحنابلة والمالكية الى جواز أن يتولى الواحد طرفي العقد في كافة العقود - المالكية منها وغير المالية - اذا كان ذا صفة شرعية

من ولاية أو وكالة . وحجتهم في ذلك ، أن العبارة ما دامت صادرة عن شخص ذي صفتين شرعيتين ، فانها بمنزلة عبارتين من طرفي العقد كأن يكون وكيلا عنهما ، أو أصيلا عن نفسه ، ووكيلا أو وليا عن غيره . وايضا ، آثار العقد تتعلق بالأصيل لا بالوكيل ، التعاقد ، فينتفي التناقض ، إذ ترجع آثاره إلى طرفيه الأصيلين .

- وعلى هذا ، فإن كان التعاقد أصيلا من طرف ، ووكيلا أو وليا عن غيره من طرف آخر ، كانت عبارته قائمة مقام الإيجاب ، باعتباره أصيلا ومقام القبول ، باعتباره وكيلا أو وليا ، وهذا لا تناقض فيه .

واحتمالات تولي الواحد طرفي العقد تنحصر فيما يلي :

- ١- أن يكون أصيلا من جانب ، ووليا من جانب آخر ، كأن يبيع الأب مال ابنه من نفسه .
 - ٢- أن يكون وليا من جانب ، ووكيلا من جانب آخر ، كأن يوكله شخص أن يزوجه من ابنته الصغيرة .
 - ٣- أن يكون وكيلا من الجانبين ، كأن يوكله في أن يزوجه ، وتوكله امرأة أيضا أن يزوجه .
 - ٤- أن يكون أصيلا يعقد لنفسه ، ووكيلا عن الطرف الآخر ، كما إذا وكلته امرأة أن يزوجه من نفسه .
 - ٥- أن يكون وليا من الجانبين ، بأن يكون جدا وليا شرعيا على حفيديه من أولاده ، فيزوج ابن ابنه ، من ابنة ابنه الآخر (يزوجه ابنة عمه) .
- فالصفة الشرعية التي يصح بها تولي الواحد طرفي العقد ، إما أن تكون ولاية ، أو وكالة ، فضلا عن الأمانة ، وهذا هو الرأي الثاني . ومن هنا لا تصح " الفضالة " أساسا لصحة تولي الشخص الواحد

طرفي العقد ، فلا ينعقد سواء أكانت الفضالة من جانب ، أو من جانبيين
لانقضاء الصفة الشرعية ، وكذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وينعقد
موقوفا عند أبي يوسف - أما جمهور الحنفية ، فيما عدا زفر
فذهبوا الى عدم صحة تولي الواحد طرفي العقد ، بصيغة
واحدة ، في عقود المعاوضات المالية خاصة ، بناء على أصل
عندهم ، مقتضاه أن آثار العقد - حقوقه والتزاماته - ترجع الى
العاقدين ، لا الى الاصيل ، فيقع التناقض ، بخلاف عقد الزواج
فيصح ، لان آثاره ترجع الى الاصيل في كل طرف ، والكامل محرر
سفير ومعبر عن ارادة الاصيل ، خلافا لزفر ، للحديث الذي

روينا ، وهذا هو الرأي الثالث .

هذا واستثنى الحنفية ما تقضي الضرورة حوازه ، استحسانا ، ومن
ذلك ، بيع الاب أو الوصي ، أو الوكيل ، مال المسمى الذي في ذمته
من نفسه ، أو شراءه ، أو بيع الاب مال أحد ولديه المسمى للاضرار
للضرورة ، ان لا تتأتى منهما الوكالة ، والا ضاعت مصالحهما ، والاب
موفور الشفقة بالنسبة لولاده ، فتنتفى مظنة الاضرار بهما ، كما اجازوا
للقاضي أن يبيع مال قاصر لقاصر آخر ، لا ولي لهما ، أو أن يبيع
مال وقف لوقف آخر ، اذا لم يكن لهما متول عليهما ، لان للقاضي
الولاية العامة .

- أما عقد الزواج ، فقد أحيا المذنبون من علماء المالكية في هذا الموضع
طرفي العقد ، بما قدمنا ، من أن آثاره ترجع الى الاصيل .
وان العاقد مجرد سفير ومعبر عن ارادة الاصيل .

والراجح هو هذا الرأي الاخير (١) .

(١) - حكم الشروط المقترنة بالعقد قد فصلت احكامها في الفقه
المقارن ، لذا تفاديا للتكرار المل والمغلول ، لم نورد
في هذا المقام .

المبحث الثاني

الارادة الظاهرة والارادة الباطنة

قدمنا ، أن أساس التعاقد هو الارادة ، أو الرضا ، لكننا
أمر نفسي ، فاقيم مقامه أمور محسوسة مدركة ظاهرة منضبطة هي مظنة
وجوده ، كالقول ، والكتابة والاشارة والمبادلة الفعلية كما قدمنا وهي
ما نطلق عليه الصيغة فكان ثمة ارادتان - كما يقال - ارادة باطنة
واخرى ظاهرة .

فالارادة الباطنة (١) هي قصد العقد ، والرغبة في انشاءه ، مع
الرضا بما يترتب عليه من آثار .

أما الظاهرة ، فهي الايجاب والقبول ، أو ما يقوم مقامهما ، مما
يدل على الباطنة ، فكانت الظاهرة قرينة نشوء العقد على وجود الباطنة ، وهي
سبب نشوء العقد ، لكنها تقبل اثبات العكس اذا تام دليل قاطع أو قوى
يثبت أنها لم تعد مظنة أو دليلا على وجود الباطنة .

ويترتب على هذا أن الاصل ، أن الارادة الظاهرة تدل على وجود
الباطنة ، وإنما متفقتان ، ومتطابقتان ، فيعقد العقد بالظاهرة
ما لم يدل دليل على خلاف ذلك على ما سيأتي تفصيله ، فلا بد من قيام
الارادتين ، وتطابقهما ، لينشأ العقد .

وتأسيسا على هذا لا ينعقد العقد بالارادة الباطنة (النية)
وحدها ، ولا ينشأ بها التزام ، ما لم تخرج هذه الارادة من حيز
الخفاء الى حيز الظهور ، فمن نوى البيع مثلا ، لا ينعقد بيعه

بمجرد النية ، ومن نوى الطلاق دون أن يظهر هذه النية لا يقع

(١) - الفقهاء يعبرون عن الارادة الباطنة بالقصد أو النية ، وعن
الظاهرة بالصيغة المنشئة .

طلاقه .

وأيا ، لا عبرة بالظاهرة وحدها ، اذا قام الدليل على انتفاء الباطنة قطعاً ، بأن صدرت الصيغة أو الارادة الظاهرة من مجنون أو صبي غير مميز ، أو من مكره أو نائم ، أو سكران ، عند بعض الفقهاء ، ان لا يترتب عليها أثر ، لان الارادة الباطنة ، أساسها التمييز ، وهو منتف في هذه الحالات ، فانتفت بذلك الباطنة التي هي الاصل في انشاء العقد ولم تعد الظاهرة وحدها تصلح تعبيراً عن شيء ، فكانت لفوا ، والدليل على انتفاء الباطنة ، هو الجنون أو السكر أو النوم وعدم التمييز .

أما اذا لم تنتفأ أو لم تتطابقا ففي هذه الحال تفصيل نوره فيما يلي :

عدم تطابق الارادتين :

ينجم عدم التطابق عن اسباب منها أن يكون التلفظ بالعبارة بقصد الهزل ، أو التعليم والحفظ ، أو التمثيل ، والحكاية ، أو تحت ضغط الاكراه ، عند بعض الفقهاء .

وقد اختلف الفقهاء في حالات اختلاف الارادتين من حيث تقديس احدى الارادتين على الاخرى ، فمن الظاهرة ، قال بانعقاد وترتب اثاره ومن رجح الباطنة أبطله ، وليس ثمة من قاعدة عامة التزمها الفقهاء في هذا الترجيح ، بل يختلف في كل حالة على حدة .

الحالة الاولى :

أن تصدر العبارة من يقصد النطق بها ، ويدرك معناها ويستعملها فيه ، ولكنه لا يقصد انشاء العقد ، ولا ترتب آثاره عليه ، بل يريد

غرض آخر هو التعليم ، أو الحكاية أو الحفظ أو التمثيل ، فهذه تعتبر لغوا ، لا أثر لها ، إذ القرينة دلت على انتفاء الإرادة الباطنة لانشاء العقد .

الحالة الثانية :

أن يقصد العبارة التي ينطق بها ، وهو مدرك لمعناها ، ولكنه لا يرغب في انشاء العقد ، وترتب آثاره ، وإنما يريد غرضاً آخر ، هو الهزل واللعب ، أو التظاهر بأنه يريد انشاء العقد ، كالمكره دفعاً للضرر والأذى عن نفسه .

١ - تصرفات الهزل :

هذا وقد اتفق جمهور الفقهاء في حالة الهزل ، على صحة التصرف في الامور التي يستوى فيها الجد والهزل ، لدليل من الشارع ، وذلك كالزواج ، والطلاق ، والرجعة ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - : " ثلاث جد هن جد ، وهزلهن جد ، الزواج والطلاق ، والرجعة . " وأيضاً هذه التصرفات يتعلق بها حق الله ، وهذا ليس موضعاً للهزل ، فيؤخذ بما نطق ، وتلزمه آثاره ، لقوله تعالى :

" ولا تتخذوا آيات الله هزواً " ولا تسمع دعواه بأنه كان هازلاً .

أما في غير ذلك من التصرفات ، فقد اختلف فيها الفقهاء على

قولين :

أولهما : الاخذ بالظاهرة ، والحكم بصحة التصرف وترتب آثاره عليه

إلا اذا تضمنت الصيغة نفسها ما ينقض دلالتها على الباطنة

وهذا اتجاه موضوعي - كما ترى - يقصر النظر على العبارة نفسها

لأنها هي المعول عليها في نشوء التصرف دون اعتداء بالإرادة

الخفية ، أو استقصائها والتحري عنها ، ولا عبرة بالدعاء بالهزل

لما في ذلك من فتح لباب يفضي الى عدم استقرار التعامل بين الناس
وهدم الثقة فيما بينهم .

ونذهب جمهور الفقهاء الى أن تصرفات الهازل لغو ، اذا دلت
القرائن على انتفاء الرضا الذي هو أساس التعاقد ، باستثناء الزواج
والطلاق والرجعة ، لتعلق حق الله تعالى بها ، كما ذكرنا ، ولا يقاس
عليها غيرها ، فلا بد من تحقق الرضا (١) .

والراجع ما ذهب اليه الجمهور .

هذا ، والشارع يشير الى هذا ، لان مساواته بين الجد والهزل في
الامور الثلاثة المذكورة ، دليل على أن الاصل هو التفرقة بين
صدور العبارة جدا ، وبين صدورهما هزلا ، أو عبثا ، فالأولى تنشىء
العقد ، لتوفر الرضا ، دون الثانية ، والا ما كان للتسوية بين الجد
والهزل في التصرفات الثلاثة المستثناة أى وجه معقول هذا ، والاعتداد
بعبارة الهازل وتصحيح تصرفاته يؤدى الى أكل اموال الناس بالباطل
ان لا تقوم على أساس التراضي ، وهذا محرم بالنص فما يؤدى اليه باطل .
٢ - تصرفات المكره :

أما الاكراه على عقد بغير حق ، فيبطله عند الجمهور مطلقا ، لان الاكراه

(١) - البحر الرائق - ح ٥ - ص ٢٦٠ - ص ٢٦١

ونذهب بعض الحنفية الى أن عقد الهازل فاسد لا باطل ، لان
اختياره قائم ، بقصده الى التلفظ بالصيغة ، ولكن تخلف الرضا
وهو شرط صحة ، فكان فاسدا - مجمع الانهر - ح ٢ - ص ٦٥ .

يعدم الاختيار والرضا في اجتهادهم ، فالارادة الظاهرة نفسها ، أو الصيغة معدومة مع الاكراه شرعا ، وان وجدت حسا ، وكيف ينشأ عقد بغير سبب قائم حقيقي ظاهر معتبر ؟؟؟ خلافا للمهازل ، ان تلفظه بعبارة العقد يحض اختياره ، وهذا هو رأى الشافعية والمالكية والحنابلة .

وحجتهم في ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم : " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكروها عليه " والرفع مقصود به رفع الحكم فالمكروه لا يؤخذ بما صدر منه من قول ، ولا يترتب عليه حكم ، في هذه الحال ، لصريح النص ، وأيضا ، لا رضا مع الاكراه ، والرضا أساس الانعقاد وانما نطق المكروه بالصيغة ، دفعا للضرر والاذى ، لا رضا بالعقد وآثاره فافتقد التصرف بذلك أساس انعقاده . وذهب الحنفية ، الى أن عبارة المكروه صحيحة ، ينعقد بها العقد ، ولكنه فاسد عند بعضهم ، موقوف على زوال الاكراه عند الآخر ، واستثنوا من ذلك العقود الخمسة ، فانها تقع صحيحة ، لا فاسدة ولا موقوفة ، لانها وقعت صحيحة مع الهزل ، فكذلك مع الاكراه قياسا ، اد الشارع استثنائها ، كما علمت .

وحجتهم في ذلك ، أن الاكراه لا يعدم الاختيار ، وانما يعدم الرضا والاختيار كاف في الانعقاد ، والرضا شرط صحة ، وتخلفه يوجب الفساد البطلان ، فيجب التفرقة اذن في الحكم على التصرفات بين الاختيار والرضا المكروه مختار للصيغة ، دفعا للاذى ، واختيارا لاهون الشرين ، ولكن صفة غير راضى بأى من الشرين ، ولا بآثار الصيغة .

وبالاختيار ينعقد العقد ، ولكنه فاسد لتخلف شرط الصحة وهو الرضا (١) ،

(١) - أما زفر ، فيرى أن الرضا شرط نفاذ ، لا شرط صحة ، فينعقد العقد عنده صحيحا موقوفا .

- أما الجمهور فلا يفرقون بين الاختيار والرضا ، فهما مترادفان فانتفاء أى منهما يستلزم انتفاء الآخر ، وفي مسألتنا انتفى الرضا فاستلزم انتفاء الاختيار ، فيقع العقد باطلا .

ومذهب الجمهور هو الرجح ، ان لا رضا مع الاكراه ، فلا يقع معه طلاق ، ولا ينعقد معه عقد زواج ، ولا طلاق ، ولا يقاس الاكراه على الهزل ، لتباين حقيقة كل منهما .

منشأ الخلاف :

يرجع الخلاف الى أن الارادة الباطنة ، هل تتحقق بالاختيار والرضا أو تتحقق بالاختيار دون الرضا ، ويكون الرضا شرط صحة لا أساس انعقاد ؛ فالجمهور يرى ، أن الاختيار والرضا مترادفان ، ان حقيقتهما واحدة ، فكانا متلازمين .

هذا ، ويعرفون الاختيار بأنه القصد الى التلفظ بالعبارة المنشئة للعقد التي تفصح عن الرغبة في آثاره ، وهذا هو الرضا بعينه بخلاف الحنفية الذين يرون أن الاختيار والرضا ، حقيقتان متباينتان ولا تلازم بينهما ، فقد يوجد أحدهما دون الآخر ، ويترتب عليه أثره .

فالاختيار هو القصد الى النطق بالعبارة . أم الصيغة المشتملة للعقد ، سواء أصحب ذلك رغبة في تحقيق آثاره أم لا ، أما الرضا ، فهو الرغبة في تحقيق الآثار ، والالتزام بها . وفرق بين القصد الى الصيغة ، والتلفظ بها ، وبين الرغبة في آثارها .

وتأسيسا على هذا ، فالمكره منار للصيغة ، غير راض بالاشهر فينعقد العقد فاسدا عند الحنفية ، لتخلف الرضا ، وهو شرط صحة

ويقع باطلا عند الجمهور ، لان تخلف الرضا يستلزم تخلف الاختيار
، انهما حقيقة واحدة ، كما قد منا .

الحالة الثالثة :

عبارة السكران :

السكران فاقد الوعي ، زائل العقل ابان سكره ، من خمر أو غيره
يتناوله باختياره مع العلم بحرمة .

فاختلف الفقهاء في حكم عبارته .

فالجمهور على أن مؤاخذ بعبارته ، عقوبة له ، ان لا ينبغي أن يكون
السكر سببا في اعفاءه من التزاماته ، ولان المحرم لا يكون طريقا الى النعمة

وذهب الحنابلة الى أن عبارة السكران لا يعتد بها ، ولا ترتب

التزاما ، لفقدانه الوعي والتمييز ، فزوال عقله الحق بالمجنون

ففقده الارادة ، وأشبه المكره من هذه الناحية ، ان كلاهما مسلوب

الارادة ، وان كان السكران يزيد على المكره ، بانه مسلوب العقل

أيضا .

وبعض الفقهاء يفرق بين السكر بخلال أو بمحرم ، فيؤاخذ به فسي

الاول دون الثاني :

ونحن نرى ، أن عبارة السكران لاغية ، لا يترتب عليها أثر

لانه مسلوب العقل والارادة ، وهما أساس التكليف ، وصحة التصرف .

وأما عقوبته على جريمته ، فقد تقررت بالحد ، ولا يزداد على ذلك

الا بنص .

(١٢٤) الحالة الرابعة :

ان تصدر العبارة عن المخطيء والناسي ، فالجمهور على أن لا اعتداد بها ، ولا يترتب عليها أثر .
على أن المخطيء والناسي قد نطقا بالعبارة دون قصد لها فلا ارادة ولا رضا ، كما ترى .
وحجتهم في ذلك أيضا ، قوله تعالى : " وليس عليكم جناح فيما اخطأتم ، ولكن ما تعمدت قلوبكم " وقوله صلى الله عليه وسلم :
" رفع عن امتي الخطأ والنسيان ، وما استكروها عليه " فان قام الدليل على الخطأ والنسيان ، كانت العبارة لغوا ، ولا يترتب عليها التزامات لا قضاء ولا ديانة ، بخلاف ما اذا لم يشبها ، فان كان صادقا في دعواه كان غير ملزم ديانة ، وتبقى مؤاخذته أمام القضاء .

خلافاً للحنفية ، حيث قالوا بصحة عبارة المخطيء والناسي ، عملاً بعبارة استقرار التعامل ، وسداً لذريعة ادعاء الخطأ والنسيان (١) ، ورأى الجمهور أرجح ، لانقضاء القصد والرضا بداهة .

وأما استقرار التعامل ، فمتحقق ، لانا لا نحكم بالغاء عبارة المخطيء (١٢٥) والناسي ، بمجرد الادعاء ، بل بعد اقامة الادلة على ثبوت ذلك .
الحالة الخامسة :

ان يقصد العاقد بالعبارة انشاء العقد ، ويرغب في ترتب آثاره ،

(١) - رد المختار - ج ٢ - ص ٢٣٦ - مجمع الانهر - ج ١ - ص ٣٨٤

الاشباه والنظائر - ص ٢٤ - ابن نجيم - شرح الخرشي وحاشيته

ج ٣ - ص ١٧٣ .

ولكنه - مع ذلك - يقصد الى اتخاذ هذا التصرف المشروع في ظاهره ذريعة الى تحقيق غرض آخر ، يناقض قصد الشارع من أصل تشريع~~ه~~ه باحلال محرم ، أو هدم واجب ، أو الاعانة على تحقيق غرض غير مشروع وهو ضرب من التعاون على الاثم والعدوان ، وهذا ما تناولناه تفصيلا في نظرية الباعث .

الفصل الرابع

آثار العقود

آثار العقد نوعية ، بمعنى أنها تختلف باختلاف طبيعة كل عقد . فإذا كان عقد البيع ينتج آثارا معينة خاصة به قد شرع من أجلها ، كانتقال ملكية المبيع الى المشتري ، و ملكية الثمن الى البائع ، وثبوت حقه فسي المطالبة به اذا كان حالا ، والتزام البائع بتسليم العين المبيعة ، وما الى ذلك ، فان عقد الرهن يوجب آثارا مختلفة بالنظر لطبيعة هذا العقد الاستثنائي ، فيثبت للمرتهن استحقاق قبض المرهون ، وحق احتباسه لاستيفاء دينه من ماله ، وعند انتهاء الاجل ، وعدم وفاء المدين (١٢٦) وكذلك عقد الاجارة ، آثاره ، انتقال ملك المنفعة الى المستأجر بعوض ، واستحقاقه لقبض العين المؤجرة ، ليتكمن من استيفاء منافعها والتزامه بدفع الاجرة .

هذا وقد يكون أثر العقد التزاما بالقيام بعمل ، كالاجير أو الوكيل مما يوجب على رب العمل أو الموكل التزاما بدفع الاجر . وعقد الزواج يوجب من الآثار حل المتعة الزوجية ، والتزام الزوج بالمهر والنفقة والسكن والعلاج الطبي ، والتزام الزوجة برعاية حق الزوج ، وطاعته ورعاية أولادها منه ، والقيام بشؤون الاسرة .

(١٢٧) وهكذا ترى ، أن آثار العقود متنوعة ، تبعا لتنوع طبيعة كل عقد ، والغرض الاقتصادي أو الاجتماعي الذي شرع من أجله . على أن هذه العقود أسباب جعلية ، بمعنى أن الشارع هو السند جعلها اسبابا ليرتب آثارها عليها ، فالشارع هو الذي منحها قوة انتزاع

آثارها بعد اتخاذ العاقدين السبب ، وهو ابرام التصرف أو العقد علسي الوجه المشروع .

فآثار العقد من ترتيب الشارع ، لا من عمل المتعاقدين و ارادتهمسنا وهذا يقتضينا تقسيم العقود ، لتبين آثار كل قسم منها .

المبحث الاول

تقسيم العقد من حيث ترتب آثاره عليه وعدمه ، السى

صحيح وغير صحيح

يفسد بالعقد في هذا المقام ، معناه انعام الشامل للعقد الثنائى الطرف ، كالأجارة ، والعقد بارادة منفردة ، كالوقف ، والجمالة والوصيئة .

هذا ، ولا خلاف بين الفقهاء في تحديد مفهوم العقد الصحيح (١) فهو ما كان مشروعاً باصله ووصفه ، كما يقول الحنفية .

ومعنى أصله ، ركنه ، وشرائط ركنه أو انعقاده ، وأما وصفه ، فهـمـو شروط صحته .

٢٨ (١) ومقومات أصل العقد هي الصيغة ، وما يقوم مقامها ، وشروط هذه الصيغة ، كما علمت - من التطابق ، ووحدة مجلس العقـد وبقاء الايجاب قائماً حتى يتصل به القبول ، فهذه شروط انعقاد أو تكوين .

وايضا ، العاقدان ، اذا كان العقد ثنائى الطرف ، أو العاقد اذا كان تصرفاً انفرادياً ، ان لا يتصور قيام عقد دون عاقد ، وكذلك شروط

(١) - البدائع - ج ٥ - ص ٣٠٥ - الاشباه والنظائر - ص ٨٠ : ابن نجيم .

العاقِد ، من التمييز ، وهذه هي الاهلية ، وان يكون ذَا ولاية على ابرام العقد ، أصالة أو نيابة ، وهذه من شروط الانعقاد أيضا عند الجمهور . وكذلك محل العقد ، ان لا عقد بلا محل يترك فيه اثره ، وشروط المحل ، من ان يكون محقق الوجود ، عند الجمهور ، وأن يكون مالا متقوسا مملوكا ، معلوما ، مقدور التسليم ، كل ذلك عند ابرام العقد .

وأصل العقد هذا ، ومقوماته ، ركننا وشروط انعقاد ، اذا اختل واحد منها وقع باطلا بالاتفاق ، لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح ويعتبر معدوما شرعا ، وان وجد صورة ، لان الخلل في ماهية العقد حتى اذا توافر أصله ، فقد وجدت حقيقته وماهيته عند جمهور الفقهاء .

وأما وصف العقد ، فهي الامور العارضة الخارجة عن ماهيته وأصله كشرط صحته ، وخلوه من الربا ، والغرر ، وغيرهما ما نهى الشارع عنه كاقترانه بشرط فاسد .

فالشهود مثلا من شروط صحة عقد النكاح ، وجهالة الثمن في البيع أو جهالة الاجل ، وصفان عارضان نهى الشارع عنهما .

فالوصف أمر عارض خارج عن الماهية .

وعلى هذا ، فالعقد الصحيح : هو ما توافرت فيه مقوماته التي تتحقق بها ماهيته وأصله ، وتوافرت أوصافه كذلك ، وهذا بالاجماع (٢) .

(١) - قد علمت أن الصيغة هي ركن العقد عند الحنفية .

(٢) - البدائع - ح ٥ - ص ٣٣٥ - فتح القدير - ح ٥ - ص ١٨٧

الشرح الكبير - ح ٣ - ص ٧٠ - رد المحتار .

وإذا نشأ العقد صحيحا مستكملا اركانه وشرائط صحته ، أنتج كافسة
آثاره التي رتبها الشارح عليه ، فور انعقاده ، فالصحة هم استتباع الغاية
والاثر .

أما العقد غير الصحيح : فقد وقع الاختلاف في تحديد مفهومه .

فبينما يرى الجمهور ، أنه العقد الذي تطرق اليه خلل في أصله
أو وصفه ، نرى الحنفية يفرقون بين ما اذا كان الخلل في الاصل أو الوصف
فان كان الخلل في الاصل ، فهذا هو الباطل ، وان كان في الوصف
فهو الفاسد .

وعلى هذا ، فالقسمة عند الجمهور ثنائية ، فالعقد اما صحيح أو غير
صحيح ، ولا واسطة ، أو ان شئت قلت : صحيح أو باطل ، ويطلقون
على الباطل ، الفاسد ، ان لا فرق بينهما عندهم .

وأما الحنفية ، فيرون أن غير الصحيح قسمان : فاسد وباطل .
فالفاسد عندهم هو ما اختل وصفه لا أصله ، فكان مشروعا في أصله
دون وصفه .

وذلك كالبيع المشتمل على الربا ، أو الغرر ، أو المقترن بشرط فاسد .
وأما الباطل ، فهو ما اختل أصله ، من ركنه أو شروط انعقاده ، وعلى هذا
فالقسمة عند الحنفية ثلاثية : صحيح ، وفاسد ، وباطل .

والخلاصة أن الصحيح ، ما كان مشروعا أصلا ووصفا ، وهذا بلا جـمـاع
- والباطل ، ما اختل اصلا ووصفا بالاجماع ، والفاسد ، ما اختل وصفا
لا أصلا ، عند الحنفية ، وهو باطل عند الجمهور ، لما علمت أنهم لا يفرقون
بين موقع الخلل ، فسواء أكان في الاصل أم في الوصف ، فالعقد باطل .
وعلى هذا تحرر محل النزاع بين الجمهور والحنفية في العقد الفاسد

فبيننا يراه الحنفية قسما متميزا بين الصحيح والباطل ، يراه الجمهور داخلا
في مفهوم الباطل ، فالباطل والفاسد عندهم مترادفان .

هذا اذا كان الخلل في وصف ملازم كالربا والغرر .

أما اذا كان الوصف صاحيا للعقد ، أو مجاورا ، بحيث يكسب
الانفكاك عنه ، كالبيع وقت النداء ، فان ظرف الزمان هذا هو موقع النهي ،
حتى لا يحول البيع في هذا الوقت دون السعي الى صلاة الجمعة
وهو وصف مجاوز ، ان من الممكن أن يتم العقد قبل وقت النداء ، أو بعد
الصلاة ، فان النهي عن هذا الوصف هنا يفيد الكراهة لا الفساد ولا
البطلان عند الجمهور ، بما فيهم الحنفية ، والعقد صحيح ، ولم يخالف
في ذلك الا الامام احمد في روايه ، والامام مالك في رأيه عنده ، والظاهرية
، حيث قالوا - بفساده - أو بطلانه .

وأما من حيث الآثار بالنسبة لما يسميه الحنفية بالعقد الفاسد
فالجمهور على أنه لا أثر له ، لانه هو والباطل ، سببان ، وهو معدوم
شرعا ، أي غير منعقد اصلا .

وأما الحنفية ، فيذهبون الى أن العقد الفاسد ، منعقد ، لقيام
أصله ، لكنه لا أثر له قبل تنفيذه ، بتقايض العوضين ، فاشبه الباطل من
حيث الاثر في هذه الحال .

وأما بعد تنفيذه ، فيورثه قوة في انتاج بعض آثار العقد الصحيح
للضرورة .

والعقد الفاسد على كل حال ، قبل التنفيذ وبعبءه ، يستحق الفسخ
حقا للشرع ، ورفعاً للمعصية ، الا اذا تعلق به حق الغير ، كما يأتي
بيانه .

منها الخلاف بين الحنفية والجمهور :

ان منشأ الخلاف بين الحنفية وبين الجمهور ، هو أثر النهي فسى التصرفات الشرعية ، فيما عدا العبادات (١) .

فالجمهور على أن أثر النهي ، سواء أكان لخلل في الاصل أو الوصف هو البطلان ، لان التصرف وحدة كاملة ، لا تتجزأ ، فاذا كان الخلل فسى الاصل فواضح ، وكذلك اذا كان في الوصف ، لان فساد الوصف يتسرب الى الاصل فيبطل التصرف جملة كما قلنا ، من أن التصرف المشروع ، وحدة كاملة ، أصلا ووصفا ، فالتلازم قائم بينهما ، وايضا ، انعقد الاجماع على هذا ، بدليل احتجاج الصحابة والسلف ، بالنهي الوارد في النصوص على البطلان ، ولم يفرقوا في ذلك بين ما اذا انصب النهي على الاصل أو الوصف ، فالخلل الذي استوجب النهي والحرمة ، سواء أكان في الاصل أو الوصف ، يوجب البطلان ، للتلازم .

هذا ويحتج الجمهور أيضا بأن الحرمة لا تجتمع مع المشروعية فسى التصرف الواحد ، للتنافي ، فلا يقال ان الفاسد مشروع في أصله ، وغير مشروع في وصفه ، لان في هذا اجتماع المتنافيين .

وحجة الحنفية ، أن التصرف المشروع اذا سلم أصله ، فان فساد الوصف العارض لا يقوى على ابطاله ، فلا يقوى فساد الوصف على مشروعية

(١) - لان العبادات يستوى فاسدها وباطلها اجماعا ، لانها شرعت قربة الى الله تعالى ، ولا يتقرب اليه تعالى بالمنهي عنه ، لانه معصية ، سواء أكان موقع النهي ، الاصل أو الوصف ، بخلاف المعاملات .

الاصل ، لقوة هذا الاخير ، وصحة الاصل تستلزم المشروعية ، بمعنى ترتب الاثر .

وعلى هذا فلا يقال ان المشروعية لا تجامع الحرمة ، للتناقض ، لان هذا يتجه علينا أن لو قصدنا بالمشروعية " الحل " ولكننا نقصد بالمشروعية " ترتب الاثر " الذي يستتبعه قيام الاصل ، وهذا الاثر حكم ديني وهو بترتيب الشارع نفسه ، لقيام أصله سالما عن المفسدة ، ونحن مع ذلك نراعي موقع الحرمة في الوصف ، فنقول ان التصرف الفاسد ، لا يجوز الانتفاع بأى أثر من آثاره بالنسبة لعاقده ، ولهذا قلنا أنه - على الرغم من انعقاده وترتب بعض آثار العقد الصحيح عليه - يستوجب الفسخ حقا للشرع ، لمكان الحرمة والمعصية فيه ، رفعا لها .

وعلى هذا ، فقد راعينا قيام الاصل سالما ، وهذا يستوجب أصل المشروعية ، بفعل الشارع ، ولكنها مشروعية ناقصة لفساد الوصف فتترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح ، لنقصان المشروعية ، وراعينا أيضا مكان الحرمة في الوصف ، لخلل فيه استوجب النهي ، فقلنا انه يستوجب الفسخ حقا للشرع على كلا طرفيه ، بل وعلى القاضي اذا علم به ، وعدم حمل انتفاع عاقديه بما ترتب عليه من أثر ، بل يجب التخلص منه ، بفسخه أو بتصرف المشتري تصرفا مشروعا الى الغير حسن النية ، لان انتقال الطك الى الغير بسبب جديد ، يظهر محل التصرف الاول من شوائب الفساد .

حكم العقد الباطل :

العقد الباطل معدوم شرعا ، والمعدوم لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح ، وان كان موجودا صورة .

على أن العقد الباطل معصية ، والمعصية لا تكون سببا في النعمة
لان نعم الله تعالى - وهي آثار العقد الصحيح ، لا تنال بالمحظور .

هذا ، وكل تصرف يبني على العقد الباطل ، يكون باطلا
سواء أكان سبب البطلان راجعا الى الصيغة أم العاقدين ، أم
المحل .

فلباع المشتري المبيع باطلا ، من آخر ، وقم باطلا ، لان
المشتري الاول لا يملك المبيع بالعقد الباطل ، ولمالك المبيع أن يتبعه
في أي يد وقع .

هذا ، والعقد الباطل ، لا تلحقه الاجازة ، لان الباطل معدوم
بحكم الشارع ، والاجازة تصرف ارادى لا يملك أن يوجد ما أعدمه الشرع .

والبطلان مطلق ، لا يقتصر على عاقيه ، بل لكل ذي مصلحة
أن يتمسك بهذا البطلان ، جلبا للمنفعة أو دافعا للمضرة ، ولورثته
البائع التمسك بالبطلان ، لان لهم مصلحة في ابقاء المبيع باطلا في التركة .
الضمان كآثر للعقد الباطل :

قلنا أن العقد الباطل معدوم لا يترتب عليه أثر من آثار العقد
الصحيح .

غير أن بعض الحنفية رأوا أن العقد الباطل - كواقعة مادية
ينقل الضمان من البائع الى المشتري بعد القبض ، لان يده يمسك
ضمان ، فاذا هلك المبيع باطلا في يد المشتري كان عليه مثله
أوقعيته ، لان المشتري قد قبض المبيع باطلا للمصلحة نفسه ، فلا يكون
ادنى حالا من القبض على سوم الشراء (١) .

(١) - رد المحتار - ج ٤ - ص ١٦٣ - ابن عابد يمين .

وزهب آخرون من الحنفية ، الى أنه لا ينتقل الضمان ، لأن يده أمانة
فلا يضمن الا بالتعدى (١) ، لانه قبضه باذن مالك ، وقد بطل العقد
فكان كالأمانة .

والمالكية يرون أنه ينقل الضمان ، ولكنه لا ينقل الملك ، الا بالفوات
بمعنى ان البيع باطلا اذافات عند المشتري ، بأن هلك ، فانه يملكه فسي
حال الفوات هذه ، دون غيرها .

وهو ملك ضرورى قدر اقتضاء أو افتراضا لتعذر اعادة الحال السى
ما كانت عليه ، ولتصحيح تضمين المشتري بالمثل أو القيمة ، حتى
لا يجتمع البدلان في يد البائع لو ابقى المبيع على ملكه .

حكم العقد الفاسد (آثاره) :

لا يد من التمييز بين حالتين :

أ - حكم العقد الفاسد قبل القبض .

ب - حكمه بعد القبض .

. أما حكم العقد الفاسد قبل القبض ، فهو حكم العقد الباطل ، من
انه لا يترتب عليه أى أثر من آثار العقد الصحيح ، لضعف تأثيره
وانا كان الفارق المميز بينهما ، أن الأول منعقد ، لقيام أصله
والثاني معدوم ، فيجب فسخ الاول ، اعداما له ، ورفعا للمعصية
اثر للنهي الذى استوجبه سبب الفساد فيه ، من غير ، أو جهالة
أوربا ، أو تخلف شرط الصحة ، أو اقتران شرط فاسد به .

هذا ووجوب الفسخ ثابت ، حقا لله تعالى ، لا يجوز النزول عنه
ان لا يجوز التهاون فى امره ، فهو ان ليس حقا شخصا تعود المصلحة
فيه الى صاحبه ، حتى يتصرف فيه وفق رغبته ، فى ضوء صالحه الخاص
بل وجوب الفسخ حق عام ، فكان نظاما شرعيا عاما ثابتا ، يتعلق به
العدل والمصلحة العامة ، فى التعامل .

وكذا لا تلحقه الاجازة ، كالباطل ، لكونهما منبها عنهما ، ولان ارادة
المشرع تتجه الى اعدائه ، رفعا للمعصية ، بدليل النهي ، والاجازة تصرف
ارادى من العاقد ، يتجه الى ايجاده ، أو اقراره ، فتضادا ، ومضادة
الشارع باطله ، فما يؤدى اليها وهو الاجازة باطل لا محالة .

هذا ، ولا يتوقف فسخ أحد العاقدين للعقد الفاسد على رضا الآخر
ولا على حكم القاضي ، بل يستقل كل منهما بفسخه دون رضا الآخر ،
وكذلك على القاضي فسخه اذا علم به ، لكونه حقا عاما (١) .

(١٣٨) ينقلب العقد الفاسد صحيحا بزوال سبب الفساد العارض ، ما عدا
عقد الزواج .

تمكن سبب الفساد فى العقد الفاسد - كما بينا - فى وصفه ، لا فى

أصله ، ولذا كان منعقدا قائما ، لقيام أصله ، سالما عن المفسدة ، حتى اذا زال سبب الفساد المتعلق بوصفه ، وهو أمر خارج عن ماهية العقد وسلم عن المفسدة ، صح العقد ، أصلا ووصفا ، فانتج كافة الآثار التي ينتجها العقد الصحيح منذ انشائه .

وليس كذلك العقد الباطل ، لان الخلل في أصله ، لا في وصفه العارض ، فلم ينعقد أصلا حتى يمكن تصحيحه .

مثال ذلك ، أن يكون سبب الفساد شرط الربا ، أو جهالة الاجل أو الضرر الزائد بسبب التسليم ، وكل ذلك منهي عنه شرعا ، فكان معصية فاذا اسقط شرط الربا من له المصلحة فيه ، أو حدد الاجل في مجلس العقد أو بعده ، أو تحمل الضرر من كان النهي عنه من أجل صالحه ، صح العقد ولزم ، وترتبت عليه كافة آثار العقد الصحيح منذ انشائه ، لا من وقت تصحيحه ، توفيقا بين مصلحة المتعاقدين ، وبين ما يقتضيه الشرع ، ما أمكن ، وهو خير من الاهداء والابطال لان قيام سبب الفساد في الوصف العارض ، كان هو المانع من اقتضاء العقد حكمه ، أو من ترتب آثاره عليه ، فاذا زال المانع عاد الممنوع ، أو وجد المقتضي وانتفى المانع ، ما عدا عقد الزواج فيجب فسخه ، للمعنى التعبدى فيه ، ولا ينقلب صحيحا .

(١) - الضرر بسبب التسليم ، هو الذى ينجم عن مثل بيع جسر في سقف أو ذراع من قطعة قماش ، ففي تسليم الاول ، ضرر غير مألوف ينجم عن هدم السقف كله أو بعضه ، والشرع ينهى عن مثل هذا الضرر حماية للعاقدة ، واما الثانى ، فكذلك اذا كان في تسليمه ضرر بقطعة القماش كلها بحيث تغدو لا تصلح لشيء .

حكم العقد الفاسد بعد القبض :

قلنا ان العقد الفاسد مستحق الفسخ بحكم الشرع ، قبل القبض والتنفيذ ، غير أنه اذا نفذ وتم فيه تقابض العوضين ، بأن سلم البائع المبيع للمشتري ، أو اخذه المشتري في مجلس العقد وسلم الثمن للبائع ، برضاهما ، دون اكراه ، أو غضب من احد هما للبدل الذي يملكه الاخر ، فان الملك ينتقل الى المشتري لانه تم باذن البائع وتسليط منه ، ولان العقد الفاسد بالتنفيذ والتقابض يقوى تأثيره ، لضعف احتمال المنازعة أو الفسخ بين طرفيه لان التقابض قد تم برضاهما ، كما قدمنا .

غير أن الممعن في احكام الشرع في هذا النوع من الملك ، يرى أنه ملك ضروري مفترض افتراضا ، بمعنى أنه قد اقتضته الضرورة ، فلم يكن له حكم الملك الكامل الناشئ عن العقد الصحيح أصالة ، بدليل أنه يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع بيعا فاسدا ، الى الغير ، تصرفا ناقلا للملك ، تخلصا من ملكية هذا المبيع ، لان السبب الجديد يطهر التصرف السابق ما عراه من أسباب الفساد ، كما ذكرنا ، فكان هذا الملك ثابتا افتراضا واقتضاء ضرورة ، تصحيح تصرف المشتري ان لا يمكن تصحيح تصرف المشتري من بيع أو هبة الا اذا كان مالكا ، ان يسع احدا أن يملك غيره شيئا مالم يكن هو مالكا له اولا ، لذا أثبت الشارع للمشتري هذا الملك افتراضا

ضرورة تصحيح تصرفه الناقل للملك ، وما ثبت على سبيل الضرورة والاقتضاء والافتراض ، لا يكون كالثابت على سبيل الاصالة والقياس ، يرشدك الى هذا ، أن المشتري لا يجوز له الانتفاع بالمبيع فاسدا ، لان هذا الملك الناشئ عن العقد الفاسد المنهـي

عنه ، ملك خبيث محرم ، يجب التخلص منه ، اما بفسخ العقد ، واعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد ، واما بالتصرف في المبيع نفسه تصرفا ناقلا للملك الى الغير ، تطهيرا له .

والشارع ان حرم على المشتري الانتفاع بما يملك عن هذا الطريق المحرم ، يأتى وجه من وجوه الانتفاع ، لم يكن مالكا حقيقة ، بل افتراضا - كما ذكرنا - لان المقصود من الملك الحقيقي الكامل بدهاءة ، هو اجتناء ثمراته ، وهذا ليس كذلك بل بالتصرف أو العقد نفسه ليس مقصودا لذاته ، بل لثمراته ، فكان تحريم الانتفاع على المشتري ، بستره للملك عن آثاره المقصودة منه شرعا ، حملا للمشتري ، اما على الفسخ ، أو على التصرف الى الغير تصرفا ناقلا للملك ، للتخلص من هذا المبيع ، لفساد ملكيته

وعلى هذا ، فان العقد الفاسد يجب فسخه ، قبل القبض وبعبءه حقا للشرع ، ما لم يتصرف المشتري في المبيع تصرفا ناقلا للملك الى الغير فيسقط حق الفسخ عندئذ بالنسبة للبائع ، حماية لحق الغير حسن النية لان احكام الشرع تبنى على الظاهر ، ويتقرر حق البائع في المثل أو القيمة كما لو هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه . وانما يحكم بالمثل أو القيمة ولا يحكم بالثمن المحدد المتفق عليه في العقد ، لان فساد العقد يفسد ما تضمنه من تحديد الثمن والشروط الواردة فيه ، فيصار الى البديل .

وكذا اذا هلك المبيع بعد القبض ، أو تغيرت صورته ان التغيير كالاتلاف أو زاد زيادة متصلة غير متولدة عنه ، فيصار الى المثل أو القيمة لتعذر الشرط أو اعادة المبيع على الحال التي كان عليها قبل التعاقد ، فيسقط حق الفسخ لذلك .

والخلاصة : أن العقد الفاسد ، قبل التنفيذ والتقابض ، كالباطل لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح ، وهو وان كان منعقدا ، لكنه واجب الفسخ ، سواء قبل القبض ، أو بعده ، ولا تلحقه الإجازة مطلقا .

غير أنه بعد القبض وبإذن البائع وتسليط منه ، أو في مجلس العقد يفوى تأثيره فيه ، فيفيد الملك الضروري

أو الاقتضائي للمشتري ، ضرورة تمكينه من التصرف فيه إلى الغير تصرفا ناقلا للملك ، تخلصا منه ، بل حمله الشارع على ذلك بتحريم انتفاعه بالمبيع بأي وجه من وجوه الانتفاع ، لان ملك خبيث ، حتى اذا تصرف المشتري فيه تصرفا شرعيا صحيحا إلى الغير ، انتقلت الملكية الكاملة إلى ذلك الغير ، وسقط حق البائع في الفسخ ، حماية لحق الغير وانحصر حق البائع في المطالبة بالمثل أو القيمة ، لا بالثمن المحدد المتفق عليه

في عقد الزواج لأن التسمية للثمن أو الأجرة أو المهر . فسدت بفساد العقد ، وكذلك ما ورد فيه من الشروط ، ان فساد الشيء يوجب فساد ما تضمنه (١) .

وسقوط حق الفسخ انما يكون في حالة هلاك المبيع كليا أو جزئيا أو تغير صورته ، بأي كان قسما فطحنه ، أو ثوبا فخطاه قميصا ، لان التغير كالاتلاف ، فيتعذر استرداد المبيع على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد في حق الغير الذي اكتسبه بطريق شرعي صحيح ، حماية له ، ولصيانته عن النقص والابطال .

(١) - فتح القدير - ج ٥ - ص ١٨٧ - ص ٢٣١ - البدائع - ج ٥ - ص ٣٠٥

وما يليها ، رد المحتار - ج ٤ - ص ١٦٣ -

وانما كان الملك في العقد الفاسد بعد القبض ، خبيثا ، لان كل نفع أو كسب طريقة العقد الفاسد المنهى عنه ، يكون خبيثا محرما .

المبحث الثاني

ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية من حيث ترتب آثاره عليه فـ
انعقاده ، ودون توقفها على اجازة أحد ، الى عقد نافذ وموقوف .

T-العقد النافذ :

هو عقد صحيح ، أصلا ووصفا ، صادر من أهله ، مضاف الى محله
القابل لحكمه .
ويقصد بكونه صادرا من أهله ، أى ممن له أهلية كاملة ، وولاية
على محل العقد ، بعقضى ملكيته له ، أو بعقضى النيابة عن مالكه ، بأن
كان وكيلاً أو ولياً شرعياً . وأخيراً ، لم يتعلق به حق للغير .

حكم العقد النافذ :

انه سبب صالح لترتب آثاره عليه ، فور انعقاده ، ودون توقف
على اجازة من أحد .
وذلك من مثل عقد بيع البالغ العاقل ، واجارته ، وزواجه ، أو عقد
الولى أو الوصي بالنسبة للقاصر ، أو عقد الوكيل مترسماً ما أملت ارادة
موكله في عقد الوكالة .
العقد الموقوف ،

هو عقد صحيح عند الحنفية ، لصدوره من أهله ، مضافا الى محله
القابل لحكمه ، غير أنه المقتراه سبب من أسباب وقف آثاره ، وتراخيها الى
وقت اجازته من صاحب الشأن ، فهو عقد موقوف الآثار .
وسبب الوقف ، قد يكون لنقص الاهلية ، كعقد بيع الصبي المميز
فانه موقوف على اجازة وليه ، او عقد المحجور عليه لسفه أو عته .

وقد يكون سبب الوقف عدم ولاية العاقد على محل العقد ، بأن لم يكن مالكا له ، وليس ذا صفة ، من الوكالة أو الولاية الشرعية ، بأن كان فضوليا ، فيتوقف نفاذ العقد ، وترتب آثاره على اجازة صاحب الشأن وقد يكون السبب تعلق حق الغير بمحل العقد ، فيتوقف نفاذه على اجازة صاحب هذا الحق المكتسب بطريق شرعي صحيح سابق على تاريخ ابرام هذا العقد ، كبيع الراهن العين المرهونة أو بيع المؤجر العين المؤجرة .

ونذهب الشافعية ، الى أن العقد الموقوف لعدم الولاية باطل ان يشترط لانعقاد العقد عندهم أن يكون العاقد ذا ولاية ، فاذا لم يكن كذلك ، فقد تخلف شرط انعقاد لا شرط نفاذ ، فيقع باطلا ، وعلى هذا فالعقد الصحيح عند الشافعية لا يكون الا نافذا فلا يعرفون العقد الموقوف لعدم الولاية ، بل يعتبرونه من قبيل الباطل .

ومنشأ الخلاف ، هل الولاية على اصدار العقد شرط انعقاد أو نفاذ بالاول قال الشافعية ، والى الثانية ذهب الحنفية والمالكية ، وذلك كبيع الفضولي ، باطل عند الشافعية ، ان ليس للفضول ، ولاية اصدار هذا العقد ان ليس له ولاية على حله ، وهو موقوف عند الحنفية على اجازة صاحب الشأن حتى اذا لم تلحقه الاجازة كان باطلا ، وانما لحقته ، كان صحيحا من وقت انشائه .

حكم العقد الموقوف :

لا تترتب عليه آثاره الا ان لحقته اجازة صاحب الشأن ، وهو ممن يملك اصداره ، فان لم تلحقه الاجازة ، بطل .

المبحث الثالث

تقسيم العقد النافذ الى لازم وغير لازم :

١٤٨) أ - العقد اللازم

هو العقد الصحيح النافذ الذي لا يستقل أحد طرفيه بمباشرة

فسخه .

وهو نوعان :

أولهما : العقد الذي يستحيل فسخه أبدا ، ولو اتفق طرفاه على

ذلك ، بالنظر الى طبيعته ، كعقد الزواج .

هذا ، والطلاق ليس فسخا له ، بل انهاء ، فهو عقد

لا يقبل الفسخ بحال .

والثاني : وهو ما يقبل الفسخ باتفاق طرفيه ، ولكن لا يستقل احدهما

بفسخه دون رضا الاخر ، وذلك كعقود المعاوضات

من مثل البيع والاجارة ، والمساقاة ، فهي عقود نافذة

تنتج آثارها فور انعقادها ، ولازمة ، لا تفسخ إلا باتفاق

طرفيها (الاقالة) .

وهذا النوع لا يستقل أحد طرفيه بالفسخ الا في احوال أرسى :

أولا : أن يكون لاحدهما خيار المجلس ، وذلك عند الشافعية والحنابلة .

ثانيا : أن يكون لاحدهما خيار الشرط .

ثالثا : أن يثبت لاحدهما خيار الرجوع .

رابعا : أن يكون لاحدهما خيار العيب .

ب - العقد غير اللازم :

وهو ما يملك أحد طرفيه أن يستقل بفسخه دون رضا الاخر ، وهو

سومان :

أولهما : أن يثبت لواحد معين من طرفيه حق الاستقلال بالفسخ
لكونه غير لازم في حقه ، وإن كان لازماً بالنسبة للطرف الآخر
وذلك كعقد الرهن ، فإنه لازم بالنسبة للراهن ، وغير لازم بالنسبة
للمرتهن ، فيملك أن يفسخه في أي وقت شاء ، ولو بدون رضا
الآخر ، لأنه إنما شرع صيانة لحقه ، وتوثيقاً له .

الثاني : وهو العقد غير اللازم بالنسبة لكل من طرفيه ، فيملك أن يستقل
كل منهما بالفسخ دون رضا الآخر ، ومن ذلك عقد الوكالة
بدون أجر ، والوديعة ، والعارية ، والشركة ، لأنها بحكم
طبيعتها غير لازمة بالنسبة لطرفيها على السواء .

تقسيم العقد بالنسبة لاتصال الحكم بالصيغة :

الأصل أن العقد الصحيح ينتج آثاره عقب انعقاده مباشرة
واستثنى من هذا الأصل بعض العقود التي لا تترتب آثارها عليها فور
صدورها ، بحكم طبيعتها ، أو بإرادة العاقد تأخير هذه الآثار ، التي
فترة زمنية معينة ، بل قد يعلق العقد كله على حدوث أمر آخر .

فنتج عن ذلك ثلاثة أقسام للعقود بالنسبة لاتصال الحكم

(الاثر) بالصيغة :

العقد المنجز - العقد المضاف - العقد المعلق .

العقد المنجز :

هو العقد الذي صدرت صيغته غير معلقة على شرط ، أو مضافة

الى المستقبل .

وحكمه ، أنه تترتب آثاره عليه فور انعقاده ، لأن الأصل أن العقد

سبب شرعي يترتب الشارع عليه آثاره في الحال .
ويستثنى من ذلك ، عقد الوصية ، لانها تمليك مضاف الى ما بعد
الموت ، فلا تترتب آثارها الا بعد وفاة الموصي ، فكانت منجزة
في ظاهرها ، ولكنها عقد مضاف الى المستقبل في حقيقتها .
وكذلك عقد الايضاء ، بما هو تفويض الاب أو الجد التصرف في
مصالح أولاده أو أحفاده القصر الى الغير بعد وفاته .
هذا ، والعقد المنجز نوعان :

أولهما : العقد الذي لا يقتصر في ترتب آثاره فورا الى أى أمر آخر
يتوقف عليه ، كقبض محل العقد مثلا ، وذلك كعقد البيع وعقد
الاجارة .

الثاني : ما يتوقف في انتاج آثاره فور انعقاده على قبض محل العقد
كعقد الهبة ، وعقد القرض وعقد الرهن (١) ، وتسمى عقود
عينية .

حقيقة القبض :

هذا ، والقبض تختلف ما هيته باختلاف طبيعة محل العقد
فهو في العقار بالتخلية ، وفي المنقول باستلامه باليد اذا أمكن
وفي المكيل والموزن ، بالكيل والوزن ، وهذا عند الشافعية .
وعند الحنفية أن القبض يتم بالتخلية بين المعقود عليه والمتملك
على وجه يستطيع معه التصرف فيه .

هذا ، والعقد المنجز قد يكون بصيغة مطلقة ، وقد يكون بصيغة

(١) - تبين الحقائق - ح - ٤ - ص ٢٥٧ - نهاية المحتاج - ح - ٢ - ص ٢٦٨

مقترنة بشرط ، كعقد البيع الذي اشترط فيه تأجيل الثمن ، فهذا لا يمنع التنجيز ، أو ترتب سائر آثاره عليه فور انعقاده ، ما عدا الثمن المواعيل .

العقد المضاف :

ما كان الايجاب في صيغته ، مضافا الى زمن المستقبل ، سواء كانت الصيغة مطلقة أم مقترنة بشرط ، كأن تقول : آجرتك أرضي هذه مدة ثلاث سنوات ، ابتداء من السنة القادمة ، أو تقول : وقفت دارى هذه على اليتامى الفقراء ، ابتداء من الشهر المقبل .

وحكم العقد المضاف ، أنه ينعقد في الحال علة لحكمه ، ولكن لا ترتب عليه آثاره الا عند حلول الوقت المضاف اليه .

أقسام العقد المضاف :

ينقسم العقد المضافة آثاره الى المستقبل ، الى انواع ثلاثة :
الاول : عقد مضاف بحكم طبيعته ، ان الاضافة جزء من مفهومه ، وذلك كعقد الوضية والايضاء ، فان آثارهما لا تظهر الا بعد وفاة الموصى .

الثاني : عقود تقبل الاضافة بإرادة أحد المتعاقدين ، واغلبها من العقود المنجزة التي ترد على المنفعة ، كالاجارة ، والعارية ، والمساقاة والمزارعة ، ان المنافع تحدث شيئا فشيئا ، وتتجدد بتجدد الزمن ولا يمكن استيفاؤها جملة واحدة ، لذا كانت عقودها يمكن أن تنعقد منجزة ، ولكنها تقبل الاضافة بحكم طبيعتها ، أى بالنظر الى محنتل العقد ، وهو المنفعة .

وذلك كعقد الاجارة الذي تضاف آثاره أو يحدد بدء جريانه وذلك الى

السنة القادمة ، اعتبارا من أول كانون الثاني مثلا .
ومن العقود التي تقبل الاضافة ، الوكالة ، والكفالة ، والحوالسة
حيث يمكن أن تكون منجزة ، أو مضافة ، وكذلك الاسقاطات ، كالتطلاق
والوقف .

الثالث : عقود لا تقبل الاضافة بحكم أصل وضعها الشرعي :

وذلك كعقود المعاوضات المالية التي محلها أعيان كعقد البيع بحيث
تنتقل ملكية العين من البائع الي المشتري ، فور الانعقاد ، والابراء
من الدين ، والهبية ، والشركة .

ذلك ، لان هذه العقود انما شرعت أصلا ، لتترتب آثارها عليها فسي
الحال ، فاذا أضيفت كانت على غير وضعها الشرعي (١) ، ولهذا ، لا تصح
مع الاضافة ، وكذلك عقد الزواج ، لانه يفيد الحل فو الحال .

العقد المعلق :

هو ما علق وجوده ، علمي ، وجود أمر في المستقبل ، بإداة من أدوات الشرط
أو ما فو معناها ، كأن تقول : ان رقعت علي قضية ، فانت وكيلي أمام
المحكمة ، فعقد الوكالة معلق علمي ، حدوث أمر في المستقبل (شرط) .

حكم العقد المعلق :

ينعقد علة فو الحال ، عند الجمهور ، خلافا للحنفية ، وتتأخر آثاره
الي وقت حصول (الشرط) المعلق عليه فالتعليق لا يمنع الانعقاد .
وذهب الحنفية الي أن التعليق يمنع انعقاد العقد سببا في المحال

(١) - المدخل الي الفقه الاسلامي - الدكتور حسن أحمد .

وانما يتأخر انعقاده الو، وقت حصول الشرط المعلق عليه ، فينتج آثاره حينئذ ، أو بعبارة اخرى ، يتأخر انعقاد العقد وانتاج آثاره الو، زمن حصول الشرط مستقبلا .

وشرة الخلاف تظهر فيما لو علق النذر على حصول أمر في المستقبل كأن يقول : ان نجحت في الامتحان ، فله علم ، نذر أن أتصدق بالف ليرة سورية للفقراء ، ثم تصدق بها قبل وقوع الشرط ، صح عند الجمهور وأجزأ عن النذر ، لانعقاد النذر في الحال ، ولم يجزىء عن النذر عند الحنفية لانه لم ينعقد ، فوجب عليه التصدق من جديد ، وفاء للنذر ان لا يصح . وفاء النذر قبل انعقاده نذرا .

وشروط صحة التعليق :

- ١ - أن يكون الامر المعلق عليه على خطر الوجود والعدم .
فلو كان محقق الوجود في الحال ، كان منجزا ، والتعليق صوري أما ان كان محقق الوجود مستقبلا ، تحققا لا احتمال ، فيه ، فهو اضافة لا تعليق ، كأن تقول ان جاء شهر رمضان العام القادم ، فانت وكيل ، وهو آت لا ريب فيه ولا احتمال ، والتعليق يفترض الاحتمال لا التحقق .
 - ٣ - ألا يكون التعليق على مشيئة لا نعلمها ، كمشيئة الله تعالى ، كقوله لزوجته : انت طالق ان شاء الله ، لا يقع الطلاق .
هذا وعقود التمليكات المالية لا تقبل التعليق ، فيما عدا الوصية سواء أكانت عقود معاوضة ، كالبيع والأجارة ، أم عقود تبرع ، كالهبه والقرض ، والوقف ، وخالف المالكية في التبرعات ، فجازوا تعليقها ان لا يترتب على تعليقها ، غرر ولا ضرر .
- أما عقود التمليكات ، فلأن الشارع وضعها لتفيد الملك في الحمال

والتعليق يتنافى مع وضعها الشرعي ، فلا تصح مع التعليق للمنافاة .
وكذلك عقد الزواج ، لا يصح تعليقه ، لانه وضع شرعا ، لافساده

الحل في الحال .

وزهب ابن تيمية وابن القيم اله ، أنه يصح تعليق العقود والغسوخ
والالتزامات والتبرعات بالشروط ، ولا يمنع من ذلك مانع الا ما ورد النهي
عنه من الشارع (١) .

(١) - اعلام الموقعين - ٢ - ص ٢٨٨

المدخل، للفقهاء الاسلام ، - ص ٥١٦ - ص ٥١٧

للشيخ عيسوى أحمد عيسوى .

حكم هذا الخيار :

يصبح العقد اللازم بطبيعته ، غير لازم بالنسبة لمن شرط الخيار
ونذهب الامام مالك اليه ، أن شرط الخيار يثبت بالشرط أو العرف .

والاصل فيه خيار الشرط ، ما روى عن أن حبان بن منقذ الانصاري
كان يغبن فيه البيعات ، فشكاه أهله اليه رسول الله - صلى الله عليه وسلم -
ليخبر عليه ، فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم : " اذا بايعت فقل
لا خلافة ، ولي الخيار ثلاثة أيام " .

وحكمة مشروعية الخيار ، الحاجة اليه التروي ، والمشاورة ، أو استطلاع
رأي أهل الخبرة وهو يخشى فوات الصفقة ولذا شرع استحسانا
لهذا الغرض ، ان القياس يقضي بعدم تعليق عقود المعاوضات
ويوجب أن ينعقد العقد لازما ، مراعاة لاستقرار التعامل ، فاذا
وجد المشتري المبيع يتفق مع مصلحته ، أمضى العقد ، والا نقضه
من أساسه .

هذا ، واجاز جمهور الفقهاء اشتراط الخيار بعد العقد ، وان كان
الاصل أنه يشترط في صلبه .

مدة خيار الشرط :

اتفق الفقهاء على جواز اشتراط هذا الخيار ثلاثة أيام فما دونها
لمصرح النص : " ولي الخيار ثلاثة أيام " .
واختلفوا فيما زاد عن ثلاثة أيام .

١ - فذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن ، والمناقلة ، الي أنه يجوز
الاشتراط الي أكثر من ثلاثة أيام ، ودون تحديد ، اذا اقتضت
الحاجة ذلك ، تحقيقا لحكمة تشريعية .

٢- وذهب أبو حنيفة ، وزفر ، والشافعية ، اله ، عدم جـواز الخيار ، اله ، اكثر من ثلاثة أيام ، لورود النهي به ، ولأنه جاء على خلاف القياس ، فلا يتوسع فيه ، ولأنه شرع للضرورة ، وهي تقدر بقدرها . ولكن هذا التعليل حجة عليهم ، إذ قد تقتضى الضرورة اكثر من ثلاثة أيام .

أما المالكية ، فقد رأوا أن المدة إنما يكون تحديدها ، تبعاً لنسوع التصرف (١) ، فقد يقتضه اليوم ، أو اليومين ، أو الشهر ، أو الاكثر (١) من ذلك ، وهذا رأى سديد . ومجال خيار الشرط العقود اللازمة القابلة للفسخ ، كما تقدم .
حكم شرط الخيار في العقد :

أولاً :. الاثر الاول لشرط الخيار في العقد ، أنه يجعله غير لازم بالنسبة لمن شوط له ، كما قدمنا ، فتكون له سلطة فسخه خلال المدة المعينة أو امضائه ، حتى اذا نقضه اعتبر كأن لم يكن ، وانما امضائه لازم في حقه منذ انشاءه .

فاذا كان الخيار للمشتري ، كان له وحده حق الامضاء والفسخ .
وانا كان للعاقدين كليهما ، ملك كل منهما حق الامضاء والفسخ ، على استقلال حتى اذا فسخ احدهما العقد بطل ، أما لو امضاه احدهما بقي حق الآخر فان امضاه لزم في حتمهما ، وان فسخه بطل .
وانا كان لغيرهما ، نأجبا عن احدهما فانه يملكه ، كما ^{صحيح} الاصيل أيضا .

(١) بداية المجتهد - ج ٢ - ص ١٢٢

المغنى ج ٣ - ص ٥٨١

البدائع - ج ٥ - ص ٢٦٤ .

ثانيا : أما الاثر الثاني، لشرط الخيار، فهو منصب على حكم العقد، ان يمنع انتقال أو خروج العوض من ملك من له شرط الخيار فإذا كان للبائع، لم يخرج المبيع عن ملكه، طوال مدة الخيار ان لا ينتقل الملك الا مع الرضا، والرضا هنا غير بات أو هو متردد، بل يذهب بعضهم الى أنه معدوم .
وانا كان شرط الخيار للمشتري، وكذلك، لا يخرج الثمن عن ملكه، طوال مدة الخيار، لعدم توافر الرضا البات .
وانا كان الشرط لكليهما، فان العوضين لا يخرجان عن ملكيهما بل يبقيان على حكم الاصل .

هذا، وان كان شرط الخيار مانعا من خروج العوض عن ملك من شرط له، فلا يمنع أن يخرج العوض عن ملك الطرف الاخر، لان العقد في حقه لازم منذ انشائه، ومعنى هذا، أن أثر خيار الشرط على العقد هو عدم ترتب حكم العقد بالنسبة لمن شرط له .

ونذهب بعض الفقهاء، الى أن خيار الشرط لأتأثيره الا على لزوم العقد، لا على نفاذه، فيبقى صحيحا نافذا تترتب عليه كفاية آثاره، غير أنه بالنظر لخيار الشرط، يكون لمن شرط له حق فسخه ومعلوم أن العقد النافذ غير اللازم، تترتب عليه آثاره فور انعقاده .

سقوط خيار الشرط :

يسقط خيار الشرط بالاسباب الاتيئة :

- ١ - مضي مدة الخيار المحددة ، دون اداء أو فسخ ، ويلزم العقد منذ ابرامه .
 - ٢ - الفسخ أو الامضاء ، صراحة ، أو دلالة ، فان فسخه اعتبر كأن لم يكن ، وان اداءه لزم منذ انشاءه ، ويشترط أن يكون ذلك خلال المدة المحددة .
 - ٣ - موت من له حق الخيار ، فلا يورث ، لانه رغبة ومشية واحدة وهذا عند الحنفية والحنابلة .
ويرى المالكية والشافعية أن خيار الشرط يورث .
- فلا يسقط بموت من شرط له لانه حق تعلق بالاموال ، والحق قسده يورث عندناهم .
- ٤ - هلاك محل العقد ، أو تغيير صورته عما كان عليه وقت التعاقد بحيث يتعذر رده الى الحال التي كان عليها ، عند فسخ العقد .

(١) - والفسخ صراحة ، كأن يقول فسخت العقد ، أو ابطلته ، أو نقضته والفسخ دلالة ، كأن يتصرف البائع الذي شرط له الخيار بالمبيع ، تصرفا شرعيا يبيعه الي الغير ، أو تصرفا ماديا كالزيادة فيه ، والاجازة صراحة ، كأن يقول اجزت العقد . وكذلك المشتري ، كأن يقول صراحة ، فسخت العقد ، أو اجزته ، أما مسخه دلالة فكأن يتصرف المشتري بالثمن اذا كان عيننا ، تصرفا ماديا أو شرعيا . أما الاجازة دلالة ، فكأن ينقل المشتري الاثاث الى الدار التي اشتراها بشرط الخيار .

الفرع الثاني
خيار الرؤية

تعريف خيار الرؤية :

هو حق العاقد في فسخ العقد أو امضائه ، عند رؤية محله ، اذا لم يكن رأه وقت التعاقد ، أو قبله بمدة لا يتغير في مثلها عادة .

(١٦٤)

سبب ثبوته :

يتبين من التعريف ، أن سبب ثبوته ، هو عدم رؤية محل العقد الروعية نفسها ، وهذا يظهر في حالتين .

أولهما : عدم رؤية محل العقد وقت انشائه .

الثانية : أن تكون رؤية سابقة لمحل العقد قبل التعاقد بمدة ، ثم

يراه متغيرا عند التعاقد ، ان تعتبر تلك الرؤية ، كأن لم تكن

لانها لم تعد وسيلة صالحة للعلم بالمحل ، والاحاطة به ، مما

يتحقق به مقصوده .

مشروعية خيار الرؤية :

اختلفت اجتهادات الفقهاء في أصل مشروعية خيار الرؤية على رأيين :

أولهما : أن خيار الرؤية غير مشروع اصلا وهذا رأى الامام الشافعي

في الجديد (١) .

ووجهة نظره ، أن خيار الرؤية يفترض قيام عقد بيع صحيح لعين

(١) - واما مذهبه القديم ، فيجيز بيع الغائب اذا بين المتعاقد أن

جنسه ونوعه ، دون بيان لما عليه من أوصاف ، وعلى هذا يثبت

فيه خيار الرؤية ، لكنه يتحدد في مجلس الرؤية .

مغني المحتاج - ج ٢ - ص ١٨ - فتح القدير ح ٥ - ص ١٣٧ - ص ١٣٨ .

معينة بالذات غائبة وموصوفة ، حتى يتصور فسخه ، وهذا النوع من بيع الغائب باطل ، ولو كان محله موصوفا ، لفوات شرط من شروط انعقاده ، وهو العلم بمحل العقد ، علما نافيا للجهرالة أو الغرر ، ولا يتم العلم بالاعيان المعينة بالذات - في اجتهاد الامام الشافعي - الا عن طريق المشاهدة والرؤية ، لا الوصف لان الوصف لا يقوم مقام الرؤية في ادراك المحل ، والعلم به علما كافيا نافيا للجهرالة أو الغرر المنهبي عنه ، فاذا لم تتم الرؤية عند التعاقد ، وقع باطلا ، فلا وجه للقول عندئذ بثبوت خيار الرؤية ، اذ لم تعد ذات موضوع ، لما قلنا ، من أن هذا الخيار يفترض قيام عقد صحيح ، ليتصور فسخه بخيار الرؤية ، وهذا العقد باطل ، لانه بيع عين معينة بالذات غائبة دون رؤية سابقة ، والباطل معدوم شرعا ، فلا يتأتى أن يرد عليه امضاء أو فسخ بخيار الرؤية .

الثاني : وذهب الحنفية الى مشروعية خيار الرؤية ، بل ثبوته دون اشتراط
حقا للشرع ، بالنص سواء وصف المحل ، أم لم يوصف (١) ، بمعسنى
أن خيار الرؤية ثابت بايجاب الشارع ، لا بارادة المتعاقدين . .
منشأ الخلاف :

يفهم مما سبق ، أن منشأ الخلاف " هو مسألة بيع العين الغائبة اذا كانت معينة بالذات " كالارض ، والسيارة ، والمنزل ، مسن القيميات ولو كانت موصوفة ، هل يصح التعاقد عليها أولا ؟

(١) - تبين الحقائق - ح ٤ - ص ٢٤ - فتح القدير - ح ٥ - ص ١٣٧ .

فالقائلون بصحته ذهبوا الى مشروعية خيار الروئية ، ومن قال ببطلانه

نفي مشروعيته .

أدلة الاولين :

١ - استدلوا على نفي مشروعية خيار الروئية ، بما رواه أبو هريرة - رضي

الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " نهى عن بيع

الغرر " وهو هنا الجهالة المفضية الى النزاع الذي يتعذر حسمه

والجهالة تنافي العلم بالمحل ، وهو شرط انعقاد .

واستدلوا كذلك بقوله - صلى الله عليه وسلم : " لا يحل سلف وبيع ،

ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك "

ومحط الاستدلال هو قوله - صلى الله عليه وسلم - : " لا تباع

ما ليس عندك " ان حملوه على النهي عن بيع العين الغائبة عن مجلس

العقد ، وهي العين التي لم يرها العاقد عند انشاء العقد

والنهي يقتضي التحريم ، ولا مشروعية مع التحريم .

أدلة القائلين بالمشروعية :

١ - استدلوا بقوله - صلى الله عليه وسلم : " من اشترى ما لم يره ، فله

الخيار اذا رآه (١) وهذا نص في الموضوع ، ان يتناوله على سبيل

(١) - المراجع السابقة - هذا وقد طعن بعض الفقهاء في هذا الحديث

وهو وان ورد في البيع ، لكنه لا يفيد الخصوصية ، فيلحق به ما كان

في معناه ، لوحد المناط ، فينسحب حكمه على كافة عقود المعاوضات

المالية اذا كان محلها عينا معينة بالذات ، كالمقايضة ، والصلح

على مال ، والقسمة في غير المثليات .

الاصالة هذا ، ويستنبط من هذا الحديث حكمان (١) ~~كلاهما~~ ~~بينهم~~ بالمشروعية .

الاول : جواز شراء الانسان ما لم يره .

الثاني : ثبوت الخيار له عند رؤيته .

٢ - ومن أدلتهم ، ما روى أن عثمان بن عفان باع لطلحة بن عبد الله أرضا بالبصرة لم يرها واحد منهما ، فقيل لطلحة : انك قد غبت ، فقال : لي الخيار ، لاني اشتريت ما لم أره ، وقيل لعثمان ، انك غبت ، فقال : لي الخيار ، لاني بعت ما لم أره ، فحكما بينهما جبير بن مطعم ، فحكم بأن الخيار لطلحة (١) ، وكان بمحضر من الصحابة ، ولم ينكر عليه أحد ، فكان اجماعا (٢) منهم على جواز بيع النسيء الغائب ، ومشروعية خيار الرؤية .

٣ - واستدلوا كذلك بقوله - صلى الله عليه وسلم - : " ليس الخبر كالمعاينة "

افرد على النافين لمشروعية خيار الرؤية ومناقشة ادلتهم :

اما ادعاهم أن لا طريق للعلم بالمحل الا الرؤية ، فيتجه عليه أن الوصف كاف للتعيين . وعلى التسليم بأن فيه جهالة ، لكنها لا تفضي الى نزاع مشكل ، لانه عند رؤيته ، يملك امضاء العقد او فسخه ، وان الطرف الآخر على بينة من أن للمشتري هذه السلطة ، فلا جهالة ولا غرر ولا نزاع ، فلا يكون هذا مشمولا بالنهي عن الفرر الوارد في الحديث .

(١) - وهو المشتري الممتلك ، وفيه دليل على أن البائع ليس له خيار رؤية .

(٢) - وهذا اجماع سكوتي ، اولزومي .

هذا ، ولا نكران أن الحاجة ماسة الى التعاقد على الاعيان الغائبة المعينة بالذات ، بعد وصفها ، وتعيينها ، وقد تفوته الصيغة اذا انتظر حتى الروئية ، فينبغي - دفعا للحاجة ورفعا للحرص ، وتيسيرا للمعاملة أن يكفي بالوصف في تعيين محل العقد ، اذا كان غائبا ، ومن الاهمياء المغيظة بالذات (١) ، كما قلنا .

وأما تأويلهم لقوله - صلح الله عليه وسلم - " لا تبع ما ليس عندك " بأن المراءى به ، النهي عن بيع العين الغائبة عن مجلس العقد فتأويل بعيد مستكره ، لان التبادر من " العندية " في الحديث ، الملك والقدرة على التسليم لا الغيبه ، على معنى " لا تبع ما لا تملك " . ولا تقدر على تسليمه .

يؤيد هذا ، القصة التي ورد فيها هذا الحديث .

هذا فضلا عن النصوص من السنة التي اثبتت مشروعية خيار الروئية ولهذا فرجح ما ذهب اليه القائلون بالمشروعية .

شروط خيار الروئية :

قلنا ان " خيار الروئية " يثبت للمشتري أو من في معناه دون اشتراط ~~اعتد الحنفية~~ ، حقا للشرع ، وبايجاب منه بالنص ، وان تحقق

(١) - خلافا للحنفية الذين يذهبون الى أن البيع بالوصف ، وان كان نافيا للجهالة ، لكن الروئية تفيد علما أدق مما يفيد وصفه ، ولذا فانهم يثبتون للمشتري أو الممتلك ~~على الروئية~~ ، ولو وجد المبيع مستكملا كافة الاوصاف التي اشترطت في العقد ، اذا راه هير موافق لرغبته ومقصوده ، لانه ادرى بها ، ولا يرون توافر الوصف قاطعا لحق المشتري في خيار الروئية .

الاصاف في العين الغائبه ، لا يقطع او يسقط حق الخيار هذا (١) ، لكن ذلك مشروط بما ياتي :

أولا : ان يكون محل العقد عينا معينة بالذات ، مما لا يثبت دينا فسي الذمه ، اى من الاموال التي تتعين بالتعيين ، فلا يثبت خيار الرويه في السلم فيه في عقد السلم مثلا ، لانه مما يتعين بالوصف لا بالذات ، فيكون دينا موصوفا في الذمه ، فلا يثبت فيه خيار الرويه .

ثانيا : ان يكون العقد من عقود المعاوضات المالية اللازمة التي تنفسخ بافرد ، وهذا شرط تقتضيه طبيعة الخيار نفسه ، وأما ما لم يكن كذلك ، فلا يثبت فيه هذا الخيار ، لعدم الفائدة ، وذلك كالمخمس ، والنكاح ، والصلح عن القصاص ، ان لا تحتل الفسخ وان كان محلها مما يتعين بالذات .

ثالثا : عدم روية الممتلك محل العقد عند انشائه ، أو قبله بفترة لا يتغير خلالها عادة . . .

رابعا : وقوع الرويه فعلا ، فلا يثبت هذا الخيار قبلها . هذا ، وثمة رأى يذهب الى ان للممتلك الحق في الفسخ قبل الرويه ، لان سببه هو عدم الرويه لا الرويه نفسها .
محل خيار الرويه :

بيننا آنفا ، ان خيار الرويه يشترط في ثبوته ، ان يكون العقد من المعاوضات المالية اللازمة وان يكون محله من الاعيان التي تتعنين

(١) - خلافا للمالكيه الذين يرون ان الوصف يقوم مقام الرويه في العلم بمحل العقد علما كافيا .

بالتعيين ، لا بالاوصاف وان يحتمل الفسخ ، ومن ذلك ، عقد البيع اذا كان محله من الاعيان المشخص التي تتعين بالذات ، وعقد الصلح على مال ، والقسم ، اذا كان محل الاول عينا مشخصة ، ومحل الثانية أموالا مشتركة من القيمات لا المثلثات ، اذا لم يكن المشتري أو المملك قمد رأى محل العقد عند انشائه .

أو بعبارة اخرى ، محله عقود المعاوضات المالية اللازمة التي تنفسخ بالرد ، أما ما لا ينفسخ بالرد من العقود ، فلا يثبت فيه خيار الرجوع لعدم الفائدة ، وذلك كالخلع ، والنكاح ، والصلح عن القصاص (١) ولو كان محله من الاعيان التي تتعين بالتعيين .

لمن يثبت خيار الرجوع :

يثبت للمشتري أو المملك ، وأما بالنسبة للبائع أو المملك ، فقد اختلفوا في ثبوته له ، فكان ابو حنيفة يقول بذلك ، بأن ورث البائع عيناً فباعها قبل أن يراها ، ثم رجع الامام عن ذلك (٢) .

أما اذا كان العقد "مقايضة" كأن يبيع أرضا بسيارة ، بحيث يدسون الثمن عينا مشخصة كالمبيع ، فان للبائع خيار الرجوع اجماعا ، لان كلا من طرفي العقد ، بائع ومشتري آن واحد ، فيثبت لكل منهما خيار الرجوع بوصف كونه مشتريا ، لا بائعا .

على أن الاجماع السكوتي منعقد على ثبوته للمشتري دون البائع على ما ورد في قضاء جبير بن مطعم ، كما بينا .

(١) - المرجع السابق .

(٢) - المرجع السابق .

هذا ، والاحكام الشرعية تدور على ما يغلب وقوعه ، لا على النادر
فالبايع يندر أن يبيع شيئا مما يملك دون أن يكون قد رآه ، وعلم به ، لوجوده
تحت يده ، فكان معيناً لديه ، أو من المفروض أن يكون كذلك ، فإذا لم
يفعل كان مقصراً ، وعليه تبعة تقصيره ، بخلاف المشتري ، فإن عدم رؤيته
لمحل العقد مما يكثر وقوعه في التعامل ، لذا جاء نص الحديث
خاصةً بالمشتري ، لتحقق حكمة تشريعه بالنسبة إليه دون البائع
فيكون مقصوراً عليه . وايضاً ، خيار الرؤية جاء على خلاف القياس
فلا يقاس عليه غيره ، بل يقتصر فيه على مورد النص .

ما المقصود بالرؤية :

ليس المراد بها خصوص الرؤية البصرية اجمعاً ، بل ما هو أعم من
ذلك ، فتختلف طبيعة وسائل العلم أو الرؤية ، باختلاف طبيعة المحلل
وهذا ما عبر عنه الفقهاء بقولهم " تعتبر الرؤية في كل شيء بحسبه " فإذا
كان من المشعومات كالعطور فوسيلة تعيينه أو العلم به ، الشم ، أو من
المدونات كالزيت والشمع ، فوسيلته الذوق باللسان ، أو من المنسوجات
فوسيلته البصر واللمس ، أو كان من المرثيات كالبساتين ، والابنية (١)
فيعلم بالمشاهدة .

(١) - لا يكفي مشاهدة ظاهر الدار أو المنزل ، بل لا بد من رؤية باطنه
وحجراته ومرافقه ، إذ تختلف المنازل في ذلك اختلافاً كبيراً ، فكانت
رؤيته من الخارج لا توصل إلى العلم بحقيقته علماً دقيقاً كما سـ
محيطاً ، وقيل يكفي بمشاهدة الظاهر ، ونحن نرى أنه يكتفي
بمشاهدة الظاهر ؛ إن كان البناء مما لا تختلف غرفة ومرافقه ، بأن كان
على نمط معين مرسوم ، فالاختلاف إذن أساسه اختلاف العادات
والاعراف في كل زمن .

هذا ، وان كان من المكيلات أو الموزونات ، وكانت اجزاؤه غير متفاوتة ، فان رؤية عينة منها ، كافية في معرفة الكل ، والعلم به ، فيسقط خياره بروئية هذه العينة ، ويلزم العقد ، وان لمير الكل ، لعدم التفاوت ، بخلاف ما اذا كانت اجزاؤه متفاوتة ، بأن كان من العدديات ، فان رؤية بعضها ، لا تسقط خياره في سائرهما ، للتفاوت ، فلا تكون رؤية البعض مفيدة للعلم بالكل ، فيبقى العقد في حقه غير لازم .

وعلى هذا ، فالمراد بكلمة " الروئية " العلم بالمقصود (١) .

أثر خيار الروئية في العقد

- ينصب أثر خيار الروئية على لزوم العقد ، فقط ، ولا يوثر على نفاذه فيكون عقدا صحيحا نافذا غير لازم ، وذلك بالنسبة للمشتري أو الممتلك ان يثبت هذا الخيار له وحده ، كما قدمنا ، دون الطرف الاخر من البيئع أو المملك ، لان العقد بالنسبة لهذا الاخير لازم ، وهو الصحيح .
وعلى هذا ، فان لمن يملك هذا الحق - وهو المشتري أو من في حكمه - أن يفسخ العقد أو يرضيه ، عند رؤية المحل ، ولا يتوقف هذا الفسخ على رضا الطرف الاخر ، ولا على حكم القاضي .
وانا كان العقد مع خيار الروئية نافذا ، فان جميع آثاره تترتب عليه .
هذا ، والحنفية الذين يثبتون هذا الحق دون اشتراط ، لانه ثابت بايجاب الشارع بالنص ، يجعلون لمن يملك هذا الحق فسخ العقد أو أمضاءه عند رؤية المحل ، ولو كانت الاوصاف المشروطة في العقد متحققة

(١) - فتح القدير - ج ٥ - ص ١٣٨ وما يليها - رد المحتار ج ٤ - ص ٥٩٦ .

ص ٥٩٩ - البدائع - ج ٧ - ص ٣٦٠ - ص ٣٦١ .

في هذا المحل ، نهابا منهم ، الى أن الروئية تفيد علما أدق من الوصف ، فلا يسقط تحقق الوصف في محل العقد ، حق الخيار في الروئية ولانه ثبت حقا للشرع (١) ، خلافا للملكية ، حيث يرون أن توافر الوصف في محل العقد كاف للمعلم به ، وناف للجهالة فيلزم العقد لانه يقوم مقام الروئية في العلم بالمعقود عليه .

هذا ، والفسخ بخيار الروئية يصح دون قضاء ، ولا رضا الطرف الاخر ، - كما ذكرنا - وهو فسخ على كل حال ، سواء قبل القبض وبعبده بخلاف خيار العيب بعد القبض عند الحنفية .

هذا ، وباعتباره حقا للشرع ، لا يسقط ، مهما طال الزمن ، لان الحق لا يسقط الا بانتهاؤه ، أو بانتهاء الوقت المحدد له ، وليس لهذا الخيار وقت محدد ، فيبقى قائما ما لم يسقطه صراحة أو دلالة ، ونذهب آخسرون الى أنه موقت بوقت امكان الفسخ بعد الروئية ، فاذا تمكن من الفسخ ولم يفعل ، سقط خياره بعضي الوقت ، ولزم العقد ، ولو لم يجزه صراحة أو دلالة .
والصحيح الاول ، لما بينا .

(١) - المراجع السابقة - سيأتي أن الفسخ بخيار العيب يتوقف على رضا الطرف الآخر ، أو قضاء القاضي ، اذا كان بعد القبض عند الحنفية ان قد ينازع البائع في ادعاء المشتري فوات شرط السلامة في المبيع بعد القبض ، وعلى هذا ، فلا يفسخ العقد بعبارة المشتري وحده هذا عند الحنفية ، خلافا للشافعية والحنابلة ، ان يتم الفسخ بعبارته وحده .

بم يسقط خيار الروئية :

يسقط خيار الروئية بالاسباب الآتية :

١ - روية محل العقد ، والرضا به ، صراحة أو دلالة .

أما صراحة ، فكقوله : رضيت بالعقد ، أو أجزته .

وأما دلالة فكتصرفه في المحل الى الغير . ، يدل على رضاه
بمحل العقد ، أو تصرفه ماديا فيه ، بأن كان سيارة فساخر فيها ، أو منزلا
تسكنه ، أو أرضا فزرعها ، على أن تصرف المشتري في محل
العقد بعد رويته ، للغير ، تصرفا شرعيا ناقلا للملك يسقط الخيار
سواء أكان هذا التصرف يوجب للغير حقا لازما ، كالبيع والرهن
والاجارة ، والهبة. اذا تم فيها القبض ، أم كان لا يوجب للغير
حقا كالبيع بشرط الخيار ، لنفسه ، أو عرض محل العقد للبيع للمساومة
أو الهبة قبل القبض .

هذا اذا كان التصرف بعد الروئية ، فانه يسقط الخيار مطلقا .
أما اذا كان قبلها ، فلا يسقط الخيار الا اذا كان يوجب للغير حقا
لازما ، ذلك لان الحق اللازم ، يمنع الفسخ ، رعاية للحق المكتسب
بالنسبة للغير ، واذا امتنع الفسخ ، لزم البيع ، بطلان الخيار
ضرورة ، أما ان كان التصرف لا يوجب حقا للغير ، فلا يسقط خيار
الروئية ، لانه لو سقط ، لكان سقوطه باعتبار دلالة هذا التصرف على
الرضا ، ومعلوم ، أن صريح القرضا لا يبطل الخيار قبل الروئية
فدلالة الرضا لا تسقطه من باب أولى (١) .

٢ - تعذر رد المعقود عليه ، بهلاكه هلاكا كليا أو جزئيا ، قبل اختيار

(١) - فتح القدير - حه - ص ١٣٧ وما يليها .

المشترى ، لذلك ، لان الهلاك الكلي ، يعدم المحل ، فيمتنع الرد ، فيسقط الخيار ، ويلتزم العقد .

وأما الهلاك الجزئي ، فيفرق الصفقة على البائع ، برد البعض دون البعض ، وهذا اضرار به ، ولا يجوز ، فيسقط الخيار لذلك .
وفي معنى الهلاك ، تغيره تغيرا يخرججه عن الصفقة التي كان عليها وقت التعاقد .

٣ - تضييب محل العقد في يد المشتري ، أو التملك ، يسقط حقه في الرد ، اذ يمتنع عليه أن يرده معيبا بعد أن استلمه سليما ، فيسقط الخيار لذلك .

٤ - موت من له الخيار ، لان خيار الروئية ، مجرد رغبة ومشية ، كخيار الشرط ، لا يورث ، سواء أكان موته قبل الروئية أم بعدها ، فيبطل خياره بموته .

٥ - زيادة محل العقد زيادة متصلة غير متولدة عنه ، على النحو الذي بينا في خيار الشرط .

الفرع الثالث

خيار العيب

يقصد بالعيب في اصطلاح الفقهاء ، ما يوجب نقصانا في القيمة عند أهل الخبرة (١) .

تعريف خيار العيب اصطلاحا :

هو الحق الثابت شرعا ، للمتلك ، في فسخ العقد أو امضاءه اذا ظهر في محل العقد المعين بالذات ، عيب كان موجودا عند التعاقد أو التسليم ، ولم يكن قد اطلع عليه وقت ذلك ، منسبا يوجب نقضا معتدا به في ماله عند أهل الخبرة ، أو فوت غرضنا صحيحا لديه (٢) .

سبب خيار العيب :

ان سبب هذا الخيار هو ظهور عيب في محل العقد ، مما يتضرر به المتملك ، لنقصان في ماله في نظر أهل الخبرة ، أو فوات شرط السلامة مشروعية خيار العيب :

عقود المعاوضات المالية اذا كان محلها عينا معينة بالذات ، تنطوي على شرط ضمني - هو " السلامة " من العيب ، لان ارادة المتعاقد المتملك قد اتجهت قطعاً الى ذلك ، وان لم يصرح بها ، بل هذا هو المتعارف بين الناس ، ان لا يقصد أحد الى تمكك شيء معيب ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطا ، حتى اذا فات هذا الشرط ، بظهور العيب ، فقد اختلف

(١) - الفتاوى الانقروية - ج ١ - ص ٦٣ - ص ٦٤ - البدائع - ج ٥ - ص ٣٦٢
المراجع السابقة .

والعيب في اللغة : ما تخلو عنه الفطرة السليمة - المصباح المنير .

الرضا ، وهذا يجعل العقد غير لازم في حق من اختل رضاه ، لان الرضا الكامل شرط في صحة العقد ، ولذا قرر الفقهاء أن كل عقد معاوضة مالية - مشروط بالسلامة ضمنا أو دلالة .

على أن هذا الخيار ثابت بالأدلة الشرعية النصية منها :

- قوله - صلى الله عليه وسلم - " لا يحل لمسلم باع من أخيه ببيعاً وفيه عيب ، الا بينه له " وقوله - صلى الله عليه وسلم - " من غشنا فليس منا " وكتمان العيب غش ، وهذا يفيد التحريم (١) .

وأیضا ، قوله - عليه الصلاة والسلام : " من ابتغى شاة بصرة ، فهو بخير النظرين ، ان شاء أمسك ، وان شاء رد ، ورد معها صاعا من تمر " وثمة أحاديث كثيرة في هذا المعنى وان اختلفت لفظا ، ولا سبيل الى حماية التعاقد المضرور بسبب ظهور العيب ، الا منحه حق الفسخ ، حماية له لا اختلال رضاه .

هذا ، وانما اختل رضاه بظهور عيب يوجب نقضا في مالية المحل لان مقصود التعاقدين في المعاوضات المالية ، تحقيق مقاربة التساوي بين البديلين ، والنقص في المالية ينافي هذا القصد بدهاءة ، ويلحق الضرر بالمتملك ، فضلا عن احتمال فوات غرضه الصحيح منه .

شروط خيار العيب :

١ - أن يكون العيب قائما بالمحل عند التعاقد ، أو قبل التسليم ، فيكون في ضمان البائع أو المملك ومسئوليته ، بخلاف ما لو حدث بعد التسليم فيكون في ضمان المشتري ومسئوليته ، لحدوثه في ملكه وحوزته ، فلم يكن

له حق في رده ، لانه طارىء لا قديم ، ولان المتملك قد استلم المعقود عليه سليما ، فصح العقد ، ولزم ، لتوفر شرط السلامة .

٢ - أن يبقى العيب قائما في المعقود عليه الى وقت الفسخ ، حتى اذا زال قبل ذلك ، لم يكن ثمة مصلحة له في فسخه ، فلا يجوز ، لعدم تحقق مناط حكم الفسخ .

٣ - ألا يكون المتملك قد اشترط الجزاء من عيب معين ، أو من عيوب معينة أو من العيوب مطلقا ، مما كان موجودا في المعقود عليه قبل القبض حتى اذا ظهر عيب من ذلك ، فلا يكون له الرد ، ان باشرطائه الجزاء تبين أنه رضي بالعيب ، فلا اختلال لرضاه ، فينتفي الخيار بانتفاء سببه .

٤ - ألا يكون المتملك قد اطلع على العيب وقت التعاقد أو قبل القبض حتى اذا كان عالما به عند ذلك لم أقدم على التعاقد ، كان ذلك أمانة على رضاه به متعيبا ، ولا خيار مع سلامة الرضا عند التسلم .

٥ - أن يكون العيب مما ينقص من مالية المعقود عليه ، أو يفوت غرضا صحيحا للمتملك ، عند أهل الخبرة (١)

مجال خيار العيب :

يتحدد مجال خيار العيب ، باعتباره يوجب نقضا في مالية المعقود عليه ورده الى المملك ، بعقود المعاوضات المالية التي محلها عين معينة بالذات (من القيميات) ان هي يتأتى فيها الرد ، ذلك أن البائع ملزم

(١) - لم تمكن من التوسع في بحث الخيارات أكثر من ذلك لمحدود يسه

الصفحات المقررة في القوانين واللوائح الجامعية .

البدائع - ح ٧ - ص ٣١٨ - ص ٣٢٧ -

فتح القدير - ح ٥ - ص ١٨٢ - ص ١٨٣ .

بتسليم عين معينة بذاتها دون غيرها ، فاذا ظهر فيها عيب ، كان للمتملك أن يرد هذه العين ، ويفسخ العقد ، بخلاف ما اذا كان المحل من " المثليات " التي تثبت أوصافا في الذمة ، ان لا يلزم البائع مثلا بتسليم عين معينة منها ، بل من مثلها ، مما يتحقق فيه الوصف ، فاذا انتفى الوصف ، انتفى المحل وصفا ، وللمشتري أن يرفض الاستلام ابتداءً ، ان ليس هو الذي تم التعاقد عليه .

فتلخص أن مجاله عقود المعاوضات المالية التي محلها أعيان مشخصة معينة بالذات ، من مثل عقد البيع ، وعقد الاجارة اذا كان محلها دارا معينة للسكنى مثلا ، وعقد القسمة اذا كان المقسوم فيه قيميا ، وعقد الصلح اذا كان البديل عينا مشخصة ، وعقد المقايضة التي يكون فيها البدلان ، المبيع والتمن ، من الاعيان المعينة بالذات ، كسراء أرض بسيارة مثلا ، فهذه يتصور فيها خيار العيب .

حكم العقد مع خيار العيب :

يظهر أثر العيب في لزوم العقد ، فيكون غير لازم ، ولكنه لا يؤثر على نفاذه ، فتترتب آثاره عليه ، بالعقد نفسه كما لو كان لازما . ان لا أثر للزوم وعدمه على النفاذ ، وعلى هذا ، فالعقد الذي ظهر عيب في محله ، عقد صحيح نافذ ، ولكنه غير لازم بالنسبة للمتملك الذي كان للعيب أثر في اختلال رضاه ، دون المالك . ان العقد لازم في حق هذا الاخير ، منذ انشائه ، لسلامة رضاه . هذا ، وعدم اللزوم يورث المتملك الذي اختل رضاه ، الخيار بين

أمرين :

أولهما : فسخ العقد ورد محله المعيب الى صاحبه فيبطل العقد ، ويصبح

كأن لم يكن ، واسترداد العوض ان كان قد دفعه الى الطرف الآخر
ما لم يمنع من الرد مانع من الموانع التي يتعذر معها الرد ، فيسقط الخيار
ويلزم العقد ، وسنأتي على ذكرها .

الثاني : امساك الممتلك المعقود عليه ، ورضاه به بكل ثمنه ، صراحة أو
دلالة ، على الرغم من قيام العيب فيه ، ويصبح العقد حينئذ لازماً
في حقه كما هو لازم في جانب المملك منذ انشائه .
هذا ، ولا خيار للمتملك في هذه الحال ، بين امساك المعقود
عليه المعيب ، وبين نقصان الثمن ، بقدر ما نقص من قيمته ، أثراً للعيب
فيه ، لان العيب وصف تابع للمعقود عليه ، لا يقابله شيء من الثمن ما لم
يرض المملك من تلقاء نفسه بدفع قيمة النقص في نظير عدم رد المعقود عليه
المعيب ، فانه يجوز ، ويعتبر ذلك خطأ من الثمن بمحض رضاه
وهو جائز مشروع (١) .

وهذا مذهب الحنفية ، خلافاً للحنابلة الذين ذهبوا الى أن للمتملك
الخيار بين امساك المعقود عليه المعيب ، والرجوع بالنقص على المملك ، الزاماً
وقضاءً ، فيقوم المحل سليماً ، ثم يقوم معيباً ، والفرق بينهما ، يسمى نقصاً
أو أرشاً ، فيحط من الثمن بقدره ، شاء المملك أم أبى (٢) ، وهو الاضح .
هل يتوقف فسخ العقد بالعيب ، على رضا الطرف الاخر أو على حكم القاضي :

يفرق في حكم هذه المسألة بين حالين :

الاولى : قبل تسليم المعقود عليه المعيب ، فلا يتوقف الفسخ على رضا ولا قضاء
به .

(١) - مجمع الانهر - ج ٢ - ص ٥٢ . فتح الوهاب شرح نهج الطب سلاب

ج ١ - ص ١٧٢ .
(٢) - الاقناع - ج ٢ - ص ٩٦ - ص ٩٩ .

الثانية : _____ بعد تسليم المحل المعيب ، فلا بد من الرضاء أو القضاء بالفسخ ذلك ، لان الممتلك يدعى فوات شرط السلامة ، وقد ينازعه الطرف الاخر في ذلك .

هذا ، ويشترط في نفاذ حكم الفسخ ، علم الطرف الاخر به .
الاسباب التي تمنع الرد بخيار العيب ، وتسقط الخيار .

- ١ - الرضا بالعيب بعد العلم به ، صراحة أو دلالة .
- ٢ - اسقاط الخيار صراحة ، كأن يقول أسقطت حقي في الخيار ، أو دلالة بأن يرى الطرف الآخر من العيب .
ولا حق للممتلك في الرجوع بالنقصان في هاتين الحالتين عند الحنفية خلافا للحنابلة ، كما قدمنا .
- ٣ - هلاك المحل كلياً أو جزئياً ، لتعذر الرد ، أما في الاول ، فلان المحل معدوم ، واما في الثاني ، فلتفرق الصفقة على الطرف الآخر .
- ٤ - تعيب المعقود عليه بعيب جديد في يد الممتلك بعد قبضه فضلاً عن العيب القديم ، ان يتعذر في هذه الحال ، رد المعقود عليه ، على الحال التي كان عليها وقت التعاقد ، فيسقط الخيار ، ويلزم العقد ، ولكن للممتلك الرجوع بما يقابل النقصان ، أثراً للعيب القديم على الطرف الآخر ، سواء أكان حدوث العيب الجديد ، بأقضية سماوية ، ام بفعل اجنبي وكذلك اذا كان بفعل الممتلك (١) ، لان الطرف الاخر لا يجبر على قبول الرد بالعيوب الجديدة .
- ٥ - زيارة محل العقد زياوة متصلة غير متولدة من الاصل ، كزراعة الارض ،

(١) - غير انه اذا حصل الهلاك أو التعيب بفعله قبل اطلاعه على العيب كان له الرجوع بالنقصان .

أو غرسها ، وكعزل القطن ، أو ترميم الدار ، وكذلك اذا كانت الزيادة
مفصلة متولدة عن الاصل ، كالشمر ، وولد الحيوان ، فانها تمنع الرد ،
بسبب هذه الزيادة ، غير أن للمتملك في الحالين الرجوع على الطرف
الآخر ، بالنقضان .

وتعليل ذلك في الحالة الاولى ، أن في رد المعقود عليه الى مالكه
مع الزيادة المتصلة ، دون مقابل ، شبهة الربا .

وفي الحالة الثانية ، لو رد المعقود عليه ، دون الزيادة ، لتملكها
الطرف الآخر دون مقابل ، ولو ردت مع الزيادة لملكها مالك العين دون مقابل
ايضا ، وفي الحالين شبهة الربا ، فامتنع الرد لذلك ، ولزم العقد .
وامتناع الرد في هذه الاحوال للأسباب التي ذكرنا ، معناه سقوط
الخيار ، ولزوم العقد .

هل يسقط خيار العيب بموت صاحبه ؟

لا يسقط ، بل يورث ، ويقوم الموارث مقام مورثه ، في هذا الوجه
فان شاء فسخ العقد ، ورد المعقود عليه الى مالكه ، واسترد المثل
فبيطل العقد ، وان شاء أسك المعقود عليه المعيب ، ورضي به ، بكل
الثلث ، أو مع الرجوع بالنقضان في بعض الحالات التي اشرنا اليها ، فيلزم
العقد في حقه ، وتعليل ذلك ، أن هذا حق مالي وليس مجرد رغبة
ومشيئة ، لان سلامة المعقود عليه من العيب ، أمر يتصل بماليته ، أو قيمته
المالية ، من حيث الكمال والنقص ، والموارث يخلو فمورثه في
حقوقه المالية اجماعا .

البحث الرابع

خيار التعيين

التعريف به :

هو حق للمالك - كالمشتري - يثبت في العقد الذي محله واحد غير معلوم من شيئين أو ثلاثة معلومة ، باشتراطه فيه صراحة بحيث يكون له بمقتضاه سلطة في أن يختار واحدا منها ، ليصبح معلوما بعد أن كان مجهولا .

واضح من هذا التعريف ، ان " خيار التعيين " ثابت استثناء من القياس العام في العقود والذي يقضي بوجود أن يكون محل العقد معيناً معلوماً كشرط لانعقاد ، يبطل العقد بفواته ، كما بينا ، وهذا ما ذهب اليه الحنفية والمالكية ، مستندين في هذا الاستحسان إلى الحاجة والعرف ، مما ينهض بحكمة تشريعية .

ووجه الحاجة ، أن الانسان قد يفتقر في البياعات إلى التروي واستشارة أهل الخبرة ، لما يلتبس عليه اختيار الا وفق والارفق (١) من أشياء متفاوتة الصفة والثلث ، أو يكون ممن لا يستطرق الاسواق ، ولا يتردد عليها عادة ، لقلّة خبرته ، أو ضيق وقته ، فيرسل نائبا عنه يتولّى شراء حاجاته ، فتمس الحاجة إلى استطلاع رأى أهل الخبرة أو رأى هذا الاصيل فيما يرغب في شرائه من أمور متعددة مختلفة الصفة والمميزات ، فخشية أن تفوت الصفقة ، شرع حق التعيين هذا اجتهادا ، سدا للحاجة العاسة إلى ذلك ، وهذا الخيار يلتقي مع خيار الشرط من حيث حكمة التشريع التي تقوم على الحاجة إلى التروي والاستعانة بأهل

(١) - رد المحتار - ج ٤ - ص ٥٨٥ - ابن عابدين .

الخبرة ، وحكمة التشريع هي قوام روح الشرع ، ومقصد المشرع .

مشروعية خيار التعيين :

لم يرد في خيار التعيين نص خاص ، كما ورد في خيار الشرط وخيار الروية مثلا ، وإنما تقوم مشروعيته ، على أساس التيسير ودفع الحرج في التعامل ، وهو مصلحة حاجية تصلح مبنى للحكم الشرعي اذا لم يرد في الشرع ما يلغياها أو ينافيها ، حتى اذا أضفنا الى ذلك " العرف " تأيد أصل المشروعية به ، ما دام لا يعارضه في الشرع دليل اقوى وخاص في موضوعه ، وكل ما لم يرد فيه نص في العقود والتصرفات يصار فيه الى العرف . هذا ، وتلمح في استدلال الحنفية على مشروعيته ابتناء على القياس على خيار الشرط ، لوحدة المصلحة أو السناط الذي هو سند الاستحسان من القياس العام ، كما أشرنا ، والاستحسان حجة فسي الاستنباط فيما لا نص فيه على الاصح ، فضلا عن القياس الخاص .

وعلى هذا ، فالاساس الفقهي لهذا الخيار ، القياس الخاص على خيار الشرط ، أو الاستحسان القائم على العرف .

ونذهب الشافعية والحنابلة الى عدم مشروعية خيار التعيين ، استدلالا منهم بالقياس العام ، ان من شروط الانعقاد ان يكون محل العقد معلوما وقت التعاقد ، لان الجهالة تبطله ، وخيار التعيين يرد في عقد محله واحد غير معين وقت التعاقد ، فلم يصح لذلك

ولكن يتجه على هذا النظر ، ان محل العقد وان كان مجهولا في هذه الحال عند التعاقد ، فترة معينة ، للثروة ، وتحقيقا للرضا الكامل ، وتحصيلا للمصلحة ودفع الحرج ، غير أن بآله " التعيين "

(١) - المعني - ح ٤ - ص ١١٨ - ابن قرامة - نهاية المحتاج - ح ٣ - ص ٩٤ .

بعد ذلك وهذا لا يضر ، نظرا لما يترتب عليه من مصلحة جديدة مشروعة عامة وراجعة ، بدليل جریان العرف بذلك ، والعرف في التعامل معتبر اذا لم يصادف دليل خاص بموضوعه في الشرع وأقوى منه ينفيه ، ولم يوجد نعم ورد في الشرع النهي عن الفرر للجهالة ، ولكن هذه الجهالة موقوفة ويسيرة غير فاحشة ، ولا تفضي الى النزاع عادة ، فلا تندرج في حكم النهي لانقضاء الفرر .

هذا ، ووحدة المناط أو المصلحة بين هذا الخيار وخيار الشرط بينة ، تؤيد مشروعيته بالقياس الاصولي الخاص ، وهو حجة عند الاثمة الاربعة ، كما تعلم ، .

صورة خيار التعيين :

وتوضيحا لمضمون خيار التعيين ، أن يقول البائع للمشتري ، بعثك هذه السيارات الثلاث ، الاولى بمبلغ كذا ، والثانية بكذا ، والثالثة بكذا على أن تختار أيها شئت . في غضون ثلاثة أيام ، على رأى الامام ، أو في غضون شهر مثلا ، على رأى الصاحبين ، والمالكية ، وقبل المشتري ، صح العقد والشرط ، ويكون المبيع واحدا لا بعينه ، من هذه السيارات الثلاث المعينة ، ذاتا ووصفا وثمان ، والمتفاوتة جودة ورداءة ، حتى اذا استلمها المشتري ، كانت احداها لا بعينها ، مبيعة ومضمونة ، ويتعين ملكه فيها ، والاخريان امانة في يد المشتري ، لانه استلمها باذن مالكة لا على وجه التمليك ، فاذا اختار احداها في المدة المعينة وبثمنها المحدد لها ، تعينت محلا للعقد ولزم ، ان باختياره هذا يتحقق شرط انعقاد ، وهو العلم بمحل العقد كاملا (١) .

(١) - رد المحتار - ج ٤ - ص ٥٨٥ وما يليها - ابن عابدين - فتح القدير ج ٥ - ص ١٣٨ - ص ١٤١ - تبين الحقائق - ج ٤ - ص ٢١ وما يليها المبسوط - ج ١٣ - ص ٥٤ .

العقود التي يجرى فيها خيار التعيين :

لا يجرى هذا الخيار الا في عقود المعاوضات المالية التي تنقل الملك في الاعيان المعينة بالذات ^{كالبيع} ، وما في معناه ، فتحدد نطاقه بذلك ، لثبوته استحسانا وعلى خلاف القياس فلا يتوسع فيه .

وعلى هذا ، لا يجرى هذا الخيار في المعاوضات التي محلها والمنافع ، ولا في عقود التبرع . هذا ، ولا يثبت الا للمتلئ كالمشترى ، لتحقق حكمة التشريع فيه وحده ، دون المبتاع كالبائع ، لان حكمة التشريع ، أساس مشروعيتها ، كما علمت حتى اذا انتفت ، كما هو الشأن في البائع ، انتفت مشروعيتها وعاد الى الاصل للعام الذي يقضي ببطلان العقد ، لجهالة محله وقت التعاقد .

وانما تنتفي حكمة التشريع في هذا الخيار بالنسبة للبائع أو من في معناه من قبل أن الاعيان التي يريد بيعها قائمة في يده ، ويمكنه أن يتروى فيما يختار بيعه قبل الاقدام على البيع ، بخلاف المشترى .

على أن ثمة اجتهادا عند الحنفية في صحة هذا الخيار بالنسبة للبائع أيضا ، قياسا على المشترى (١) ، وهو ضعيف ، ان الحاجة الى ذلك بالنسبة للبائع ، نادرة ، فلا تقوى على مخالفة القياس العام من وجوب التعيين وقت التعاقد ، لضعف المصلحة ومحدوديتها . هذا ، ودليل ندرتها عدم جريان العرف بها .

(١) - فتح القدير - ج ٥ - ص ١٣١ وما يليها ، - نهاية المحتاج

ج ٣ - ص ٩٣ - تبين الحقائق - ج ٤ - ص ٢١

الخطاب - ج ٤ - ص ٤٢٣ - ص ٤٢٥

شروط خيار التعيين :

تتوقف صحة خيار التعيين على الشروط الآتية :

أولا : ألا يزيد عدد الأشياء المعينة التي يجرى الخيار بينها عن ثلاثة لأنها تشتمل على الجيد والوسط والرديء ، ولا حاجة لجريانه في أكثر من ذلك ، لأن هذا الخيار ثبت للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها .

ثانيا : أن يحدد ثمن كل منها على حدة ، نفيًا للجهاالة في الثمن المفضية إلى النزاع المحرم .

ثالثا : أن تكون هذه الأشياء الثلاثة المعينة متفاوتة في الصفة من الجودة والرداءة ، وهذا يستلزم التفاوت في الثمن كذلك لأن اشتراط هذا التفاوت ، مما تقتضيه طبيعة الخيار ، إذ لو كانت متساوية في ذلك ، لما كان لهذا الخيار معنى ، ولا موضوع بل ولما دعت الحاجة التي هي أساس مشروعيتها إلى ذلك .

رابعًا : أن تحدد المدة التي ينبغي أن يجرى الخيار خلالها ، وأن تختلف الحنفية في مداها ، نابو حنيفة يحددها بثلاثة أيام اعتبارًا بخيار الشرط ، بينما الصاحبان يتركان التحديد لاتفاق المتعاقدين ، طالبت المدة أم قصرت .

أما المادة ، فتختلف المدة عندهم تبعًا لاختلاف طبيعة محل العقد على النحو الذي رأينا في مدة خيار الشرط ، في اجتهادهم . هذا ، والقول بعدم التحديد فيسه ضرر بالبائع من غير مسوغ يوجبه ، والضرر منفي في الشرع ، فوجب التحديد .

حكم العقد مع خيار التعيين :

اختلف الفقهاء في حكم العقد مع هذا الخيار .

فذهب فريق منهم الى أن أثر خيار التعيين ينصب على لزوم العقد فيجعله غير لازم ، فيكون لمن يملك هذا الخيار ، أن يضي العقد ، بأن يختار واحدا منها ، أو ينقضه ويفسخه ، ويرد الاشياء المخير فيها جميعا الى صاحبها .

والفسخ هنا ، لا يتوقف على قضاء القاضي ، ولا على رضا الطرف الآخر .

على أن هذا الفريق قد وقع الاختلاف بينهم أيضا ، فبعضهم يرى أن عدم اللزوم هو أثر تمحض لخيار التعيين ، ومن ثم لا يشترط اقتترانه بخيار الشرط ولا هو متضمن له ، بينما يرى الآخر ، أن عدم اللزوم ليس أثرا تمحضا لخيار التعيين ، بل هو أثر لخيار الشرط الذي تضمنه هذا الخيار (١) .

هذا ، وثمة فريق ثان يرى أن العقد لازم ، ولا أثر لهذا الخيار على لزومه ، فلا يملك المشتري بالتالي أن يفسخ العقد ، ويرد الاشياء الثلاثة المخير فيها على صاحبها ، وإنما ينحصر أثره في التعيين فقط فيجبر على الاختيار .

وعلى هذا ، فالعقد نافذ لازم ، في حق المشتري ، على الرغم من قيام هذا الخيار وإنما أثره في وجوب أن يختار واحدا منها ، محلا للعقد ليمتيز عن غيره ، فيصبح متعينا معلوما ، ويتعين ملكه فيه وتزول بذلك هذه الجهالة اليسيرة (٢) الموقوتة .

(١) - فتح القدير - ج ٥ - ص ١٣٠ - تبين الحقائق - ج ٤ - ص ٢١

المبسوط - ج ١٣ - ص ٥٤ - نهاية المحتاج - ج ٣ - ص ٩٤

البدائع - ج ٥ - ص ٢٧٤ .

(٢) - المراجع السابقة .

أما بالنسبة للمالك كالبائع فالعقد لازم في حقه اتفاقا .
وعلى أى حال ، فان خيار التعيين ، لا أثر له على نفاذ العقد
بالاتفاق ، فالعقد معه صحيح نافذ ، تترتب آثاره عليه ، من انتقال
الملك في واحد لا بعينه ، ولكنه ملك غير لازم عند جمهور الحنفية ، أشرا
لخيار التعيين ، حتى اذا مارسه صاحبه ، بأن اختار واحدا
منها ، تعين هذا الذى اختاره محلا للعقد مضمونا ، وانصب
حق الملك فيه بعينه ، وعليه ثمنه المحدد له ، وأوجب له
الالتزام ، وكان الباقي في يده أمانة ، لا
استلمها باذن مالكيها لا على وجه التطبيق الذى يشترطه

حكم انقضاء مدة خيار التعيين دون ممارسته :

ذهب الحنفية الى أن انقضاء مدة خيار التعيين دون ممارسته
يوجب لزوم (٢) العقد ، فلا يملك صاحبه نقض العقد بعدئذ ، بل يلزمه
تعيين أو اختيار أحد الاشياء ، المخير فيها ، تميزا له عن ملك غيره .
وذهب المالكية ، الى أن انقضاء المدة دون ممارسة هذا الخيار
يوجب نقض العقد من أساسه ، فيجب على صاحبه أن يرد الاشياء
التي كان مخيرا فيها الى مالكيها جميعا ، وتسقوط حقه في الخيار

(١) - البدائع - ج ٥ - ص ٢٦١ وما يليها .

(٢) - وهذا على رأى القائلين بأن أثر خيار التعيين هو عدم اللزوم

ولا يتأتى على رأى من ذهب الى أن العقد لازم ، ولا أثر لخيار

التعيين على هذا اللزوم .

المطاب - ج ٤ - ص ٤٢٥ .

ضرورة ، لان نقض العقد يتضمن نقض كافة ما كان من مشتعلاته .
ونرى أن الرأى الاول هو الراجح ، منعا من الاضرار بالبائع ، ان قد
تفوت الفرصة عليه في صفقة اخرى ، بأن يبيعهها من غيره ، ولا سيما اذا
لاحظنا أن المالكية لا يرون تحديد مدة خيار التعيين بفترة زمنية
وجيزة ، بل يتركون ذلك لما تقتضيه طبيعة محل العقد ، وقد يكون من
النقائص ذوات الاثمان ، كالسيارات مثلا مما يتطلب وقتا طويلا لاستشارة
أهل الخبرة ، لان خيار التعيين يجرى في ذوات القيم الطائلة غالباً
ومن هنا نجت حكمة مشروعيتها ، والا فان التافه اليسير القيمة لا يستوجب
مثل هذا الخيار عادة ، للتروى ، واستطلاع رأى أهل الخبرة .

وانا كان اهمال من له الخيار في ممارسته خلال المدة المعينة ، والكافية
من شأنه الاضرار بالبائع ، فمن البدهي ، أن خيار التعيين لم يشرع
أصلاً ليكون وسيلة للاضرار بأى من طرفي العقد ، ولا ريب أن التفسير
أو الاهمال الذى ينتج عنه ضرر بالغير ينبغى ألا يعفى صاحبه من
المسؤولية ، لانه ضرب من التعسف في استعمال الحق على وجه سلبى
وهو ممنوع ومحرم شرعا ، لذا نرى أن على المقصر تبعة تقصيره ، وخسیر
جزاء على ذلك ، هو الزام بالعقد ، ووجوب تعيين المعقود عليه
دفعاً للضرر عن البائع ، وهو ما انتهى اليه اجتهاء جمهور الحنفية .
ما يسقط به خيار التعيين :

يسقط هذا الخيار بأحد الامور التالية :

أولا : اختيار المملك كالمشترى ، أحد الامور المخير بينها صراحة
أو دلالة .

أما صراحة فكان يقول اخترت أو قبلت أو رضيت هذا الشيء .

وأما دلالة ، فكان يتصرف في احدها تصرف المالك قوليا ، فيخرجه
عن ملكه ، ببيع ، أو يرتب عليه حقا للغير يتعارض مع حق المالك
كالرهن والاجارة .

أو يتصرف فيه تصرفا فعليا ماديا ، كأن يكون منزلا فيسكنه ، أو سيارة
فيسافر فيها ، فيتعين ما اختاره محلا للعقد ، ويلزم ، كما يتعين ملكه فيه
وعليه ثمنه المحدد في العقد ، ويسقط بذلك حق الخيار ، ويرد الباقي
الى مالكه .

ثانيا : هلاك أحد الامور المخير بينها ، بعد القبض ، عند التملك
كالمشترى ، فيتعين الهالك محلا للعقد ، وعليه ثمنه ، ويسقط
الخيار ، ولانه في ضمانه .

وهذا بخلاف ما اذا كان مخيرا بين اثنين مثلا ، فهلك احدهما
في يد المالك كالبائع ، قبل تسليمه ، فان للمشترى خيار الوصف ، لا خيار
التعيين ، لسقوطه ضرورة ، ان لم يبق له محل ، فهلاك أحدهما تعين
الاخر محلا للعقد ، وبالنظر لفوات الوصف في المعقود عليه ، ان كان
واحدا لا بعينه ، فاصبح واحدا بعينه ، يثبت للمشترى الخيار
في أن يأخذه بثمنه ، أو يردده ، وبذلك يسقط خيار التعيين في
هذا الحال ، ضرورة ولزوما ، لا قصدا واختيارا (١) .

ثالثا : تغييب احدهما ، لان التعيب في حكم الهلاك الجزئي ، فيتعذر
رده على الصفة التي كان عليها وقت التعاقد ، فيتعين هذا محلا

- البدائع - ح ٥ - ص ٢٦١ - ص ٢٦٢ .

(١) البدائع - ح ٥ - ص ٢٦١ - ص ٢٦٢ .

للعقد ضرورة لا اختيارا ، ويرد الباقي الى صاحبه ، لانه امانة
في يده ، كما أسلفنا ، وذلك ينتهي هذا الخيار في هذه الحال .
رابعا : مضي العدة المعينة في العقد ، يسقط هذا الخيار ، فيلزم
العقد (١) على الراجح .

وراثة خيار التعيين :

لا ينتهي خيار التعيين بموت صاحبه ، بل يورث (٢) ، ولكن
يصبح العقد لازما في حق الورثة ، بعد أن كان غير لازم في حق مورثهم
وهو ما أشار اليه الكاساتي (٣) .

وتعليل ذلك ، أن هذا حق يتعلق بالملك الثابت للمورث ، والوارث
يخلفه فيه ، فكان عليه تعيينه ، ليميز عن ملك غيره ، وبهذا يختلف عن
خيار الشرط الذي هو مجرد رغبة ومشيمة .

والفارق بين المورث والوارث في هذا الحق ، أن العقد بالنسبة
للمورث غير لازم ، فله أن ينقض العقد ويرد الاشياء جميعا الى صاحبها
بخلاف الوارث ، فان العقد يلزم في حقه بموت مورثه ، فلا يملك

(١) - البدائع - ج ٥ - ص ٢٦١ - ص ٢٦٢ .

(٢) - المرجع السابق .

(٣) - اذ يقول - رحمه الله - : " ولا يبطل هذا الخيار بموت المشتري

بل يورث ، بخلاف خيار الشرط ، لان خيار التعيين انما يثبت
للمورث لثبوت الملك له في احدهما غير عين ، وقد قام الوارث مقامه
في ذلك الملك ، فله أن يختار أيهما شاء دون الاخر ، الا أنه

ليس له أن يردهما جميعا ، وقد كان للمورث ذلك " .

البدائع - ج ٥ - ص ٢٦٢ .

نقض العقد ، ورها جميعاً ، بل يجب عليه تعيين محل العقد ، ليتعيين ملكه فيه .

هذا ، ويمكن تفسير لزوم العقد بالنسبة للوارث ، أيضاً ، بأن خيار التعيين يتلزم خيار الشرط ، عند جمهور الحنفية ، فكان - في الواقع - خيارين ، وبالموت يسقط خيار الشرط ، لانه لا يورث عندهم ، فيلزم (٢٠١) العقد ، ويبقى خيار التعيين ، في حق الوارث ، واجبا ، مع لزوم العقد ، فعليه أن يختار احدها ، محلا للعقد ، ولتعيين ملكه فيه ، فيتميز عن ملك غيره ، وليس له نقض العقد ، وردها جميعاً ، لما قدمنا ، من لزوم العقد في حقه (١) .

الفصل السادس

عيوب الرضا (١)

الايحاط والقبول - كما أشرنا - مظهر للرضا النفسي لكل من العاقدين ومطابقة لهما ، فان تحقق توافقهما ، دل ذلك على أنهما تعبير واضح عن الرغبة الحقيقية لكل منهما ، وافصاح مبين عن قصديهما ، كمالا ، دون مكرر نغص أو خلل ، وهذا هو التراضي الحقيقي أساس التعاقد الصحيح المنتج .

غير أن الرضا بالنسبة إلى أحد العاقدين ، قد يقوم على أساس وهمي غير حقيقي ، من الغلط ، أو التدليس والتفجير ، أو الغبن الفاحش . حتى اذا أدرك العاقد عدم التطابق بين ما كان يتصوره في ذهنه حين رضي بالعقد ، وبين هذا الأساس الوهمي ، ظهر له أن رضاه وان كان قائما وقت التعاقد ، لكنه ولد معيبا منذ نشوئه ، وتكوينه ، بالنظر لما اعتراه من شائبة الغلط ، أو التدليس والخداع ، أو التقدير غير الصحيح للمعن ، مما يورثه خللا .

ولا ريب أن الرضا المعيب قائم بالفعل وليس معدوما .
يطلق لهذا ، على عيوب (١) الرضا لا تعدده ، بل توره خلا فحسب
و افسا غير كاملا .

(١) - يطلق بعض الفقهاء على عيوب الرضا ، شوائب الارادة ، أو عيوب العند ، ويقصد بكل اولئك ما يختل به الرضا ، من توهم تلقائني الغلط ، أو اربام و خداع من الغير ، كالتدليس أو التفجير عند تكوينه ، أي وقت التعاقد ، فيولد الرضا معيبا

و افسا غير كاملا .

وانما محل النزاع في معيار اليسير والفاحش من الفبن ، فيما لم تعرف قيمته الحقيقية ، فيحتاج حينئذ الى التقويم .

هذا ، والفقهاء لم تتفق كلمتهم في تجديد هذا المعيار ، ان لم يرد في الشرع دليل خاص ينهض بتحديدده .

فذهب الحنابلة والشافعية ، الى تحكيم العرف العادة في تحديد معيار كل منهما ، ما دام لم يرد من الشارع دليل خاص بهذا التحديد فقالوا ، ان اليسير هو ما يتفان الناس فيه بالاعتدال ، والفاحش هو ما تراهم يتسامحون في هذا النوع من الفبن ، أو يجدون مشقة فسي التخلص منه في معظم معاملاتهم وعقودهم ، أو لان طبيعة التعامل نفسها ، تقتضي هذا التسامح . ذلك هو الاصل .

أما الفاحش فهو الاستثناء ، ان هو ما لا يتفان الناس فيه عادة (١) . وذهب جمهور الحنفية ، الى أن الفبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين ، من أهل الخبرة والبصر بشئون البياعات في الاسواق ، وبالسلع وأشائها (١) .

وأما الفبن الفاحش فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، زيادة

(١) - وهذه الخبرة مكتسبة من دراستهم بالصناعة ، أو الزراعة أو التجارة ، ومن كثرة ترددهم على الاسواق ، ووقفهم على توجع الاسواق .

أو نقصا (١) .

وتفسير هذا المعيار عند جمهور الحنفية ، أن المقومين (الخبير) يضعون حدا أعلى ، وحدا أدنى لشن السلعة ، فاليسير هو ما كان متراوفا بينهما ، لا يتعدى أيهما ، علوا أو انخفاضا ، حتى اذا جاوز الحد الاعلى ، كان غيبنا فاحشا في حق المشتري واذا تدنى عن الأدنى ، كان غيبنا ضارا بالبائع (٢) .

(١) - المفني - ج٤ - ص ٩٢ - ابن قدامة - الشرح الكبير - ج٤ - ص ٢٩٠ .
لابي الفرج - الخطاب - ج٤ - ص ٤٧١ . - البدائع - ج٦ - ص ٢٣٣ .
البحر الرائق - ج٧ - ص ١٦٩ - رد المحتار - ج٤ - ص ١٥٩ .
الفتاوى الانقرنية - ج١ - ص ٢٥٨ .

(٢) - فانما بيعت دار (بمائة الف) مثلا وقومها أهل الخبرة بمائة وعشرين الفا ، في حدها الاعلى ، وتسعمائة ألف ، في حدها الأدنى ، فالغيبن يسير ، لان الالف فائز بينهما ، لا تتعدى أيهما علوا وانخفاضا ، بخلاف ما اذا كان تقويمها بمائة وعشرين ألفا ، في حدها الأدنى ، ومائة واربعين ألفا في حدها الاعلى ، فان الغيبن فاحش ، لان الالف قد جاوزت الحد الأدنى ، تدنيا ، فكان هذا غيبنا فاحشا بالنسبة للبائع ، وكذلك لو بيعت بمائة وخمسين الف^{الذات} ، فالغيبن فاحش ، لانه تجاوز الحد الاعلى والمغبون هو المشتري في هذه الحال .

والمعياران عند الفريقين متقاربان - كما ترى - لان مالا يتفابهن الناس فيه عادة ، كما يرى الحنابلة والشافعية ، تحكيم لنا يستقر عليه العرف التعاملى من النسبة زيادة أو نقصا ، بناء على السير التلقائى الحر ، والخبراء يعتمدون هذا الاصل فى تقديرهم لاشمان كل نوع من السلع .

غير أن الخبرة تبدوا اكثر دقة فى تقدير ذوات القيم الطائلة التى قوامها مواصفات دقيقة صناعية وفنية ، أو هندسية ، كما فى السيارات والآلات الضخمة ، والاجهزة الكهربائية ، وكما فى الابنية والعمارات فى ايماننا هذه ، ان الخبرة العلمية المتخصصة هي التى ينبغى أن يحتكم اليها وحدها ، لتلعب دورها فى هذا التقدير العادل الذى يعجز غيرهم عن ابداء الرأى فيه ، ان المفروض أن محل النزاع هو ما لا قيمة له معلومة فى السوق ، أوللناس ، ليصار الى اعتمادها معيارا سائدا (١) ، تراضى الناس طواعية على التعامل على أساسها ، كما قدمنا .

هذا ، والخبرة أضحت اليوم عنصرا هاما من عناصر العدل فى التقييم أو التسعير ، لتعقد الحياة نتيجة للتقدم العلمى والتقنى فى وسائل الصناعة ، والتجارة ، والزراعة ، مما يفتقر الى التخصص العلمى الدقيق للوقوف على طبيعة خاماتها ومواصفاتها ، وتقدير

(١) - نعود فنذكر ، أن القيمة المعلومة السائدة التى تصلح معيارا عادلا تلك التى لم تكن نتيجة افتعال ، أو احتكار ، أو تواطؤ بين التجار للاستغلال أيام الازمات ، والا فان أهل الخبرة يتدخلون لتقويم السلع على أساس القيمة الحقيقية مع نسبة معينة من الربح المعقول رفعا للضرر عن العامة ، وهو واجب شرعا ، على النحو الذى رأيناه فى التسعير الجبرى .

أشمانها التي تختلف باختلاف مصادر الصناعة في العالم ، جودة واحكامها
حماية للناس من استغلال عدم خبرتهم ، وهو معنى الاسترسال السندي
أشار اليه الفقه الحنبلي (١) .

(٢٠٨) الفحن البسير- في اجتهاد جمهور الحنفية - أساسه الاحتمال
زيادة أو نقصا ، لا اليقين ، ومع الاحتمال لا يتحقق الفحن الفاحش
المؤثر :

يفهم من فقه جمهور الحنفية ، فيما يتعلق بتحديد هم لمعيار البسير
والفاحش من الفحن ، أنه اذا اندرج الفحن تحت تقويم أهل الخبرة
كان غبنا احتماليا ، ان ليس ثمة ما يقطع بأنه فاحش ، ولذا أسموه يسيرا
وجعلوه مفتفرا غير ذي أثر على العقد ، ان لا قطع مع قيام الاحتمال ، فيصار
الى الاصل في التبابع ، وهو الحل والجواز ، وهو ثابت لا ينقض بالاحتمال
بخلاف ما اذا تعدى ذلك التقويم في حديه الاعلى والادنى ، بأن جاوزهما
علوا أو انخفاضا ، ان يتحقق الفحن الفاحش عندئذ ، بقرنية المجاوزة هذه
(٢٠٩) أو الخروج عن المعتاد في نسبة الزيادة أو الانخفاض .

فتلخص أن الفحن الاحتمالي - في اجتهاد جمهور الحنفية - يسير
والفاحش ما كانت الزيادة فيه أو النقص ، متحققا بمجاوزة تقويم المقومين

(١) - يقفل الامام احمد - رضي الله عنه - : " المسترسل هو الذي لا يحسن
أن يماكس (يفاضل) أولا يماكس اطلاقا ، فكأنه استرسل السبي
البائع ، وركن اليه ، فأخذ ما اعطاه ، من غير مأكسة ، ولا معرفة
بغيبه " - المعني - ج ٤ - ص ٩٤ . هذا ، وقد افرد الحنابلة
للاسترسال بحثا خاصا في مصادر فقههم ، بعنوان " بيع المسترسل "
وتبين أن مرادهم هو الجاهل بقيمة السلعة ، وعلى هذا فالنساس
بالنسبة للسلع المعقدة ، أو ذوات - القيم الطائلة مترسلون .

علوا أو انخفاضا ، والا اول جائز مغتفر ، عملا بأصل الحل الثابت السدى لا ينقض بالاحتمال ، والثاني استثناء غير جائز ، وموثر في صحة العقد (١) .
والحق أن تحديد معيار الفبن اليسير والفاحش ، اجتهادى في جميع المذاهب .

شروط الفبن :

- يشترط ألا يكون العاقد عالما بالفبن الواقع عليه وقت التعاقد فان كان عالما به ، ثم أقدم على التعاقد ، وأتمه ، كان راضيا بالعقد وآثاره ، وبذلك يكون رضاه سليما لا معيبا ، فيصح العقد ويلزم .
وذهب بعض فقهاء الظاهرية ، الى أن الفبن الفاحش موثر بذاته سواء علم العاقد به أم لم يعلم ، لانه محرم في ذاته ، فتجب حمايصة المضمون في كل حال (٢) .

(١) - هذا ، وثمة معايير اخرى ، تعرض الى ذكرها الامام الكاساني بعضها نسبة ثابتة ، كنصف عشر القيمة الحقيقية ، وهو ما قال به الامام محمد بن الحسن ، ويرد عليه ، أن النسب متغيرة تبعا لطبيعة السلع ، وبلغ اثمانها ، ومقدار رواجها ، أو قوة الحاجة اليها وبعضها الاخر متفاوت ، بالنظر الى اختلاف السلع ، ففي العرروض التجارية ، نصف العشر ، وفي الحيوان العشر ، وفي العقار الخمس فاذا تجاوز ذلك كان فاحشا - المراجع السابقة -

(٢) - المحلى - ج ٨ - ص ٤٤٢ - لابن حزم .

حكم الغبن اليسير المجرد :

الاصل العام أن الغبن اليسير ، مختفر غير مؤثر - كما قلنا - إذ النفوس تتسامح فيه عادة ، فلا يؤثر بالتالي على سلامة رضا العاقد فيصح العقد معه ، ويلزم .
غير أنه يستثنى من ذلك بعض العقود التي تتأثر بالغبن اليسير من مثل عقد المدين المحجور عليه بدين مستغرق ، وعقد المريض مرض الموت ، بيعا أو شراء ، فعقد هـما موقوف على اجازة صاحب الشأن فإن اجازة نفذ ، والا بطل (١) .

وتفسير ذلك ، أن تأثير الغبن اليسير استثناء من الاصل العام في العقود العقدية ، بأن جعلها موقوفين غير نافذين ، إنما كان حماية للمدينين لا لخلل في رضا أي من عقديه ، فكان هذا ، في الواقع - نظرا إلى ما يعتد به في عقود البيع ، فسلم الاصل العام من أن الغبن اليسير غير مؤثر .

وايضا ، حق الدائنين في الاول ، وحق الورثة في الثاني ، قد تعلق بمالية محل العقد وقيمته لا بعينه ، فكان الغبن في هذه القيمة مؤثرا ولو يسيرا ، رعاية لحقهما فيها ، والعاقد إنما يتسامح في حق نفسه ، لا في حق غيره في القيمة كاملة .

- أضف الى ذلك أن المدين بدين مستغرق ، وكذلك المريض مرض الموت ، تصرفاتهما مظنة المحاباة ، - كما تعلم - فكان الاحتياط

(١) - راجع المادة / ٣٩٤ / المجلة - الفتاوى الانقرهية - ١ - ص ٢٥٨

في اعتبار اليسير من الغبن مؤثرا ، لمكان التهمة (١) .

حكم الغبن الفاحش المجرد :

اتفق الفقهاء على أن للغبن الفاحش المجرد تأثيرا على العقود المتعلقة بمال اليتيم ، ومال الوقف ، ومال بيت المال ، ومال المحجور عليه ، لجنون أو سفه ، بيعا أو شراء ، أو اجارة ، استثناء من الاصل العام الذي يقضي ، بأن الغبن الفاحش لا يؤثر على التصرف الا اذا صحبه تفرير ، عند جمهور الفقهاء . - وتفسير ذلك ، أن ولاية الاوصياء والاولياء والقوام ، مقيدة برعاية مصلحة المولى عليهم ولذا كان الحق الذي منحوه في التصرف في أموال هؤلاء ، حقا وظيفيا لا شخصا ، بمعنى أن المصلحة في التصرف تعود الى غير المتعاقد ، وليس من المصلحة أن يكون تصرفهم بعرض فيسه غبن فاحش ولو مجردا ، فيقع العقد غير صحيح ابتداء ، وهذا قدر متفق عليه .

(٢١٣) وايضا ، اذا كانت الولاية " على هؤلاء " مفاية بالمصلحة التي هي أساس مشروعيتها ، فان ما ينقض هذا الأساس ، أن يكون التصرف منافيا لتلك المصلحة ، ذلك ، لأن المقرر شرعا ، أن كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل ، ولا ريب أن التصرف بفهم

(١) - والحق الفقهاء بذلك ، ببيع الوصي من مال اليتيم ، لمن لا تجوز شهادته له ، كزوجته ، وابنه ، وبغبن يسير ، لمكان التهمة ، كما ذكرنا ، رعاية لحق الغير ، لان التصرف تعود آثاره اليه لا الى الوصي .

فاحش ولو لم يصحبه تفرير ، يعود على أصل مشروعية الولاية بالنقض لتنافيه مع المصلحة التي هي أساسها .

هذا ، وإذا كان الغبن الفاحش المجرد (١) مبدئيا لا يحول المغبون حق الفسخ ، عند الجمهور ، فذلك ، لأنهم اعتبروه نتيجة تقصير منه ، والعقصر يتحمل تبعه تقصيره ، ولكن هذا بالنسبة لمن يقصر في حق نفسه لا حقوق غيره ، لذا كان الغبن الفاحش المجرد وحده مؤثرا في صحة التصرف في اموال هؤلاء القاصرين ، لان مغبة التقصير ليستراجعة الى العاقد من الوصي أو الولي أو القيم ، بل الى المولى عليهم ، ولا يجوز أن يتحمل أحد مغبة تقصير غيره ، فكان الغبن الفاحش المجرد مؤثرا في التصرف في اموال هؤلاء القصر المولى عليها ، استثناء من الاصل العام .

غير أن الفقهاء اختلفوا في مدى هذا التأثير أو الجزاء .

فذهب جمهور الحنفية الى أن العقد يقع فاسدا ، لصدوره من أهله مضافا الى محله ، غير أنهم يرون ، أن من الممكن ازالة سبب الفساد وذلك بأن يكمل الغابن القيمة الحقيقية ، فان فعل ، صح العقد ولم يزلم والا بطل ، وهذا هو الراجح في المذاهب الحنفي .

ونذهب بعض فقهاء الحنفية الى القول ببطلان هذا العقد .

هذا وللمالكية رأيان في الجزاء :

أولهما : حق الفسخ للمغبون ، أو مطالبة الغابن بتكلمة القيمة الحقيقية يتخذ أيهما شاء .

الثاني : يعطى الغابن الحق في تكلمة القيمة الى المغبون أولا ، فان

(١) - أي الذي لم يصحبه تفرير أو خداع .

أوفى المغبون حقه ، صح العقد ولزم ، وإن رفض ، فللمغبون الحق في نقض العقد وإبطاله .

وهكذا ترى أن الحق منوح للفابن أولا ، فان نهض به ، فهبها ونعمت ، والا فالحق للمغبون في الفسخ والابطال (١) .

جزاء وأثر الغبن الفاحش المجرد ، في غير ذلك من العقود :

اختلف الفقهاء في أثر الغبن الفاحش المجرد على العقد فيما عدا العقود التي تتعلق بمال الغاصرين ، على آراء:

الاول : بطلان العقد ، لما في الغبن الفاحش من تضييع المال واتلافه أيا كان المغبون ، وذلك منهبي عنه بالنصر ، والنهبي يقتضي البطلان ، وهذا رأى بعض الظاهرية (٢) .

واستدلوا بالمعقول ، فقالوا إن الغبن ظلم ، والظلم محرم ، أو التحريم يقتضي البطلان .

الثاني : لا أثر للغبن الفاحش المجرد مطلقا ، أيا كان مقداره ، فالعقد

معه ، صحيح نافذ لازم ولو صخره تغرير ، لان الغبن لا يكون الا نتيجة التفسير (٣) ، والمقصو يتحمل تبعه تفسيره ، ان كان بإمكانه الاستقصاء وان يسعى لمصلحة نفسه ، باستشارة أهل الخبرة ، وهو رأى الشافعية .

(١) - تبين الحقائق - ج ٤ - ص ٧٩ - رد المحتار - ج ٤ - ص ١٥٩

التاج والاكليل - ج ٤ - ص ٤٦٨ - ص ٤٦٩ - الخطاب - ج ٤

ص ٤٧١ .

(٢) - المحلى - ج ٨ - ص ٤٤٢ .

(٣) - معنى المحتاج - ج ٢ - ص ٣٦ .

ويرد على هذا النظر ، ما قدمنا ، من أن معظم الناس في أيامنا هذه مستسلمون ، لتعقد الحياة ، بالتقدم العلمي والتقني .
فالتعاقد المتكبد عديم الخبرة غالبا ، لا مقصر ، بخلاف ما كان عليه الحال في الماضي ، لسهولة الحياة وساطتها ، فكان الغبن الفاحش في أيامنا هذه ، استفلالا للاسترسال وعدم الخبرة ، ولذا ينهني على الدولة أن تكل أمر التسعير الجبري العادل للخبراء في الدولة ، حماية لمعظم الناس من استفلال استرسالهم ، ظلما ، وهو ما سارت عليه اليوم معظم دول العالم .

الثالث : منح المغبون حق الخيار ، ان أقام الدليل على الغبن الفاحش المجرد ، وهو اجتهاد الحنايطة ، ورأى ابن حزم ، ومعنى المالكية ، وهو ما نرجحه ، لما ذكرنا (١) .

الرابع : ان اقترن الغبن الفاحش بالتفجير والاحتيايل والتضليل ، سسوا من قبل المتعاقد الآخر ، أو ممن يعمل لحسابه ، كالذلال والسمار أثر في لزوم العقد ، فجعله غير لازم ، ويكون حق الفسخ للمغبون حماية له ، لانه مفرر به لا مقصر . أما ان كان مجردا ، فلا أثر له على لزوم العقد ، لانه امارة على التقصير ، وهذا لا يستحق الحماية ، واليه ذهب جمهور الحنفية وهو مذهب الشافعي والمشهور عند المالكية (٢) ، وقد بينا وجهة نظرنا في الغبن

(١) - التاج والاكليل - ج ٤ - ص ٤٦٨ - المغني ج ٤ - ص ٩١

المحلى - ج ٨ - ص ٤٤٢ .

(٢) - المراجع السابقة - رسائل ابن عابدين ، ج ٢ - ص ٧٠ - ص ٨٤

الفتاوى الانقردية - ج ١ - ص ٢٥٩ - وراجع المادة / ٣٥٧ /

من المجلة - والاشباه والنظائر - ص ٥٨ - لابن نجيم .

الفاحش المجرد ، وانه يوجب الفسخ ، حتى اذا صحبه تفرير ، أوجب ذلك من باب أولى .

على أن سائر المذاهب الاسلامية من الحنابلة ، والمالكية قد اعتبروا الغبن الفاحش المجرد سببا في فسخ العقد (١) ، في بيع الاسترسال ، والنجش (٢) ، وتلقي الركبان ، وفي البيوع العادية احيانا اذا كان الغبن بدرجة بينة .

وهذا ما كنا قد مناه ، ترجيحاً على سائر الآراء ، في كافة عقود المعاوضات المالية ، ولذا كان التسعير الجبري العادل من قبل الخبراء ، خير وسيلة للحماية .

(١) - القوانين الفقهية - لابن جزي - ص ٢٦٨ - شرح الخرشبي - ح ٤

ص ٦٢ - الشرح الكبير - ح ٤ - ص ٧٧ - ص ٧٩ -

نيل الاوطار - ح ٥ - ص ١٥٥ - ص ١٥٦ - الموطأ شرح الزرقاني

ح ٣ - ص ٣٤٢ .

٤ - وراجع الموجبات والعقود - ح ٢ - ص ٤٤٠ للدكتور المحمدي

(٢) - راجع في حكم العقد مع النجش - بداية المجتهد - ح ٢ - ص ١٦٧

لابن رشد - المغني - لابن قدامة - ح ٤ - ص ٢٧٨

النحلى - ح ٨ - ص ٤٤٨ .

وذهب بعض الفقهاء الى بطلان بيع النجش في رواية عن الامام احمد وبعضهم الى صحة العقد ولزومه ، لان النجش امر خارج عن العقد مجاور له - وهو مذهب الحنفية .

البحث الثاني

التدليس أو التفرير

التدليس لغة (١) ، كتمان عيب السلعة عن المشتري (٢) ، وهذا المعنى اللغوي اخص من المعنى الفقهي .

أما معنى التدليس اصطلاحاً ، فهو استعمال وسائل قولية أو فعلية مضللة ، للتأثير على الطرف الآخر ، وحمله على التعاقد .

ويستخرج من هذا ، أن التدليس ليس مقصوراً على كتمان العيب في السلع ، بل هو أوسع مدلولاً ، إذ يشمل الى ذلك كل الوسائل ، المضللة القولية منها والعملية التي من شأنها أن توهم الطرف الآخر ، غير الواقع واقعا لتفريه وتحمله على التعاقد ، فالتدليس ايهاً وتضليل عن حقيقة المعفود عليه .

هذا ، والتدليس كما يكون من البائع ، قد يقع من المشتري أيضاً على ما سيأتي بيانه .
شروط التدليس :

أولاً : أن يكون التدليس صادراً من العاقد ، المستفيد منه أو ممن له صلة به ، كالسمسار والدلال ، شريطة أن يكون العاقد

(١) - يطلق فقهاء الحنفية على التدليس اصطلاح التفرير ، خلافاً

للجمهور ، ولا مشاحة في الاصطلاح .

(٢) - القاموس المحيط - ج ٢ - ص ٢١٦ -

المصباح المنير - ج ١ - ص ٦٨ .

المدلس عالما به ، ومتواطئا معه (١) .

ثانيا : أن يكون المدلس عليه جاهلا بالتدليس الواقع ، ان لو كان عالما به عند التعاقد ، ومع ذلك أقدم عليه ، لكان راضيا بالعقد وآثاره ، ولما شاب رضاه عيب ، لانه كان على بينة من أمره .
على أن هذا الشرط لم يأخذ به بعض الشافعية ، فاعطوا الخيار للمدلس عليه ولو كان عالما بالتدليس ، نهابا منهم التي أن التدليس أمر محرّم ، والحرمة حق الله تعالى ، فلا يرتفعها رضا العاقب أو عدم رضاه (٢) .

ثالثا : أن تكون الوسيلة المضللة أو الموهمة قد أثرت فعلا في العاقب حتى حملته على التعاقد مفررا به ، حتى يكون أبراه للعقد أثرا للتفريغ ، وسببا عنه .

(١) - ويدخل في هذا بيع النخس، وهو باطل عند الحنابلة ، لان

منهبي عنه ، والنهي يقتضي التحريم ، وهذا يقتضي البطلان

المفني - ج ٤ - ص ٢٧٨ .

- وذهب الحنفية وجمهور الشافعية الى أنه بيع صحيح لازم ، بالثمن

المتفق عليه - البحر الرائق - ج ٣ - ص ١٠٧ - الام للشيرازي .

- وذهب الظاهرية والمالكية والحنابلة ، وبعض الشافعية الى أن

للمغبون حق الخيار - بداية المجتهد - ج ٢ - ص ١٦٧ -

المحلى - ج ٨ - ص ٤٨٨ .

- المفني - ج ٤ - ص ٢٧٨ .

(٢) - المذهب - ج ١ - ص ٢٨٤ - للشيرازي .

أنواع التدليس :

التدليس - على ما تبين من التعريف - نوعان :

فعلّي وقولّي .

أما الفعلّي ، فمن مثل أن يكون المبيع دارا قد تصدعت جدرانها فبسدّها ثم يطليها بالجرّ صاحبها . ، لتظهر في صورة الدار السليمة فيفترّ المشتري بذلك ، ويقدم على التعاقد ، مضلا عن حقيقة المعقوس عليه ، بحيلة فعلية هي الطلاء .

وكذلك السيارة تكون قديمة ، فيدهنها صاحبها ، لتبدو كأنها جديدة ، أو يوءخبر عداد المسافة ، ليمو على التعاقد انها لم تستخدم في قطع مسافات بعيدة ، أو أن يكون محل العقد ثوبا ، وهو قد ييسم فيصبغه ليظهر جديدا ، أو أن يكون المبيع من انش الحيوان ، فيربط أخلافها (١) مدة يومين أو ثلاثة ، ليجمع اللبن في ضرعها ، فينتفخ وتبدو كأنها غزيرة اللبن ، فيفترّ المشتري ، ويتصورها أو يتوهمها ، كذلك وهو ما يسمى بالتصرية ، فيفترّ ويقدم على شرائها .

وما يدل على أن هذا من الأيهام والتضليل ، أن المتعاقد المغرور ، لو علم حقيقة المعقوس عليه ، لما أقدم على التعاقد ، فكما رضاه وقت التعاقد ، قائما على أساس موهوم (٢) ، كما أشرنا .

(١) - الاخلاف ، الاثداء

(٢) - هذا ، ومن الامثلة التي ضربناها ، بيد ذلك أن من التدليس الفعلّي ، اخفاء عيب السلعة ، وقد مرّ معك بحث خييار العيب .

أما القولي ، فهو الكذب ، وتزييف الكلام على الطرف الآخر ، بحيث يوهمه أنه الواقع ، فيحمله ذلك على التعاقد ، مفترًا .

وغالبا ما يكون التدليس القولي ، في الثمن ، أو سعر السـوق أو في اعطاء بيانات مضللة .

وذلك ، كأن يقول البائع للمشتري ، انه قد عرض عليه مبلغ كذا ثنا للسلعة ، فيفتر المشتري بقوله ، ويقدم على الشراء ، ويكون ما ادعاه البائع غير صحيح لان ثمنها - في الواقع - أقل .

أو أن يقول المشتري للبائع ، أنه قد عرض عليه ، ثنا لهذه السلعة مبلغ كذا ، كذبا ، وثمنها في الواقع أكثر من ذلك ، فيفتر البائع بقوله المزيف ، ويبيعه بالسعر الذي ادعاه .

وهكذا ترى أن المدلس قد يكون البائع ، أو المشتري . وما أيسر ما ذكره الفقهاء من أمثلة للتدليس القولي ، تجاه ما نراه اليوم من ألوان الزيف والكذب الشائع في أسواقنا ، مما يقطع بأنه ضرب من التدليس بالغ الاثر في الخداع والتضليل ، لم يعهد مثله فقهاؤنا القدامى فيما نظن ، وهو محرم قطعا ، ولا مراة أن الكسب بهذه الوسائل المضللة كسب خبيث .

هذا ، والكذب على الركبان في سعر السوق ، عند تلقيها ، ضرب من التدليس ، وكذلك على المسترسل ، وهو ما أشار اليه الامام

الشافعي في كتابه الام (١) ، والدردير في الشرح الكبير ، فيثبت لكليهما الخيار ، رفعا للغبن .

هذا ، والتدليس على الركبان من البدو في سعر السوف ~~يوجب~~ يوجب الخيار عند الشافعية والحنابلة (٢) ، خلافا للحنفية .

(١) - يبين الامام الشافعي أن تلقي الركبان ، والتدليس عليهم في سعر السوق ، مما يوجب الخيار لهم ، اذا هبطوا السوق ، ورأوا أنهم قد غبنوا ، بقوله " لان تلقيها (تلقي السلع) حين يشتري من البكروى قبل أن يصير الى موضع المساومين (السوق) من الغرور له ، يوجد النقص في الثمن ، فاذا قدم صاحب السلعة السوق ، فهو بالخيار بين انقاذ البيع ورده ، ولا خيار للمتلقي ، لانه هو الفار ، لا المغرور الام - ح ٣ - ص ٧٢ .

- وكذلك بيع الاسترسال ، داخل في مفهوم التدليس ، فقد جاء في الشرح الكبير ، للدردير : " الا أن يستسلم المغبون ، ويخبر بجهله - تفسير للاستسلام - بأن يقول المشتري للبائع ، بعني كما تباع الناس فاني لا أعلم القيمة ، أو يقول البائع للمشتري ، اشترمني كما تشتري من غيري ، أو يستأمنه ، بأن يقول احدهما للاخر ، وما قيمته لا تشتري بها أولا يبيع بها ، فيقول له ، قيمته كذا ، والحال أنه ليس كذلك " ح ٣ ص ١٤٤ .

(٢) - الام - ح ٣ - ص ٨٢ - المفني - ح ٤ ص ٢٨٣

وبيع المسترسل يوجب الخيار أيضا عند المالكية (١) .
وأما التدليس باعطاء بيانات كاذبة ، فكأن يدعي البائع ، أن
هذه إدار مبنية بالحجارة الصلدة ، بينما هي في الواقع مبنية
بالطوب الاحمر ، وهذا يوجب الخيار ، بين الفسخ أو الاضاء بكل
الثن عند الحنابلة (٢) .
أما التدليس بكتمان عيب السلعة ، فقد سبق القول فيه من أنه حرام
يوجب الخيار للمغرور ، بين رد المبيع ، أو إمضاء البيع بالثن كاملا
وهو مذهب الاثمة الاربعة .
هذا ، والتدليس بالكتمان ، قد وردت السنة بتحريمه ، نصا ، بقوله
صلى الله عليه وسلم : " لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا ، وفيه عيب
الا بينه " (٣) .
أثر التدليس على العقود (الجزء) :

يختلف أثر التدليس أو جزاؤه ، تبعاً لكونه فعليا ، أو قوليا .
أ - فان كان التدليس فعليا ، أوجب حق الخيار للمغرور ، فسحا للعقد
أو امضاء له ، عند الجمهور
هذا ، ولا يعفي المدلس من المسؤولية أن يكون قد اشترط براسه
من العيوب ابتداءً ، لان هذا الشرط يصرح منه لولم يكن مدلسا ، سيى
النية ، والشروط لم توضع شرعا ، لتكون مخلصا من تبعه التصرف بسوء نية

(١) - الهداية المجتهد - ج ٢ - ص ١٦٩ .

(٢) - الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٧٩ - لابي الفرج .

(٣) - رواه ابن ماجه في سننه - ج ٢ - ص ١٧ -

رد المحتار - ج ٤ - ص ١٠٣ .

بل ينبغي أن يعامل صاحبها بنقيض مقصوده ، ولذا يلغو الشرط ، ويترتب
الاثر والجزاء ، وهذا هو ضمان التعيب ، أو ضمان فوات الوصف (١) .

ب - أما التفسير القولي ، فقد علمت أن حق الخيار فيه منوط بما يترتب
عليه من غبن فاحش ، أو لا يترتب عليه ذلك ، فإن ترتب على التفسير
غبن فاحش ، أوجب حق الخيار للمفروز ، لانه معذور لا مقصود
فكان جديرا بالحماية ، بخلاف ما اذا لم يترتب عليه غبن فاحش
(٢٢٥) بل كان تفسيرا أو تضليلا مجردا ، فلا أثر له على العقد ، فيصح
ويلزم ، ان العبرة بأثر التضليل ، لا بذاته .

هذا ، وثمة آراء في حكم تلقي الركبان ، وبيع المسترسل ، وبيع
المضرة ، وبيع النجش ، مما لا يتسع المقام لمسطه وتفصيله .

(١) - هذا الخيار يسمى خيار التفسير (التذليس) أو فوات الوصف
لان فوات الوصف يجعل المبيع في حكم المعيب .
- المدخل - ج ١ - ص ٣٨٤ - للاستاذ الزرقا .

- هذا ، وحديث المضرة ، قد اختلف الفقهاء في حكمه ، فذهب
بعض الفقهاء الى أن مناط التذليس متحقق فيه ، فاخذ حكمه
من الخيار ، بينما لم يربعضهم الآخر ، كالحنفية أنه تطبيق
لمعنى التذليس .

المبحث الثالث

الغلط (١)

بيننا آنفا ، أن مبنى التصرفات القولية كافة ، من التبرعات والمعاضات المالية في الفقه الاسلامي - هو الرضاء ، لما قدمنا من الأدلة ، وهذا يستلزم بداهة - ليكون سليما - أن يرد على أمر معلوم لدى العاقد ، علما يطابق الواقع ، وقت انشاء العقد ، حتى إذا كان تصويره لما تعلق به رضاء ، وقت انشاء العقد ، غير مطابق للواقع ، كان وهما ، واختل بالتالي رضاء ، لقيامه على أساس وهمي أو لوقوعه أثرا لذلك الوهم ، إذ لو علم العاقد الواهم حقيقة الامر عند انشاء التصرف ، لما أقدم عليه .

تعريف الغلط فقها :

لم نعرش على تعريف (الغلط) في فقه المذاهب إذ لم يبحث الفقهاء القدامى موضوع (الغلط) بحثا جامعا مستقلا ، وإنما وجدنا مسائل وتطبيقاته ، مبثوثة في بحوثهم لخيار الروية ، وخيار العيب ، وخيار الوصف ، والجهل بذات العاقد الآخر ، أو بصفة من صفاته التي هي محل اعتبار في العقد ، والجهل بالأحكام الشرعية إذا كان متعلقها محلا للعقد ، وما إلى ذلك .

ويمكن أن نعرف الغلط في ضوء ما بينا من حقيقته ، أنه : " تصور قائم في ذهن العاقد ، لأمر جوهرى في التصرف القولي تعلق به رضاء

(١) يقصد بالغلط هنا المجرد غير المصاحب بالتفريير أو التدليس .

وقت انشائه ، تصورا غير مطابق للواقع ، حملة على التعاقد ،
ولو أدرك حقيقة الامر وقتئذ ، لما أقدم على إبرام العقد ،
الفرق بين التدليس والغلط :

التدليس والغلط ، كلاهما من عيوب الرضا ان يشتركان في ايقاع
العاقد تحت تأثير الوهم الذي يحمله على التعاقد ، غير أن التدليس
مصدره العاقد الآخر ، سواء أكان تدليسا في السعر ، أم في الصفة
فكان إيهام بخلاف الغلط ، فانه توهم عفوى تلقائي ناشئ من
ذات العاقد نفسه .

فالتدليس إيهاما وتغريير من العاقد الآخر ، أو من له به صلة تقسم
على التواطؤ ، كالنجش .

أما الغلط ، فهو توهم (١) ذاتي تلقائي ، كما قدمنا .

(١) المدخل ج ١ ص ٤٢٢ - للاستناد الزرقاء .

هذا ، وقد يكون التصور الواهم القائم في نفس العاقد ، وقت
إبرام العقد ، على النقص من الواقع ، كما في شراء لص على أنه
من الياقوت حيث أفصح العاقد عن مراده هذا في صيغة العقد
حتى كان البائع على بينة من قصده ، ثم تبين أنه من حجر غير كريم
أو من الزجاج فاختلف الجنس وسيأتي أن هذا النوع من الغلط ،
لا يتعلق بصحة الرضا ، بل بوجوده ، فليس إذن من شواكِب الارادة
وعيوبها ، لأن الرضا في مثل هذه الحال ، منتفأ أصلا ، لعدم وجود
محل العقد ، إذ انصب رضا العاقد المشتري على الياقوت ، لا على
الزجاج ، وقد أظهر مراده هذا في الصيغة والياقوت وهو محل
القيود غير موجود ، لأن اختلاف الجنسي كإنتفاء العين فإنتفسي
رضاه أصلا ، لإنتفاء متعلقه ، فرق بين إنتفاء أحد مقومات العقد
وبين توافرها جميعا ، ولكن يشوب أحدها عيب كالغلط ، فالعقد

شروط الغلط :

١ - أن يكون الغلط ظاهرا ، قد أفصح عنه صاحبه في صيغة العقد وقت انشائه أو كشفت عنه القرائن والظروف الملائمة للتعاقد .
وبيان ذلك قد أشرنا آنفا ، أن الرضا في الغلط معيب ، لوقوعه أثرا لتصور وهمي غير مطابق للواقع .
غير أن هذا الوهم أو الغلط الذي وقع التعاقد تحت تأثيره ، متى اختلف به رضا وقت انشاء العقد ، لا تأثير له على العقد قضايا مادام منظويا في نفس صاحبه ما لم يفصح عنه في صيغة العقد لأن نية الانسان أو قصده لا يعرف الا من جهته ، أو أن تكشف عنه القرائن والامارات والظروف الملائمة ليعلم به الطرف الآخر ، ويقف على حقيقة نيته ومقصوده .

وعلى هذا ، فالشريعة الاسلامية ، وإن جعلت مبنى التصرفات القولية من التبرعات عقود المعاوضات المالية هو الرضا الكامل ، والنية الحقيقية ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - " إنما الاعمال بالنيات " أي الاعمال والتصرفات معتبره بالنيات صحة وفسادا ، وإن الخطأ والغلط يعيب هذا الرضا فيفسد العقد ، أو يؤثر في قوته الملزمة ، فيجعله غير لازم ، ويضع في يد الغالط حق الفسخ ليتقضى العقد ويبطله ، اذا شاء حماية له ، لعدم سلامة رضاه . غملا بقوله - صلى الله عليه وسلم - : " رفع عن أمتي الخطأ ، والنسيان وما استكرهوا عليه " .

= في الحالة الاولى غير منعقدا أصلا ، لانعدام كله بخلاف الثاني فإنه منعقد وموجود ، لكنه معيب .

والرفع انما هو لحكم المتصرف وأثره لالذاته
اجماعاً لأن التصرف اذا وقع مادياً ، لا يرفع غير أن الشريعة تشترط -
لصحة الادعاء بالغلط ، وتقرير حق الحماية للغالط - أن يكون الغلط
ظاهراً غير خفي ، ليكون الطرف الآخر على بينة منه ، وعلى توقع
من نقض العقد المعيب ، فلا ينجأ بفسخ العقد اذا وقع
بخلاف ما اذا كان خفياً ، لم يفصح عنه صاحبه ، ولا دلت الامارات
والقرائن عليه ، فان الادعاء بالغلط حينئذ ،
وفسخ العقد على أساسه ، وإبطال آثاره ، ضارٌّ بالطرف الآخر
حسن النية ، وان لم يكن يعلم بالغلط الذي وقع فيه صاحبه أصلاً ولا
كان منه تقصير في تبينه حتى يتحمل تبعه تقصيره ، ويلقي هذا
الجزء من نقض العقد وإبطاله على غير توقع فلا عبرة اذن بالظن الخفي
المستكن في نفس صاحبه ، ولا يقبل منه ادعاؤه بالغلط بعد إبرام
العقد ، أو الطعن فيه ، ولا يورثه حق الفسخ ، لأنه لم يبين
مراد من يعرف غلظه أو لم يفصح عن قصد ، أو ارادته الباطنة وقت التعاقد
وذلك ، حماية للطرف الآخر حسن النية وعملاً بمبدأ استقرار التعامل (١)
الذي تتعلق به مصلحة عامة أيضاً تبرع على المصلحة الخاصة لمدعي الغلط
الخفي ، ولولا اشتراط ظهور الغلط لاصبحت المعاملات كلها عرضة
للإبطال مما لا يستقر معه التعامل اذ يسوغ لكل متعاقد حينئذ ، أن يبطل
تصرفه بادعاء أنه وقع تحت تأثير الوهم أو الغلط وقت انشاء العقد
دون أن يكون ثمة من دليل يثبت ذلك لامن صيغة العقد ولا من القرائن

(١) مصادر الحق ج ٢ ص ١٣٠ المدخل ج ١ ص ٤٦١ للاستاذ الزرقاه

والأمارات والظروف المألوفة للعقد وقت انشائه ، وفي هذا من الضرر ما فيه .

فالغلط انما يكون نتيجة للتباين أو الاختلاف ، بين ما يتصوره العاقد في ذهنه ، وبين الواقع .

ويدهسي ، أن رضاه انما تعلق بالصورة التي تصورها في ذهنه وقت التعاقد فاذا تبين أن تلك الصورة الذهنية غير مطابقة للواقع ، لم يكن رضاه سليما ، بل مختلا (١) ، لكن ينبغي أن يفصح عن تصوره ومقصوده ، ليتمكن تبين غلظه قضا .

— فتلخص ، أن الشريعة وان اعتدت بالرضا ، أو الارادة الباطنة مبنى وأساسا للتصرف القولي ، غير أنها تشترط أن تظهر تلك الارادة لتكون مؤثرة ، حتى يستقر التعامل ، والا فلا أثر لها ، لأن اتجاه — التشريع الاسلامي موضوعي ، ولذا جاء في تعريف الفقهاء للعقد كما تعلم بأنه ايجاب وقبول ، بلفظين أو ما يقوم مقامها من الوسائل المادية الظاهرة تعبيرا عن التراضي النفسي الخفي ، أو الارادة الباطنة .
وقد استقر هذا الاصل عند الفقهاء في قواعد فقهية منها :

(١) مع ملاحظة ما قد هنا ، من أن الاختلاف بين التصور والواقع اذا كان متعلقا بجنس المعقود عليه ، لم ينعقد العقد أصلا ، لأن اختلاف الجنس في حكم انتفاء العيين محل العقد ، والعقد لا ينعقد بدون محل ، فانتهى الرضا أصلا ، لانتفاء ما تعلق به وهذا النوع من الغلط ، ليس من موضوع بحثنا ، عيو ب الرضا .

لا عبره بالظن البين خطأه :

هذه قاعدة عامة وردت في كتب القواعد (١) الفقهية فيدرج في مفهومها الكلي (٢) ، الغلط الظاهر " من قبل أن الظن اذا كان بين الخطأ ، كان وهما ، والغلط قوامه الوهم ، لعدم التطابق بين التصور والواقع .
غير أن هذا الظن الواهم - في منطوق القاعدة - يجب أن يكون بينا ظاهرا ، حتى يكون موثرا .
هذا ، وظهور خطأ الظن ^{متقلب} وينقلب وهما تبطل به الحجة ، انما يكون بالدليل وذلك اما بتصريح من العاقد الظان نفسه يفتح بعين قصده وقت انشاء التصرف القولي ، أو بالأمارات والقرائن المحتففة التي تدل على مراده وان لم يصرح به .

وموody القاعدة ، فيما يتعلق بموضوعنا ، من التصرفات القولية خاصة ن " الظن اذا ثبت وظهر خطؤه بالدليل المعترف شرعا ، لاجته فيه ، وكذلك ما بني عليه من التصرف القولي بالنسبة الى من وقع تحت -

(١) الاشباه والنظائر - ص ٦٣ - لابن نجيم - واللسيوطي - ص ١٠٦

وقد وردت في المجلة / المادة ٢٢ / .

(٢) لا يقتصر مفهومها الكلي فيما يتعلق بالتصرفات على دفع ما لا يستحق لاستناده الى سبب وهمي لا الى سبب حقيقي شرعي ، حيث لا عبرة به فيجب ابطاله واسترداده ، لا بتناثه على الغلط ، بل يشمل الى ذلك التصرفات القولية ، بالارادة المنفردة ، أو العقود ثنائية الطرف اذا وقع العاقد تحت تأثير الظن البين الخطأ .

تأثير هذا الظن الواهم ، فلا عبرة به ، وله ابطاله (١)
وتطبيقا لذلك ، اذا اشترى شخص ثوبا يظنه من الحرير ، ولم يظهر
مراده للبائع ، بل بقي مستترا في نفسه . ثم ظهر أنه من الكتان أو
، لم يكن له أن يدعي أنه وقع في الغلط ، لبيطل العقد ، لأن
غلطه غير ظاهر ، بخلاف ما اذا أفصح عن مراده هذا ، في صيغة
العقد بأن قال للبائع ، اشتريت منك هذا الثوب من الحرير ، ثم ظهر
أنه من السقطن أو غيره ، كان له أن يدعي أنه وقع في الغلط لعدم
توفر الصفة التي يبتغيها في الثوب ، وكان له حق الخيار بين الفسخ
والانحضاء ، لأن غلطه ظاهر ، اذ قد أفصح عن مراده في صيغة العقد .
وقت انشائه .

فالغلط — كما ترى — ظاهر صراحة .

ظهور الغلط بالقرائن لا بالقول الصريح :

قد يظهر الغلط بالقرائن ، او بطبيعة الظروف الموضوعية
التي تلبس العقد وقت ابرامه ، دون الافصاح عنه صراحة . فمن ذلك
اذا اشترى شخص من تاجر الآثار ، قطعة ظنها أثرية ، ولم يفصح عن
قصده هذا فان مقتضى الحال ، أو طبيعة الظرف الملبس للتعاقد ،

(١) والحجة التي انتفت هنا ، هي ما يقضي به الاصل المأمور من

وجوب الوفاء بالعقد الثابت بقوله تعالى : " يا أيها

الذين آمنوا أوفوا بالعقود .

من أنه يشتري من تاجر آثار ، دليل أقرينة على قصد هذا ، وذلك كافي في ظهور غلظه ، ولو لم يصرح بمقصود ، فاذا تبين أن القطعة ليست أثرية ، كان للمشتري الادعاء بالغلط ، لظهوره بالقرينة ، ويملك بمقتضاه حق الفسخ ان شاء ، حماية له ، واحتراما لرضاء وارادتها باطنية ، مادام قد قام الدليل على نيته التي تبين بها غلظه .

على أن حسن النية الذي أوجبت الشريعة أن يسود التعامل ، يقضي بأنه كان على البائع أن يهبه المشتري الى أن القطعة ليست أثرية ، اذا كان يعلم ذلك .

الغلط المفترض وقوعه :

على أن الغلط قد يكون منشأ ظهوره ، من عيبات المعقود عليه ، لم يكن قد اطلع عليه التعاقد وقت التعاقد ، فان مجرد ظهور العيب دليل على وقوع الغلط ، ذلك ، لأن نية التعاقد المتملك قد اتجهت الى التعاقد على محله سليما ، تلك نية ظاهرة ، ولو لم يصرح بها في الصيغة ، لأن من المقرر عرفا وواقعا ، ان التعاقد لا ينصب رضاه على شراء شيء معيب تنقص به قيمته أو منفعته ، ودلالة العرف قرينة معتبرة ، فضلا عن لسان الحال ، فكانت سلامة محل العقد من العيب ، شرطا ضمنيا (١) في كل عقد معاوضة مالية

(١) وهذا ما أشار اليه الامام الكاساني بقوله : " السلامة مشروطة في العقد دلالة " فكانت كالمشروطة نصا ، لأن البيع عقد معاوضة مبنيا على المساواة عادة وحقيقة . . . ولأن " السلامة "

ولو لم يصح به في العقد ، اذ الاصل السلامة ، وهذا

هو خيار العيب ، كما بينا .

أنواع الغلط وقت انشاء العقد

الغلط عند انشاء العقد ، اما أن يكون في جنس المعقود عليه ، أو في وصف له يؤدي الى تفاوت فأحسن في القيمة أو المنفعة أو في وصف مرغوب فيه ، دون أن يؤدي الى ذلك التفاوت الفاحش أو في العاقد الآخر ذاته ، أو في صفة من صفاته التي لها اعتبار في العقد أو في الحكم الشرعي الذي يكون متعلقة محلا للعقد .

ونتناول هذه الانواع بالبحث تباعا .

أولا : الغلط في جنس المعقود عليه :

وذلك ، بأن يكون جنس المعقود عليه في تصور العاقد عند انشاء العقد ، يباين حقيقة المعقود عليها الواقعي ، كمن اشترى قنطارا من القمح ، فاذا هو من الشعير أو نصا من الياقوت ، فاذا هو من الزجاج أو حقيية من الجلد ، فاذا هي من الورق المقوى (الكرتون)

= لما كانت مرغوب المشتري ، ولم يحصل ، فقد اختلف رضاه ، وهذا يوجب الخيار ، لأن الرضا شرط صحة البيع فانعدام الرضا يمنع صحة البيع ، واختلاله يوجب الخيار فيه ، اثباتا للحكم على قدر الدليل " .

- البدائع - ج ٥ ص ٢٢٤ .

هذا النوع من الغلط - في الواقع - لا يتعلق بصحة الرضا ، بل بوجوده ، لأن تباين حقيقة المعقود عليه ، في حكم انتفاء العين ذاتها ، وإذا انتفى محل العقد ، انتفى الرضا المتعلق به أصلا و فرق بين عدم وجود أحد مقومات العقد ، وبين توافرها جميعا ، ولكن يشوب أحدها عيب كالغلط ، ففي الحالة الأولى ، العقد باطل ، لانعدام محله ، بخلاف الثانية ، إذ العقد منعقد ولكنه معيب في أحد مقوماته ، وهو الرضا .

لذا كان الغلط في جنس للمعقود عليه ليس داخل في موضوعنا : عيوب أصلا ، لما قدمنا .

ثانيا : الغلط في وصف المعقود عليه ، يؤدي الى التفاوت الفاحش في

القيمة أو المنفعة .

وذلك ، بأن يشتري منزلا على أنه مبني من الحجارة ، فإذا هو مبني من الطوب ، أو سيارة على أنها تسير (بالمازوت) ، فإذا هي تسير بالبنزين فالجنس كما ترى متحد ، ولكن الاختلاف في الوصف الذي يؤدي الى تفاوت فاحش في القيمة أو المنفعة وهذا الفارق الفاحش في الصفة ، بمنزلة الفارق بين الجنسين ، كما يقول الامام الكاساني (١) ، والحكم واحد

(١) يقول الامام الكاساني : " وكذا لو باع دارا ، على أن بناؤها آجر

فإذا هو لبن ، لا ينعقد لانهما يتفاوتان في المنفعة تفاوتا فاحشا

فكانا كالجنسين المختلفين "

- الهدائع ج ٥ ص ١٤٠ وراجع فتح القدير - ج ٥ ص ٢٠٦ .

وهو بطلان العقد • وهذا النوع كسابقه • ليس من موضوعنا
كما ترى وهو اجتهاد جمهور الحنفية (١) •
ثالثا : الغلط في وصف مرغوب فيه

الغلط في هذا النوع • يؤدي الى فوات وصف مرغوب فيه •
فالجنس متحد • والوصفان : المتصور والواقعي • متساويان من حيث
المنفعة • و غاية ما في الامر • أن رضا العاقد قد تعلق بوصف يرغب فيه
ولكنه لم يتحقق • فاختلف رضاه لذلك •
ومثال ذلك • أن يكون محل العقد معيناً بالذات • وغائبا عن مجلس العقد
أو يكون حاضرا فيه • ولكن يحول الظالم مثلا دون ادراك وصفه بالمعاينة
أو أن يكون العاقد أعمي • فلو اشترى قطعة من الجوخ على أنها مسن
الصنع الانكليزي فتبين أنه فرنسي المصدر • أو أنه أخضر اللون • فاذا
هو أسود • فان المشتري بالخيار بين انفاذ العقد أو فسخه لفوات وصف
في العقد اختلف به رضاه • وهذا هو خيار الوصف •
هذا • وليس ثمة فارق بين اللون الاخضر والاحمر من حيث المنفعة •

(١) على أن الامام الكرخي • قد اعتبر العقد في مثل هذه الحال
فاسداً لا باطلاً • و حجته في ذلك • ان البائع باع المسمى
في العقد وأشار الى غيره • فصارك أنه باع شيئا • بشرط أن يسلم
غيره • وذلك فاسد • هذا والشافعية • في رأي عندهم •
وكذلك المالكية • أن العقد صحيح ولكنه غير لازم •
وعلى هذا النظر • يدخل هذا النوع في موضوعنا • ولكنه رأى
ضعيف • - المرجع السابق •

فالغلط في الوصف واضح ، لأنه مشروط في العقد (١)

الغلط في وصف المشار اليه ، المشاهد في مجلس العقد لغو

غير مؤثر :

هذا والاشارة والمشاهدة أبلغ من الوصف في التعريف ، ولهذا كان الغلط في الوصف مع تحقق الاشارة والمشاهدة ، ليس بعذر ، ولا عبء به ، فاذا باعه شيئا معيناً بالذات ، حاضراً في مجلس العقد كالسيارة مثلاً . وأشار اليها ، وهي مشاهدة أمام المشتري ، وقال بعتك هذه السيارة الحمراء ، وهي خضراء ، فالغلط هنا لا عبء به ، بل العبء - بالاشارة والمشاهدة ، لأنها أقوى في الدلالة والتعريف ، ولذا ، استقر في الفقه الاسلامي قاعدة عامة في هذا النوع من الغلط غير المعتمد مؤداها أن " الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر (١) . وعلى هذا ، فالعقد صحيح ولازم . وليس للمشتري خيار على الرغم من الغلط في الوصف المرغوب فيه .

رابعاً : الغلط في شخص العاقد الآخر ، أو صفة من صفاته مما له اعتبار

في العقد .

وهذا يكون في التبرعات ، كما يكون في عقود المعاوضات المالية

أو في التصرفات بالارادة المنفردة .

وذلك بأن يوصي لشخص معين ، يعتقد أنه فلان ، فاذا هو غيره ،

(١) المادة / ٦٥ / المجلة - المدخل - ج١ - ص ٤٢٢ للاستاذ

الزرقاء - وراجع في هذا المادة ٣١٠ من المجلة .

وكذلك في المهبة ، لأن لذات الشخص الموصي اليه ، والموهوب له اعتبار وأهمية وكذلك في عقود المفاوضات المالية ، كالارجارة والاستصناع ، فاذا اتفق مع طبيب لصفة ذات اعتبار في العقد كمهارته على أن يجري له عملية جراحية ، يظن أنه الطبيب المشهور فيظهر انه طبيب آخر ليس في مستواه مهارة فهذا غلط في ذات المتعاقد الآخر ، مما له اعتبار في العقد وأهمية ، اذ هو الدافع الرئيسي الى التعاقد ، فالغلط موثر .

وكذلك أن يتفق مع النجار الفلاني على أن يصنع له أثاثا لمنزله ، ثم يتبين أنه غيره من هو دونه في الاتقان في المهنة .
أما اذا كان في مستواه مهارة ، فالمعتمد عند القضاة ، ان العقد صحيح لازم .

— ومن ذلك أيضا ما اذا استأجر ظفرا لارضاع طفله ، فتبين أن لبنها غير صالح لتغذيته ، أو أنها فاجرة (١) أو حقا شرسة ، كان ذلك غلطا بينا في شخص المتعاقد الآخر ، أو في صفة ذات اعتبار في التعاقد . هذا ، وصلاحيه لبنها للتغذية ، أو حسن خلقها ، مشروط في العقد دلالة ، ولو لم يصرح العاقد بذلك لدلالة الحال ، أو العرف .
وكذلك في الوكالة ، والكفالة ، للمتعاقد الآخر اعتبار في العقد . فالوكالة اذا كانت بأجر ، كالمحاماة ، فان لذات المتعاقد الآخر (المحامي) اعتبار في العقد ، لمهارته وحذقه مثلا ، أو لصدقه ونزاهته ، فالغلط في شخصه موثر ، شريطة أن يكون الغلط واضحا كما قدمنا .

(١) البسوط - ج ١٥ - ص ١١٩ - ص ١٢٢ - والكثير هي المرأة تستأجر للأرض - ص ١٢٢ - والكثير هي المرأة تستأجر للأرض .

هذا ، واذا كانت أحكام الغلط تجرى في عقود المعاوضات المالية التي تقبل الفسخ ، كالبيع والاجارة ، كما تجرى في التصرف القولي الانفرادى الذى يتعلق بالاسقاط ، والتملك ، كحق الشفعة ، أو الوصية أو الهبة ، من التبرعات ، فان عقد الزواج عند الجمهور لايجرى فيه حكم الغلط ، لأنه لايقبل الفسخ ، وخالفني هذا الامام أحمد فأجاز فسخ الزواج بالغلط لفوات وصف مرغوب فيه ومشروط في العقد ، يتعلق بأحد الزوجين ، فاذا تزوجها على أنها متعلمة أو على أنها جميلة ، وشرط ذلك في العقد ، فتبين أنها دميصة ، أو جاهلة كان له حق الفسخ ، لاختلال رضاه .
ونحن نرى ، أن ينهني أن يكون للغلط أثره في عقد الزواج ولو لم يكن من عقود المعاوضات المالية ، فان لشخص الزوج أو الزوجة أو صفة من صفات أحدهما اعتبارا فمن هذا العقد الخطير الشأن .
فاذا تبين مثلا أن في احد الزوجين داء عضالا ، أو مرضا جنسيا يتنافى مع الغاية من الزواج ، كان للآخر حق الفسخ ، للغلط في شخص العاقد الآخر ، أو في صفة جوهرية ، إذ الاصل السلامة فكان هذا الغلط ، موجبا لحق الفسخ .
أما في التصرفات القولية الانفرادية فكذلك ، اذا كان لشخص - العاقد أو صفة من صفاته ، اعتبار في التصرف وأهمية ، وذلك من مثل

(١) المغني - ج ٦ ص ٥٢٦ - وما بعدها .

حق الشفعة (١) ، فاذا اسقطه صاحبه على ظن
أن المشتري هو فلان ، فاذا هو غيره ، كان ذلك غلطا موجبا
حق الفسخ بالنسبة لمن وقع فيه ، لما للشخص الذي من أجله اسقط حق
الشفعة من اعتبار في هذا التصرف وأهمية ، اذ على أساسه كان
اسقاط هذا الحق ، فكان لمن وقع في الغلط أن يرجع في هذا الحق .
خامسا : الغلط في الحكم الشرعي (الجهل به)

الأصل أن الجهل (٢) بالأحكام الشرعية ، في دار الاسلام
ليس بعذر ، فليس لمن يجهلها أن يعتذر بالغلط . فلو تعامل
شخص بالربا مثلا ، ثم اعتذر بأنه يجهل تحريمه ، لا يقبل اعتذاره ،
لاستيقاؤا العقد ، بل يبطل ، لأن محله أمر محرر شرعا ، والغلط في
الحكم الشرعي الذي تعلق بهذا المحل لا تأثير له .
ولو خاج على حصته من الارث ، وهو يظن أنها ثمن التركة ، فاذا
هي الربح لاهبة بخلطه ، ولا تأثير ، لأن الجهل بالحكم الشرعي ليس
بعذر ، فيصح العقد ويلزم .
وكذلك لو تزوج شخص امرأة من المحرمات ، وهو في دار الاسلام ، ثم
اعتذر بجهله ، لا يقبل اعتذاره ، لاشتهار أحكام المحرمات من النساء .

(١) وهو حق اولوية يسنح للشريك في العقار ليقدم على المشتري الاجنبي
بموجب هذا الحق ، لأن الشريك اولى بتملك العقار المشترك
من الاجنبي .

(٢) المنافع شرح الجامع ص ٣١٨ - والغلط نوع من الجهل .

بخلاف ما اذا كان في غير دار الاسلام ، حيث يعتبر جهله
بالاحكام الشرعية عذرا ، لعدم نشرها وشيوعها ، اذ تطبق فيها
غير احكام الشريعة .

قاعدة الجهل بالاحكام الشرعية ليس بعذر : مقيدة بالاحوال التي

لاشبهة فيها .

ليست هذه القاعدة على اطلاقها ، بل مقصور تطبيقها على
الاحوال التي لاشبهة فيها ، أو شاع العلم بها ، وقد حدد الامام
القراي ضابط ما يعتبر عذرا من الجهالات ، فيعنى عنه ، وما لا يعتبر
بقوله : " ضابط ما يعنى عنه من الجهالات الجهل الذى يتعذر —
الاحتراز عنه عادة ، وما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق ، لم يعف عنه (١)
وعلى هذا ، فالاحكام الشرعية التي تدق الاحاطة بها ، مما يتعلق ادراكه
بالمختصين من العلماء يعتبر الجهل به عذرا ، اذ يشق الاحتراز عنه
عادة ، بخلاف ما لا يصعب ، بدليل أن غالب الناس يعلمونها ، وفي هذا
المعنى يقول الامام السيوطي : " كل من جهل تحريم شيء مما يشترك
فيه غالب الناس (٢) ، لا يقبل (٣) " .

فضابط الجهل الذى لا يعتبر عذرا ، اذن ، هو الاشتهار ، وما
لا يشتهر من الاحكام التي لا يعرفها الا الخواص ، يقبل فيه العذر .
اذ يشق الاحتراز عنه ، وهو موذى قول الامام السيوطي ايضا : " ولا
يقبل دعوى الجهل ، بثبوت الرد بالعيب ، والاخذ بالشفعة ، من

(١) الفروق ج ٢ ص ١٥٠

(٢) اى مما يشترك غالب الناس في عمله والاحاطة به لاشتهاره .

(٣) الاشباه والنظائر — ص ٢٢٢ .

قديم الاسلام لاشتهاره وتقبل . . في نفي الولد نفي
الاطهر ، لأنه لا يعرفه الا الغواص (١) .
على أن أحكام الشريعة التي يجرى تطبيقها في القضاء لا يقبل
الاعتذار بجهد لها لنشرها وعلانها بالطرق الرسمية ، ولا يثق على
الناس العلم بها اذ بالامكان أن يستعينسوا برجال القانون والقضاء
والمحاماة ، لمعرفة ، والافتقار باب الاعتذار بالجهل بحكم الشرع
أو القانون ، لا يستقر معه التعامل ، ولا يقول بهذا أحد ، ويحمل كلام
السيوطي على الاحكام الديانية ، أو على اعتبار اختلاف الزمن
في وسائل النشر والاعلان الرسمية ، وهم التنظيمات القضائية على
النحو الذي استقر في عصرنا .

المبحث الرابع

=====

الاكراه

لا يمتد بحثنا الى التصرفات الفعلية أو القواعد المادية ، سواء
أكانت مشروعة أم غير مشروعة ، وانما يقتصر على التصرفات القولية (١)
من العقود والاقترارات .

هدى تأثير الاكراه على الاهلية

آ - يرى الفقهاء^(٢) أن ليس الاكراه عارضا من عوارض الاهلية ، فلا تنعدم
به ، لان حيث أهلية الوجوب التي تثبت بانسانية الانسان
اذ الاكراه لا يأتي عليها .
ولا من حيث أهلية الاداء ، لأن مناطها العقل والتمييز والاكراه
لا يؤثر فيهما ، بل المكروه سليم العقل قادر على فهم الخطاب
الشرعي بعد الاكراه ، كما كان قبله .

(١) التصرفات التي قوامها أفعال ، اما أن تكون مشروعة مباحة
كالسفر ، والاكل ، والاقامة ، وما الى ذلك واما أن تكون
جرائم وأفعالا محرمة ، كالقتل ، وهتك العرض ، واتلاف
مال الغير .

(٢) نهاية المحتاج ج٣ ص ٣٨٧ - الخرشى - ج٣ ص ٣٦٥ التلويح
على التوضيح ج٢ ص ١٦٩ مجمع الانهر ج١ ص ٣٨٤ - الهدائع
ج٧ ص ١٨٧ - المبسوط ج٢٤ ص ٥٧ - المهجة شرح التحفة
ج٢ ص ٧٥ - الشرح الكبير ج٣ ص ٦٠ للرسولي

وعلى هذا ، فان المكروه في فقه الحنفية ، لا يسقط عنه الخطاب الشرعي ، بل يبقى مكلفا ، فليس الاكراه اذن من عوارض الاهلية كالجنون والسفه ، ولا مانعا من التكليف ، وانما ينعدم به الرضا اتفاقا ، ويفسد به الاختيار على الجملة وفساد الاختيار يجتمع مع التكليف ، ولا ينافيه .

وهذا ما يقرره الامام السرخسي بقوله : " الاكراه اسم لفصل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه ، أو يفسد به اختياره ، من غير أن تنعدم به الاهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب (١) غير أن المالكية يرون أن عقد المكروه غير لازم ، مما يشعر بقياس التكليف ، على الرغم من الاكراه ، لكن تعليلهم لعدم اللزوم لا يستقيم ، إذ يرون أن الاكراه يمنع التكليف ، وقتضى هذا البطالان لعدم اللزوم (٢) .

وذهب الشافعية الى أن الاكراه لا يعدم الاهلية ، ولكن يمنع التكليف ، لأنه في اجتهادهم يعدم الاختيار (٣) وهو شرط

(١) المبسوط ج ٢٤ ص ٣٨ يلاحظ أن الحنفية يفرقون بين الرضا والاختيار ، كما سيأتي .

(٢) يقول صاحب البهجة في شرح التحفة : " فاذا خاف نزول شيء به ، من هذه الامور ، حالا أو مآلا ، فباع . . . فان بيعه غير لازم ، لعدم تكليفه " ج ٢ ص ٧٥ .

(٣) ولا يفسده فحسب ، كما يذهب الى ذلك الحنفية وفرق بين الفساد والبطالان عندهم بل أنهم يرون فرقا بين الفساد الناشئ عن الاكراه ، وبين الفساد الذي منسوخه خلل فضعف ملازم للمنفذ كما سيأتي .

انعقاد التكليف ، حتى اذا انتفى الشرط ، انتفى المشروط .
على أن مفهوم عدم التكليف أثرا للاكراه ، - في فقه الشافعية -
لا يعني عدم القدرة على فهم الخطاب ، اذ لم تسقط أهليته ، بسبل
معناه ، أن خطاب التكليف لا يتوجه اليه ابان الاكراه ، لعدم اختياره
اذ حرية أو سلامة الاختيار ، شرط توجه التكليف اليه ، وقد انتفت -
بالاكراه ، فيكون هذا مانعا من التكليف ، لقوات شرطه ، لاعراضا من
عوارض الاهلية ، كما قدمنا وتأسيسا على هذا ، لا يلزم المكروه بشيء ،
ما يترتب على تصرفاته القولية فيما لو كان راضيا مختارا اختيارا حرا ،
فيكون عقده بالاكراه باطلا لعدم الاختيار المانع من التكليف والمسئولية .
وتوضيح ذلك ، أن الاكراه في اجتهاد الشافعية - اذ يعدم القصد
أو الاختيار ، فان المكروه حين يباشر صيغة العقد تقع لاغية ، لأنه
لا يقصد معناها ، ولا يستعملها فيه لينشئ بها عقدا تترتب عليه آثاره
بداحة ، فلا هو قاصد انشاء العقد ولا آثاره ، وانما يقصد من مباشرته
الصيغة تحت تأثير الاكراه ، مجرد دفع الاذى المهدد به ، فتكون لغوا
اذ كيف يلزم المرء بآثار تصرف لم يختاره أو يكون مواخذا فيما لم يقصده
أصلا ؟ لأن من المقرر شرعا - كأصل عام يقيني - أن الانسان لا يلتزم
الابما ألزم به نفسه بحض اختياره ، وكامل رضاه ذلك لأن الاختيار أو
الرضا هو معنى التصرفات القولية شرعا ، حتى اذا انعدم ، فقد التصرف
أساس شرعيته فكان لذلك باطلا والباطل لا وجود له شرعا ، لأصلا
ولا أثرا .

ذلك ما تترتب على اجتهاد الشافعية من ذهابهم الى أن الاكراه مانع
من التكليف ، وان كان لأثره على الاهلية باطلاق .

الحنفية يفرقون بين الاختيار والرضا خلافا للشافعية ، وشمة ذلك :

يفرق الحنفية بين الاختيار والرضا مفهوما وأثرا ، فيرون أن الاختيار هو " التمكن " من فعل الشيء ، وضده ، أما الرضا فهو الرغبة في الشيء والارتياح اليه . هذا ، ويرون الارادة مجرد الاعتزاز على الفعل وتنفيذه . وعلى هذا ، فالاختيار أعم ، والرضا أخص .

ومعنى هذا ، أنه يلزم من تحقق الرضا وجود الاختيار ، ولا عكس . أى لا يلزم من وجود الاختيار^{للمتأثر} ، وعلى هذا ، فالاختيار والرضا - في فقه الحنفية - أمران مختلفان ، وليس مترادفين ، ولا متلازمين فقد يوجد الاختيار وينعدم الرضا ، كما في الاكراه .

وانما قلنا ان الاختيار بالمعنى الذى حدده الحنفية (١) ، وقد تحقق بالنسبة الى المكره ، لأنه قصد الى الصيغة ، وهي السبب ، ولو كان قصده اليه لمجرد دفع الاذى عن نفسه ، لأنه كان بوسعها ألا يفعل ، ويختار - احتمال الاذى الذى المهدد به ، لكنه أثر اختيار الصيغة على اختيار احتمال الاذى أو بالاحرى اختار أهون الشرين ، وأخف الضررين (٢) وهذا هو " التمكن " من فعل الشيء ، وضده الذى هو مناط الاختيار عند الحنفية فقد تحقق مناط الاختيار في الاكراه لكنه اختيار فاسد ، لمكان الاكراه فيه (٣) غير أن فساد الاختيار - كما يرى الحنفية - لا يعدم أصله ، فأصل الاختيار

- (١) بمعنى التمكن من فعل الشيء ، وضده . (٢) رد المختار ج ٤ ص ٧
- (٣) وهذا ما قرره الشافعية أيضا فقد نقل الامام السيوطي في كتابه " الاشباه والنظائر " عن الامام النووي ، في كتابه الروضة ، أن الاكراه يحصل : " بكل ما يؤثر العاقل الاقدام عليه ، حذرا مما هدد به " ص ١٨٧ الطبعة التجارية - وهذا الايثار صريح في اختيار

قائم مع الاكراه ، ولا منافاة بين اجتماعهما .
هذا ، ويرى الحنفية أيضا ، أن شرط انعقاد التكليف ، هو أصل
الاختيار لا صحته (١) ، إذ يكفي في انعقاده وجود أصله ، ولو فاسدا ،
وهي هذا ، فليس الاكراه - في اجتهاد جمهور الحنفية - مانعا من
التكليف كما يقول الشافعية ، بل التكليف منعقد ، لوجود شرط انعقاده
وهو أصل الاختيار ، ولو كان فاسدا فكان المكروه مستولا ، ومؤخدا ،
ويكلفا على الرغم من كونه مكروها لهما .

نعم ، الرضا منعدم مع الاكراه ، كما يقول الحنفية ، وهذا بالاتفاق ، ولا
نزاع فيه ، غير أن الرضا - في اجتهادهم - شرط للصحة ، لا للانعقاد
حتى اذا فات الرضا بالاكراه ، فسد العقد ولم يهطل ، عند جمهور
الحنفية (٢) ، لفوات شرط صحته ، ولذا ، كان للمكروه أن - يجبر
العقد بعد زوال الاكراه ، اذا شاء تحقيقا لرضاه الكامل ، فيرتفع الفساد
حينئذ لزوال سببه ، ويصح العقد ويلزم ، بمعنى أنه تترتب آثاره
عليه من وقت ابرامه ، لامن وقت الاجازة ، ولا يستقل أحد طرفيه
بفسخه بعد ذلك ، وذلك آية مؤخذته ومسئوليته وتكليفه .

وتفسير هذا ، أن الفساد انما تقرر عند جمهور الحنفية أثرا وجزا
للاكراه ، وفساد الاختيار ، وانعدام شرط صحة التصرف (٣) ، وهو

= أحد الامرين ، وتفصيله على الآخر ولا يتصور هذا الا بالتمكن

وهو مناط الاختيار الذي حددته الحنفية .

(١) المراجع السابقة .

(٢) خلافا لغير من الحنفية ، إذ يرى أن العقد موقوف لافساد -
البدائع - ج٧ ص ١٨٧ وما يليها فتح القدير ج٧ ص ٢٩٢ وما

يليهما - المبسوطه ج٢٤ ص ٣٨ وما يليها .

(٣) المراجع السابقة .

الرضا ، اذ يتخلف شرط صحة العقد يتقرر فساد (١) ، حماية
لحق المكره ، فيمنح حق الاجازة (٢) عند زوال الاكراه ، تحقيقا لرضاه
الكامل الذي فات بالاكراه ، واذا توافر الاختيار والرضا كمالا ، صح العقد
ولزم في حقه ، بخلاف ما لو كان باطلا .

لكن يرد على هذا النظر ، أن العقد الفاسد لا تلحقه الاجازة ، كالعقد
بالباطل ، بل هو واجب الفسخ ، رماية لحق الشرع ، كما تعلم ، ويجاب
عن هذا من قبل جمهور الحنفية ، أن سبب الفساد .

في هذا العقد ، هو رماية حق المكره شخصا لاحق الشرع (٣) ، فهو
فساد من نوع خاص ، منشؤه العدوان على ارادته ، فلا يتسم بخصائص
الفساد الذي منشؤه حق الشرع ، كالربا والجهالة الفاحشة / وسبب
خصائص الفساد الذي منشؤه الاكراه قبوله الاجازة ، رماية للحق الشخصي
وهو حق المكره ، لانعدام رضاه .

— هذا هو وجه استدلال جمهور الحنفية على ما ذهبوا اليه من الحكم
على عقد المكره بالفساد الذي يجوز رفعه باجازة المكره نفسه عند زوال الاكراه ،
مع بقاءه مكلفا مسئولاً على الرغم من وقوفه تحت تأثير الاكراه

(١) وأنت عليهم بأن الحنفية يفرقون بين الفساد والبطلان .

(٢) رد المختار ج٤ ص ٧٠ . هذا ، وذهب بعض الحنفية الى أن عقد
المكره باطل غير منمقد ، وهذا يتفق مع رأى الشافعية — الاشباه
والنظائر — ص ٢٨٢ — مجمع الانهر ج٢ ص ٤٢٨ ص ٤٣٧ الاشباه
والنظائر ص ٤٢٨ — ٤٣٧ للسيوطي .

(٣) المراجع السابقة — وراجع مصادر الحق — ج٤ ص ١٨٧ — وما يليها
رد المختار ج٤ ص ٧ — مجمع الانهر وحاشيته — ج٢ ص ٤٢٨
ص ٤٣٧ — مصادر الحق — ج٢ ص ١٨٦ وما يليها .

أما الشافعية ، فيرون أن عقد المكره باطل ، وعبارته لغو بناه على
أن الاختيار والرضا ، أمر واحد ، مفهوماً وأثراً ، فهما مترادفان ،
لا فرق بينهما ، حتى إذا انتفى أحدهما انتفى الآخر ضرورة ، ومعلوم
أن الرضا منتسف بالاكراه اجماعاً ، فينتفى الاختيار أصلاً ^{ولا يمكن} بلا اختيار
فيطل العقد ، لأن الاختيار شرط انعقاده . منشأ الخلاف أن بين
الحنفية والشافعية هل الاختيار والرضا أمران مختلفان مفهوماً ، فكانا
لذلك مختلفين أثراً ، وغير متلازمين (١) ، أو أنهما أمر واحد ،
مفهوماً وأثراً ، فكانا مترادفين ومتلازمين ، طرداً وعكساً (٢) ، فالاختيار
هو الرضا ، والرضا هو الاختيار ؟
بالاول قال الحنفية ، والى الثاني ذهب الشافعية (٣) .

- (١) بمعنى أنه لا يلزم من انتفاء الرضا بالاكراه ، انتفاء أصل الاختيار
بل يجتمع الاختيار والاكراه ولا منافاة ، ويكون الاختيار فاسداً ،
لئكان الاكراه ، لأن الاكراه لا يعدم أصل الاختيار ، بل يفسده
فصعب فيكون المكره مؤخذاً بعبارة ، ولو مكرها .
- (٢) طرداً بمعنى أنه إذا وجد الرضا ، وجد الاختيار ، وعكساً
إذا انتفى الرضا انتفى الاختيار - المراجع السابقة .
- (٣) المهذب مع المجموع ج ١ ص ١٦١ - المغني ج ٤ ص ٢٥٧ .
واستدل الشافعية على أن عبارة المكره لغو ، وعقده باطل
لا يترتب عليه أثره ، ولا مسئولية ولا مؤاخذه على المكره ، بقوله
تعالى : " لا اكراه في الدين " ووجه الاستدلال ، أن الآية
الكريمة تنفي ذات الاكراه ، وهذا غير مراد قطعاً ، لأنه واقع
فكان النهي منصبا على حكمه وأثره حال وقوعه على المراد الذي دخل

حكم عقد المكره في فقه المذاهب

تبين لنا ما سبق ، أن الفقهاء اختلفوا في حكم عقد المكره على آراء :
أولها : أنه عقد باطل وعبارة المكره وصيغته لغو ، وهو مذهب الشافعية
لأن الباطل والفساد والموقوف عندهم سوا (١) وهو رأى عند
الحنابلة أيضا .

الثاني : أنه عقد فاسد ، يصح بالاجازة من قبل صاحب الشأن ، وهو
المكره ، عند زوال الاكراه ، ويرتفع باجازته العقد فساد ،
تحقيقا لرضاء الكامل ، وهو مذهب جمهور الحنفية ، لأنه
تصرف صادر من أهله ، مضاف الى محله ، لكنه قاصد للسبب
غير راض بالمرة . بالكره

الثالث : أنه عقد صحيح نافذ لكنه غير لازم ، قياسا للاكراه على سائر
عيوب الرضا ، من الغلط والتدليس والغبن لأنها مفسدة للاختيار
لامعذمة له وهو رأى المالكية (١) ورأى آخر عند الحنابلة .

في الدين بمعنى أن عبارته لاغية لأثر لها شرعا ، فدون ذلك
على أن كل تصرف ومنه القولي ، لأثر له اذا كان وليد الاكراه
والقسره واستدلوا أيضا بقوله — صلى الله عليه وسلم — " رفع
عن أمي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه ، وهذا يدل
على أن حكم تصرفات المكره البطلان ولأن آثارها مرفوعة ولاغية .
للحنابلة رأيان : أحدهما البطلان ، وهو قول الشافعية ،
والآخر ، عدم اللزوم ، وهو رأى المالكية ، وفي هذا يقول صاحب
الانصاف : " فان كان احدهما مكرها ، لم يصح هذا البيع —

الرابع : أنه عقد موقوف (١) بمعنى أنه صحيح ، منعقد ، ولكنه موقوف الآثار ، فلا تترتب أحكامه وآثاره عليه ، وهو رأى زفر من الحنفية ، ووجهة نظره ، أن الرضا شرط لحكم البيع لالصحة وهذه مرحلة تالية لصحة العقد نصار كالفضولي ، في حين يرى الامام وصاحبا أن فوات شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم والاثركسائر العقود الفاسدة . وعلى هذا فان عقد المكروه عند زفر موقوف لانتزاع آثاره عليه ، الا باجازة المكروه بعد زوال الاكراه ، فان اجازة نفذ وتربت آثاره عليه ، من وقت ابرامه ، ستندا ، والابطال وأرجح الآراء فيما نرى هو هذا الاخير ، لأن حكم هذا العقد مرتبط بحق المكروه نفسه شخصا ، لابق الشرح كحرمة الرضا ، حتى يكون باطلا أو فاسدا ، وذلك يقتضي الوقف على اجازة

(بطل) . وعليه الاصحاب ، وقال في الفائق ، قلت ،

ويحتمل الصحة وثبوت الخيار عند زوال الاكراه ج٤ ص٢٦٥
المخني ج٤ ص٢٥٧ . - وراجع في هذا البدائع ج٢ ص١٨٧
وما يليها - المبسوط ج٢٤ ص٣٨ وما يليها - مصادر الحق
ج٤ ص١٨٧ وما يليها - رد المختار ج٤ ص٧ - شرح التحفة
ج٢ ص٢٦ والشرح الكبير - ج٣ ص٦ للدسوقي -

(١)
البدائع ج٧ ص١٨٦ المبسوط ص٢٤ - ص٥٦ ص٥٩ .
وراجع رأى المالكية - البهجة شرح التحفة - ج٢ ص٧٦ .
هذا ، ورأى المالكية يتفق مع رأى الحنفية من حيث ان الاكراه
يفسد الاختيار ، ويعدم الرضا ، غير ان المالكية يرون الجزاء
عدم اللزوم في حين يراه الحنفية ، الفساد لانقضاء شرط الصحة
وهو الرضا .

صاحب الشأن حماية لحقه الخاص ، بعد زوال الاكراه ، لانعدام رضاه
فقد يراه في مصلحة ، فيمضيه ، وقد لا يراه فينفضه ، وهذا أولى من
القول بالفساد فضلا عن البطالاة ، ولأن الفساد لا يرتفع بالاجازة .
هذا ، وتعليل الحنفية لصحة الاجازة أنه حق شخصي ، لا يقضي الفساد
بل الوقف ، حماية لهذا الحق الخاص ، كما لا يستقيم هذا مع القول
بعدم اللزوم لأن هذا من موجبات شوائب الرضا ، لانعدامه ، لأن
من المعلوم ، أن العقد غير اللازم ، عقد صحيح منعقد ناقد ، وهذا
لا يتصور مع انعدام الرضا بالاكراه .

هذا ، وقياس الاكراه على سائر شوائب الرضا من الغلط والتدليس والغبن
لا يستقيم ، لأنه قياس مع الفارق ، إذ الاكراه قسر واجبار ينعدم به الرضا
بخلاف الغلط والتدليس والغبن ، فأصل الرضا قائم فيها ، ولكنه مشوب
بعيب .

لهذا كله ، كان القول بالوقف كجزء على الاكراه ، أقرب إلى
ما تقتضيه القواعد (١) .

فقود وتصرفات قولية محددة ، تصح وتلزم بآثارها ، على الرغم من
الاكراه ، استثناء بالنص ، على أنها من حقوق الله تعالى ، كما

هـ عذرت عن الاختيار تام ، ورضا كامل

من مبدأ الحنفية إلى أن ثمة عقوداً خمسة تقع صحيحة نافذة لازمة ، من

(١) البدائع - ج ٢ ص ١٨٢ وما يليها - المبسوط ج ٤ ص ٢٨
وما يليها - فتح القدير - ج ٢ ص ٢٢٢ .

الاكراه كما لو كان من صدرت عنه حرا مختارا ، وهي زواج المكره
وبالثمة ، ورجعته ، وعقده ، وسميته بنذره ، ذهابا منهم الى أن الشارع
استثنى منها ، فحكم بوجوبها ، وبفأدها ، والا لزام بآثارها ، مع
الجهل ، والتمسك بالاعتبار مع انعدام الرضا ، والمكره كذلك
اذا هو مختار المصلحة ، غير راض بآثارها ، تنصح وتلزم ، ولو انعدم
الرضا مقياسا على الجهل ، ولأنها من حقوق اللعالي التي يتعلق
بها مصلحة شرعية عامة .

ويلاحظ أن هذه التصرفات القولية لا تقبل الفسخ .
فدليل الحنفية - كما رأيت - هو قياس الاكراه على الجهل ، لقوله
صلى الله عليه وسلم : " ثلاث جدهن ، جد ، وهزلهن ، جد
الزواج ، والطلاق (١) والعقاق " وفي بعض الروايات ، اليمين
والرجعة ، وأما ما عدا ذلك من العقود ، فلا تصح ولا تنفذ وتلزم
من أصدرها بآثارها ، الا اذا كان حرا مختارا ، وراضيا بآثارها .
والراجح - فيما نرى - هو رأي الجمهور ، اذ لم يفرقوا - من
حيث أثر الاكراه بين حق وحق ، ولا بين تصرف وتصرف (٢) ، فلم

(١) ذهب بعض الحنفية ، الى تحديد التصرفات القولية التي تصح
وتنفذ وتلزم من أصدرها مع الاكراه ، في الطلاق ، والنكاح
والرجعة ، وايضا الحج ، والسدقة والمقو عن دم الممسد
وهيول المرأة الطالق على مال ، والاسلام ، والصلح عن دم
المعد ، على مال ، والنذر - مجمع الانهر حاشيته - ج ١

ص ٣٨٤ .
(٢) أي من التصرفات القولية .

يحكموا بصحة هذه العقود ونفاذها مع الاكراه ، على من
أصدرها ، والزامة بآثارها ، بل سحبوها حكم الاكراه عليها كسائر
التصرفات ، على الخلاف بينهم في حكم عقد المكره ، كما بينا
واستدل لالا صحتهم بحديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - " رفع
عن أمتي الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهوا عليه " .
على أن قياس الاكراه على الهزل الذي استند اليه الحنفية ،
هو قياس مع الفارق إذ الهزل لا قسرفيه من حيث اتخاذ السبب ، أو
مباشرة الصيغة ، لأن الهازل حرمختار في ذلك ، ولكنه غير راض ،
بشبهت حكمه ، لأنه عابث ، وليس كذلك المكره ، لقسوة على اتخاذ السبب
وللمعدوان على رضاه .

صحيح ان كلا منهما غير راض بحكم السبب غير أن الهازل لا يرض
به ، لأنه عابث ، وللشارع أن يلزمه بالأثر جزاءً على هزله وبعبثه ، وحفاظا
على مصلحة شرعية عامة ، في الزواج ، والطلاق وما اليهما ، إذ ليست
هذه محلا للهزل في اعتبار الشارع ، بدليل ورود الحديث (١) ،
نصا في ذلك ، وليس كذلك المكره ، لأنه لم يرض بالأثر ، للاكراه لاللعيب
فلا يستحق الجزاء ، بل هو جدير بالحماية ، للمعدوان على حرمة
اختياره ورضاه ، وقد أيد هذا النظر ورود الحديث (٢) نصا في
هذا المعنى كما قدمنا .

وأيا ، قصد الشارع من ترتيب حكم الهزل في التصرف ، حماية
مصلحة شرعية عامة ، كما هو ظاهر ، بينما قصد في رفع أثر التصرف

(١) " ثلاث جدهن جده ، وهزلهم جده " الحديث .

(٢) رفع عن أمتي الخطأ " .

حال الاكراه ، حماية مصلحة خاصة للمكروه ، فافترقا ، فمفهوم
وأثرا ومقصدا .

على أن اجتهاد الحنفية لا يستقيم في منطق الشرع الحنيف ، اذ
كيف نلزم المكلف ، بآثار عقد زواج قد اكره على انشاءه اكرها ، حتى
كان مسلوب الارادة والرضا ، وهما أساس التصرف في هذا التشريع ؟
وكيف نحمله على انها حياته الزوجية ، بالطلاق ، تسرا واکراها ،
ونلزمه بآثار ذلك ؟ ليس هذا مما يتسق وتشريع الله ورسوله قطعاً
ولو قالوا فيها بالفساد أو الوقف ، تحقيقاً لحماية المكروه ، لكان اولسى
وأجدر ، وأقرب الى روح التشريع ومقاصده (١) .

(١) اتجه الحنفية الى تخفيف الاعباء المالية عن المكروه حال اكراهه
على الطلاق ، والزامه بأثره ، فقالوا ، يتحمل عبء المهر ،
المكروه (بكسر الراء) وقالوا أيضا ، اذا كان الاكراه صادرا
من الزوجة ، سقط مهرها ، ولكن عبء السبعة المالية أيسر
وأهون من سائر آثار قطع العلاقة الزوجية ، وهدم الاسرة .
- البدائع - ج ٧ - ص ١٨٨ .

أنباء الاكراه :

يقسم الامراء والفقهاء الاكراه الى قسمين أساسيين :
١ - الاكراه بحسب ٢ - الاداء بغير حسب
أما الاكراه بحسب فقد استقر مبدأ عاما في الفقه الاسلامي
وفيما يتعلق باجراء العقود والتصرفات القولية ، بوجه خاص ،
وهو موضوع بحثنا حيث اعتبره المشرع عملا مشروعا ، بل واجبا
وتكليفا ، بما هو وسيلة الى تحقيق غرض مشروع ، تفاعس المكلف به
من تحقيقه ، كما جبار القاضي المدين الواجد الماثل على بيع
ماله اداء لحق ثابت في ذمته ، مستحق لدائنه دفعا لظلم المظل
أو اجبار المكلف على اداء حق عام للدولة ، كالعلم والزكاة أو اجبار
مالك الارض أو الدار التي تلاهق المسجد أو الشارع العام على
بيعها (٢) توسعة لهما ، لما في ذلك من مصلحة شرعية عامة
أو اجبار المحتكر على اخراج السلع المحتكرة التي يحتاجها الناس ،
ولا سيما المواد الغذائية ، ويضرب في السوق ثم يبيعها بغير حساب
انما امتنع وهو المسمى العادل الذي يبيع الاثر في السوق بغير
العامة أو جبر المالك على بيع أموالهم ، لئلا يجمعهم الناس ظلما
بسلطان الولاية ، أو استغلالا لنفوذهم (٣) وغير ذلك كثير .

- (١) جاء في الحديث مظل الغني ظلم
(٢) وهو ما يطلق عليه الاستملاك . (٢) المبسوط ج ٢٤ ص ١٠١
وما يليها . (٣) الخروشي ج ٥ ص ٩ - الخطاب ج ٤ ص ٢٥٢
ص ٢٥٣ المبسوط ج ٢٤ ص ١٠١ . ارجع بحثا مستفيضا في
التصغير السابق في كتابنا الفقه الاسلامي المقارن .

مشروع بل تكليف واجب ، لمشروعية غرضه ، ولم يعتبره الشارع .
مفسدا للاختيار ، ولا معدما فلا نفسه التصرف ، أو يبطله بدليل أنه
لا يقطع نسبة التصرف وآثاره الى المكروه عليه ، بل ينسبه الشرع اليه
صيغة وأثرا ، كما لو كان حرا مختارا ، كامل الرضا صحيح الارادة (١)
وبامعان النظر في فقه هذه المسألة أصوليا ، من الاكراه بحق ،
والاكراه بغير حق ، نجد أنهما وإن اختلفا حكما ووضعا شرعيا ،
اذ الاول جبر شرعي ، والثاني جبر محرم لا يجوز الاقدام عليه غير أنهما
حكمان قد اتحدا غرضا ، ومقصدا من العدل والمصلحة المعتبرة —
التي هي مقصود الشرع .

وتفسير ذلك أنه اذا كان الاكراه بغير حق عملا محرما شرعا (٢)
فان في نسبة التصرف وآثاره الى المكروه عليه ، مع انتفاء رضاه ، اعتداء
على عصمته ، وحقوقه ، لذا قطع الشارع عنه تلك النسبة سببا وأثرا
صوتا لعصمته ، ورعاية لحقوقه خشية أن تفوت بدون اختياره (٣)
بخلاف الاكراه بحق ، اذ ليس في نسبة التصرف وآثاره الى المكروه
على انشائه اساس بعصمته ، أو عدوان على حقوقه ، بل فيه اجباره
على صيانة عصمة غيره على النحو الذي صيغت بعصمته .

(١) فالتصرف صحيح نافذ منتج لآثاره ، ولازم ، مع الاكراه اذا

تأدى به الحق — العواقب ج ٤ ص ٢٥٢ الخرشي ج ٥ ص ٩

(٢) التلويح مع التوضيح ج ٢ — ص ١٩٦ — ١٩٧ .

(٣) المرجع السابق — كشف الاسرار ج ٢ ص ٣٠٧ وما يليها —

ومنعه من هضم حق غيره ، كما روعيت حقوقه ، فاتحدا غرضاً ومقصداً ، وإن اختلفا حكماً ، كما ترى .

فتبدى لنا أن أساس فلسفة التشريع الاسلامي فيما يتعلق بالاكراه بنوعيه ، هو " العصمة " التي تقررت حقاً ثابتاً لكل انسان شرعاً لأنها اذا كانت تقضي بتحريم نسبة المتصرف وآثاره الى المكره على انشاءه ، رفعا للعدوان عليها ، فان تلك " العصمة " بعينها هي التي تقضي كذلك باجباره على أداء الحقوق الثابتة في ذمته ، والمستحقة للغير من الفرد او الامة ، اذا ماطل أو امتنع عن أدائها ، وهو قادر فلسفياً لوحدة المناط ، وهو " العصمة " في حق الغير ، عدلاً وانصافاً ويلغى اختيار المكره ورضاه ، حين تخلفاً — تعنتاً أو ماطلة — عن أداء الحق المستحق أو تحقيق مقتضى العدل ، من الصالح العامة المشروعة لتقوم مقامهما ارادة الشرع المجبرة عن طريق القضاء أو سلطان الدولة تنفيذاً لهذا التكليف ، مراعاة ، اذ الاكراه على دفع الظلم عدل .

(١) فالعصمة هي المناط ، والحكم على الوسيلة بالتحريم أو الايجاب تبعاً لكونها تؤدي الى العدوان عليها ، أو صيانتها ورعايتها أياً كان موقعها ، للنفس أو الغير وهذا منشأ تقسيم الاكراه الى نوعيه ، بحق وبغير حق ، عند الاصوليين والفقهاء ، على ما يمكن أن يستخلصه الباحث من تعليقاتهم وتوجيه استدلالهم التلويح مع التوضيح ج ٢ ، هذا ، والامة شخص معنوي ، ذات عصمة ، والعدوان على حقوق الامة اقمح جرمياً وأعظم اثماً . ص ١٩٦ — ص ١٩٧ .

وهكذا ترى ، أن اختلاف الحكم في الوسائل ، لا يوجب التباين في
الغرض والمقصد ، إذ لاتناقض في تشريع الله ورسوله .
الاكراه بغير حسق :

- يرى الحنفية ، أن الاكراه من حيث قوة تأثيره ، نوعان :
- آ - اكراه ملجسى* أو تام (١) ، وهو ما يكون التهديد فيه
بما يفوت النفس ، أو ماني معناه ، من بتر عضو من الاعضاء*
أو بما يقضي الى ذلك ، من الضرب الشديد الذى من شأنه
اتلاف النفس ، أو تعطيل عضو ، أو الالقاء من مكان مرتفع ، أو
عمل مهين لذى جاء (٢) .
- ب - واكراه غير ملجسى* أو ناقص ، وهو ما يكون التهديد فيه بما -
لا يؤدى الى اتلاف نفسي ، أو فوات عضو ، أو تعطيله وذلك
كالضرب (٣) والحبس ، والتهديد بمنع ترقية ان كان موظفا
وهذا الاخير صورة من التهديد النفسى لا الحسى ، وكالتهديد
بالصنع أو الكلام النابى اذا كان موجها الى شخص يفتن* مثله

(١) الهدائع ج ٢ ص ١٢٥ - وجاء في التوضيح مع التلويح مانصه
" الاكراه * وهو اما ملجسى* بأن يكون بفوت النفس أو العضو
وهذا معدم للرضا ، ومفسد للاختيار ، واما غير ملجسى* بأن يكون
بالحبس أو قيد ، أو ضرب وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار
ج ٢ ص ١٩٦ وما يليها .

(٢) بشرط ألا يكون مما يؤدى الى اتلاف نفس ، أو تعطيل عضو والا
كان من الاكراه الملجسى* ، فكان الضرب نوعين بالنظر الى ما يؤدى
اليه * - المبسوط ج ٢٤ ص ٣٩ الهدائع ج ٢ ص ١٢٥ وما يليها .

بذلك .

وانما كان هذا غير ملجى* من قبل أن يوسع من وقع عليه ، أو
هدد به ، أن يتجلد ، ويحتمل الاذى .

هذا ، والاكراه الملجى* بما يتضمن من وعيد باتلاف نفس أو بتسر
عضو ، يجد المكره نفسه مضطرا الى تنفيذ ما أكره عليه ، لما يحدث ذلك
من الرهبة في نفسه ، فكان مقهورا ، معدوم الرضا طبعاً ، فاسد -
الاختيار ، بخلاف غير الملجى* ، إذ لا اضطرار فيه مادام في الوسع
تحمل الاذى ، مادام لا يؤدي الى اتلاف نفس أو ماني معناه ، لذا ، كان
غير مفسد للاختيار ، وإن كان معدوما للرضا ، إذ لا اجتماع رضا مع
اكراه ، في الطبع الانساني ، لمكان الرهبة والاختافة التي تحمل^{كل} الشعور
بالاضطرار .

منشأ تقسيم الاكراه الى ملجى* وغير ملجى*

ان منشأ تقسيم الاكراه الى ملجى* وغير ملجى* في اجتهاد الحنفية هو
تفرقتهم بين الاختيار والرضا ، على النحو الذي بينا خلافا للشافعية ، إذ
لا يعرفون هذه التفرقة ، فالاختيار والرضا ، أمر واحد ، ولا يجتمعان

= كشف الاسرار ج ٢ ص ٣٠٧ وما يليها .

- تبين الحقائق ج ٥ ص ١٨١ ص ١٨٢ .

(١) معنى المحتاج ج ٣ ص ٢٨٩ كشف الاسرار ج ٢ هذا ، وقد

عرف هذا التقسيم الشيعة الجعفرية . - كاشف الغطاء*

ج ٣ ص ١٥٦ - مصادر الحق ج ٢ ص ٢١١ .

مع الاكراه أصلاً ، فكان الاكراه في فقههم نوعاً واحداً ، لوحدته مبناه
وهو الاكراه الملجى ، وأما غير الملجى ، فليس اكرهاها ، لانثقاً علة
الاضطرار فيه (١) الناشئة عن الرهبة .
وحدة أثر الاكراه بنوعيه ، على التصرف القولي

وأياً ما كان ، فالاكراه بنوعيه (١) من الملجى وغير الملجى ، سواء
من حيث تأثيرهما (٢) على التصرف القولي القابل للفسخ في فقه الحنفية
كالبيع أو الاجارة اذ كلاهما يعدم الرضا (٣) ، فحكهما واحداً
بالنسبة الى هذا التصرف فيبطله ، أو يفسده ، أو يوقفه ، أو يجعله
غير لازم على الخلاف الذى بيناه في فقه المذاهب .

(١) جاء في التلويح مع التوضيح : " وحقيقة الاختيار هو النقص
الى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه
على الآخر ، فان استقل الفاعل في قصده نصحيح ، والا ففاسد
ج ٢ ص ١٩٦ وما يليها .
(٢) يقول صاحب التلويح : " يكون الاكراه ، اما ملجئاً يضطر الفاعل
الى مباشرة الفعل خوفاً من نوات النفس ، أو ماهو في معناه ،
كالعضو ، واما غير ملجى ، بأن يتمكن الفاعل من الصبر
من غير نوات النفس أو العضو " .
- المرجع السابق .

(٣) أما ان الاكراه بنوعيه الملجى وغير الملجى يعدمان الرضا
فذلك لأن بقاء الاختيار حتى في الملجى ، لأهون الشرين
(١) وأخف الضررين يتم مع عدم الرضا ، بأى منهما .

ثمرة التفرقة بين الاختيار والرضا منشأ تقسيم الاكراه الى نوعيه
تظهر في العقود الخمسة .

غير أنه فيما يتعلق بالعقود الخمسة ، من الزواج والطلاق ،
والمعاق ، والرجعة ، واليمين ، تظهر ثمرة التفرقة بين الرضا والاختيار
في اجتهاد الحنفية ، خلافا للجمهور . في هذه العقود .
وبيان ذلك ، أن هذه العقود التي لا تحتمل الفسخ ولا يوثق
فيها الهزل ينص الحديث (١) ، لا يعتبر فيها الرضا ، وجودا وعندما
حتى اذا انعدم الرضا بالاكراه ، بقي التصرف منعقدا صحيحا نافذا
وأثره ملزما ، في اجتهادهم اذ لا عبرة بانعدام الرضا فيها ، بل
يكتفي بأصل الاختيار على ما قدمنا ، خلافا للجمهور الذين لا يعرفون
هذه التفرقة ، فيؤثر في هذا العقود انتفاء الرضا او نساد الاختيار
لأنهما أمر واحد ، فلا تصح بل تبطل أو تصبح غير لازمة وقد رجحنا
هذا الرأي .

— هذا ، وقد أشرنا آنفا الى أن مستند الحنفية في ذلك هو
قياس الاكراه على الهزل ، بجامع انتفاء الرضا بالآثار في كل منهما
وبينا أنه مع الفارق .

ولذا ، لم يفرق الجمهور بين التصرفات القولية ، من حيث كونها
قابلة للفسخ ، أو غير قابلة ، لينطبق حكم الاكراه عليها ، فكان

(١) " ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد . . . الحديث " .

واحد لا يختلف بالنسبة اليها جميعا . (١)

(١) قد علمت أن الحنفية ، يوقعون طلاق المكره ، وزواجه ، ورجعه ،
ويمينه ، ويستدلون على ذلك ، بأنها تثبت مع الهزل ، فمع
الاكراه ، أولى .

أما ثبوتها مع الهزل ، فبالحديث : " ثلاث جدهن جد ،
وهزلهن جد ، الطلاق والنكاح والرجعة " .

وقالوا في توجيه استدلالهم ، أنه ما دام لم يمتنع الرجوع — مع
وجود ما يصاد الجده ، فلأن يمتنع بسبب الاكراه أولى ، لأن الاكراه
لا يصاد الجده ، فإنه اكراه على الجده ، وأجاب على ذلك ، وإنما
ضد الاكراه الرضا — المبسوط ج ٢٤ ص ٤١ ص ٤٢ .

— هذا ، يبلغ استدلال الحنفية على ما ذهبوا اليه من وقوع طلاق
المكره وزواجه ، ورجعته وما اليها .

وأما أدلة الشافعي ، فقد استدلل بحديث " رفع عن امتي الخطأ
والنسيان وما استكرهوا عليه " ومقتضى هذا ، كما يقول الامام الشافعي
أن يكون حكم كل ما استكرهوا عليه عفو ، ولأن القصد الى ما وضع
له التصرف شرط جوازه ، ولهذا لا يضح لتصرف الصبي والمجنون ،
وهذا الشرط يفوت بالاكراه ، لأن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع
له ، وإنما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه " .
— البدائع — ج ٢ — ص ١٨٢ .

ومفاد هذا ، بطلان تصرفات المكره باطلاق ، ما كان من العقود الخمسة
التي لا تحتل الفسخ ، وما عداها ايضا ، وهو مذموم بالملك
واحمد — اعلام الموقعين ج ٤ ص ٤٣ . — ولا شك أن الاكراه الملجئ
هو الحمل على الفعل بخير قصد الفاعل والراجع مذهب الجمهور .

الاكراه النفسي غير المباشر :

هذا ، وذهب المالكية ، وبعض الحنفية (١) ، الى أن
شمة نوعا آخر من الاكراه النفسي أو المعنوي غير المباشر ، وذلك
بأن يقع الاكراه أو الوعيد به ، على أحد والذى المكروه ، أو كليهما
أو ابنه أو زوجته ، أو ذى رحم محرم منه ، وهو معدم للرضا (١)

(١) المبسوط - ج ٢٤ - ص ١٤٣ - ص ١٤٤ - الخطاب
ج ٤ ص ٢٥٠ - ص ٢٥١ - وجاء في المادة ٢٨٢ من
مرشد الحيران أن " الاكراه يجس من الوالدين ، والاولاد
وغيرهم من ذى رحم محرم ، أو بغيرهم ، يعدم الرضا .

اولاً : أن يكون الاكراه بخير وجه حق ، وقد انعقد الاجماع على
هذا (١) ومنشأ حكم هذا الاكراه عصمة الغير ، في نفسه
وماله ، كما قدمنا .

ثانياً : أن يكون المكروه (بكسر الراء) قادراً على ايقاع ما هدد به
وبخير ذلك لا يحدث الاكراه " الرهبة " في نفس المكروه ،
ان بها يتحقق مناط الاكراه ، ولو أقدم المكروه على تنفيذ ما أكره
عليه وهو يعلم أن المكروه غير قادر على تنفيذ ما هدد به ،
لا يتحقق الاكراه ولا يستتبع بالتالي حكمه ، لانتهاء ما تحدث

(١) المذهب ج ١ ص ٢٥٧ الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٦ —

الشرح الكبير لأبي الفرج ج ٤ ص ٥ — جاء في الشرح
الكبير للدردير في تقرير هذا الشرط مانصه : " أما لو أجبر
على البيع وجبراً حلالاً كان البيع لازماً ، كجبره على بيع الدار
لتوسعة المسجد أو الطريق ، أو القبرة ، ومن الجبر الحلال ،
الجبر على البيع لأجل وفاة ما عليه من اخراج الحق " المرجع
السابق .

ويقصد بالجبر الحلال ، ما كان بوجه حق ، ويشير الاسم
الدردير الى أن اساس كونه بوجه حق ، أن يكون اداءً لحق
الله تعالى ، مما يتعلق به مصلحة عامة مشروعة تضي على
الحق الفردي الخاص ، فيكره على أدائه تسراً ان لم يتم به
اختياراً وطوعاً ، أو اداءً لحق شخصي ، يوجب العدل ايصاله الى
مستحقه رغماً عن المدين ، اذ اتعنت في الأداء مع كونه

بسه الرهبة (١) والخوف .

ثالثا : أن يغلب على ظن المكروه ، أن المكروه (بكسر الراء) القادر على ايقاع ما هدد به ، جاد في تهديده ، وأنه سيوقعه فعلا ، فان لم يساوره هذا الظن الغالب ، فلا يتحقق مناط الاكراه ، اذ غلبة الظن بذلك هي التي من شأنها أن -
تحدث الرهبة في نفسه .

رابعا : أن تكون الوسيلة او الامر المكروه به من شأنه أن يحدث ضررا مرهبا مخوفا ، سواء أكان ماديا او معنويا وهذه مسألة نسبية تختلف باختلاف حالات الاشخاص (٢) وأعمارهم

(٥) واجدا قادرا عليه . هذا ، ولا يعتبر الاكراه بحق عذرا بل يلزم المتصرف بآثاره وفيه اشارة الى أن حكم الاكراه بغير حق هو عدم اللزوم .

(١) المبسوط - ج ٢٤ - ص ٣٩ - البدائع ج ٧ ص ١٧٦ -
الام ج ٣ ص ٢١٠ - المهذب ج ٢ ص ٧٨ المغني ج ٨ ص ٢٦١ .

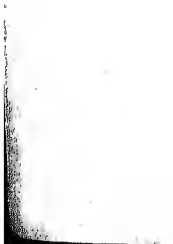
(٢) وخالف في ذلك بعض الحنابلة ، حيث اشترطوا أن يكون الاكراه بدنيا فحسب ، ودون مراعاة لاختلاف احوال الناس ، وهو رأى ضعيف ، لما أشرنا من مناط الاكراه هو " الرهبة " وهذه قد تنشأ بغير الاكراه البدني ، ولا ريب أن الناس - في الواقع - متفاوتون من حيث الاستعداد النفسي لنشوء الرهبة - المغني ج ٨ ص ٢٦١ .

ومنزلتهم فما يرهب المرأة قد لا يرهب الرجل ، وما يرهب —
الشيخ قد لا يرهب الشاب ، وما يخشاه العلماء وذوو المكانة ، قد لا يكون
له وزن في نفوس غيرهم من العامة ، وهكذا .
ولا يقتصر هذا بالبداهة على الوسائل التي تحدث ضررا بدنيا ،
بل الاكراه النفسي أو المعنوي ، معتبر ايضا ، كما قدمنا ، اذ المناط
هو الرهبة وهذا رهن باختلاف الاحوال والمكانة الاجتماعية عادة ، والحنفية
قد أشاروا الى ذلك في ض. طهم لوسيلة الاكراه حيث قالوا : " كل ما يجلب
غما ، وينعدم به الرضا (١) " وهذا غير مقصور على الاكراه
الحسي او البدني من الضرب والقتل ، والقطع ، وما اليه على أن ثمة
ضابطا عاما يتسم بالموضوعية والمادية ، لا الذاتية ، للأمر المكروه ،
وهو القتل أو بتر أحد الاعضاء أو تعطيلها ، أو الضرب أو التعذيب
البدني الشديد الذي من شأنه أن يقضي الى ذلك ، فهذا ما يتحقق
به مناط الاكراه بالنسبة للكافة ، قطعا وعلى هذا فلا يشترط في المكروه
(بكسر الراء) أن يكون بالغا ، عاقلا فلو كان صبيا ، أو مجنوناً —
يتحقق منه الاكراه ، مادامت الوسيلة التي يهدد بها من شأنها أن تحدث
الرهبة ، كالتهديد باطلاق النار من مسدس يحمله صبي ، أو معتوه .
ولا يشترط كذلك أن يكون الاكراه صادرا من السلطان ، أو الدولة ،
على ما يرى أبو حنيفة ، رحمه الله ، بل يتحقق الاكراه ولو كان صادرا من
غيره ، كما يقول الصحابان ، وهذا اختلاف عصر وزمان .

ولا يشترط أيضا أن يكون الامر المهدد به واقعا
على المكره مباشرة ، بل يكفي في تحققه أن يقع على أحد
والدى المكره ، أو ابنائه ، أو زوجته أو ذى رحم محرم
منه كما بينا .
ونكتفي بهذا القدر ، والله ولي التوفيق .



-
- (١) تبين الحقائق - ج ٥ - ص ١٨٢
الاشياء والنظائر - ص ١٨٢ - للسيوطي .









مطبعة جامعة دمشق

صدر بإشراف لجنة الانجاز

صحة المبيع للطلاب ١٥٠ ل.س