

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

الأبام محمد بنوزهرة

الملكي ونظيرة العقائد
في الشريعة الإسلامية

مكتبة الطبع والنشر
دار الفكر العربي

الابن محمد الزهرية

رفع

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

الملاكية ونظيرة العقائد

في الشريعة الإسلامية

مكتبة الطبع والنشر
دار الفكر العربي

وزارة الدفاع والبرية

لصاحبها: محمد عبدالرازق
كناية الأرمين من الجيش
تاريخه ١٣٤٠٩٨

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الفردوس

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

أما بعد فتمت بتدريس المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية بكتابة الحتموق عامين متتالين ، وهذا ثالثهما ، ولقد كانت ثمرة تلك الدراسة هذا الكتاب الذي أخرجته للناس ، تهديت فيه الطريق الذي أنارته لي معالجة الدرس ، ومدأومة البحث في مصادر الشريعة ومواردها . ولقد عنيت فيه بأمرين ، جعلتهما هدفاً مقصوداً ، وغرضاً ملشوداً :

(أحدهما) شرح أداة الأحكام وتوجيهها ، لا أذكر قضية إلا بينت عمادها من النقل ، وسنادها من العقل ، وأصلها من النقح وذلك لأن روح الفقه الاستدلال ، ومثل الأحكام من غير أدلتها مثل الجهم قد فقد الروح . وأن الأحكام الشرعية هي آراء رجال مضوا استنبطوها تحت راية القرآن الكريم والحديث النبوي الشريف ، ومن حق هؤلاء الأسلاف أن نذكر ما قالوه مقرونًا بأدلتهم ، مريدًا بحججهم ، ليكون ذلك دفاعهم عن آرائهم أمام الأخلاف ، وما انذى يذكر الأحكام من غير أدلتها إلا كمن يتقدم في الخصام أمام القضاة ، طالباً حتماً من غير دليل يقدمه أو بينة يقيمها ، معتمداً على عطف الخصوم ، وقد تنكروا له .

وان الاستدلال يربى في طالب القانون روح التجميع ومناقضة الآراء ، ويشحذ ذهنه ، ويرهف مداركه ، ويعوده تلبس الحق في متنازع الآراء ، ومضطرب الأفكار .

(الأمر الثاني) بما عنيت به بيان القواعد الفقهية التي انفرعت منها فروع الشريعة ، وانشجبت منها مسائلها ، فإن رأيت قالة تدشاحت ، بين قوم ، قوامها أن الشريعة ليست إلا حلولا جزئية ؛ فكان جد لازم على أن أعنى بقواعد الشريعة وأن أضربها في مضارح أنظارهم ، حسام يعبرونها ، وأن أقربها من أيديهم حسام يلمسونها ، فخدمت من القواعد في هذا الكتاب ما تد يرد الحق إلى نصابه ، وينصف حقيقة الماتجني عايتها النظر العاجل ، والبحث الناصر الذي لا يعتمد على الاستقراء والتتبع .

وأنا لا أدعى بصنيعي في هذا الكتاب أني تد أتيت بيدي لم أسبق به ، بل لقد سبقني إلى خدمة الشريعة رجالات خدهوا الفقه الإسلامي في هذا الجليل ، وكانت مدرسة القضاء الشرعي ، وكالة الحقوق الميدانين اللذين برز فيهما أو لئلك الأتخاب ، رحم الله من مضى منهم ، وحفظ لنا من بقى ، ورضى عنهم جميعاً وأرضاهم ، ووقفنا لأن نقتفي آثارهم ، والله الهادي إلى سواء السبيل ؟

محمد أبو زهرة

٢٠ جمادى الأولى ١٣٩٦ هـ

٢٠ مايو سنة ١٩٧٦ م

المادة موجزة بتاريخ الفقه الإسلامي (١)

١ - الشريعة الإسلامية تعتمد على الدين ، وتقوم على أساسه ، وتسير على هديه . وفقهاء المسلمين مهما تشعب مسائلهم ، وتنوع مشاغلهم ، وتختلف مناهجهم - يتجهون جميعاً صوب الدين ، ويهلون من عنده . كل يقول قوله ، وبذهب مذهبه ، على أنه شرع الله وفهمه لدين الله ، فأبو حنيفة مثلاً يقول في آرائه في العبادات ، ومعاملات الناس ، ونظام الأسرة ، والعقوبات الزاجرة - إنها فهمه للإسلام ، وشرعه في هذه المسائل جميعاً . وكذلك غيره من أعلام الأئمة ، وفقهاء المسلمين ، كلهم يمترون إلى هذا الدين بنسب ، ويربطون بين ما يستنبطون وأرجح المنزل على لسان النبي المرسل بأسباب تقصر وتطول ، وتقرّب وتبعد .

ومن يحاول أن يفهم الشريعة الإسلامية على أنها قوانين مجردة ومعالجات لإصلاح طوائف من المجتمع وتنظيم معاملاتهم من غير أن يربطها بالإسلام - فلن يفهمها على وجهها الصحيح ، لأن الفهم المستقيم ما يتم على رد الفروع إلى أصولها ، والنتائج إلى مقدماتها ، والأحكام إلى غاياتها ، والآراء إلى مقاصد قائلها ، وإن من يحاول هذه المحاولة كمن يتصور أن ثمرأ يكون من غير شجر ، أو أن غصوناً تقوم على غير جذوع .

وليس في كون الفقه الإسلامي مستمدأ ينابيعه من الدين ، وقائماً على أساسه - غض من قيمته ولا نقص من قدر المستنبطين له المفرعين لفروعه ، لأن أولئك الرعيل الأول من المسلمين رأوا بثاقب نظرهم ، وقويم إدراكهم ،

(١) هذه المادة موجزة أشد الإيجاز كتبناها تصديراً لهذا الكتاب ليكون الطالب القانوني على نوع من البينة بأدوار الفقه ويستطيع أن يدرك محتويات الكتاب ، ولترك التفاصيل إلى درس تاريخ الفقه وأصوله في السنة الرابعة بكلية الحقوق المصرية .

أن قوانين تستمد من الدين ، ويظلمها بظلمه ، تكون أمس بالوجدان ، وأمكن في الضمير ، وأقر في النفس ، يطيعها الناس لا بعصا السلطان ولا بقهر الحاكم ، بل بصوت من القلب ، ورهبة من الدين ، ورغبة النعيم المقيم ، فتكون الطاعة إرهافاً للاحساس ، وإيقاظاً للمشاعر ، وتنمية لنوازع الخير ، وتطهيراً للنفس من نوازغ الشر ، ولا تكون الطاعة ضرباً من ضرب المسكنة ، والخنوع المطلق من غير أن يمس الوجدان بما في القانون من داعيات الخير ، ومرامى الإصلاح ؛ إذ ينفذ على أنه إرادة الحاكم ، ورغبة السلطان ، وهما واجبا الطاعة من غير أى نظر وراء ذلك .

وإن جعل القوانين مستمدة من الدين من شأنه أن يقلل الفرار من أحكامها ، لأن الناس يستشعرون الخشية من الله ؛ إذ يحاولون الفرار ، ويحسون من داخل نفوسهم مراقبة الله ، إذا ضعفت مراقبة الإنسان .

وإن ربط القانون الإسلامى بالدين جعله مرتبطاً بكل الارتباط بقانون الأخلاق ، وبما تطابقت الجماعات الانسانية قاطبة على أنه فضائل ، فلا تنأى فروع هذا القانون ولا قواعد عن الأخلاق الكريمة ، فكانت الشريعة بحق أول قانون تلتقى فيه الشريعة بالأخلاق ، ويكونان صونين متلاقيين ، ومن قبلها كان ذلك حلماً للفلاسفة واصحابهين ، يحملون به ، فإن حاولوا تطبيقه ، أيقظتهم الحقيقة ، وأينسهم الواقع المستقر .

وإن استمداد الفقه الإسلامى ينابيعه من الدين جعله شاملاً في سلطاته للمراعى والرعية وجعل القانون مسيطراً على الحاكم والمحكوم ؛ فكان من حق الناس أن يقولوا للحكام أنهم مقيدون بأحكام الشريعة ، وأتم مسئولون عن تنفيذها ؛ وذلك في أزمان كانت ساطة الحكام مطابقة بلا قيد يقيدها ، ولا نظام يضبطها ، فكانت الشريعة بارتباطها بالدين قيوداً للحاكم ، وتهذيباً للحكوم .

٢ - ومن أجل أن الشريعة تستمد سلطانها من الدين وجب ونحن نتقصى أدوارها، وتتبع مدارجها أن نرجع إلى زمن الوحي، والرسول ينزل عليه هذا الدين الكريم؛ فأول دور من أدوار الفقه الاسلامي كان في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم، ولم يكن الفقه في هذا الدور من عمل الناس، بل كان المراجع الرسل صلوات الله وسلامه عليه، يستفتونه فيما يعرض لهم من شئون، وما يلابسهم من أمور تتعاقب بأسرهم، أو باجتماعهم، أو بمعاملاتهم، فيفتيهم بوحي من الله بقرآن ينزل، أو بوحي إيوحي، أو باجتهاده عليه السلام ثم يقره الله تعالى، وإن كان خطأ نبيه الله إلى العوالم فيه^(١). ولم يكن من الناس في عصر النبي صلى الله عليه وسلم اجتهاد إلا إذا كانوا بعيدين عنه، ويعرض لهم ما لا يجدونه فيما علموا من قرآن أو فتاوى الرسول، فيجتهدون، وإذا لقوه عليه السلام عرضوا عليه ما توصلوا إليه، فيقرهم إن كانوا مصيبين، ويبين لهم الحق إن كانوا مخطئين؛ واذلك كان من الحق علينا أن نقول أن القانون الإسلامي في عصر النبي صلى الله عليه وسلم كان يعتمد على القرآن الذي نزل على النبي صلى الله عليه وسلم، وعلى أقواله وفتاويه وأحكامه عليه السلام؛ وتتكلم في كل من هذين القسمين كلمة.

٣ - القرآن الكريم: هو معجزة النبي صلى الله عليه وسلم الكبرى، نزل به الروح الأمين على النبي صلى الله عليه وسلم في ثلاثة وعشرين عاماً منجماً، تنزل عليه الآية أو الآيات لما يناسبها من موضع لدعاية، أو مقام لهداية، أو أحداث اجتماعية، لتكون تلك الأحداث مبينة لمرماها، وليكون الناس على بينة من حكمة الشريعة فيها، وليكون المؤمنون أكثر إقبالا عليها، إذ تنزل وقت الحاجة إليها. وكثيراً ما كانت تنزل الآية بعد تكرار السؤال في موضوعها، فيكون معناها متمكناً في النفس بفضل تمكن.

(١) كما في مسألة أسرى بدر إذ قرر فداءهم باجتهاده مع الصحابة فنزل قوله تعالى «ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض» الآية.

وفي القرآن سور مكية ، وأخرى مدنية ، فالمكية ما نزلت بمكة ، والمدنية ما نزلت بالمدينة ، والسور المكية تتصدى في أكثرها تتصدى له لبيان الأصول الأولى للإسلام فتبين العقيدة الإسلامية ، وأساس الوجدانية ، وتجادل المشركين ، ثم تبين بعض العبادات التي تترك دعوية التوحيد ، وتثبتها في القلوب ، ولا تتصدى إلا قليلا لبيان الشرائع التي تنظم المدينة والأسرة ، وتربط الجماعة الإنسانية بأواصر من المودة والرحمة . وحكمة ذلك جميلة واضحة ، فإن المسلمين الأولين كانوا مستضعفين في الأرض يسامون الخسف ، ويلاقون الختف ، وهم يلاحون المشركين ، ويناضونهم بسهام من الحجج لإثبات التوحيد ، وبطلان الشرك ، وتنزيه النفس عن بوائق الجاهلية ، وأدران الوثنية ، ولم تكن قد تكونت منهم وحدة اجتماعية تستقل بشئون نفسها ، ويشرع لها من النظم ما تسيير عليه وتحكم به ، حتى إذا هاجر النبي إلى المدينة ، وكان من المسلمين جماعة مستقلة بأمورها لها وحدة جامعة ، وشوكة وقوة نزلت الآيات القرآنية المنظمة لهذا الاجتماع ، الرابطة بين آحاده فكانت لهذا السور المدنية مشتملة على الشرائع والأحكام ، لتتكون بها من هذه الجماعة المدينة الفاضلة التي كانت أمنية المصلحين والمفكرين ، لذلك نقول أن أكثر شرائع القرآن كانت بالمدينة ، لأن أكثر آيات الأحكام نزل بالمدينة .

وليس التفرقة بين المكي والمدني من سور القرآن الكريم معناها أنهما قسمان متقابلان أو نوعان متغايران ، بل أنهما يكونان وحدة متلاقية متناسبة الأجزاء ، وأن المكي أصل ينبنى عليه المدني ، أو المكي ابتداء ، ونهايته المدني ، ولقد يقول الشاطبي في موافقاته « إن المدني من السور ينبغي أن يكون منزلا في الفهم على المكي ، وكذلك المكي بعضه مع بعض ، والمدني بعضه مع بعضه . والدليل على ذلك أن معنى الخطاب المدني في الغالب مبنى على المكي ، كما أن المتأخر من كل واحد منهما مبنى على متقدمة . دل على ذلك

الاستقراء ، وذلك إنما يكون ببيان مجمل أو تخصيص عموم ، أو تقييد مطلق ، أو تكميل مالم يظهر تكميله « (١) . وكان الشاطبي يرمى بهذا القول إلى تقرير حقيقة ثابتة ، وهي أن القرآن مترابط الأجزاء ، بهضه آخذ بحجز بعضه إلى غاية واحدة ، وهو متماسك بعروة واحدة ، هي إصلاح الناس في معاشهم ، وإقامة بنيانهم على دعامة من الفضيلة والرحمة وهو في هذا يسير سير التدرج ، والتنقل من المألوف إلى غيره ، ولا يمسار إلى الثاني ، حتى تستأنس النفس به وتسكن إليه .

ولقد يبدو بآدى الرأى أن القرآن الكريم غير متصل الأجزاء اتصالاً منطقياً ، كما يبدو فى الكتب التى يؤلفها الناس ، ولكن من المؤكد الذى لا ريب فيه عند الذين يفقهون ما ينبغى للمصالح أن يسلكه أن القرآن مرتب مسلسل من الناحية الاجتماعية الإصلاحية ، فهو قد عالج نفوس العرب من شماسها ، وطب لها بما أخرجها عن شكاسها ، وكانت كافق الآيات تنزل فى المناسبات مصلحة أو معالجة عندما يجدى العلاج ، وهى تعطى المبدرك الأريب صورة المصالح كأنه الطيب البارح ، يحمل المبضع عندما يشتد ألم القرحة ، ويهون بجراره ألم البضع (١) ، فالآيات القرآنية مترابطة من حيث إصلاحها تنزل الآية لإصلاح حال قدحان حينه ، وجاء إبانها ، وهى تسير فى هذا بخطوات متلاحمة كل خطوة متممة لسابقتها ، وممهدة للاحتتمها ، حتى إذا تم نزوله كملت الشريعة ، وكان بين يدى الناس وحدة كاملة فيها إصلاح للناس ، وفيها هدايم ، وفيها أصول لأكمل الشرائع ، ولقد صدق الله تعالى ، إذ يقول فى آخر آية

(١) الموافقات الجزء الثالث ص ٢٤٥ .

(١) والمثال الحى لذلك آيات الحجر ، نبه أولافى رفق إلى إثمها . ثم نهى عن قربان الصلاة ، والشخص سكران ، حتى إذا أنسوا بالامتناع ، وأرهم احساسهم ، فأدركوا مساوئها ، حتى لقد قال فائلهم اللهم بين لنا فى الحجر بياناً شافياً نزل النبى الفاطم « يا أيها الذين آمنوا إنما الحجر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان الخ » .

نزلت : « اليوم أكملت لكم دينكم ، وأتممت عليكم نعمتي ، ورضيت لكم الإسلام ديناً » .

وإن القارىء لفقّه القرآن المتفهم له يلاحظ ثلاثة أمور واضحة
بيّنة :

(أحدهما) أن الآيات القرآنية التي تتعرض لبيان أمر شرعى واجب الاتباع لازم الأداء تقرن الحكم بالحكمة ، والأمر بما فى الإجابة من نفع للمطيع ومصلحة للناس ، فتحريم الخمر مثلا اقترن بحكمته ، وصاحبه بيان مغيبة العصيان وغايته ، إذ يقول تعالت كلمته : « يا أيها الذين آمنوا ، إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان ، فاجتنبوه لعلمكم تغفلون ؛ إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ، ويصدكم عن ذكر الله ، وعن الصلاة ، فهل أنتم متهمون » . ونرى أنه سبحانه وتعالى فى آية المداينة بعد أن طالب من المتدابين أن يكتبوا ، وبين ما يجب أن يكون عند الكتابة ، يقول فى بيان الحكمة والنهاية الصالحة : « ذلكم أقسط عند الله ، وأقوم للشهادة ، وأدنى ألا ترتابوا » وربما لا يكتفى فى بعض آى القرآن الحكيم بالحكمة والوصف المناسب للطلب أو المنع ، بل يضاف إلى ذلك الترهيب بعذاب الله ومقته ينزل بالعصاة الآثمين كما ترى فى النهى عن أكل أموال الناس إلا بالرضا ، فأنه سبحانه وتعالى يقول : « يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، ولا تقتلوا أنفسكم ، إن الله كان بكم رحيما ، ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا ، وكان ذلك على الله يسيرا » . وكما ترى فى قوله تعالى فى تحريم الربا : « الذين يأكون الربا ، لا يقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ؛ ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع ، وحرم الربا ، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ، وأمره إلى الله ،

ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون . يمدح الله الربا ، ويربي الصدقات ، والله لا يحب كل كفار أثيم ، إلى أن يقول تعالت آياته : « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله ، وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله . وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم ، لا تظلمون ولا تظلمون . وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة . » وهكذا ترى اقتتران الأمر القانوني بحكمته ، والترغيب عند الطاعة ، والترهيب بالعذاب في اليوم الآخر عند المعصية . وما ذلك إلا لأن القرآن كتاب هداية عامة وإرشاد، وتهذيب للنفس، وتطهير لها من أدران الإثم والطغيان ؛ فلم يكن قانوننا ككل القوانين، تحكم صياغته وسوط العذاب ، وغيابات السجن تتولى التنفيذ ، بل إنه قانون السماء، وشرع الله يحمل في نفسه ذرائع تنفيذه ، ويخاطب الوجدان ، فتمتنع النفس العصيان؛ ويكون من الحشية والروعة والرغبة - رقباء على التنفيذ، لا تعزب عن رقابتها شاردة ولا نازعة من شر ، وذلك لمن ذاق حلاوة القرآن ، وخالطت قلبه بشأسته ، وما زجت نفسه هدايته ، فهو قانون الله وحديثه للناس ، يرون فيه رياض الروح ، ونور الله ، ورهبة المنتقم الجبار ، ولقد صدق الله العظيم إذ يقول : « الله نزل أحسن الحديث كتابا متشابها مثاني تقشعر منه جلود الذين يخشون ربهم ، ثم تلين جلودهم وقلوبهم إلى ذكر الله ، ذلك هدى الله لمن يشاء ، ومن يضلل الله فما له من هاد » .

(ثانيها) أن الآيات التي تصدى لبيان الأحكام قليلة إن أضيفت إلى مجموع آي الكتاب الكريم فمجموع آي القرآن نحو ستة آلاف آية تصدى لبيان الأحكام منها نحو مائتين على خلاف في بعض هذه الآيات من حيث دلالتها على الأحكام ، ويلاحظ أن تلك الآيات منشورة في القرآن الكريم ، وليست مفصلة عن سائر آيه ، ولا تجتمع آيات الموضوع الواحد في موضع واحد بل تتفرق ، فتجد الآيات المتعلقة باليتامى في مواضع في كتاب الله متفرقة تتباعد وتتقارب . ففي سورة البقرة ، وفي سورة النساء ، وفي سورة الأنعام ، وفي سورة الإسراء وغير ذلك . وأحيانا تجد أكثر الأحكام الخاصة

بموضوع في موضع ، والقليل منه في مواضع كأحكام النكاح تجد أكثر ما تعرض له القرآن في سورة النساء والباقي متفرق في سور مختلفة ، والميراث كذلك . والطلاق تجد أكثر أحكامه في سورة البقرة ، حتى سماها سورة الطلاق الكبرى بعض الصحابة ، والقليل في بعض سور أخرى ، وهكذا تجد الموضوع الواحد يبين حكمه القرآن الكريم في عدة مواضع . وهنا يتساءل الباحث لماذا لم تجتمع أحكام الموضوع الواحد في موضوع لا تعدوه ؟ والجواب عن ذلك القرآن ليس قانوناً مؤلفاً من مواد ، وليس كتاباً علمياً يجزأ الأبواب متميز الفصول ، بل هو كتاب هداية وإرشاد ينحو في أسلوبه وسياقه وتقسيمه منحني التأثير ، لامنحني التأليف ، يخلط الموعظة الحسننة بالأمر الشرعي ، والترغيب والترهيب بالمنع والتحريم ، وما فيه مصلحة بني الإنسان ببيان سلطان الله وجبروته ويخلط ما فيه إقامة العدل والقسط المستقيم بالجزاء يوم الدين بالنعيم المقيم أو العذاب الأليم ، وإذا كانت الغاية من نسق القرآن هي التأثير في النفس ، وجعل أحكامه تنساع فيها من غير قوة خارجية عنه إلا لمن عاث في الأرض فساداً - اقتضت حكمة الله ، وهو العليم الخبير أن يسير في كتابه على نهج يحاكي خواطر النفوس ، وخطبات القلوب ، لاعلى نهج التأليف والتجميع الذي يأخذ البشر به أنفسهم فيما يؤلفون هذا وما كانت تنزل آيات الأحكام في الموضوع الواحد دفعة واحدة ، بل كانت تنزل للمناسبات ، وعلى حساب ملائمتها للاجتماع ، ليستدرجهم ربه إلى أحكامه مما يألّفون ، وبمقدار ما يطيقون ، فينزل من أحكام الموضوع ما يأنسون به ، حتى إذا تهذبت بالإيمان النفوس ، وأصبحت تألف ما لم تكن تألف نزل من الأحكام ما صاروا يستأنسون به بعد الاستيحاش . ولعل ذلك كان من أسباب عدم تجميع أحكام الموضوع الواحد في موضع واحد .

(ثالثها) إن القرآن الكريم لم يبين الأحكام بالتفصيل ، بل ذكرها

بالإجمال ، وليس ذلك مقصوداً على بيان ما يتعلق بنظام المجتمع ، بل فيما يتعلق بالعبادات كذلك ، فقد أمر بالزكاة ، ولم يفصل أحكامها ، وأمر بالصلاة ولم يبين أركانها . وفي معاملات الناس ، وتنظيم اجتماعهم يتصدى للقضايا الكلية ، لا يفصل الفروع الجزئية فهو ينهى الناس عن أكل الأموال بالباطل من غير أن يبين أنواعه ، ويحصى فروعها ، ويجعل الرضا سبباً عاماً في انتقال الأموال والحقوق من غير أن يعين ما يدخل في عمومها ، ويأمر بالوفاء بالعقود والقيام بالتعهدات من غير أن يبين أنواعها وأقسامها ، ويأمر بالعدل من غير أن يبين ذرائع تحقيقه ، ويأمر بالشورى في مثل قوله تعالى : « وأمرهم شورى بينهم » من غير أن يبين أساليبها ، وطرقها . وهكذا تجد القرآن في تنظيم المجتمع ومعاملات الناس بين القواعد الكلية ، ولم يبين التفاصيل الجزئية ، وذلك لأن القرآن الكريم يخاطب بأحكامه المؤمنين بدني كل زمان ومكان ، والناس لا يكادون يختلفون في القواعد الكلية التي يقوم عليها ببناء الاجتماع ، والتعامل بين الناس ، فالبيئات الاجتماعية والفكرية والطبيعية مهما تتخالف وتباين بحسب الأماكن والأزمان ، والأجناس ، فلن يصل خلافها إلى القضايا الكلية ، بل لا يعدو الفروع والجزئيات ، من أجل هذا تصدى القرآن لبيان الكليات فقط ، فكان صالحاً لكل زمان ولكل مكان ، وإن الكليات تشتق من الفطرة الإنسانية ، وتستقي من ينبوعها ، وفطرة الإنسان لا تؤثر فيها البيئات ، فجاء القرآن كاشفاً عن تلك الفطرة مبيناً لقضاياها فكان الإسلام بحق دين الفطرة : « فطرة الله التي فطر الناس عليها ، ذلك الدين القيم ، ولكن أكثر الناس لا يعلمون » ولأن القرآن الكريم لم يقصد في بيان الأحكام إلا للكليات ، ولم يخص في التفصيلات كانت آيات الأحكام مع قلتها ، شاملة جامعة ترجع إليها كل أحكام الشريعة وتفاصيلها . ولذلك عد القرآن الكريم الحجة الكبرى والمرجع الأول بل عده بعض الفقهاء المصدر الوحيد لهذه الشريعة الغراء ، وغيره من المصادر تفصيل

لتجمله ، أو توضيح له ، أو تخريج على أصوله ، أو استنباط لما فيه من حكم ومعان متشابهة ، فيجب الاستمسك به ، والرجوع إليه أولاً . ولقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن هذا القرآن حبل الله ، وهو النور المبين والشفاء النافع ، عصمة لمن تمسك به ، ونجاة لمن تمسك به ، ونجاة لمن تبعه ، لا يعرج فيقوم ، ولا يزيع فيستعيب ، ولا تنقض عجزانه ، ولا يخلف على كثرة الرد . »

هـ - السنة النبوية : وهي المصدر الثاني للشريعة الغراء ، وقد كانت هي القطب الذي اعتمد المسلمون عليه في شرانهم في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ، فما كان المسلمون الأولون في عهده يرجعون فيما يشكل عليهم من أمورهم إلى الكتاب رأساً . بل كان النبي يدينهم لهم ، ويوضح ما يخفى عليهم من أحكامه ، فالنبي كان المرجع في كل شيء ، في بيان القرآن ، وفي الفتيا فيما لم ينزل فيه قرآن وفي الأفضية بينهم . وكل ذلك بوحى يوحى أو باجتهاده الذي يقره الله عليه ، وبهذا الإقرار وعدم التنبيه على الخطأ يرتفع إلى منزلة الموحى به مادام في أمر يتصل بالشرع الشريف وحكم من أحكامه .

وكلمة السنة تطلق على أقوال النبي صلى الله عليه وسلم وأفعاله ، وتقريراته وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم يجب الأخذ بها والسير على مناجها لأنها الحجة الثانية لهذا الدين وبهذا أمر القرآن الكريم ، فلقد قال تعالى : « من يطع الرسول فقد أطاع الله » . وقال : « فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم » ، وقال تعالى : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » وقال عز من قائل « وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فان تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، ذلك خير وأحسن تأويلاً » . وقال : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ، ويسلموا تسليماً » . ولقد تنبأ صلى الله عليه وسلم بأن

سيجيء أقوام يتشادقون بأنهم لا يرجعون إلا إلى كتاب الله ، فقال :
« يوشك رجل منكم متكثراً على أريكته يحدث بمديث عني ، فيقول :
بيننا وبينكم كتاب الله ، فما وجدناه فيه من حلال استحلناه ، وما وجدناه
فيه من حرام حرمناه . ألا وإن ما حرم رسول الله (صلى الله عليه وسلم)
مثل الذي حرم الله » .

٦ - كل هذا يدل على أن السنة النبوية حجة في هذه الشريعة ، وكان
عليها الاعتماد مع القرآن في عصر النبي عليه السلام ، بل كانوا لا يعولون في
بيان القرآن إلا على ما يسمعون منه صلى الله عليه وسلم كما أشرنا . ولكن
هل كل ما ورد عن النبي عليه الصلاة والسلام وكل ما كان منه يراه المسلمون
حجة يجب الاستمسك به ، وديننا يجب اعتناقه ، وهدى يجب السير على نوره ،
لأجل الإجابة عن هذا السؤال يجب التفرقة بين ما يفعله على أنه تبليغ لرسالة
ربه ، وتبيين لأحكام شرعه ، وبين ما يفعله على أنه بشر ، وما يرتئيه على أنه
شأن من شؤون الحياة يتقارب علمه فيه مع علم الناس فأما الأول فهو الحجة
الشرعية ، والمصدر الثاني للشرع الإسلامي سواء أكان مستندا إلى الوحي
أم إلى اجتهاده النبي صلى الله عليه وسلم ، لأن اجتهاده صلى الله عليه وسلم بمنزلة
الوحي ؛ إذ قد عجمه أن يتقرر رأيه على الخطأ ، واجتهاد النبي صلى الله عليه
وسلم ليس مقصورا على الاستنباط من النصوص ، كما يظن ، بل أكثر ما يكون
بما علمه ربه من مقاصد الشرع وقانونه ، فيبين بالاجتهاد تلك المقاصد المتلقاة
بالوحي (١) .

وأما الثاني وهو ما يكون من النبي من أقوال وأفعال لا تتصل بالرسالة
وتبليغ الشرع فليس رأيه فيه عليه السلام حجة في الشرع ولا مصدرا من

(١) راجع حجة الله البالغة ، الجزء الأول ص ١٢٧ .

مصادره^(١) : لأن ما يكون حجة هو ما يفعله الرسول بوصف كونه رسولا ، أما فيما عدا ذلك فقد وردت الآثار عنه عليه السلام بأنه يقبل كلامه فيه الخطأ كما يقباه كلام سائر الناس . ولقد روى عليه السلام أنه قال « إنما أنا بشر ، إذا أمرتكم بشيء من دينكم فخذوا به ، وإذا أمرتكم بشيء من رأيي فإنما أنا بشر » ولقد أراد أن ينزل النبي صلى الله عليه وسلم منزلا للحرب ، فقبل له : إن كان بوحي فسمعا وطاعة ، وإن كان باجتهاد ورأى فليس منزل مكيدة ، فقال بل باجتهاد ورأى فرحل .

ومن القسم الثاني تحقيق النبي صلى الله عليه وسلم بين الخصوم ، وقضاؤه بينهم بمقتضى ذلك التحقيق ولكن يجب التنبيه إلى نقطة جوهرية في هذا المقام قد غفل عنها بعض من تكلم فيه ، وهي أن القضاء من الرسول صلى الله عليه وسلم يشمل ناحيتين ناحية شرعية هو فيها ناطق بالشرع والناحية ثنائية تعيين موقف الخصوم وتحقيق الحوادث التي يبنى عليها الحكم الجزئي ، من حيث معرفة أيهما المعتدى وأيها المعتدى عليه ، وهو في هذا يفكر ويرى على أنه بشر ، لأن الوحي لا ينزل إلا فيما هو عام للناس ولو كان سببه خاصا ، فلا ينزل الحوادث جزئية لا يترتب عليها أمر عام ؛ ولذلك جاء الأثر مبينا أن عمل النبي في القضاء يقبل الخطأ من ناحية تحرى مواقف الخصوم ، وقوة احتجاجهم ، لا من ناحية الأصل الشرعي الذي قام عليه الحكم ، أو دل الحكم عليه ، ولذا يقول عليه السلام : « إنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو ما أسمع . فمن قضيت له بحق أخيه ، فلا يأخذه منه شيئا ، وإنما أقضى له قطعة من نار » . فقبول الخطأ إنما يرد على ما يتصل بصدق الخصوم أو كذبهم والبرهان عليه .

(٢) وقد يقتدى به المؤمن تيمنا ومحبة وإجلالا ، واحياء لما آثره عليه السلام . فيكون ذلك دابلا عن عظيم المحبة .

من حيث إنتاجه . أما ما يدل عليه القضاء من أحكام شرعية فقضاء الرسول فيه حجة لا ريب فيه^(١) .

٧ - ويجب أن نذبه هنا إلى أن بعض الفقهاء يصرح بأن السنة راجعة في معناها إلى الكتاب ، وأنها مبينة له ، وحامل مصباح هذا الرأي هو الشاطبي في موافقاته ، فهو يقول : السنة راجعة في معناها إلى الكتاب ؛ فهي تفصيل بجملة ، وبيان مشكله . وبسط مختصره ؛ وذلك لأنها بيان له ، وهو الذي دل عليه قوله تعالى : « وأنزلنا إليك الذكر ؛ لتبين للناس ما نزل إليهم » فلا تجد في السنة أمراً ، إلا والقرآن قد دل على معناه دلالة إجمالية أو تفصيلية . وأيضاً فكل ما دل على أن القرآن هو كاية الشريعة ، وينبوع لها فهو دليل على ذلك . ولأن الله قال « وانك لعلى خلق عظيم » وفسرت عائشة ، ذلك بأن خلقه القرآن واقتصرت في خلقه على ذلك ، فدل على أن قوله وفعله وإقراره راجع إلى القرآن ، لأن الخلق محصور في هذه الأشياء ، ولأن الله جعل القرآن تبياناً لكل شيء ، فيلزم من ذلك أن تكون السنة حاصلة فيه في الجملة ؛ لأن الأمر

(١) وهنا يرد على الخاطر سؤال كيف يجوز أن يخطئ النبي صلى عليه وسلم والوحي ينزل عليه . أما كان الأولى أن ينبه إلى الصواب قبل أن يقع في الخطأ ، بدل أن يقع فيه ثم ينبه إليه كما في مسألة أسرى بدر ، قبل الفداء ، ثم ينبه إلى أنه خطأ والصواب القتل مادام لم يشخن في الأرض ، ولم تكن الكلمة له في انتهاء الحرب ؟ والجواب عن ذلك أن ذلك ممكن ، ولكن الخبرة فيما كان ، وذلك لأن اجتهاد النبي صلى الله عليه وسلم ووقوع خطأ منه في هذا الاجتهاد أحياناً فية تربية للأمة من ناحيتين : الناحية الأولى لهطائهم مثلاً صلحا الاجتهاد وفي ذلك تعليم ، فما كان من المعقول أن ينص على أحكام كل ما وقع ، وما سيقع ، فلا بد أن يعرفوا أحكام ما يمرض من شئون ، وذلك نالاجتهاد ، فكان قدونهم فيه . الناحية الثانية أن يعلم الناس أن الاعتماد على الفكر فد يقع معه الخطأ ، لكيلا يذهب بهم فرط جهم لأرائهم إلى الاعتزاز بها ، ورفض كل شيء غيرها وامتلأ رءوسهم بتقديرها ، فيفرضوها على الناس فرضاً ، فأنبي يخطئه كان مثلاً حياً لهؤلاء دالا على دخول الخطأ في تفكير الانسان فهذا أكل البشر ، ومن يكلمه الله يخطئ ان اعتمد على عقله . فأين منه هذا الانسان ؟ ان هذا يمنع الاعتزاز من قلب المؤمن رأيه مهما يكن عمله .

والنهي أول ما في الكتاب . ومثله قوله تعالى : ما فرضنا في الكتاب من شيء ، وقوله « اليوم أكملت لكم دينكم » وهو يريد إنزال القرآن . فالسنة إذن في محمول الأمر بيان لما فيه ؛ وذلك معنى كونها راجعة إليه ، وأيضاً فالاستقراء دل على ذلك ، وهذا نظر دقيق عميق محكم ، ولكن يجب ألا يفهم منه أنها لا تقبل إلا بعد عرضها على الكتاب لمعرفة أصلها ، فذلك فهم قد يجر إلى الإثم ؛ إذ قد يؤدي إلى هدم شطر الدين ، وإن حجيتها وكونها مصدراً للشرع الإسلامي قائماً بذاته ليس موضع ريب أو جدال إلا من قوم انقرضوا كما سنبين ذلك ، إنما موضع النظر هو اشتغال القرآن في قضاياها السكوية عليها فذلك هو الذي يتكلم فيه الشاطبي ، وإه فيه وجهة هو مولها .

٨ - قد بينا أن المسلمين في عصر النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن الفقه والفتيا والقضاء لواحد منهم ، بل كان ذلك كله للرسول تليغاً لرسالته ، وتنظيماً لجماعته ، ولكن أن ابتعدوا عنه في حرب ، أو أرسلهم معلمين لغيرهم من تنامت بهم الديار عن الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، فإن الفتيا والقضاء تكون لمن اختاره الرسول صلى الله عليه وسلم لذلك ممن يعلم فيه قوة الإدراك والفقه في الدين ، ويكون لهذا أن يجتهد برأيه فيما لا يعلم فيه كتاباً ولا سنة . يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أرسل معاذ بن جبل إلى اليمن قاضياً لها من قبله قال له : هم تحكم ؟ قال بكتاب الله . قال فإن لم تجد ؟ قال : بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال فإن لم تجد ؟ قال اجتهد رأيي . فأقره النبي صلى الله عليه وسلم ، فدل هذا على أنهم كانوا يجتهدون في عصره ، ولكن إذا كان بعيداً عنه ، وليسوا بين ظهرانيه صلى الله عليه وسلم .

الفقه في عصر الصحابة (من ١١ - ٤٠)

١. - بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم انساب المسلمون في ملك كسرى وقيصر فاتحين ، لأن الملوك وقموا متاجزين الإسلام مانعاه من أن ينشر بين رعايهم ، مغلقين الأبواب دون المسلمين ، مقيمين الحصون المانعة دون وصول دعايتهم إلى الرعية ، فكان لا بد للنشر ، الدعوة الإسلامية (وإنها لفرض لازم الأداء على الأمة) من أن تهدم الأسوار المانعة ، والأسوار الحاجبة ، فكانت الحرب ، وكان الفتح ومن وراءه الاندماج ، إما بعقد الزمة يعقدونه بينهم وبين المسلمين على أن يكون لهم ما لهم ، وعليهم ما عليهم ، وإما باعتراف الإسلام إن عمرت قلوبهم بالإيمان بما اشتمل عليه ، وطابت نفوسهم باعترافه طائعين لا كارهين ، ومختارين لامضطرين فلا إكراه في هذا الدين ؛ لذلك صار تحت حكم المسلمين أمم كانت ذات حضارات يمتد عرقها إلى أعرق العصر ، فكان تحت حكم المسلمين مصر وفارس وسوريا ، ثم شمال أفريقية . وماجت المدن الإسلامية الكبرى بأمشاج من الأمم ، ومرج فيها عناصر مختلفة الأقوام والأجناس . فكان لا بد إذن من أن يجد في شؤون الاجتماع أحداث لم تكن في عهد الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، ولا بد أن تنشعب مناحي السياسة ، ومختلفات ضروبها ويحتاج المسلمون إلى نظم وأحكام لم يكن في عهد الرسول ما يضطر إليها ، ويدفعهم إلى التفكير فيما يصلح لها ، وكان من الناس من الأفعال ما اقتضى أن يحدث لهم من الأفضية ما يوائم أحوالهم ويقيم العدالة بينهم .

لهذا كان لا بد من اجتهاد الصحابة إذ لم يكن بينهم من يغنيهم عن الاجتهاد ، وهو الرسول عليه السلام . اجتهدوا في تعرف تلك الأمور المعقدة التي تعرض لهم . وحكم الله فيها ، فليجئوا إلى كتاب الله يعرضون عليه قضاياهم ، فإن وجدوا فيه حكماً صريحاً نطقوا به ، وإن لم يجدوا في الكتاب الحكم

واضحاً بيناً اتجهوا إلى المأثور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واستشاروا
ذاكرات أصحابه ليعلنوا حكم النبي صلى الله عليه وسلم في أمثال قضاياهم .
فإن لم يكن من بينهم من يحفظ حديثاً اجتهدوا آراءهم ، وحكموا أفهامهم
واتجهوا إلى ما يرونه العدل في القضية ، ومثلهم في ذلك مثل القاضي المقيد
بنصوص قانون ، إذا لم يجد في النص ما يحكم به في قضية بين يديه طبع
ما يراه عدلاً ، وإضافاً .

وقد كان الصحابة يتواصون فيما بينهم في الفنيا والقضاء وأحكام المسائل
الاجتماعية والسياسية بالرجوع إلى كتاب الله تعالى فإن لم يجدوا رجعوا إلى
سنة رسول الله عليه السلام ، فإن لم يعثروا على حديث محفوظ أو فعل
مأثور أو تقرير لفعل فعله غير النبي فأقره عليه رجعوا إلى الرأي . فقد
جاء في كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري في القضاء « الفهم
انهم فيما تلجلج في صدرك بما ليس في كتاب ولا سنة ، اعرف الأشباه
والأمثال ، وقس الأمور عند ذلك » وقد عرف ابن القيم الرأي على حد
ما كان يفهمه الصحابة فقال : « خصوه بما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب
لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات » (١) .

ولقد يفهم من كتب أصول الفقه أن جمهور الفقهاء فهم من (الرأي)
الذي كان يعول عليه الصحابة أنه القياس الاصطلاحي وهو إلحاق أمر غير
منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه لعلامة جامعة بينهما كانت هي
الباعث على الحكم المنصوص عليه كقياس كل مسكر غير الخمر عليها ، لأن
علامة الحكم وهي الإسكار ثابتة في الخمر وغيرها من المسكرات التي كانت
معروفة في القديم ، والتي عرفت في الحديث . ولكن تعريف ابن القيم

(١) راجع أعلام الموقعين الجزء الأول ص ٥٥ . والرأي بهذا المعنى يشمل القياس
الفقهي ، ويشمل الاستحسان ويشمل المصالح المرسل ، وبعبارة أعم يشمل كل ما يقى به
الفتية غير ممتد على كتاب أو سنة أو إجماع متبع .

للرأى الذى كان الصحابة يأخذون به أشمل من هذا القياس الاصطلاحي والمتبع لأفضيتهم وفتاويهم يرجح لديه كلام ابن القيم .

١١ - ويجب أن نقول إنهم في أخذهم بالرأى لم يكونوا سواء فمنهم من تحفظ ، ولم يفت برأيه ؛ لأنه يخشى الكذب على الله ، وأن يحل ويحرم من غير علم ولا سلطان مبين من الشرع ، وبعضهم أخذ بالرأى تخرجا من التحديث خشية أن يكون في تحديثه ما لم يقله رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقد كان كثيرون منهم يمتنعون عن النقل عن رسول الله ؛ لهذا يروى أن عمران بن حصين كان يقول : « والله إن كنت لأرى أنى لو شئت لحدثت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يومين متتابعين ، ولكن أبطأنى عن ذلك أن رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعوا كما سمعت ، وشهدوا كما شهدت ويتحدثون أحاديث ، ما هى كما يقولون ، وأخاف أن يشبه لى كما شبه لهم » . وقال أبو عمرو الشيباني : « كنت أجلس إلى ابن مسعود حولا لا يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإذا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم استقلت رعدة ، وقال هكذا ، أو نحو ذا ، أو قريب من ذا » . والحق أن الصحابة كانوا بين حرجين كلاهما فيه ضيق شديد فى نظرهم ، لأنهم يخشون التهجم على هذا الدين : الحرج الأول أن يكثروا من التحديث عن رسول الله عليه الصلاة والسلام لكي يعرفوا أحكام أكثر الأحداث ؛ وفى ذلك خشية الكذب عليه . والثانى أن يفتوا بأرائهم فيما لم يشتهر فيه أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وفى ذلك تهجم على التحليل والتحریم بأرائهم ، فمنهم من اختار التحديث عن الرسول والوقوف عند الأثر ومنهم من اختار الرأى فيما لم يشتهر عن الرسول . فاختار هؤلاء أن يفتوا بأرائهم ، وخطأها عليهم ومنسوب لهم من أن يتحدثوا عن رسول الله ، وقد يدفعهم التحديث إلى أن يشبه عليهم فيقولوا ما لم يقل . ولقد قال عبد الله بن

مسعود ، وهو من شيوخ الرأي بعد أن أفتى في مسألة : أقول هذا برأى ، فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأً فنى ومن الشيطان ، والله ورسوله منه برىء . وقد أفتى عمر في مسألة فكتب كاتبه عقب الفتيا : هذا ما رأى الله ورأى عمر . فقال عمر بثبها قلت ، هذا رأى عمر ، فإن يك صواباً فمن الله ، وإن يك خطأً فمن عمر (١) .

وإن دل قول عمر وعبد الله بن مسعود ، وما يشبهه من الأقوال (وإنه لكثير) على شيء ، فهو يدل على أن هؤلاء العلية من الصحابة لا يرون أن تكون آراؤهم سنة متبعة ، ولا يريدون أن يجعلوها ديناً يعتنق . بل لقد صرح بذلك عمر رضى الله عنه ، وهو من أجراء الصحابة على الرأي ، فقد قال رضى الله عنه : « يأبى الناس ، إن رأى كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم مصيباً ، لأن الله كان يريه ، وإنما هو منا الظن والتكلف ، ويقول رضى الله عنه : « السنة ما سنه الله ورسوله ، لا تجعلوا خطأ الرأي سنة للأمة ، ..

١٢ - من كل ما تقدم يتبين أن المصادر للفقهاء الإسلامى في عهد الصحابة كانت ثلاثة : أولها الكتاب وهو عمدة الاستدلال في هذه الشريعة الغراء . ثانيها السنة ، ولم تكن قد دوت ، بل كان الاعتماد فيها على ما وعته الرجال وحفظته صدورهم ، وكانوا يتحرون السنة عند نقلها ، فكان أبو بكر وعمر لا يقبلان حديثاً إلا إذا شهد به اثنان ، فلا يكتب برأويه ، بل لابد من آخر يشهد معه بالسمع . كوثالثها الرأي ويدخل فيه القياس الفقهي الذى أشرنا إليه آنفاً .

(١) من هذا السياق يتبين أن الصحابة رضوان الله تعالى عليهم سلكوا سلكين مسلك الأثر ، ومسلك الرأي . ومنهم من غاب عليه الأول . وكثيرون منهم غلب عليهم الرأي وما كانوا كذلك إلا يئزهاوا أنفسهم عن الكذب على الرسول . ولقد فهم بعض

ثم أن اجتهادهم وفتاويهم كانت أحيانا أحادية يسأل أحدهم عن حكم
حادثة جزئية ، فيفتى صاحبها ، وأحيانا تكون في اجتماع ، وذلك أكثر
ما يكون فيما يعرض للخلفاء من شئون . فإن الخلفاء الراشدين رضوان الله
تعالى عليهم كانوا كلما جد في أمور الدولة أمر ذو يال جمعوا الصحابة
واستشاروهم فيه ، فيتبادلون الرأي . ثم ينتهون إلى أمر تقره جماعتهم ،
ولقد كان لعمر نوعان من الشورى ، الشورى الخاصة ، والشورى العامة ،
وشوراه الخاصة كانت تختص بعليّة الصحابة ، المهاجرين الأولين ، والأنصار
السابقين ، وهؤلاء يستشيرهم في صغرى أمور الدولة وكبراهما . وأما الشورى
العامة فتكون لأهل المدينة أجمعين ، وفي الأمر الخطير من أمور الدولة ،
يجمعهم في المسجد ، وإذا ضاق بهم جمعهم خارج المدينة ، وعرض الأمر
الخطير ورأيه فيه^(١) . ومن ذلك استشارتهم في أرض سواد العراق ، فقد
كان من رأى الغزاة قسمتها بينهم ، ومن رأى عمر عدم قسمتها وأن تترك في
أيدي أهلها فجمع الصحابة ، وتناقشوا في ذلك ، وتكرر اجتماعهم يومين
أو ثلاثة^(٢) وانتهى الرأي إلى موافقة عمر .

والرأى الذى يكون فى اجتماع ويوافق عليه المجتمعون يكون بلا ريب
أقوى من الرأى الآحادى؛ لأن ذلك يكون بعد تمحيص وتحقيق من المجتمعين،
وهذا لا يكون إلا بتحقيق صاحبه وحده، ولذلك كان الرأى الجماعى هو
الذى تسيّر عليه شئون الدولة . ولقد جاء الذين خلفوا الصحابة والتابعين من

كبار رجال القانون ان الأثرين من الصحابة والتابعين محافظون من اهل التمسك بالتقاليد .
وان أهل الرأى مجددون غير متمسكين بالتقاليد ، وذلك قول بعيد عن التحقيق ، لأن كلا
الفريقين متمسك بالدين والتقاليد الإسلامية ، بيد أن قوما منهم توقعوا عن أن يفتوا بغير
ماورد به نص من الشارع تنزيها لأنفسهم عن أن ينسبوا إلى الشارع ما هو من رأيهم ، وهم أهل
الحديث ، وآخرون رلوا ان يجتهدوا آراءهم تنزيها لأنفهم عن أن يحدثوا عن رسول الله
يغير ما قال ، كما رأيت من عبد الله ابن مسعود وعمران بن حصين ، فاجتهدوا آراءهم ، وهى
إن كانت خطأ منسوبة اليهم ، فأين هذا من التجديد والحفاظة ؟

المجتهدين وسموا ذلك الرأى الجماعى إجماعا، واعتبروه مصدرا رابعا من مصادر الفقه الإسلامى . لذلك نقول على طريقة هؤلاء الفقهاء أن المصادر القهية بعد ذلك كانت أربعة : الكتاب ، والسنة ، والرأى أو القياس ، والإجماع .

١٣ - وإذا كان الصحابة يجهدون فلا بد أن يختلفوا ، ولكنهم ينتهون إلى الإجماع إذا كان اجتهادهم جماعيا ، وقد يستمر الاختلاف ، ويؤثر عنهم إذا كان الاجتهاد آحاديا . وكانت تلك الاختلافات منشؤها واحد مما يأتى :

١ - اختلافهم فى فهم القرآن الكريم (أ) إما لاحتمال اللفظ أكثر من معنيين ، كاختلافهم فى المراد من النزء فى قوله تعالى : « والمنطلقات يتريصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فقد فهم ابن مسعود وعمر رضى الله عنهما أن القرم الحبيضة ، وفهم زيد ابن ثابت أنه الطهر (ب) وإما لتعارض ظواهر النصوص ، كاختلافهم فى عدة الوفاة للحامل ، فقد قال على رضى الله عنه تعتد بأبعد الأجلين عملا بآية البقرة : « والذين يتوفون ويذرون أزواجا يتريصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا . . وآية الطلاق : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » وقال عمر وابن مسعود تعتد بوضع الحمل عملا بآية الطلاق ، لأنها متأخرة فى النزول عن آية البقرة .

٢ - اختلافهم بسبب رواية بعضهم لحديث لم يعرفه الآخرون ، وإن ذلك له من الشواهد الشىء الكثير .

٣ - اختلافهم بسبب الرأى فإنه باب واسع ، وسكل إنسان نظره ،

(١) وكان سكان المدينة فى هذا يشبهون سكان أفينا ، إذ كان كل شخص له رأى فى شئون الدولة ، وأن لما فعله عمر أصلا عظيما فى الإسلام فقد أمر القرآن بالشورى . وجاء فى حديث على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « قلت يا رسول الله ، الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ، ولم تمض فيه منك سنة . قال اجعوا العالمين أو قال العابدين من المؤمنين ، فاجعلوه شورى بينكم ، ولا تقضوا فيه برأى واحد » .

(٢) راجع كتاب الحراج لأبى يوسف ص ٣١ و٣٢

واتجاه فكره ، وقد يرى ما لا يرى الآخر ، ويظهر أن كثرة الخلاف كان ذلك منشأها . وقد رويت مسائل كثيرة كانت تختلف فيها أنظارهم ، ومن ذلك اختلافهم في توزيع التركة عند اجتماع الجدمع الأخوة ، فقد كان رأى أبي بكر أن الجدمع أولى بالتعصيب من الأخ . وأما عمر ! فقد توقف حتى سأل الصحابة . فأفتى زيد بن ثابت بأن يعطى نصيب أخ ، حتى يصير ثالث ثلاثة ، أى أنه أعطاه نصيب أخ بحيث لا يقل عن الثلث مما يخص العصة . وأعطاه على نصيب أخ بحيث لا يقل عن السدس ^(١) .

ولقد كان اختلاف الصحابة في الفروع رائده الاخلاص ، ولذا لم يكن بينهم تنازع في الفقه ولا تعصب ، بل طلب للحقيقة وبحث عن الصواب من أية ناحية أخذ ، ومن أية جهة استبان . وإن ذلك الاختلاف كان فيه شحذ للأذهان ، واستخراج للأحكام من القرآن ، واستنباط قانون شرعى عام ، وإن لم يكن مسطورا . ويرى الشاطبي في كتاب الاعتصام أن ذلك النوع من الاختلاف رحمة فقد جاء فيه : « روى عن القاسم بن محمد أنه قال لقد نفع الله باختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في العمل ، لا يعمل العامل بعلم رجل منهم إلا لأنه رأى أنه في سعة . وعن ضمرة بن رجاء قال اجتمع عمر بن عبد العزيز ، والقاسم بن محمد فجعلتا كران الحديث ، فجعل عمر يجهى بالشىء يخالف فيه القاسم وانقاسم يشق عليه ذلك حتى تبين فيه ، فقال عمر لا تفعل ، فما يسرنى باختلافهم حمر النعم » . وروى ابن وهب عن القاسم أيضا قال « لقد أعجبني قول عمر بن عبد العزيز : « ما أحب أن أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لا يختلفون ؛ لأنه لو كان قولا واحدا لكان الناس في ضيق ، وأنهم أئمة يقتدى بهم ، فلو أخذ رجل بقول أحدهم لكان سنة . ومعنى هذا

(١) راجع أعلام الموقعين الجزء الأول ص ١٨٤ وكتب تاريخ الجدل للمؤلف

أتهم فتحوا للناس باب الاجتهاد، وجواز الاختلاف فيه لأنهم لو لم يفتحوه
لكان المجتهدون في ضيق... فوسع الله على الأمة بوجود الخلاف الفروعى
فيهم فسكان فتح باب للأمة للدخول في هذه الرحمة، (١١).

ونحن لا نرى الخلاف في الفروع إلا ثمرات ناضجة لما بثه القرآن
الكريم والسنة النبوية في نفوس الناس من البحث بعقولهم، وتدبير شئونهم
بالشورى ومبادلة رأى مستضيئين بسنة النبي صلى الله عليه وسلم ومستظلين
بأحكام القرآن لا يعدونها، ولا يتجاوزون هدايتها.

الفقه في عصر التابعين

(من أول عصر الدولة الأموية إلى قرب آخرها)

١٤ - لم تخرج المصادر الفقهية في عهد تلاميذ الصحابة، وهم التابعون
عن مصادرهما في عهد الصحابة، ولكن جدت أحداث أثرت في الاستنباط
من حيث كثرة التفريع، وكثرة الخلاف، وشككه وقوته، وصحة الاستنباط،
وإن لم تنقص المصادر أو تزدها.

فلقد انقسم المسلمون فيما بينهم في آخر عهد الصحابة وكل عصر التابعين،
انقسموا إلى أحزاب وشيع، كل حزب بما لديهم فرحون، وكانت ريحهم
بينهم شديدة، وبأسهم بينهم عنيفا، وسهل عليهم أن يتراموا بالألفاظ الكفر
والفسوق والعصيان، وأن يتراشقوا بنبال الموت، وأن تشجر السيوف،
وأن تطيح في هذه الفتن رموس طائفة كبيرة من المسلمين. لقد انقسمت الأمة
إلى خوارج وشيعة، وخالفهما جماهير من المسلمين، وكل لا يثق بما عند
الآخر، ويكفره أو يفسقه. وكل يريد أن يحتج لنحلته، وينسبها للدين،

(١١) راجع الاعتصام للشاطبي الجزء الرابع من ١١ وتاريخ الجدل ص ١١٤.

ولإن جافته ونافته . وفي كل نحلة فريق دخيل في الاسلام أو لم يتغلغل نوره في قلبه ، لا يهيمه أن يقوم عمود الدين بمقدار ما يهيمه أن تنتصر ملته القديمة ، أو يعيش المسلمون في ظلام هذه الفتن الطخياء ، ليظفموا نور الله .

ولقد صاحب هذا أن قلت الحريجة الديدية ، فكثير التحديث عن رسول الله صلوات الله وسلامه عليه ، وقل التحرى ، ولم يكن ثمة رقيب من حاكم قاهر ، أو ضمير زاجر ، إلا من عصم الله ، فكثير الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واختلط الصادق بالمكذوب ، حتى تعسر التمييز . ولقد ذكر النووى بعض أسباب الكذب فقال رحمه الله ناقلًا عن القاضى عياض فى الكاذبين على الرسول: «هم أنواع منهم من يضع مالم يقله أصلاً إما استخفافاً، كالزنادقة وأشباههم ممن لم يرج للدين وقارا ، وإما حسبة بزعمهم وتدينا كجملة المتعبدین الذين وضعوا الأحاديث فى الفضائل والرغائب ، وإما إغرابا وسمعة كفسقة المحدثين ، وإما تعصبا واحتجاجا كدعاة المبتدعة ، ومتعصبي المذاهب ، وإما اتباعا لهوى أهل الدنيا فيما أرادوه ، وطاب العذر لهم فيما أتوه .» ولعل هذه الأسباب جميعها كانت متوافرة فى هذا العصر . فقد كثر الدخيل فى الدين كثرة اختلط معها الحابل بالنابل ، والبر بالفاجر ، والاتقياء بالأشقياء ، وكانت بدع النحل المختلفة التى تحتج لمذاهبها ، ولا تجد حرجا يمنعها من أن تسند إلى الرسول مالم يقله ، لتصيب الفلج فى استدلالها أمام الناس . ومنهم من أكثروا من القصص الكاذب وأسندوه إلى الرسول ترغيبا وترهيبا ، وإن ذلك كان كثيرا . ثم الحكم كان استبداديا عضوا ، فلا بد أن يكون ممن يدعى العلم من تماشى الحكم غير مراعاة فقها ولا دينيا ولقد قارن هذا أن دخلت طوائف كثيرة فى الاسلام من الأمم التى استولى عليها المسلمون ، وسعوا موالى . وكان من هؤلاء قوم أخذوا فى دينهم ، وأسلبوا وجوههم لله سبحانه وتعالى بل كان منهم من تملنوا لله حباة وخالطوهم ونقلوا علومهم ودينهم ، بل يقول

بعض المؤرخين أن أكثر فقهاء التابعين كانوا منهم . جاء في معجم ياقوت
« قال عبد الرحمن بن زيد بن أسلم : لما مات العبادلة لعبد الله بن عباس ،
وعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عمرو بن العاص صار الفقه في جميع البلدان
إلى الموالي ، فصار فقيه أهل مكة عطاء بن أبي رباح ، وفقيه أهل اليمن
طاووس ، وفقيه أهل اليمامة يحيى بن كثير ، وفقيه أهل البصرة الحسن
البصرى ، وفقيه أهل الكوفة النخعي ، وفقيه أهل الشام مكحول ، وفقيه
أهل خراسان عطاء الخراساني إلا المدينة ، فإن الله خصها بقرشي ، فكان
فقيه أهل المدينة غير مدافع سعيد بن المسيب (١) . ولقد كان تلقى هؤلاء
للفقه ، وتتلذذهم للصحابة ، وجلهم ينتمون إلى أهم ذات حضارات ،
ولا بد أن يكون في رؤوسهم صورها وعلم بتاريخها وأنظمتها - سببها في
أن تشعب الاستنباط في الفقه ، وكثر التفريع فيه . على ما سنشير إليه
في موضعه .

(١) راجع فخر الإسلام للأستاذ احمد أمين ، ولقد جاء في العقد الفريد ما يقارب هذا
فقد جاء فيه : « قال ابن أبي ليلى قال لي عيسى بن موسى ، وكان ديانا شديد العصبية : من
كان فقيه العراق ؟ قلت الحسن بن أبي الحسن . قال ثم من ؟ قلت محمد بن سيرين ، قال فماها ؟
قلت موليان ، قال فمن كان فقيه مكة ؟ قلت عطاء بن أبي رباح ، ومجاهد ، وسعيد بن جبير ،
وسليمان بن يسار قال فما هؤلاء ؟ قلت موال . قال فمن فقهاء المدينة ؟ قلت زيد بن أسلم ،
ومحمد بن المنكدر ، ونافع بن أبي نجيح . قال فما هؤلاء ؟ قلت موال . فتغير لونه ، ثم قال
فمن أئمة أهل قباء ؟ قلت ربيعة الرأي ، وابن أبي الزناد ، قال فما كانا ؟ قلت من الموالي ،
فأربد وجهه ، ثم قال فمن فقيه اليمن ؟ قلت طاووس وابنه ، وابن منبه . قال فما هؤلاء ؟
قلت من الموالي ، فانتفضت أوداجه ، وانصب فاعداً قال فمن كان فقيه خراسان ؟ قلت عطاء
ابن عبد الله الخراساني . قال فما كان عطاء هذا ؟ قلت مولى ، فأزداد وجهه تربداً ، واسود
أسوداداً ، حتى خفته ثم قال فمن كان فقيه الشام ؟ قلت مكحول . قال فما كان مكحول هذا ؟
قلت مولى ، فتنفس الصعداء . ثم قال فمن كان فقيه الكوفة ؟ فوالله لولا خوفه أقلت الحكم
ابن عتبة وعمار بن أبي سليمان ، ولكن رأيت فيه الشر ، فقلت لإبراهيم النخعي والشعبي .
قال فما كانا ؟ قلت عريبان ، فقال الله أكبر وسكن جأشه » راجع تاريخ الجدل ص ٣٥٦

ولقد أضيفت إلى العوامل السابقة أن الفقهاء لم يكونوا في بقعة واحدة كما كانوا في عصر الصحابة ، فقد كانت المدينة عس الصحابة من أهل الفقه في الدين ، وأهل المعرفة واليقين ؛ لأن سنة عمر كانت تقضى باحتجازهم داخل ربوع الحجاز لا يقدوه كبراًؤهم ، ولا يتجاوز الحرتين عظماء المهاجرين والأنصار ، أما في عصر التابعين فقد كان لكل عصر فقهائه على نحو ما علمت مما نقلناه لك . وإن تفرقت الفقهاء في الأمصار مدعاة لاختلافهم وتشعب أنظارهم ؛ إذ كل يفتي بما يرى من غير أن يلاقي أخاه ، ويناقشه الرأي ، ويساجله الفكر . وكل مأخوذ بعرف اقليمه ، والمسائل التي ابتلى بها أهل ذلك الإقليم ، لذلك كان ثمة ألوان مختلفة من الفكر الفقهي ، وكل يتحرى فيما يفتي به الاتماس من الدين والقرب منه ، وصالح الناس ، وما هو أشد مواممة لحالهم ، وإتفاقا مع يدياتهم .

١٥ - ولقد نجم عن الجرأة على التحديث وكثرة الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم أن فكر عمر بن عبد العزيز في تدوين السنة ، وأشار بتدوينها ، ودراستها وتحري الصادق من المكذوب على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كما نجم عن كثرة الكذب هذه الكثرة أن اشتد كثيرون من الفقهاء في الأخذ بالرأى ، وساعد على ذلك أن كثر الفقهاء من الموالي ، كما كثرت المنازع العقلية ، وابتدأت الفرق تفكر في العقائد تفكيراً فلسفياً ، ثم صارت مواطن الاجتهاد هي الأماكن التي كانت مهذاً الحضارات ومدنيات وعلوم ، وفيها إثارتهما والاجتهاد بالرأى والقياس هو الذي يتفق مع هذه النظريات العلمية .

وكما كان فقهاء يكثرون من الاجتهاد بآرائهم إلى درجة الإفراط ، وجد فقهاء يتعصبون للسنة ويشتمون في اتهام القياسيين أو الرأيين بالتجليل والتحریم من غير هدى ولا سلطان مبین ، وكان الخلاف بين أهل الحديث

وأهل الرأي لا يدور على الاستدلال بالسنة في ذاتها ، ولكن على الاعتماد على الرأي عندما لا تصح السنة في نظر المجتهد ، فأهل الحديث يتوقفون ، ولا يفتنون آخذين بظاهر قوله تعالى : « ولا تقف ما ليس لك به علم » ، وأهل الرأي يجتهدون لأن الصحابة سلكوا هذا المسلك ، وأقر النبي صلى الله عليه وسلم معاذاً عليه ، ولأن الشريعة معقولة المعنى ومبنية على أصول محكمة فهتمت من الكتاب أو السنة . وهم لا يكتفون بالاجتهاد بأرائهم فيما لانص فيه من كتاب أو سنة ، بل قد يحكمون بضعف بعض ما ينسب إلى النبي صلى الله عليه وسلم بضعف في سنده ، أو شذوذ في متنه ، فيظن خصومهم أنهم يرفضون الحديث مع صحته ، والحق أنه لم يصح عندهم . وكان أكثر أهل الحديث يقيمون بالحجاز ، وأكثر أهل الرأي بالعراق ، وإنما كان أكثر العراقيين أهل رأي ؛ لأن عبد الله بن مسعود كان شيخهم ويقيم به ، وهو ممن يتخرجون في الحديث عن الرسول ، ولا يتخرج في الاجتهاد برأيه ، وهو منسوب إليه إن كان خطأ ، ويتوفيق الله إن كان صواباً ، ولأن أكثر رواة الحديث كانوا بالحجاز ، ولأن بالعراق فلسفة وعلوم ، وكانت به مدارس قديمة لليونانية والعلوم الفارسية وأن من يتأثرون بهذه التعاليم يلاءمهم الاجتهاد بالرأي ويفشو فيهم .

وقد امتاز المحدثون بأنهم لا يفتنون إلا فيما يقع من الأمور ، وفيما فيه نص . أما أهل الرأي فلا يفتنون في استنباط أحكام لما يقع ، بل يضحون ضوابط كلية ، وينمرعون عليها فروعا جزئية فما يقع منها يعطونه حكمه ، وما لا يقع يفرضونه ويوظونه من الأحكام ما يتفق مع ضوابطهم وقواعدهم وقد شاع فيهم عند مناقشاتهم أن يقولوا في فروضهم أرايت لو كان كذا . حتى سماهم خصومهم الأرايين . وقد قال الشعبي ، وهو من أهل الحديث ينصح متفقها : « احفظ عنى ثلاثا : إذا سألت عن مسألة ، فأجبت فيها ،

فلا تتبع مسألتك (أرأيت) فإن الله قال في كتابه : « أرأيت من اتخذ إلهه هواه » والثانية إذا سئلت عن مسألة فلا تقس شيئاً بشيء ، فربما حرمت حلالاً ، أو حلت حراماً . والثالثة إذا سئلت عما لا تعلم ، فقل لا أعلم^(١) . ولقد قال الشعبي أيضاً : « والله لقد بغض هؤلاء القوم إلى المسجد ، فهو أبغض إلى من كناسة دارى ، قيل ومن هم يا أبا عامر قال الأرايتيون » .

هذا ويلاحظ أن الفقه لم يدون لافى عصر الصحابة ولا فى عصر التابعين ، بل إن السنة لم يبتدىء تدوينها إلا فى آخر عصر التابعين .

الفقه فى عصر الأئمة

(من أول القرن الثانى الهجرى إلى منتصف القرن الرابع)

١٦ - امتازت تلك الحقبة من الزمان (١) بقيام الحضارة الإسلامية ، واستغلاظ سوقها ونموها واتساع نطاقها ، وسعة عمرانها ، (٢) كما امتازت بكثرة العلوم العقلية والنقلية ، وتدوين العلوم العربية الخاصة ووضع ضوابط لها ، فالنحو قد دون ، وعلم الكلام قد اتسع أفقه ، وترجمت كتب اليونان ودرست فلسفتهم ، وامتهجر المسلمون فى الدراسات الفلسفية عامة (٣) ولقد كان بجوار ذلك أن تم تدوين السنة واتسعت دراستها ، وتحرى صادق إسنادها من مردوده ، والعناية بمعرفة صحيحها من ضعيف النسبة إليه عليه السلام . ولقد وضعت قوازين وأسس لروايتها ، حتى يتميز المقبول من المكذوب .

ولقد اتسع بسبب كل هذا الأفق الفقهى من ناحيتين : أولاً عما أن الاستنباط لم يكن مقصوراً على تعرف أحكام الجزئيات ، بل كان فيها وفى الضوابط التى يدخل فى عمومها جزئيات الأحكام الشرعية ، وكانت

(١) راجع الموافقات للشاطبي ، و تاريخ الجدل ص ٤ ٢٠ .

المنافشات بين الفقهاء تقوم على تلك الأسس ، كما تقوم في الفروع . وثانيهما أنهم أخذوا يضعون أصولاً لصناعة الاستنباط ، وكيف تفهم الأحكام من كتاب الله ، والسنة ، فوضعوا قوانين للألفاظ ودلالاتها وغير ذلك . ولقد توج هذا العصر بوجود رجال امتازوا باجتهد في كل أبواب الفقه واستنبطوا أحكاماً لكل باب من أبوابه ، وتدارسوا ذلك مع تلاميذهم ، فتكونت بذلك مذاهب لهم ، كان لها ذلك المدى البعيد في أفق الحضارة الإنسانية إلى يومنا هذا .

١٧ - والآن نشير إلى أكبر المسائل التي أخذت عنايتهم ، وكان مجال نظرهم ، ولانحاول أن نحصي كل عناصر استنباطهم ، وبحجهم وخلافهم ؛ لأن ذلك لا يتسع له الأسفار الضخام ، ولانستطيع أن نشير إلى جزئيات ، ولكننا ننظر إلى ما وجد من بحث حول المصادر الأربعة التي نوهنا عنها فيما مضى ، وهي الكتاب والسنة ، والرأى أو لقياس ، والإجماع . فننظر فيما وجد من خلاف حولها . وما مدى قوة الاحتجاج بها .

(أ) أما الكتاب فلم يختلف أحد في أحجيته وكونه المصدر الأول الشريعة ، لأن من ناقش في ذلك وأنكره فقد خرج عن نطاق الإسلام . ولكن كان الجدل حول دلالات الألفاظ ، وبعض مسائل أصولية كوقوع النسخ فيه وعدم وقوعه ، وكتخصيص عمومه . وكالمحكّم والمتشابه فيه ، وغير ذلك من المسائل التي لا تمس أصل الاحتجاج به والاستنباط منه ، ولكن تتصل بطريق الاستنباط ومداه وعلاقته بالسنة .

(ب) أما السنة فقد كانت كثرة الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم في العصر السابق مع طول العهد سبباً في صعوبة معرفة الصادق من غير الصادق منها ، فوضعت أصول وقواعد لذلك ، ودونت السنة وظهرت المسندات وصحاح السنة ، وما قام به الأعلام الذين جمعوا بين الفقه والحديث

من جهود مأثورة ومشكورة . ولكن مع ذلك نبئت في هذا العصر فكرة رفض الاحتجاج بالسنة عند بعض الناس ما لم تكن ببيانا لقرآن . ويظهر أن هذا الفريق من شذاذ التفكير طوته لجنة التاريخ واندر لعدم استحقاقه للبقاء ، ولولا أن الشافعي ذكره في الأم في مناظرات قامت بينه وبينهم ما علم بهم أحد . ولعل هؤلاء كانوا من المعتزلة . فقد رأينا في كتاب تأويل مختلف الحديث أنهم كانوا يجتهدون في الفقه ، ورأينا أن الأم يذكر أن بعض أهل البصرة هم رافضو الاحتجاج بالسنة . والبصرة عش الاعتزال (١) .

والعلماء قد اتفقوا على أن السنة هي الأصل الثاني لمعرفة أحكام هذا الدين ، ولكنهم اختلفوا في ذلك العصر في أوصاف الأحاديث التي تصلح حجة في الاستنباط ، وكان ذلك مثار خلاف متسع ، ونقاش كبير دون أكثره في أصول الفقه ، فليرجع إليه .

(ج) أما الرأي والقياس (٢) ، فقد اشتد النقاش حولهما أولا ، وقام كل فريق يدلي بحجته ، واستمر العراق موطن الرأي كما كان الحجاز موطن الحديث . وقد قال الأستاذ الخضري بك رحمه الله : « إن مبدأ اتخاذ القياس أصلا في التشريع قد انتصر في هذا الدور انتصاراً عظيماً ، وإن لم يكن الفقهاء على درجة واحدة في استعماله في الاستنباط ، فبعدهم أثر وأرسخهم قدماً فيه الحنفية ، وأقلهم نفوذاً فيه الحنابلة والمالكية ، والشافعية بين

(١) راجع تاريخ التشريع الإسلامي للأستاذ المرحوم الخضري بك . وتاريخ الجدل للمؤلف رقم ٣١١ .

(٢) القياس إلحاق أمر غير منصوص على حكمه بآخر منصوص على حكمه لاشتراكهما في علة الحكم . والرأي يشمل هذا القياس ، ويشمل الاستحسان ، وهو مخالفة القواعد الفقهية لسبب آخر أوجب المخالفة . ولذا يسمى القياس الخفي ، ويشمل المصالح المرسلات ، وهي الإفتاء بما فيه مصلحة غير منبى عنها في حال عدم وجود نص .

(٣ - نظرية العقد)

الضريقتين ، وابتعد عنه بعض أهل الحديث والشيعنة ، وغلا الظاهرية في رفضه .

ولكن الفارق لم يستمر طويلاً بين أهل الرأي وأهل الحديث. فإن الطبقة التي جاءت بعد الأئمة أصحاب المذاهب وتلاميذهم قد تلاقوا مهماختلفت أساتذتهم ، فالإمام محمد من أصحاب أبي حنيفة يرحل إلى الحجاز ويدرس موطأ مالك ، والشافعي يتلمذ عن محمد بن الحسن فقه أهل الرأي . وأبو يوسف نفسه يؤيد آراء كثيرين من أهل الرأي بأحاديث ، ولذا نجد كتب الفقه المختلفة مملوءة بالرأي والحديث معاً مما يدل على تلاقيهما وإن اختلف الفقهاء كثرة وقلّة في الأخذ بأحدهما دون الآخر .

(د) أما الإجماع فقد رأى قوم من الفقهاء أن إجماع العلماء على أمر من الأمور في عصر من العصور يوجب اتباع الأعداب له ، لأن من لم يتبعهم يسير في غير سبيل المؤمنين ، ورأى آخرون أن الإجماع ليس بحجة ، بل لم يتصوروا وجوده ، وكان الشافعي يقول : إن الإجماع حجة ، ولكنه إذا نظر واحتج عليه به في مسألة أنكر وجوده فيها ، ولم يعرف أنه اعترف بوجوده ، في مسألة مما نوقش فيه ، وقال الإمام أحمد من ادعى الإجماع فهو كاذب .

١٧ - في كل ما سبق وفي غيره كان يجري البحث والاجتهاد والاستنباط . ثم الاختلاف العلبى الحر ، وقد كانت التركة الفقهية المثرية الخصبة المنضرة الباقية على طول الحقب وامتداد العصر ثمرة لذلك كله . هذا ويلاحظ في هذا العصر عدة ملاحظات نجمل بعضها فيما يلي :

الملاحظة الأولى : أن الآراء الفقهية دونت ، فلم يكن الفقه آراء تلتق ، وينتفع بها فقط من ألقيت إليه ثم من استحفظها بمن يهمله استحفاظها ،

بل في هذا العصر . كان التدوين بكل معناه ، فقد دونوا آراءهم بل دونوا آراء من سبقوهم ، وجمعوها « فالعراقيون جمعوا فتاوى ابن مسعود ، وقضايا علي وفتاواه ، وقضايا شريح وغيره من قضاة الكوفة . وجمع فقهاء المدينة فتاوى عبد الله بن عمر وعائشة وابن عباس » (١) .

والمذاهب جمعت ودون بعض المجتهدين آراؤه بإملائه كالشافعي في الأم . وبعضهم رواها تلاميذه كما فعل الإمام محمد في روايته آراء أبي حنيفة وأصحابه في كتب ظاهر الرواية ، وهكذا أصبح الفقه مسطوراً في بطون الكتب . يحىء الخلف فيرى عمل السلف مدوناً مذكوراً بين الناس ، فيذنب عليه من غير عناء في البحث عن الحفاظ والرواة ، وإن وجد لا يأمن التزيد وأن يشبهه على الراوى في روايته .

الملاحظة الثانية : أن المذاهب تميزت ، وآراء المجتهدين قد تكونت موحدة بجمعة ، فصار لكل إمام مذهب وطريقة ووحدة تجمعهم ، وله تلاميذ يتلقون عنه طريقته ، ويقتبسون من تفكيره ويسلكون مسلكه ، ولهم الحرية التامة في اعتناق ما يرون من آرائه أو رفضها ، فهم يتبعونه في الطريقة ويجمعهم معه المنحى في الاستنباط ، ولكن قد يرون ما لا يرى ، ويمسكون في اجتهادهم إلى غير ما وصل كحال تلاميذ أبي حنيفة معه ، تجمعهم وحدة الأصول ، وتفرقهم أحياناً كثرة الآراء في الفروع ، فهما يكن من أمر الاختلاف بين أصحاب المذهب الواحد ، فقد كان كل مذهب له أصول عامة يسير عليه صاحبه وتلاميذه .

الملاحظة الثالثة : أن الدولة لم تجعل لها في ذلك العصر قانوناً مسطوراً مدوناً ، بل لم تختَر مذهباً من المذاهب تعمل به ، وتسير على منهاجه ، وتأخذ الرعية بما فيه من أحكام ، بل ترك الأمر إلى رأى القاضى واجتهاده ، فلم يكن لهم من قانون مقيد ملزم إلا الكتاب والسنة ، وفيما وراء ذلك فالقاضى رأيه

(١) ضحى الإسلام الجزء الثانى ص ١٧١ .

واجتهاده ، وطريقة استنباطه ، ولقد أشار عبد الله بن المقفع على أبي جعفر المنصور أن يوحد ما يقضى به بين الناس في قانون يدونه ، ويختاره من أقوال المجتهدين في هذا العصر بعد تمحيص ، فقد جاء في رسالة الصحابة مانصه : « فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأفضية والسنن المختلفة ، فترفع إليه في كتاب ، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمين المؤمنين في ذلك ، وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله ، ويعزم له عليه ، وينهى عن القضاء بخلافه ، وكتب بذلك كتاباً جامعاً عزماً لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالتحماً حكماً واحداً صواباً ، ورجونا أن يكون اجتماع السير قرينة لاجتماع الأمر برأى أمير المؤمنين وعلى لسانه » (١) .

ولقد هم بالفعل أبو جعفر أن يختار آراء مالك قانوناً لدولته ، ولكن مالكا رضى الله عنه نهاه عن ذلك قائلاً : « يا أمير المؤمنين لا تفعل ، قد سبقت إليهم أقاويل ، وسمعوا أحاديث ، ورووا روايات ، وأخذ كل قوم بما سبق إليهم فدع الناس وما اختار أهل كل بلد منهم لأنفسهم » ، ولقد جاء الرشيد من بعد المنصور ، فحاول أن يحمل الناس على جاء في موحداً مالك ، وشاوره في أن يعلقه في الكعبة ويحمل الناس على ما فيه ، فاعترض مالك أيضاً ، وقال : « لا تفعل فإن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الفروع ، وتفرقوا في البلدان ، وكل مصيب » . عندئذ ماتت الفكرة أو خمدت ولم يذكر التاريخ أنها قامت في مدى هذا الدور من أدوار الاجتهاد .

الملاحظة الرابعة : كان الاجتهاد في هذا الدور حراً طليقاً ، لم تغلق أبوابه ولم يكن ثمة تقليد إلا من العامة يقلدون من يستفتونه . أما الفقهاء فكانوا في

(١) رسالة الصحابة في ضمن رسائل البلغاء التي جمعها الأستاذ كرد علي . وجمهرة رسائل العرب الجزء الثالث للأستاذ صفوت .

حرية يظلمها القرآن الكريم ، وتزيرها السنة النبوية ، ويهدمها المأثور عن الصحابة والتابعين إلى محجة الصواب .

بيد أنه في آخر ذلك العصر قد ابتدأت ريح التقليد ، ولكن لم تعم ، ولذلك يحق للباحث أن يقول إن العصر كله كان عصر اجتهاد طليقي في ظل الكتاب والسنة .

والآن نقول كلمة موجزة أشد الإيجاز في كل إمام من الأئمة الأربعة .

١ - أبو حنيفة (٨٠ - ١٥٠)

اسمه النعمان وكنيته أبو حنيفة وأبوه ثابت ، فارسي . وقيل إن ثابتاً هذا قد استرق لبنى يتم ؛ ولذا قيل أبو حنيفة اليتيم ؛ لأن أباه من مواليهم ، ويستبعد المتعمسون له أن يكون قد جرى الرق على أبي حنيفة أو أبيه ، ويحكمون بأنه حر من أبناء الأحرار في فارس لم يجر رق في نسبه قط . وإن صح الرق على أبيه أو عليه فليس ذلك بضائره لأنه ماعلا بنسب أو حسب ، ولكن بعلم وفضل وتقى ، وإنه لجليل خالد الذكر بعيد الأثر ، مهما يكن أبوه . ولقد ثبت عند أكثر المؤرخين أنه ولد في العام المتمم للثمانين بعد الهجرة في عهد عبد الملك بن مروان وعاش الجزء الأكبر من حياته في عصر الأمويين ، فأدرك تلك الدولة في عزها وعنقوانها وطغيان بعض ولائها ، وقسوتها وشدتها على آل البيت وكان فيه كأبلاء قبيلة تشيع لهم ؛ ثم أدرك اضطراب الأمور عليها ، وقص الأرض من أطرافها ، واستيلاء بني العباس ، فسمرت تلك الأحداث نفسه وأنضجت تلك التجارب ، وإنه لمهذب الحس قوى الإدراك ، سريع اللحظ . لقد ولد ونشأ بالكوفة ، وفي العراق علم وفلسفة وحكمة ، واتجه في أولى حياته إلى علم الكلام يجتاز سهوله وأحزانه ، ثم تحول إلى علم الفقه ؛ بعد أن شدا ونما فيه ، وقيل إن له

مؤلفاً فيه سماه الفقه الأكبر . وقد روى عنه تلميذه زفر بن الهذيل أنه قال :
« كنت أنظر في الكلام ، حتى بلغت فيه مبلغاً يشار إلى فيه بالأصابع ، ويروى
عنه أنه قال : « كنت قد نازعت طبقات الخوارج من الإباضية والصفيرية
وغيرهم . . . وكنت أعد الكلام أفضل العلوم ، ثم علمت أنه لو كان فيه خير
لتعاطاه السلف الصالح فهجرتة » هجره إلى الفقه ، فأخصب فيه ، وقد تلقى
الفقه على حماد بن أبي سليمان الأشعري فقيه الكوفة ، ولازمه . وحماد هذا
كان شيخ مدرسة الرأي ، ومن انتهى إليه علمها ، فتنخرج عليه أبو حنيفة
ووجد الرأي يوائم ما عنده من نزعة منطقية فكرية ، فسار فيه حتى صار
شيخ هذه المدرسة ، ومن انتهت إليه علومها في الفقه ، ولقد تلقى أبو حنيفة
مع تلقيه عن شيخه حماد عن كثيرين سواه ، جلهم من أهل الرأي والقياس .

ومع اتجاه أبي حنيفة للفقه ، ونباهة أمره فيه وعلو شأنه كان يأكل من
تجارة الخبز ، وقد أفاد من ذلك علماء كثيراً بالصفق في الأسواق ، وعرف
التجار في عصره ، وكان ذا ثروة عظيمة ، وعاش فكهاً في حياته إلى أن مات
في حبس المنصور سنة ١٥٠ .

لقد عرض على أبي حنيفة القضاء مرتين فامتنع وعذب فيهما . وانتهى
عذابه في الثانية بالموت في حبسه . عرض عليه أول مرة في عهد بني أمية
فرفض فعذب لهذا الرفض ولتشجيع لآل البيت عرف به . وعرضه عليه المنصور
فرفضه وكرر الرفض بعد تهديده قائلاً : « لو هددتني أن تغرقني في الفرات
أو أن ألي الحكم لاخترت أن أغرق . فلك حاشية يحتاجون إلى من يكرمهم
لك ، فلا أصلح لذلك » غير أنه يظهر أنه اتخذ الرفض دليلاً على تشييعه ،
فقد اشتهر عنه التشيع لآل علي . يروى أنه كان يذكر ذلك في دروسه .
ويجهر به حتى قال له تلميذه زفر بن الهذيل « والله ما أنت بمنته حتى توضع
الجبال في أعناقنا » .

وطريقة أبي حنيفة في الاجتهاد تتأخر في جمل رويت عنه، فقد قال عن نفسه « إني أخذ بكتاب الله إذا وجدته، فالم أجده فيه أخذت بسنة رسول الله ﷺ والآثار الصحاح عنه اتى فشت في أيدي الثقات ، فإذا لم أجد في سنة رسول الله ﷺ أخذت بقول أصحابه من شئت وأدع قول من شئت ، ثم لا أخرج من قولهم إلى قول غيرهم ، فإذا انتهى الأمر إلى إبراهيم ، والشعبي ، والحسن ، وابن سيرين ، وسعيد بن المسيب . . . فلي أن اجتهد كما اجتهدوا .

ولقد مات أبو حنيفة بعد أن ترك آراه في صدور تلاميذه فقاموا عليها خير قيام ، ورعوها حق رعايتها ثم ورثوها من بعدهم ودونوها في الكتب .
١٨ - وتلاميذه كثيرون نذكر منهم ثلاثة لأن كتب الفقه الحنفي تذكرهم دائماً . وهم أبو يوسف ، ومحمد ، وزفر^(١) .

أما أبو يوسف (١١٣-١٨٣) : وهو يعقوب بن إبراهيم وجده الأكبر من الأنصار ، فهو عربي وقد نشأ فقيراً ، فكان أبو حنيفة يمدده بالمال ، وقد لازمه وأخذ عنه ، وكان أحب تلاميذه إليه . ولقد ولي القضاء للمهدى وللهادي وللرشيد ، وكان ذا حظوة عند الرشيد ، وقد كان أول من رحل إلى أهل الحديث من أصحاب أبي حنيفة . وقد أفاد منه المذهب فوائد كثيرة ، فقد ابتداء بتدوينه ، ودون كثيراً منه ، وأيده بالسنة بعد أن اتصل بالحدثين ونشر المذهب بماله من جاه القضاء ، وصقل المذهب صقلاً قضائياً . ولم يتفق مع أبي حنيفة في كثير من المسائل ، ورأيه أنضج الآراء فيما يتعلق بالأقضية .

ومحمد : هو ابن الحسن الشيباني ، وهو من الأوالى ، ونسبته إلى بني شيبان بالولاء ولد سنة ١٣٢ وتوفي سنة ٨٩ ، تتلمذ لأبي حنيفة في آخر حياته ، ولم

(١) إذا ذكرت كتب الفقه كلمة الشيخين فالمراد أبو حنيفة وأبو يوسف ، وإذا ذكرت كلمة الصاحبين فالمراد أبو يوسف ومحمد ، وإذا ذكرت كلمة الثقات فالمراد أبو حنيفة ومحمد ، وإذا ذكرت كلمة أئمتنا الثلاثة فالمراد أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ، وزفر يذكر باسمه دائماً .

يلازمه طويلاً ؛ لأن أبا حنيفة مات وهو في الثامنة عشرة من عمره. وقد أخذ فقه العراقيين، وتلاقى بالمحدثين، وكان فيه ذكاء وفطنة. وله أثر في فقه أبي حنيفة لأنه هو الذي دونه في كتبه. ومن أشهرها كتبه الستة وهي المبسوط، والزيادات، والجامع الصغير، والسير الصغير، والجامع الكبير، والسير الكبير، وفيها رويت آراء أبي حنيفة ودون منهجه، وتسمى هذه الكتب بظاهر الرواية.

وزفر : هو زفر بن الهذيل (١١٠ - ١٥٨)، وكان أمهر أصحاب أبي حنيفة في القياس، وأشدهم أخذاً بطريقته، ولم يتلق عن أهل الحديث كالأصحابين. ويروى عن المزني وهو من أصحاب الشافعي أنه جاءه رجل فسأله عن فقهاء العراق قال: ما تقول في أبي حنيفة؟ قال: سيدهم، قال فأبو يوسف؟ قال أتبعهم للحديث. قال فمحمد؟ قال أكثرهم تفريراً. قال فزفر؟ قال أحدهم قياساً.

٢ مالك (٩٣ - ١٧٩)

١٩ - هذا هو إمام دار الهجرة مالك بن أنس، عربي، ينتهي إلى قبيلة يمنية، ولد بالمدينة، وعاش بها ولم يرحل عنها إلى غيرها من البلدان. تلقى الفقه على كبار التابعين وتابعيهم بالمدينة، فأخذ عن نافع مولى عبد الله بن عمر، وعن ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الرأي وغيرهما. وقد أخذ أكثر دروسه عن أهل الحديث، وتلقى على أهل الرأي، فأخذ عن ربيعة الرأي كما ترى. ولما شهد له شيوخه بالحديث والفقه جلس لرواية الحديث والإفتاء. فكان من جهة رواية للحديث وحافظاً متصديراً فيه، وكان من جهة أخرى فقيهاً مستنبطاً، ولقد روى عنه الحديث كثيرون من العلماء منهم أبو يوسف صاحب أبي حنيفة، ومحمد بن إدريس الشافعي، وتخرج عليه في الفتيا والاستنباط مجتهدون أجلاء. ولقد كان مجلس علمه مجلس وقار ومهابة. قال الواقدي وغيره: « كان مجلس مالك مجلس وقار وحلم، وكان رجلاً مهيباً نبيلاً، ليس في مجلسه شيء من المرء واللغظ، ولا رفع صوت. إذا سئل عن شيء فأجاب سائله لم يقل له من

أين رأيت هذا» (١).

ولقد أنزل ولاة بني العباس بذلك الإمام الجليل محنة شديدة ، فقد ضربه
والى المنصور بالسياط . وقد اتفقت الروايات على إيذائه ، واختلفت في سببه ،
فقيل إنه كان لا يرى يمين المكره وأن من حلف مكرهاً فلا يمين له . وكان
يروى الحديث « وليس على مستكره طلاق » ، فقيل لبني العباس إن هذا
يستتبع أن من بايع مكرهاً فله التحلل من بيعتهم بهذا الحديث . فنهى عن
التحديث به . فحدث به على رؤوس الأشهاد ، وروى أن السبب أنه سئل عن
البلغاة الخارجين على الخلفاء ، أيجوز قتالهم ، فقال : إن خرجوا على مثل عمر
ابن عبد العزيز . فقال السائل فإن لم يكن مثله . فقال دعهم ينتقم الله من ظالم بظالم ،
ثم ينتقم من كليهما . ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فمن المؤكد أن السبب
رأى له قدارتاه أو وشاية تمام أثيم . ولقد نتج عنه أن مالكاً ضرب بالسياط .
ومدت يده . حتى انخلعت كتفه . قالوا فما زال مالك بعد هذا الضرب في رفعة
من الناس . وعلو من أمره . حتى كأنما كانت تلك السباط حلياً حلى بها (٢) .

٢ - وطريقة مالك في الاستنباط أن يأخذ من الكتاب ثم من السنة ،
وكان لا يشدد فيشترط للأخذ بالحديث أن يكون مشهوراً كما كان يفعل
أبو حنيفة ، بل كان يأخذ بالسنة وإن لم تكن مشهورة ، ولكنه مع ذلك
شديد التحري عن صدق الراوى ، ولقد كان يقول : « لا يؤخذ العلم من أربعة ،
ويؤخذ من سواهم : لا يؤخذ من سفيه ، ولا يؤخذ من صاحب هوى يدعو
إلى بدعته ، ولا من كذاب يكذب في أحاديث الناس ، وإن كان لا يتهم على
حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا من شيخ له فضل وصلاح وعبادة
إذا كان لا يعرف ما يحمل وما يحدث به » (٣) .

(١) راجع تاريخ التشريع الإسلامى للأستاذ المرحوم محمد بك الغضرى .
(٢) راجع ضحى الإسلام الجزء الثانى ص ٢٠٧ . والانتقاء لابن عبد البر ص ٤٣ .
(٣) ضحى الإسلام الجزء الثانى ص ٢١١ . والانتقاء لابن عبد البر ص ١٦ .

وقد كان يأخذ بالقياس ، و لكن بقدر قليل . وقد اشتهر عنه الأخذ بأمرين : (أحدهما) عمل أهل المدينة ، فكان ما عليه عمل أهل المدينة يجب الأخذ به عند مالك رضى الله عنه ما دام أساس هذا العمل النقل لا الاجتهاد ، وقد كان يقول « إن الناس تبع لأهل المدينة التي إليها كانت الهجرة ، وبها نزل القرآن » ، فإن اتفق أهل المدينة على أمر قدم على القياس ، بل على الحديث الصحيح وإن كان العمل عليه أكثرهم قدم على القياس وعلى خبر الواحد .

(ثانيهما) الأخذ بالمصالح المرسله ، وهى المصالح التي لم يشهد لها من الشرع بالبطلان أو الاعتبار دليل ، فإنه يأخذ بها إذا لم يكن ثمة نص في موضع النزاع (١) . وقد فتح ذلك الأصل باباً متسعاً لحرية الاستنباط ، فكان مذهب مالك مع أنه في جملة من المذاهب التي تنهك بالأثر قبل كل شيء من أوسع المذاهب وأرحبها ، وأقربها للنمو ، ومسيرة الأزمان ، بسبب الأخذ بأصل المصالح المرسله .

٣ — الشافعى (١٥٠ — ٢٠٤)

٢١ — هو أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعى ينتهى فى نسبه إلى عبد المطلب جد النبى صلى الله عليه وسلم فهو عربى قرشى ، وقد ولد بغزة ورحلت به أمه وهو ابن سنتين إلى مكة ، وفيها ترعرع ونما ، وتفصح فى بنى الهذيل بالبادية . وأخذ يتصل فى مكة برجال الفتيا والحديث ، ثم رحل إلى المدينة ، ولازم مالكا رضى الله عنه ، وقرأ عليه الموطأ ، واستمر ملازماً له حتى مات . ولقد ولى بعض الأعمال باليمن ، ثم اتهم بالتشيع لآل على ، و لكن نفى هذه التهمة عن نفسه أمام الرشيد ، فبرأ ساحتها وقد التقى بعدئذ بمحمد بن الحسن الشيبانى وأخذ عنه فقه العراق واطلع على كتبهم ، ثم أخذ فى التظواف فى الأقاليم ، حتى ألقى عصا التسيار ببغداد سنة ١٩٥ وفيها دون مذهب الأول . وكان ثمرة لدراسته طريقة أهل الحديث بالحجاز ، ولطريقة العراقيين ، ولتجاربه فى

(١) سنتين المصالح المرسله بعض التبيين فى الكلام فى العتود .

الولاية والتطواف في الأقاليم وإطلاعه على معاملات الناس المختلفة، ثم سافر إلى مصر، وفيها انفتق ذهنه إلى أمور لم يرها أولاً، فأنشأ مذهبه الثاني، وفي هذا المذهب اختلفت عن الأول نتيجة الاجتهاد قليلاً وكثيراً في مسائل كثيرة. وفي الحق إن مذهبه قد جمع خير ما عند أهل الحديث من طرق الاستنباط، وأوسط ما في مذهب أهل الرأي. ولقد قال الفخر الرازي: «إن الناس كانوا قبل الشافعي فريقين: أصحاب الحديث، وأصحاب الرأي. أما أصحاب الحديث، فكانوا عاجزين عن المناظرة والمجادلة، عاجزين عن تزييف طريق أهل الرأي، فما كان يحصل بسببهم قوة في الدين، ونصرة الكتاب والسنة. وأما أصحاب الرأي، فكان سعيهم وجهدهم مصر وفاقاً إلى تقرير ما استنبطوه برأيهم، ورتبوه بفكرهم... فجاء الشافعي، وكان عارفاً بالنصوص من القرآن والأخبار، وكان عارفاً بأصول الفقه وشرائط الاستدلال.. وكان قوياً في المناظرة والجدل.. فرجع عن قول أصحاب الرأي أكثر أنصارهم وأتباعهم».

٢٢ — وطريقة الشافعي في الاستنباط مدونة في رسالته في الأصول «يحتج بطواهر القرآن حتى يقوم الدليل على أن المراد بها غير ظاهرها، وبعد ذلك السنة، ويأخذ برواية الواحد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مادام ثقة ضابطاً، ويأخذ كالإمامين السابقين بالإجماع، ويرفض الأخذ بالمصالح المرسلة، والاستحسان، ولا يأخذ من أبواب الرأي إلا بالقياس. وقد دافع عن آرائه بفصاحة ولباقة وحضور بديهية وقوة مرّة في الجدل والمناظرة».

٤ — أحمد بن حنبل (١٦٤ - ٢٤١)

٢٣ — هذا هو الإمام الرابع أحمد بن حنبل الشيباني. نشأ ببغداد وعاش بها، وتلقى العلم عن أهل الحديث، ودارس الشافعي، ولقد قال فيه: «خرجت

من بغداد ، فما خلفت فيها رجلاً أفضل ولا أعلم ، ولا أفقه من أحمد بن حنبل .
واقدم كان أحمد زاهداً ورعاً تقياً . نزلت به محنة استمرت طويلاً ، فهو ممن امتنعوا
من أن يقولوا إن القرآن مخلوق في عهد المأمون ، فقيد وسبق في الأضداد إلى
المأمون ، ولما مات المأمون لم ينقطع بلاء أحمد بل استمر البلاء به ومزق جسمه
بالسياط ، وهو راض غير مستهين بعقيدته ، واستمر في الحبس ثمانية وعشرين
شهرًا ، حتى يشسوا منه ، وعلوا أنه لا يجيب دعاءهم ، ويؤثر بالإجابة دعاء النفس
والوجدان وما يراه واجب الاعتقاد وجزءاً من الإيمان ، فأطلق سراحه ،
فعاد إلى ما كان عليه من الإفتاء والتحديث إلى أن مات المعتصم ، ولما آل الأمر
للواثق سار على سنة أبيه وعمه في هذه المسألة ، وأنزل المحنة بمن لا يراها ، ولكنه
لم يرد أن ينزل بأحمد أكثر مما نزل به ، فقال لا تبسمعن إليك أحداً ، ولا تساكني
في بلد أنا فيه . فأقام الإمام أحمد مختفياً لا يخرج إلى صلاة ولا غيرها ، حتى مات
الواثق (١) .

والإمام أحمد يعده كثيرون من العلماء محدثاً ولا يعدونه فقيهاً ، فابن جرير
الطبري يقول فيه : « إنه رجل حديث لارجل فقه » .

وفي الحقيقة أن فقهه يبني على الحديث ، فإذا وجد حديثاً صحيحاً أفتى به ،
وإذا وجد فتوى صحابي عمل بها ، وإذا وجد فتاوى للصحابة تخير أقربها إلى
الكتاب والسنة . وإذا صححت عنده روايتان مختلفتان في أمر من فتاوى الصحابة
يروى عن أحمد روايتان أيضاً في الفقه ، ولا يأخذ بالقياس إلا في الضرورة
القصوى ، ويرجح عليه الحديث ، ولو كان ضعيفاً . وكان يكره الفتيا فيما ليس
فيه أثر (٢) .

(١) تاريخ الجدل للمؤلف ص ٢٧٢ .

(٢) ضحى الإسلام الجزء الثاني ص ٢٣٥ .

عبد الرحمن الحنفي
أسكنه الله الفردوس
الفقه في دور التقليد

(من منتصف القرن الرابع إلى الآن)

٣٤ - كان الناس في العصور السابقة قسمين: أحدهما المجتهدون الذين يطلبون الشريعة من أصولها وثانيهما المقاليون الذين يأتون أهل العلم فيسألونهم عن الحكم في الأمر الذي يعرض لهم . أما في هذا العصر الذي نؤرخ للفقه فيه ، فقد استولت عليهم روح التقليد ، وأصبح الفقيه من يعرف ما استنبطه غيره لا من يستنبط الأحكام من مصادرها ، وشاع تقليد أصحاب المذاهب السابقة حتى لقد قال أبو الحسن الكرخي ، وهو من الحنفية : « كل آية تخالف ما عليه أصحابنا فهي مؤولة أو منسوخة ، وكل حديث كذلك فهو مؤول أو منسوخ »^(١) . ولم يعرف أن أحداً أقدم على فتح باب الاجتهاد الحر بعد أن أحكموا تغليفه إلا الإمام الجويني والد إمام الحرهين وعدداً قليلاً من العلماء اجتهدوا في بعض المسائل كابن تيمية وابن القيم .

ولماذا غلقت أبواب الاجتهاد أمام العقول ، وقد كانت مفتوحة ، وكزت العقول في محيط التقليد الضيق وقد كانت في ساحة الاجتهاد المتسعة الأرجاء؟ السبب في ذلك عدة أمور منها :

(١) تعصب التلاميذ لآثار أساتذتهم من الأئمة المجتهدين الذين أناروا العصر السابق ، وكشفوا ظلمات المسائل بنور عقولهم الساطع ، وإن التعصب لفكرة يحمل الإنسان على الجود عليها ، والتعلق بأهدياتها ، ودعوة الناس إليها وتجيئها ، وكذلك فعل أولئك الذين جاءوا بعد الأئمة السابقين ، فقد عنوا بدراسة مذاهبهم ، ونشرها بدل السير على منوالها ، والاجتهاد كما اجتهد أصحابها ، فوثق الناس بالسابقين وشكوا في أنفسهم .

(١) تاريخ التشريع للشيخ حوم الأستاذ الحضري بك .

(٢) التمهيد : فقد كان الخلفاء يختارون القضاة أول الأمر من المجتهدين لامن المقادير ، ولما كنهم في تلك العصور آثروا اختيارهم من المقادير ليقيدوهم بمذهب معين ، وليعينوا لهم ما يحكمون على أساسه ، بحيث يكونون معزولين عن كل قضاء يخالف ذلك المذهب ، ولأن بعض القضاة المجتهدين كان يتعرض لتخلفه الفقهاء فيكون حكمه مثار نقد عند الناس ، لاسبب اطمئنان لهم ، وحكم القضاة يجب أن يكون داعية اطمئنان ، لاداعية انتقاد ، ليطمئن الناس على أموالهم ودمائهم وأعراضهم ، وكان تقييد القاضي بمذهب يرتضيه الخليفة سبباً في نشر هذا المذهب ، واكتفاء أكثر الناس به .

(٣) سعى الحكام المستبدين لتخليق باب الاجتهاد ، لأنهم وجدوا في استمراره مفتوحاً ما قد ينقض من أمرهم ، لأن العقول إذا اتجهت بحرية إلى ما في الدين من حقائق ، ونهلوا من ينابيعه ، وجدت من أصوله ما ينقض دعائم يبنها الظالمون ، ويؤسس قواعد الغاشمون .

(٤) تدوين المذاهب : فتدوينها سهل على الناس تناولها ، والناس دائماً يطلبون السهل اليسير ، دون الصعب العسير ، ولقد كان يدفع الناس إلى الاجتهاد في العصور السابقة تعرف أحكام حوادث لا يعرفون حكمها ، وشؤون عرضت لا يدركون أمر الشريعة في شأنها ، فلما جاء المجتهدون في الأدوار السابقة ، ودونوا أحكام الحوادث التي عرضت والتي يحتمل عروضها صار الناس كلما عرضت لهم مسألة وجدوا السابقين قد تعرضوا لها ، فاكتفوا بمقالهم في شأنها ، فسدت حاجتهم بما وجدوا ، فلا حافز يحفزهم إلى بحث جديد . وساعد على ذلك ما للأقدمين من تقدير وما يكسبهم مضي الزمن من إجلال ، وما يكون من عناية الأمم بتكريم سلفها الصالح ليرتبط حاضرها بماضيها برباط متين .

لهذا كاه انصرف الناس إلى التقليد ، اللهم في تعرف علل الأحكام في

المذهب ، أو ترجيح بعض الآراء في المذهب على غيرها . ويسمى من أوتي القدرة على ذلك وأجيز له المجتهد في المذهب .

ويصح لنا أن نختم الموضوع بكلمة للحق والضمير ، وهي أن الأئمة روى عن أكثرهم نهى عن تقليدهم من غير اقتناع بأدلتهم ، فأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان: « لا يحل لأحد أن يقول قولنا من غير أن يعلم من أين قلناه » . ويقول الشافعي « مثل الذي يطلب العلم بلا حجة كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب ، وفيها أفعى تلدغه وهو لا يدري » . ويقول ابن حنبل « لا تقلد في دينك أحداً »^(١) . والله أعلم بالصواب .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

الكتاب الأول

في الأموال والملكية

رَفَعُ

- ٥١ -

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

المال

١ - المال في اللغة كل ما ملكته من جميع الأشياء . فكل ما يقبل الملك فهو مال سواء أكان عيناً أم منفعة . وقال ابن الأثير في النهاية : « المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل ما يمتنى ويملك من الأعيان ، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل ، لأنها كانت أكثر أموالهم .

والمال في اصطلاح الفقهاء قريب منه في اللغة ، وقد اختلفت عباراتهم في تعريفه ، ولكنها في اختلافها تتقارب في مرادها ، ولا تتباعد في مفهومها ، فقد عرفه بعضهم بأنه ما يميل إليه الطبع ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة^(١) . وفي هذا التعريف ميزة أنه ربط بين معنى المال في الشرع واشتقاقه اللغوي ، وفيه نقص لأنه غير جامع لكل أفراد المال ، فمن المال ما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعته كما هي ، فهذا النوع من المال لا يدخل في عموم هذا التعريف مع إجماع كل الفقهاء على أنه مال له قيمة ويجرى فيه التعامل ، ومن ذلك أصناف من البقول أو الخضار ونحوها . وأيضاً فمن الأموال ما لا يميل إليه الطبع ، بل يعافه وينميه وبعده كبعض الأدوية والسموم فإنها أموال ، والتعريف بظاهرة لا يشملها ولا تدخل في عمومها ، إلا إذا تأولنا ميل الطبع إلى الشيء بأنه الميل لإدخاره وتموله ، وفي الحق أن كلمة يميل إليه غير محدودة وغير معينة المراد ، ويجوز أن تذكر في سياق بيان تناسب بين لفظ المال وأصله في الاشتقاق ، ولا تساق لتعيين معنى فقهي .

وعرفه بعضهم بأنه ما يجرى فيه البذل والمنع^(٢) ، وهذا التعريف مع

(١) راجع البج الجزء الخامس . والمجلة العددية الجزء الأول .

(٢) راجع الدرر والدر المختار وحاشيته رد المختار الجزء الخامس .

إيجازه أعم من الأول وأكثر شمولاً ، ولكنه يشمل المنافع ، وفي اعتبار المنافع من الأموال نظر وخلاف يستبينان فيما بعد .

وأحسن تعريف في نظري ما نقله صاحب البحر عن الحاوي ، وهو أن المال اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي ، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار ، وهذا التعريف كامل صحيح ، وإن كان فيه نقص فهو أنه لم يشمل الإنسان المسترق ، وهو نقص فيه كمال ، لأن الإنسان لا يعتبر مالا في أصله ، والمالمة أمر عارض للعبيد ، ويحسن رفعها ما استطاع الإنسان إلى ذلك سبيلاً ، وهذا أمر مقرر في الإسلام .

ومهما يكن من اختلاف بين هذه التعريفات فغايتها واحدة ، واختلافها ليس ناشئاً عن اختلاف آراء قائلها ، بل هو اختلاف عبارات بين الوجود والغموض والشمول وعدمه ، والمراد عند الجميع واحد ، ولا يتعد عن التعريف اللغوي للمال ، وذلك لأن الكتاب الكريم والسنة الشريفة جاءت فيها كلمة المال ، وترك للناس فهمها بما يعرفون ويألفون ، وأطلقت على ما كانوا يحرون في معاملاتهم ، ولم يرد عن صاحب الشرع بيان خاص للمال حتى يكون عرفاً إسلامياً له ، كما ورد في الصلاة والصوم والتمسك وغيرهما ، فكانت في فهمها على ما عليه العرب ، فإذا قرأ العربي حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : « كل المسلم على المسلم حرام : دمه ، وماله ، وعرضه » فهم المراد من المال بالطريق الذي يفهم به كلمة العرض وكلمة النفس من غير رجوع إلى اصطلاح خاص .

٢ - والشارع الإسلامي لا يعتبر كل مال صالحاً للانتفاع مباح الاقتناء والاستعمال والاستغلال ، بل من الأموال ما لا يباح الانتفاع به للمسلم ولا يجوز له اقتناؤه وادخاره ، ومنها الخمر والخزير ، فإن المسلم غير مباح له الانتفاع بهما ، وملكيته لهما ملكية غير محترمة ، لا غرم على من أتلفهما في يده ، ويسمى هذا النوع من المال مالا غير متقوم ، لأن الشارع

لا يعترف له بقيمة ، إذ لا يبيح الانتفاع به في حال السعة والاختيار ، ولا يبيح الانتفاع إلا في حال الاضطرار ، كمن لا يجد ماء ، وهو في حال ظمأ شديد يخشى معه هلاكه ، ووجد خمراً ساغ له أن يشرب منها غير طالب لها رغب فيها ، وغير مجاوز حد الضرورة وما تدفع به .

ويسمى النوع الذي يباح الانتفاع به مالا متقوماً ؛ لأن الشارع اعترف بقيمته الذاتية ، وأباح الانتفاع به بكل طرائق الانتفاع ، وهو محترم مصون ، من تعدى عليه غرم ، وألزم بقيمته أو مثله على حسب الأحوال ، وقد نقل ابن نجيم في بحره عن الكشاف الكبير جملة موجزة توضح العلاقة بين التقوم والمالية ، فقال . « وفي الكشاف الكبير . . . ، المالية إنما تثبت بتمول الناس كافة أو بتمول البعض ، والتقوم يثبت بها ، وبإباحة الانتفاع به شرعاً ، فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالا كحبة حنطة ، وما يكون مالا بين الناس ، ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوماً كالخمر ، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدّم » .

وترى من هذا أن المالية تلازم التقوم ، فحيثما كان تقوم فلا بد أن تصحبه مالية . وقد تكون المالية من غير أن يثبت تقوم ، ويكون حينئذ مالا غير متقوم لا يعترف الشرع له بقيمة ذاتية ، ولا يضمن عليه قيمة شرعية ، وإن شئت فقل إن المال غير المتقوم مال في عرف مستحليه ، ولكنه غير مال في نظر الشرع ، لأنه سلب احترام المال ، وسلب القيمة التي يسير بها في الأسواق ، والانتفاع الذي هو الثمرة الأولى من ثمرات المالية .

وقد انبنى على سلب الشارع القيمة من المال غير المتقوم أن متلفه لا يضمن لصاحبه المسلم شيئاً ، لأنه غير مصون . وإذا كان المال غير المتقوم عوضاً في البيع أو في أي عقد من العقود لم يصح العقد ، ولم يكن له احترام

العقود الواجبة الوفاء التي يظاها الشرع بحمايته^(١) .
ولكن هذا إنما هو خاص بالمسلمين ، أما غير المسلمين فإن كان المال غير
المتقوم عندنا يتعاملون هم به ، ويتفحون به في دياتهم فقد أمرنا باحترامه ، لأننا
مأمورون باحترام كل ما يتدينون به^(٢) ، إذ أمرنا بتركهم وما يدينون ، والخزير
والخنزير عند أهل الذمة أموال متقومة لا يجدون عندهم حريجة دينية في الانتفاع
بها ، فحق علينا أن نحترمها ، فإذا أ تلف شخص لذي خمر أو خنزير أو ج عليه أن
يضمن له ما أ تلف ، وإن ترافعا إلى القضاء ألزمه بالضمان ، وعقودهم فيما من بيع
وشراء وغيرهما صحيحة محترمة مصونة . روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قد
اجتمع إليه عماله فقال : يا هؤلاء إنه قد بلغني أنكم تأخذون في الجزية الخمر
والخنزير ، فقال بلال : أجل إنهم يفعلون ذلك . فقال فلا تفعلوا ، ولكن
لوا أربابها بيعها ، ثم أخذوا الثمن منهم^(٣) . وهذا الأثر يدل على أمرين أحدهما
أنه لا يصح للمسلم أن يدخل الخمر والخنزير في ملكيته ، بل لا يثبت له ملكية
عليهما ، وثانيهما أن لغير المسلمين أن يتولوا العقود عليهما ، لأن ملكيتهم لها محترمة .
٣ — وهل يعتبر المباح مالا متقوماً ، جاء في المجلة العدلية أنه مال غير
متقوم إذ لم يدخله في ضمن تعريف المال المتقوم . فقد جاء في المادة ١٣٧ مانصه :
« المال المتقوم يستعمل في معنيين الأول بمعنى ما يباح الانتفاع به ، والثاني بمعنى

(١) ويكون البيع باطلا إذا كان المال غير المتقوم قد تعين أن يكون المبيع في العقد فإذا
كان الخنزير مثلا مقابلا بما يثبت ديناً في الذمة تعين أن يكون مبيعاً ، فيبطل ، وإن كان
مقابلا لما لا يتعين أن يكون ثمناً كان العقد فاسداً .

(٢) ما تذكره هنا هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، وأما مذهب الشافعي رضي الله
عنه ، فهو أن المسلم إذا أ تلف خمر أو خنزيراً لذي لا يجب عليه الضمان وذلك لأنهم مالنا
وعليهم ما علينا فما ثبت في حقنا من العقود والأموال وأحكامها ثبت في حقهم ، وذلك مال غير
محترم عندنا ، فهو عندهم كذلك ، ووجهة نظر الحنفية أننا أمرنا بتركهم وما يدينون ، وإذا
كانوا يعتقدون في مثل هذه الأمور الحل . وعلناهم على عدم تناولها . ولم نحرمها . فقد
ألزمتهم ببقيدتنا ولم تتركهم وما يدينون ، وذلك غير المقرر من قواعد الدين ، ونظرات
الشرعية .

(٣) الخراج لأبي يوسف ص ١٥١ ، وفتح القدير الجزء الخامس ص ٣٦ .

المال المحرز ، فالسك في البحر غير متقوم ، وإذا اصطياد صار متقوماً بالإحراز .

وقد تبعت المجلة في هذا صاحب التلويح ، فقد جاء فيه « إن التقوم ضربان عرفي ، وهو بالإحراز ، فغير المحرز كالصيد والحشيش وغيرهما ليس بمتقوم ، وشرعي ، وهو بإباحة الانتفاع به^(١) .

ومن هذا ترى أنه جعل الإحراز سبباً للتقوم ، كما جعل إباحة الانتفاع سبباً له ولذا جعل غير المحرز كالصيد والحشيش وغيرهما ليس بمتقوم ، ولعل الذي دفعه إلى ذلك هو عدم ضمان المباحات بالإتلاف ، وعدم صحة العقد عليهما ، فكان ذلك دليلاً على عدم تقومها .

والذي أراه أن الأموال المباحة يجوز اعتبارها أموالاً متقومة ما دام الشارع قد أباح الانتفاع بها ، واحترم ملكية من سبق إليها واستولى عليها ، وإذا نظرنا هذا النظر لا تعد أموالاً ذير متقومة ، لأن الأموال خير المتقومة ما لا يقر الشارع ما سكتها ولا يحترمها ، ولا يبيح الانتفاع بها . وأما عدم ضمان المباح بإتلافه ، فلأنه لا مالك له ، والضمان إنما يكون للمالك يطالب بحقه ، وكذلك عدم ورود التصرفات الشرعية عليه ، لعدم ملكية المتصرف ، ولأنه باق على الشركة الطبيعية بإباحته للعموم وتركة للناس يتسابقون في إحرازه والاستيلاء عليه ، وبالإحراز يدخل في الملكية ، وتتعلق به كل حقوق المالك المحرز .

ومن أحسن ما قيل في المباح ما جاء في شرح المجلة للغزى في باب الشركة في المباح : « قال صلى الله عليه وسلم : الناس شركاء في ثلاث : الماء ، والكلاء ، والنار » ، فما لم يسبق إليه حوز من هذه ، فهو باق على أصل الشركة ، وما أحرز من ذلك بما يعالج من وسائل الإحراز لأحد يكون ملكه ، يورث ،

(١) وقد جاء في البدائع في كتاب الغصب ما يفيد بفحواه ما قاله صاحب التلويح ، وجاء في كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى تمثل ما جاء في التلويح أيضاً ومن أدلتهم أن المباح ليست له قيمة قبل إحرازه .

عنه ويتصرف فيه استقلالاً على نحو التصرف في الأملاك الخاصة ، وكل شركاء المباح يأخذ الواحد منهم حصة منه بالسعي والعمل ، والعاطل والمعطل عنه يكون مظلوماً من نفسه ، لا من رفاقه الشركاء ؛ لأن وظيفة الحياة العامة العمل^(١) .

٤ - وتقسيم المال في الشريعة إلى متقوم وغير متقوم له نظير في القانون ؛ لأن من الأموال ما يحرم قانون العقوبات اقتناءها وإحرازها ويعد إحرازها جريمة إلا في أحوال استثنائية ، وهي المواد المحرم تناولها ، وكل من استولى عليها في غير أحوالها الاستثنائية بأي طريق من طرق الاستيلاء لا يحترم يده ، ومن أتلفها في هذه الحال لا عقوبة عليه ، فهي مهددة المالية لمن وضع يده عليها .
بغير مسوغ من القانون ، فهذا النوع من الأموال نذكره نظير المال غير المتقوم في الشريعة مقارناً^(٢) له في المعنى ، لأن قانون العقوبات لم يحترم ملكيتها في هذه الحال . فكذا نه سلبها قيمتها من محرزها ، ولا يكتفي القانون في سبيل التحريم بإهدار ماليتها بمن ملكها ، بل يجعلها سبباً في العقاب الأليم ينزل به ، والغرم المالى يهبطه .

ومهما يكن من فوارق في الاعتبار بين نظر الشريعة الأموال المحرمة فيها ، ونظر القانون لها فلا شك أنه يسوغ لنا أن نصنف المواد المحرمة قانوناً بأنها مال غير متقوم في يد من يستولى عليها من غير مسوغ قانوني للاستيلاء .

٥ - وقبل أن تترك الكلام في حقيقة المال في نظر فقهاء الشريعة نعرض للمنافع أتعبر مالا متقوماً أم لا تعتبر كذلك ؟ قال الشافعي ومالك ، إنها أموال متقومة مضمونة ، والدليل على ذلك :

(١) الجزء الثالث ص ٣ .

(٢) لا نستطيع أن نعتبره إلا مقارباً لمعنى المال غير المتقوم في الشريعة . لأن غير المتقوم في الشريعة لا يعتبر في نظرها مالا قط . وإن كان يعتبر في نظر الناس أو بعضهم مالا . وأما المواد المحرمة في قانون العقوبات فهي تعتبر مالا في نظره ؛ ولكن عدم احترام ملكيتها لتحريمها ولمنع تناولها ، وسداً للذريعة ، وردعاً لمن يسهلون للناس باب الأخذ والعتاء فيها .

(أ) أن الطبع يميل إليها ، ويسعى في ابتغائها وطلبها ، وتنفق في سبيلها الأموال . ويقدم في سبيلها نفيس الأشياء ورخيصها .

وأن المصلحة في التحقيق تقوم بمنافع الأشياء لا بذواتها ، فالذوات لا تصير أموالاً إلا بمنافعها ، فلا تقدم إلا بمقدار ما فيها من منفعة ، وما تشبعه من حاجة نافعة ، إذ كل شيء لا منفعة فيه لا يكون مالا ، وإذا كان الشأن كذلك فكيف نساب المالية والتقوم عما كان سببهما ومناطهما والعلة في وجودهما في الذوات والأشياء ،

(ب) وإن العرف العام في الأسواق والمعاملات المالية يجعل المنافع غرضاً مالياً ، ومتجرأ يتجرأ فيه ، فالخانات والأسواق ، والبيوت التي تعد للاستغلال بسكناها ، إنما تتخذ فيها المنافع متجرأ ومستغلا تدر على أصحابها الدر الوفير ، فدل هذا على أن العرف العام يعتبر المنافع أموالاً تبتغى .

(ج) والشارع الإسلامي اعتبر المنافع أموالاً ، لأنه أجاز أن تكون مهرأ في الزواج ، ولا يكون مهرأ في الزواج إلا المال ، كما قال الله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » . فاتفق الفقهاء على جواز أن تكون المنفعة مهرأ دليل على اعتبارها مالا ، ومن لم يعتبرها كذلك ، فهو متناقض في آرائه .

(د) ولقد ورد العقد عليها وتصير مضمونة به سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً ، وضمائمها دليل على أنها تكون مالا بالعقد عليها ، ولو لم تكن أموالاً في ذاتها ما قلبها العقد مالا ، لأن العقود لا تقلب حقائق الأشياء ، بل تقرر خواصها .

وقال الحنفية إن المنافع ليست أموالاً متقومة بنفسها ، وإنما تقومها بالعقد ، وقد استدلوا على ذلك بأن صفة المالية للشيء لا تثبت إلا بالتمول . والتمول صيانة الشيء وإحرازه ، ولذا لا يقال لمن ينتفع بشيء مسماً سكاله إنه

متمول له ، فلا يقال لمن يأكل شيئاً أنه يتمول ذلك المأكول ، وإذا كان التمول كذلك فالمنافع لا يمكن تمولها ، لأنه لا يمكن إحرازها ، إذ أنها لا تبقى زمانين ، بل تسكسب آنأ بعد آن ، وبعد الاكتساب تلاشى ، وتبقى فلا يبقى لها وجود . وإذن فهي ليست بمال ، لأن المالية بالتمول ، كما ذكرنا وكما استبان مما نقلناه عن صاحب البحر .

والمنافع قبل كسبها معدومة ، والمعدوم لا يطلق عليه اسم المال ، وبعد كسبها لا يمكن إحرازها ، والتقوم من أسبابه الإحراز فليس غير المحرز مالا متقوماً ، كالصيد في الفلاة ، والحشيش في الكلاء المباح^(١) ، وإذا كانت المنافع حتى بعد وجودها لا يمكن إحرازها ، فعلى ذلك لا يمكن أن تعتبر مالا متقوماً .

لهذا كانت المنافع في ذاتها وفي اقياس والنظر لا تعتبر مالا متقوماً ، ولكن ورد النص ، وجرى العرف بعقد الإجارة وما يشبهها من العقود التي ترد على المنافع فقومت بهذا النوع من العقود استحساناً وعلى ذير القياس ، وما جاء على غير القياس يقتصر فيه على مورد النص ، لا يعدوه ، ولا يتجاوزه إلى غيره ؛ لذلك كانت المنافع مقومة بالعقود ، وليست مقومة بذاتها^(٢) .

واسكن إذا كانت المنافع ليست أموالاً متقومة فكيف تجرى عليها التصرفات الشرعية التي أجازت استحساناً ، إذ كيف تجرى التصرفات الشرعية على معدوم ، لا وجود له ، وإن وجد ، فليفتى في إبانته ، لأنه لا يخرج عن أنه

(١) هذا الكلام مبنى على اعتبار المباح مالا غير مقوم وقد بينا رأينا في هذا .
(٢) قد اقتبسنا ذلك الخلاف وتلك الأدلة من كشف الأسرار على أصول نفي الإسلام البردوى . والتقرير والتجوير على التحرير لسكمال الدين الهمام . وشرح المنار في الأصول لابن الملك . وحاشية الأزهرى على حراة الأصول وشرح السكندر للزيلعي . ومع أن المنافع لا تعتبر أموالاً عند الحنفية قالوا إنها تقوم من غير عمد في الوقف ومال اليتيم والأعيان المعدة للاستغلال .

كسب للشخص ، وليس بوجود قائم بذاته ، وقد أجاب عن هذا صاحب التلويح بأنها ، وإن لم تعتبر مالا تعتبر ماكا ، لأن المالك لا يقتضى الوجود كالمالية إذ هو القدرة على التصرفات الشرعية ، ولا شك أن يثبت يرد على المنافع بإجماع الفقهاء وهذا منس ما جاء في التلويح : « والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال لأن الملك ما من شأنه أنه يتصرف فيه بوصف الاختصاص ، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة ، ثم أن العين تقوم مقامها .

وقد انبنى على هذا الخلاف بين الشافعي والحنفية في حقيقة المنافع ، أهي مال أم غير مال خلاف في فروع كثيرة في بعض مسائل الغصب والإجارة والإعارة نذكرها في مواضعها إن شاء الله تعالى .

القيمي والمثلي :

٦ - القيمي نسبة إلى القيمة . والمثلي نسبة إلى المثل ، ويطلق المثل في الشريعة على الأموال المقدرة بالكيل والمقدرة بالوزن ، والعدديات^(١) المتقاربة التي لا تفاوت بين آحادها ، أو بينها تماوت لا يعتد به في نظر التجار . ويمتاز المثل بأن آحاده لا تفاوت بينها كما بينا ، وصفقاته لا يضرها التبعض ، فن أراد أن يشتري مائة أردب قمحاً ، بعشرين جنينها ومائة ، لا يضره أن يشتريها على صفقتين أو صفقة واحدة ، لأن التجزئة لا تضير آحاد المكيلات والموزونات ، ولا تختلف أسعارها في أجزائها عنها في مجموعها .
واقيمي ما لا يقدر بالكيل أو الوزن ، وليس عددياً متقارباً ، فالتفاوت

(١) يخالف زفر في اعتبار العدوى مثلياً يضمن مثله عند الإلتاب . ولنا قال إن العدوى تضمن قيمته بالإلتاف لامثله . واستدل على ذلك بأن العدوى لم يثبت مماثلة آحاده بالنس . بل ثبتت بالاجتهاد ولنا لا يجزئ فيه الربا بخلاف المكيل والموزون فإن المثلية بين آحاده ثبتت بالنس . وإذا كان العدوى كذلك تعذر معرفة مثله قطعاً . فيصار إلى القيمة (راجع الزبلي في باب الغصب) .

بين آحاده تفاوت كبير يعتمد به التجار كالحيوان وغيره. ومن القيمي الأشياء التي تعرف بالقياس ، وهي المسماة بالمدروعات ، وكانت هذه قيمة للتفاوت بين آحادها ، ولأن التجزئة تضرها ، فمن يريد أن يشتري أربع أذرة من مقيس لا يرضيه أن يشتريها مجزأة ، لأن قيمتها وهي ذراع واحدة غير قيمتها في ضمن ثلاث أذرة .

وقد عرف قدرى باشا في مرشد الخيران المثل بأنه « ما يوجد له مثل في المتجر بدون تفاوت يعتمد به ، ومنه العدديات التي لا يكون بين أفرادها تفاوت في القيمة » ، وعرف القيمي بأنه « ما لا يوجد له مثل في المتجر ، أو يوجد لكن بتفاوت في القيمة ، ومنه المعدودات المتفاوتة التي بين أفرادها تفاوت في القيمة »^(١). وهذا التعريف لا يخلو من تسامح ، لأن أصناف الثياب لها مثل في الأسواق ، ويعينها الوصف ، بدليل جواز السلم فيها ، ومع ذلك لا تعد من المثليات ، بل تعد من القيميات ، ولو كان وجود نظير في السوق كافياً لاعتبار المال مثلياً ، فكانت هذه مثليات ، لما نظير في السوق اعتبره الشارع نظيراً ، ومع ذلك فهي قيمي^(٢) ، يضمن منلفه قيمته لأمثله ، وقد علل الفقهاء اعتبارها قيمياً (مع إمكان تقديرها بالوصف "تقديراً معيناً) بأنها يضرها التبعض ، ولأنها يضرها كانت القيمة هي الحكم في معرفة ماليتها أبعاضها .

والمثليات منها نقود ، ومنها غير نقود فالدينانير والدرهم من المثليات ومثلها الجنبيات والنقود الفضية في عصرنا الحاضر من المثليات ، وهذا النوع

(١) مادة ٣٠٥ من مرشد الخيران ، ومثل هذا التعريف جاء في المحلة العدلية في

المادتين ١٤٥ و ١٤٦ .

(٢) في فتح القدير ، وحاشية الزيلعي ، وفي العناية في باب السلم التصريح بأن الثياب قيمة لأمثلة فتضمن بقيمتها ، ولكن يجوز فيها السلم ، لا مكان تعيينها بالوصف ، ولوجود نظير لها في السوق . والثياب في أزمان الاجتهاد كانت تصنع بالأبدى لا بالآلة ، فلم يكن التماثل بين آحادها وأجزائها تاماً ، ولذا ضمنن بالقيمة . أما في هذا العصر وهي تصنع بالآلة . والتماثل بين الآحاد تام يصح اعتبارها مثلية .

يسمى ثمناً ، وغيره يسمى مثنماً ، والنقود تمتاز من بين سائر الأموال بأنها معايير ومقاييس يقاس بها مقدار مالية الأشياء ، وما فيها مما يشبع حاجات الناس ، فالدرهم والدنانير ليس فيها نفع ذاتي قائم بها ، لأنها لا تشبع حاجة ولكنها ذرائع ووسائل^(١) ومقدرات للمالية في الأشياء المشبعة للحاجة .

ولأن النقود لا تشبع حاجة بنفسها ، ولا تنفع بذاتها ، بل تقاس بها مالية الأشياء كانت في عقود المعاوضات أثماناً دائماً ، ولا تتعين في العقود بالتعيين^(٢) بالإشارة ، بل تعرف بالأوصاف ويجب أداء ما يشتمل على هذه الأوصاف ، فكانت ثابتة دينياً في الذمة ، وإذا كان عقد المعاوضة نقداً بنقد قال الفقهاء إنه يبع دين بدين ، وسموه صرفاً وكان ديناً بدين ، لأن كلا العوضين من طبيعته ألا يعين بالتعيين ، بل يثبت بأوصافه في الذمة .

أما بقية المثليات ، فقد تثبت بأوصافها ، فتكون دينياً في الذمة ، وقد تعين بالتعيين ، فلا تكون دينياً في الذمة ، بل تثبت بأعيانها ، لا بأوصافها .

٧ - ومهما يكن من فرق بين النقود وسائر المثليات ، فالمثليات كلها تمتاز عن القيميات بأنها تثبت دينياً في الذمة ، إذ يمكن ثبوتها بأوصافها ، أما القيميات فلا تثبت إلا بأعيانها ، ولا يمكن أن تثبت بأوصافها^(٣) .

(١) ولكن بمرور الأجيال ، وبما تعطيه لأصحابها من سلطان صارت هي غرضاً مطلوباً وهدفاً مقصوداً ، وصار كثير من الناس يجد لذاته نفسية في ادخارها وجمعها ، وصارت كأن وجودها بين يديه يشبع حاجة ، ورغبة مستكنه ، وسبحان مقلب القلوب !!

(٢) يستثنى من ذلك بعض العقود ، ومن ذلك الوديعة ، والقرض (راجع أصول فخر الإسلام للبازدوى) .

(٣) أرى أنه يقرب من المثليات في هذا المعنى المذروعة التي يجوز فيها السلم ، لأنها بصحة السلم فيها تصير دينياً في الذمة ، ولهذا كانت شبيهة بالمثلي في هذا المعنى ، وإن لم تكن مثلياً في نظر الفقهاء في الجملة وفي كل الأحوال ، بل قد تكون مثلياً في بعض الأحوال فقط .

ولكن ما الذمة التي تثبت فيها الديون؟ قال الفقهاء إنها أمر معنوي فرضي جعلوه محلاً لإثبات العهود والديون، ولذا عرفها صاحب البحر في أول كتاب البيع بأنها أمر شرعي مقدر في المحل يقبل الإلزام والالتزام^(١). وقال العز بن عبد السلام: هي معنى مقدر في المحل يصلح للإلزام والالتزام^(٢). واتعريفان متقاربان في الألفاظ والمعاني، ومما عدا أن الذمة ليست سوى أمر معنوي فرضه الفقهاء لتحمل الواجبات، ولزوم أداؤها^(٣).

٨ - وليست التفرقة بين القيميات والمثليات مقصورة على أن هذه تثبت ديناً في الذمة وتلك لا تثبت، بل من الفروق بينهما أن القيمي يضمّن بقيمته والمثلي يضمّن بمثله، فإذا تعدى شخص على مال غيره فأتلفه، فإن كان مثلياً ضمّن مثله، وإن كان قيمياً ضمّن قيمته، وذلك لأنه بالتعدى كان واجباً أن يغرم للمعتدى عليه بما يرفع أثر الاعتداء، ويبيط عنه أذى الإلتلاف، وذلك يتحقق على وجهه الكامل إذا عوضه بمثله ما أمكن المثل، فإن تعذر عليه أن يدفع إليه المثل وجبت القيمة؛ لأنها المثل المالى القاصر. ولما كانت المثليات يمكن تعويضها بأمثالها كان الواجب عند التعدى عليها مثلها، أما القيميات فتجب قيمتها لتعذر وجود مثل لها من غير تفاوت كبير، فصرنا إلى المثل المالى وهو القيمة. وعلى هذا أكثر الفقهاء^(٤).

(١) والذمة المالية في القانون هي مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية، فهي تتكون من عنصرين: عنصر إيجابي، وهو مجموع الحقوق، وعنصر سلبي، وهو مجموع اللاتزامات (راجع علم أصول القانون لأستاذنا السهوري بك) وهذا التعريف في جملة قريب من تعريف علماء الشريعة.

(٢) راجع حاشية الأشباه والنظائر وحاشيته للحموي.

(٣) سببين الذمة والاختلاف في شأنها عند الكلام في الأهمية.

(٤) قال المالكية إذا أتلف شخص قيمياً لآخر عوضه بقيمته من جنسه قيمته تساوى قيمة المثل تحقيقاً للمثلية ما أمكن.

وقال بعض من نفاة القياس ، إنه عند التعدي تضمن القيمة مطلقاً ، لأن حق التعدي عليه متعلق بعين الشيء المتلف وما لبيته وقد تعذر رد عينه لتلفها ، فوجب للمالكة وهي قيمة الشيء ، إذ القيمة هي المحيطة للمالكة .

وقد لحس هذا الموضوع الأزميرى في حاشيته على مرآة الأصول فقال: « إنما كان الضمان بالمثل كاملاً . لأن الأصل في ضمان العدوان هو الضمان بالمثل في المثليات ، لأن حق المستحق ثابت من كل وجه ، فلا يضار إلى المثل معنى فقط ، وهو القيمة إلا عند الضرورة ، ولا ضرورة ههنا لوجود المثل . وقال قوم من نفاة القياس : الواجب على الغاصب رد القيمة مطلقاً ، لأن حق المالك في العين والمالكة معاً ، وقد تعذرت العين فتجب المالكة ، ومالكة الشيء قيمته ، احتج عامة الفقهاء بقوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فإنه صرح بالمثل ، والمتبادر هو المثل صورة ومعنى ، لأن المقصود بالضمان هو الجبر ، وذلك أتم في المثل »^(١) .

وإذا انصرم المثل وانقطع من الأسواق كأن يكون عديداً ، وانقطعت موارده في الأسواق لعارض حرب أو نحوه ، وجبت قيمته ، لأن التعويض بالمثل ، وهو الأداء الكامل تعذر فيتحول إلى القاصر ، لأنه الممكن ، ولا تكليف أكثر مما في دائرة الإمكان^(٢) .

(١) حاشية الأزميرى الجزء الأول في باب الأمر .

(٢) قد اختلف فقهاء الحنفية أعتبر قيمة المثل المنصرم يوم وجب في النعمة أم يوم انتطاعه عن الأسواق أم يقوم الخصومة للحكم بالضمان والانتطاع . قال الأول أبو يوسف وقال الثاني محمد وقال الثالث أبو حنيفة ، والسكل وجهة .

هذا وبين المثلي والقيمي فوارق كبيرة في أحكام كثير من العقود ، كالقسمة والبيع وغيرهما . ففي القسمة القيمي لا يقبل القسمة جبراً والمثلي يقبلها . وفي البيع المثلي يكون ثمناً ومحلاً للسلم . والقيمي لا يكون كذلك .

٩ - ولقد وجدنا في ثنايا مواد القانون المدني أحكاماً للأشياء المقدرة بالكيل أو الوزن أو الذرع ، وأكثر ما تكون تلك الأحكام في البيوع ، وأخص ما تمتاز به تلك المقدرات في انقانون المدني أنها تجرى فيها المقاصة .

وقد تعرض الأستاذ الدكتور السنهوري بك في كتابه أصول القوانين لهذا التقسيم فقال : « القيمي مالا تتعدد آحاده . مثل منزل وفرس معين ويتعين بالتسمية أو الوصف . والمثلي ما تعددت آحاده وقام بعضها مقام البعض الآخر مثل الغلال والقطن والثياب والبيض ، ويتعين إما بالكيل كالغلال ، أو بالوزن كالقطن أو بالذرع كالثياب ، أو بالعدد كالبيض .

وثمره التقسيم تظهر في وجوه مختلفة منها : (١) المقاصة ، فإنها لا تكون إلا في المثلي (٢) وهلاك المثليات تكون على المشتري بعد اتتعين ولو قبل التسليم ، أما هلاك القيميات فلا يكون على المشتري إلا بعد التسليم (١) .

١٠ - العقار والمنقول : تنقسم الأموال في الشريعة إلى عقار ومنقول ، فالعقار ما لا يمكن نقله وتحويله . والمنقول كل مال يمكن نقله وتحويله ، ولو بتغيير صورته كالبناء والغراس ؛ ولذلك قرر الفقهاء أن العقار لا يشمل إلا الأرضين (١) ، سواء أكانت أراضي للزراعة أم كانت للبناء أم لغير ذلك ويشمل المنقول ما عدا ذلك من الأموال ، غير أن من أنواع المنقول

(١) هذا ما ذكره الأستاذ الكبير ، والجزء الأول من ثمرات التقسيم لاختلاف فيه ، والثاني موضع نظر وتحقيق . فراجع في مصادره .
(٢) راجع فتح القدير في الوقف الجزء الخامس .

ما يأخذ حكم العقار تبعاً له وهو البناء والغراس ، فهما يدخلان في العقار تبعاً في بعض العقود والتصرفات الشرعية لأنهما متصلان به اتصال قرار وثبات ، ولا حاجة إلى الذم عليهما ، لإدخالهما في ضمن ما يشمل العقد .

وفي مذهب مالك رضي الله عنه : العقار يشمل الغراس ويشمل البناء ، لأنهما متصلان بالأرض اتصال قرار^(١) ، ولأنهما ثابتان غير قابلين للانتقال وهما على شكلهما ، بل تتغير حالهما فيتحول الغراس إلى أحطاب ، والبناء إلى أنقاض ، وهذا الثبات يكفي في اعتبارهما عقاراً كالأرض .

ومذهب مالك قريب مما جاء به القانون المدني الأهملي والمختلط والفرنسي ، وهذا نص ما جاء بالقانون الأهملي في مواده الأولى والثانية والثالثة : « (١) تنقسم الأموال إلى ثابتة ومنقولة . (٢) الأموال الثابتة هي الحائزة لصفة الاستقرار سواء كان ذلك من أصل خلقتها ، أو بصنع صانع . بحيث لا يمكن نقلها بدون أن يعثرها خلل أو تلف ، وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال (٣) ما عدا ذلك من الأموال يعد منقولاً . »

وترى من هذا أن القانون المدني يتقارب جداً في نظره إلى حقيقة اعتراف والمنقول من مذهب مالك ، وأن القانون يتوسع في معنى العقار وحقوقه أكثر مما يتسع له مذهب ذلك الإمام رضي الله عنه ، وسنشير إلى ذلك فيما يأتي من آثار هذا التقسيم في الشريعة والقانون .

١٩ - وقد كان لتقسيم الأموال إلى عقارات ومنقولات آثار في الأحكام كثيرة ، جعلت لكل قسم أحكاماً تختص به ، وتميزات ترد

() راجع الشرح الكبير في باب الشفعة .

(٥ - نظرية العقد)

عليه دون الآخر ، فالعقار يرد عليه من التصرفات ما لا يرد على المنقول ،
ولبعض العقود فيه آثار ليست في المنقولات ، نذكر من ذلك أمثلة :

(أ) فالشفعة مثلاً لا تثبت أثراً للبيع إلا في العقار ، ولا تثبت
في المنقول إلا إذا دخل في العقار تبعاً ، وإلا في حق العلو مع حق السفل
والعكس ولم تثبت الشفعة في المنقول في غير هذه الأحوال إلا عند الإمام
مالك رضي الله عنه ، فقد أثبتها في السفن^(١) والثمار المتصلة بالأشجار وروى
عنه مع الخلاف فيه الشفعة في إجارة الأراضي الزراعية ودور السكنى
والمساقاة^(٢) .

ومهما يكن من أمر هذه الأقوال في ذلك المذهب ، فالجمهور من الفقهاء
على أن الشفعة لا تسكون إلا في العقار على وجه العموم ، والمنقول في بعض
أحوال قليلة جداً .

(ب) أن العقار يصح وقفه بإجماع الفقهاء الذين أفتوا بجواز الأوقاف
ولزومها . أما المنقول فلا يصح وقفه إلا تبعاً للعقار أو يكون قد ورد بصحة
وقفه أثر ، أو يكون قد جرى به عرف مشهور على ما أفتى به الإمام محمد
رضي الله عنه .

وهذا كله في مذهب الحنفية ، أما مذهب غيرهم من الأئمة ، فقد أجازوا
في الجملة وقف المنقول ، وإن اختلفوا فيما بينهم ، ما بين مضيق وموسع .

(ج) العقار إذا كان مبيعاً صح التصرف فيه قبل قبضه عند الإمام أبي حنيفة
وأبي يوسف رضي الله عنهما وخالفهما محمد والشافعي رضي الله عنهما ، ومنعوا
التصرف فيه قبل القبض ، وأما المنقول فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه، حتى

(١) قد أثبتها بعض الفقهاء في الشركة في كل شيء ما عدا المسكيل والموزون ، وقد
ذكر هذا القول في بداية المجتهد ونهاية المبتدئ فقد جاء فيه : « وحكى عن قوم أن
الشفعة في كل شيء ما عدا المسكيل والموزون » .
(٢) راجع بداية المجتهد ونهاية المبتدئ .

على مذهب الإمام وصاحبه، لأنه قبل القبض على خطر الهلاك، وإذا هلك بطل البيع الذي كان أساساً لذلك التصرف، فكان هذا التصرف محتملاً للبطلان، فكان من الاحتياط الانتظار إلى حين القبض، صوناً للعقود عن البطلان وإبعاداً للتصرفات عن احتمال الإلغاء.

(د) عند بيع القاضى أموال المدين (على قول من يجيز ذلك البيع من الأئمة) يبدأ في البيع بالمنقول، فإن لم يرب بالدين ينتقل إلى العقار، ويبدأ من المنقول بما يخشى عليه التلف ثم بما يكون معداً للربح والكسب كعروض التجار. ثم يكون البيع في سائر المنقولات.

(هـ) ليس للوصى بيع عقار المحجور عليه لصغر أو عته أو سفه أو جنون إلا عند وجود حاجة دافعة كإيفاء دين، أو لمصلحة راجحة، أو اضطرار كنزاع الملك في سبيل المنافع العامة^(١)، وأما المنقول فيبيعه سائغ من غير قيد إلا قيده واحداً، وهو أن يكون للنظر والمصلحة وقد وكل الأمر في ذلك إلى نظر الوصى وحسن تقديره.

(و) وحقوق الارتفاق والجوار لا تتعلق بالمنقول، بل تتعلق بالعقار على ما سلبين إن شاء الله تعالى.

١٢ - وقد كان لتقسيم الأموال إلى ثابتة ومنقولة آثار في القانون المدني واسعة النطاق، نذكر منها قليلاً.

(١) فالعقار من حيث انتقال الملكية لا ينتقل إلا بالتسجيل، بينما المنقول لا يحتاج في نقل ملكيته سواء أكان بهبة أم يبيع إلى تسجيل.

(٢) والعقار لا تثبت بوضع اليد عليه بسند وبحسن نية - الملكية فيه إلا بعد مضي خمس سنوات بينما المنقول تثبت الملكية فيه بوضع اليد في الحال

(١) راجع كتاب المعاملات لأستاذنا الجليل الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك.

إلا في حالة السرقة أو الضياع^(١) .

(٣) والرهن التأميني وحق الاختصاص لا يكونان إلا في العقار ولا يكونان في المنقول^(٢) .

(٤) ومن جهة قانون المرافعات نرى ثمة تفرقة بين العقار والمنقول ، فإذا كان موضوع النزاع عقاراً أو أمراً متعلقاً به كانت المحكمة المختصة هي المحكمة التي في دائرتها ذلك العقار ، أما في المنقول فسكانه لا يعين الاختصاص . ودعاوى رفع التعرض واسترداد الحيازة ، ووقف العمل الجديد تتعلق بالعقار دون المنقول^(٣) .

وثمة ثمرات كثيرة لتقسيم الأموال إلى عقار ومنقول ، نستكتفي بما ذكرناه ليكون دليلاً على ما لم نذكره .

١٣ - هذه وغيرها من ثمرات التقسيم إلى عقار ومنقول في القانون ، غير أن العقار في القانون أعم وأشمل منه في الشريعة ، ويلحق به في أحكامه في القانون ما لا يلحق به في نظر الشريعة . فالعقار في القانون يشمل :

(١) الأموال الثابتة بطبيعتها ، وهي الأراضي كالبرك والمستنقعات والمعادن قبل استخراجها ، والأحجار قبل قطعها . ومن هذا القسم الأشجار المغروسة التي لم تنفصل عن الأرض^(٤) ، والنبات « ويشترط في النبات المعتبر ثابتاً أن تمتد جذوره في الأرض فلا يعتبر ما لا ثابتاً النبات الذي ينمو في الأوعية ويعتبر النبات عقاراً بطبيعته ، وإن كان زرعه في الأرض مؤقتاً . ولا فرق في اعتبار النبات

(١) مادة ٧٦ و ٨٦ راجع في هذا كتاب الأموال للأستاذ السكير الدكتور محمد

كامل مرسي بك .

(٢) راجع كتاب الأموال ،

(٣) راجع كتاب الأموال للأستاذ كامل مرسي بك .

(٤) راجع شرح القانون المدني للمرحوم فتحي زغلول باشا .

عقاراً بين كون الزارع هو مالك الأرض أو مستأجرها،^(١) وإذا قطع النبات انفصلت عنه صفة الثبات، وصار منقولاً .

(ب) المال الذي ينال صفة الثابت بصنع الإنسان، وهو كل منقول جعله الإنسان بصفة ثابتة أو مزجه بالأرض حتى صار متصلًا بها، فيتحول بهذا الصنع إلى عقار، ومن ذلك الطواحين والسواقي، ومجارى المياه^(٢) .

(ج) الحقوق المتعلقة بالعقار مباشرة كالرهن والامتياز والارتفاق والحيازة والاستعمال والسكنى^(٣) .

(د) ما يلحق بالأموال الثابتة من كل منقول خصص لخدمة العقار، ويشمل هذا القسم نوعين أحدهما الماشية وآلات الزراعة المخصصة بها المملوكة لصاحب الأرض، وثانيهما آلات المعامل إن كانت ملكاً لصاحب المعمل، وهذه المنقولات لا تلحق بالعقار إلا في حال واحدة وهي حال الحجز عليها، فإنه لا يجوز الحجز عليها منفردة عن العقار المخصصة له^(٤) .

١٤ - هذا سرد موجز لما تشمله كلمة العقار في القانون، وما يلحق به، وإذا كان لنا أن نبدى رأينا في القانون والشريعة بالنسبة للعقار والمنقول، ونوازن بينهما في هذا. فلا شك أننا نرى رأى القانونيين في اعتبار كل مال يصير ثابتاً بصنع الإنسان، ويمزج بالأرض مزجاً يعطيه صفة القرار والثبات - من نوع العقار، لا من نوع المنقول، وذلك هو نظر المالكية فهم يعتبرون كل ما يتصل بالأرض اتصال قرار وثبات كالبناء والغراس من العقار، ويعطونه كل أحكامه .

(١) راجع كتاب الأموال للأستاذ الجليل كامل مرسي بك .

(٢) شرح القانون المدني .

(٣) شرح القانون المدني .

(٤) شرح القانون المدني .

العلاقة بين الإنسان والمال

١٥ - ذكرنا أن المال لا يعتبر مالا إلا بتمول الناس له ؛ لذلك كانت علاقته بالإنسان هي التي تعطيه خواصه المالية والشرعية . ولقد قرر الشارع الإسلامي تلك العلاقة ، ورتب عليها ثمراتها ونتائجها ، وتلك العلاقة المقررة في الإسلام ككل الشرائع هي الملك ، وهو معنى نسبي يفرض التعيين النسبية بين المال والإنسان ، كالأبوة والبنوة ، والتقدم والتأخر ؛ فكل هذه أمور نسبية لتعيين النسب بين الأشياء والأشخاص ، فالأبوة والبنوة لتعيين النسبة بين الإنسان ومن نشأ منه ، كذلك الملك هو معين للنسبة بين الإنسان والمال ، الإنسان مالك والمال مملوك .

وقد عرف الفقهاء الملك بتعريفات كثيرة تتقارب في مرماها ، وإن اختلفت في مبناها ؛ فعرفه كمال الدين بن الهمام في فتح القدير بأنه القدرة على التصرف ابتداءً إلا المانع . ومعنى هذا التعريف الموجز أن الملك قدرة الشخص التي لا يستمددها من غيره على التصرف إلا المانع يمنع من التصرفات ، فالذي يملك التصرف بالنيابة من غيره في شيء لا يعتبر مالكا ؛ لأنه لا يقدر على التصرف ابتداءً ومن ذات نفسه ، بل يقدر عليه بقدرة غيره ، ومن ملك التصرف ، ولكن أهليته للتصرفات ليست كاملة أو معدومة ، يعتبر مالكا . وإن حرم من التصرفات لذلك المانع العارض ، لأن العبرة في وجود الملك بوجود القدرة الأصلية المسوغة للتصرف عند الخلو من الموانع الناشئة من فقد الأهلية أو نقصانها .

وعرف المقدسي في الحاوي الملك بأنه الاختصاص الحاجز ؛ ومعنى ذلك التعريف أن الملك هو الاختصاص بالشيء المانع لغيره من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا عن طريقه وبسببه ، وهذا التعريف لو اتصل بالأول ،

وكل أحدهما الآخر لنتج عنهما تعريف قويم ، لأن الاختصاص آثاره ثابتة في القدرة على التصرف ابتداء ، فالتعريف الذي نكونه من الاثنين يكون هكذا: الملك هو الاختصاص بالأشياء الحاجز للغير عنها شرعاً ، الذي به تكون القدرة على التصرف في الأشياء ابتداء إلا لما منع بتعلق بأهلية الشخص .

١٦ - وقد وجدنا تعريفاً قيمياً للملك في كتب المالكية نذكره تسمياً للمقام ، وتوضيحاً للمراد ، فقد جاء في كتاب الفروق القرآني وحاشيته ومهذبته « إن الملك هو تمكن الإنسان شرعاً بنفسه أو بنيابة عنه من الانتفاع بالعين ، ومن أخذ العوض ، أو تمكنه من الانتفاع خاصة » .

وهذا تعريف واضح ، فهو يبين أن الملك هو التمكن من الانتفاع ، ولكن ذلك التمكن لا يكون إلا بسلاطان من الشارع ، فالشارع في الحقيقة هو الذي أعطى الإنسان الملك بترتيبه على السبب الشرعي ، ولذا جاء في بعض التعريفات « أن الملك حكم شرعي ، مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالشيء وأخذ العوض عنه» (١) .

وهذا المعنى ، وهو أن الملكية لا تثبت إلا بإثبات الشارع وتقريره أمر متفق عليه بين فقهاء الإسلام ؛ لأن الحقوق كلها ، ومنها حق الملكية لا تثبت إلا بإثبات الشارع لها ، وتقريره لأسبابها ، فالحق ليس ناشئاً عن طبائع الأشياء ولكنه ناشئ عن إذن الشارع ، وجعله السبب منتجاً لمسيبه شرعاً (٢) .

وهذه التعريفات مهما تختلف عباراتها كلها ترمى إلى معنى واحد وهو أن الملك أو الملكية هو العلاقة التي أقرها الشارع بين الإنسان والمال ، وجعله

(١) الفروق القرآني : الفرق المتم للثانين بعد المائة .

(٢) راجع ما كتبه أستاذنا الشيخ أحمد إبراهيم بك في هذا المقام في مجلة القانون

والاقتصاد السنة السادسة .

مختصاً به بحيث يتمكن من الانتفاع به بكل الطرق المأثمة له شرعاً ، وفي الحدود التي بينها الشرع الحكيم .

١٧ - ولازيم أن نترك هذا المقام من غير أن نتصدى لنقطة آثارها بعض فقهاء المالكية في فلسفة الملك وهي : إبرد الملك على الأعيان ، أم يرد على المنافع فقط ، ويعنون بذلك أمن مالك يميناً يملك ماهيتها وذاتها ومنفعتها أم يملك منفعتها فقط ، أما الذات فليست تحت سلطان الإنسان ، ولا تقع في مكنته ؟ الظاهر الذي يرى باهوى الرأي أن الملك يقع على الأعيان إذا كانت الأسباب الشرعية للملك تقتضى امتلاك العين ، ويقع على المنافع إذا كانت الأسباب الشرعية تقتصره عليها . ولكن فقهاء المالكية اختلفوا في ذلك ، ففريق منهم قالوا إن الملك ومعناه القدرة على التصرف ، لا يتجاوز المنافع ويحدوها إلى جواهر الأشياء وذواتها ، لأن التصرف لا يقع على الذوات ، ولكن يقع على المنافع وعلى أعراض الذات وأحوالها ، فلا يس جوهرها وماهيتها ، لأن التصرف على ماهيتها يكون بالإحياء أو بالإفناء ، وذلك ليس في قدرة الإنسان ، إنما التصرف الذي في قدرة الإنسان هو ما حصر في دائرة المنافع وانتقال العين من يد إلى يد ، وتلك لا تمس الذات في شيء من المساس . ويفرقون بين الأسباب التي تبيح الانتفاع فقط ، والأسباب التي تعطى القدرة على التصرفات كلها بأن هذه كالبيع والهبة ونحوها تعطى القدرة على منافع العين إلى غير زمن محدود ولا تلزم برد العين ، وأما الأخرى كالإجارة والإعارة والوصية بالمنافع فإنها تعطى ملك المنافع إلى زمن محدود طال أو قصر وبعدها ترد الأعيان إلى مالكي المنفعة ملكاً مطلقاً ، وكأن المرعى في هذا أن أسباب الملك إما أن تعطى ملك المنافع مطلقاً غير مقيد ، فتكون بيعاً أو هبة أو ميراثاً ، وإما أن تعطيه مقيداً بزمن ، وترد العين بعده . ويسمى التصرف إجارة أو إعارة أو وصية بالمنافع .

والحنفية (كما تدل على ذلك ظواهر عبارات الكتاب والفقهاء) على أن الملك يقع على العين في التمليكات المطلقة ويقع على المنفعة في العقود التي تفيد ملكية المنفعة فقط ، وليست ثمة حاجة إلى الفلسفة التي أثارها المازري من فقهاء المالكية ؛ لأن ذلك كله أمور فرضية اعتبارية ولا جداء في هذا الخلاف .

قائمة الأموال للملك والتوكيل :

١٨ - الأموال بطبيعتها قابلة للملك والتملك ، لأنهما الثمرة الأولى لاعتبار الأشياء أموالاً ، والنتيجة الطبيعية للإحراز الذي هو من خواص المال غير المباح المميزة له عما عداه من الأشياء ، وأن الإحراز بمعناه الدقيق إن طرأ على المباح كان هو الاختصاص الحاجز المانع لغير المحرز من الانتفاع ، وقد علمت مما سبق أن المقدسي يعرف الملك بأنه هو هذا الاختصاص ؛ فإذا كان الإحراز من خواص المال غير المباح وصفاته الملازمة له ، وكانت العلاقة بين الإحراز والمالك هو ذلك التلازم كان علينا أن نقول حتماً أن المال قابل للملك بطبيعته وذاته ، وخاصته . غير أنه قد يعرض لبعض الأموال ما يجعلها مخصصة لجهة من جهات الانتفاع ، فيمتنع ورود التصرفات التي تثبت الملكية لأحد الناس عليها ، وتصير بذلك التخصيص غير قابلة للتمليك في كل الأحوال أوفى بعض الأحوال . وتشمل تلك نوعين من الأموال : أحدهما ما خصص للمنافع العامة كالأماكن المعدة لحفظ البلاد وحمايتها كالقلاع والحصون والمرافئ ، ومثلها الطرقات العامة والقناطر والجسور المعدة لاجتياز عامة الناس . فهذه الأموال لا تقبل التملك مطلقاً مادامت مخصصة لمنفعة الكافة^(١) ، فإن زالت عنها تلك الصفة عادت إلى حالتها الأصلية ، وهي قابليتها للملك والتملك بإطلاق .

(١) راجع مرشد الحيران وكتاب المعاملات المالية لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم

بك والفروق للقرافي .

(ثانيهما) أموال تقبل التملك في بعض الأموال وذلك عند وجود مسوغ شرعي من ضرورة ملجئة للتمليك ، أو حاجة ماسة دافعة إليه ، أو مصلحة راجحة . وتلك الأموال هي العقارات الموقوفة وأموال بيت المال ، فإن كليهما لا يسوغ تملكه إلا في الأحوال التي ذكرنا على ما هو مبين في مواضعه في كتب الفقه .

وغير هذين النوعين من الأموال قابل للملك والتمليك بإطلاق من تقييد.

الملكية التامة وتقييدها :

١٩ - الملك التام هو الملك الواقع على ذات العين ومنافعها .

(١) وهو يعطى المالك حق التصرف في العين ومنافعها بكل التصرفات السائغة شرعاً من بيع وهبة وإجارة وإعارة ووصية ووقف ، وغير ذلك من التصرفات التي تسيغها الشريعة الإسلامية ، ولا تتنافى في أحكامها مع مبادئها وقواعدها .

(٢) ويعطيه أيضاً حق الانتفاع كاملاً غير مقيد بوجه من وجوه الانتفاع ، ولا بزمان ، ولا بحال ولا بمكان ، فهو يستغل العين ويستعملها من غير قيد ولا شرط ؛ لأنه لا سلطان في العين ولا منفعتها لأحد سواه . ولا قيد يقيد الانتفاع إلا قيد واحد وهو ألا يكون الانتفاع محرماً ديناً وشرعاً ، بأن يكون قد ورد فيه نهي عن صاحب الشرع الشريف ، والدين الحنيف .

(٣) والملك التام ليس له زمن محدود ، ووقت معلوم ينتهي عنده ، بل إنه لا يقبل التقييد بالزمان ، ولا يقبل التقييد بالشروط ؛ فهو لإذن مطلق لا يقيد بزمن ولا مكان ولا شرط ، ولذلك كانت العقود التي تفيد التملك ملكاً تاماً لا تقبل تقييد الملك ، وكل شرط فيه تقييد له يكون منافياً لمقتضاها ، غير ملائم لمعناها ، ولا ينتهي الملك التام إلا بانتقاله لغيره . بتصرف شرعي ناقل للملك ، أو بالميراث ، أو تهلك العين الواقع عليها الملك .

(٤) والمالك ملكاً تاماً إذا أتلف العين المملوكة له لا يضمن مثلها ، ولا قيمتها ؛ لأنه لا فائدة من هذا الضمان ؛ إذ أنه إن ضمن يضمن لنفسه ، فكأن يده اليمنى تعطى يده اليسرى ، وذلك لا معنى له ؛ لأنه لا يقع في هذه الحال غرم ولا غارم . وليس معنى ذلك أنه يعنى من كل تبية لإتلافه ، بل إنه مسئول ديناً عما أضرع ، وقد يستحق التعزير على عمله ، وقد يؤدي عمله إلى إثبات سفهه أو نقصان عقله ، فيمنع من التصرف في ماله ، ويتولاه عنه غيره . هذه الأمور الأربعة هي من خواص المالك التام ، نسكتفي في ذكرها بالإيجاز بدل الاطناب .

٢٠ - والمالك الناقص هو مالك أحد الأمرين لا يعدوه ملك الرقبة وحدها من غير منافعها أو ملك المنفعة وحدها من غير الرقبة ؛ فهر واقع إما على الرقبة وحدها ، وإما على المنفعة وحدها .

وملك الرقبة وحدها من غير ملك المنفعة يثبت في صورتين ، كتأهما في الوصية .

(الصورة الأولى) إذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص بعد موته سواء أ كان ذلك لأمد معلوم له نهاية معلومة ، أم مدة حياة الموصى له ، فإنه في مدة حياة الموصى له أو مدة انتفاعه المحينة يكون هو مالكا للمنفعة ، وليس للورثة إلا الرقبة وحدها .

(الصورة الثانية) إذا أوصى المالك لشخص بمنفعة العين ، ولآخر برقبته ، فإن الموصى له بالرقبة يكون مالكا للرقبة وحدها ، في مدة انتفاع الموصى له بالمنفعة سواء أ كانت لها نهاية معلومة أم تنتهي بالموت .

وفي هاتين الصورتين يكون ملك الرقبة مؤقتاً محدوداً بملكية الآخر للمنفعة ، فإذا انتهى ملك المنفعة إما بموته أو بانتهاء مدتها عادت المنفعة إلى

مالك الرقبة ، وتصير المنافع والرقبة ملكاً لصاحب الرقبة ، فيصير ملكه ملكاً تاماً ، وإذن فملكية الرقبة تنتهي دائماً بملك تام .

٢١ — والأصل في ملك الرقبة وحدها هو جواز الوصية بالمنافع منفردة عن الرقبة وذلك جائز في مذهب أبي حنيفة وأصحابه وأكثر الأئمة ، وخالف فيه ابن أبي ليلى ، فهو لا يجيز الوصية بالمنافع منفصلة عن أعيانها ، واستدل على ذلك بدليلين — أحدهما — أن الوصية بالمنافع وصية بما يصير ملك الوارث ؛ لأن الوصية عقد لا يظهر أثره إلا بعد موت الموصى ، وبعد موته تصير الرقبة ملك الورثة والمنفعة تابعة للرقبة ملازمة لها ؛ لا تنفصل عنها ، فمن ملك الرقبة ملكها ، فإذا أوصى بها لإنسان كان ذلك إيضاً بشيء هو في ملك وارثه عند تنفيذ الوصية ، وتقرير حكمها ، وظهور أثرها ، وذلك لا يجوز في الشريعة .

ثانيهما — أن الوصية بالمنافع لا تجوز إلا على اعتبار أنها تشبه الإعارة لأن كليهما تملك للمنافع بغير عوض ، فالمسوغ الوحيد لإجازتها هو هذا التشابه وهو مسوغ يؤدي إلى بطلان الوصية بالمنافع ، ويأتي عليها بالنقض ، فإن الإعارة تبطل بموت المعير ، ولا تثبت بعد موته ساعة من زمان ، وإذن فهذا المسوغ لا يصح أن يكون مجيزاً للوصية بالمنافع ، ولا يستطيع أحد أن يفرضه مسوغاً سواه (١) .

وقد استدل الحنفية وغيرهم على جواز الوصية بالمنافع منفردة عن الرقبة بأن المنافع يعقد عليها في عقود الإجارة والإعارة وغيرهما ، ولا شك أن الوصية أوسع قبولا ، ولذا صح أن يكون المحقود عليه فيها غير موجود عند العقد ، وصح العقد فيها مع التعليق والإضافة ، فإذا جاز أن تكون

(١) راجع في هذا البدائع الجزء السابع .

المنافع محلاً للعقد في العقود الضيقة النطاق التي يبطلها التعليق ، فبالأولى تجوز في الوصية وهي من أوسع العقود شمولاً ، وأكثرها قبولا للشروط . وردوا دليلي ابن أبي ليلى بأن الوصية بالمنافع تجعلها ملكاً مقصوداً ، فإذا مات الموصى تصل إلى الموصى له في الوقت الذي تصل فيه الرقبة إلى الوارث ؛ لأن كليهما تنال الملك بالخلافة عن المورث ، فتصل الرقبة إلى الوارث منفصلة عن منافعها ، ولا يوجد ما يحد إرادة الموصى في الوصية ؛ لأنه مادام يملك الوصية بثلك ما يملك ، فله الوصية بالمنافع وحدها أو بها مع العين ولا دليل على التقييد والمنع ، بل إنه مادام يملك الوصية بالمنافع والذوات ، ، فبالأولى يملك الوصية بأحدهما ، فإذا أفرد المنافع بالوصية فقد فعل ما هو من ولايته .

وردوا الدليل الثاني بأن الوصية بالمنافع شابت الإعارة في أن كليهما تمليك بغير عوض ، فكان ذلك مسوغاً لجواز هذا النوع من الوصايا لهذا المعنى الجامع بينه وبين الإعارة ، وليس معنى ذلك أن يكونا متشابهين من كل الوجوه ، وإلا كانا عقداً واحداً ، فلا بد إذن أن يختلفا في بعض مشخصاتهما ، فالوصية تكون بعد الموت ، والعارية تكون حال الحياة ، وليس كون الوصية بعد الموت يمنع أن يسرى عليها الجواز الذي يسرى على العارية المشابهة لها ، لأن الإنسان أن يتصرف في ثلث ما يملك بعد الوفاة .

هذه أدلة الفريقين سقمناها توضيحاً للفكرة ، وتشبيهاً لها ، ولسكى يكون القارىء على إمام بلب الفقه ومعناه ؛ فلب الفقه الاستدلال ورد الفروع إلى أصولها .

٢٢ - ومالك الانتفاع وحده من غير ملك الرقبة يشمل نوعين من المحقوق ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وقد عقدت كتب المالكية والشافعية

فصلاً للتفريق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وأحسن ما قيل فيه ما قاله القرافي في كتابه الفروق وخلاصته أن حق الانتفاع هو الإذن للشخص في أن يباشر هو الانتفاع بنفسه فقط كالإذن في الجلوس في المدارس والمساجد ، والأسواق والبيات في المضايق ، ونحو ذلك فلنأذن له في ذلك أن ينتفع بنفسه فقط ، ويمتنع في حقه أن يؤجر أو يماوض بطريق من طرق المعاوضات أو يسكن غيره في بيت من دار الضيافة .

وتمليك المنفعة أن يكون للشخص الحق في أن يباشر الانتفاع هو بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة ، أو بغير عوض كالعارية ، كمن استأجر دار فله أن يؤجرها لغيره أو يعيرها ، وفي الجملة له أن يتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم بالوجه الذي قيدت به أحكام العقد الذي استحدثت بمقتضاه المنفعة .

وعلى ذلك نقول إن حق الانتفاع يثبت بأحد سببين (أحدهما) أن تكون الأعيان المنتفع بها مخصصة لمنفعة السكافة ، ولا يملكها واحد من الناس ، كالأنهر والترع التي تشقها الدولة ، والطرق غير المملوكة ، وكذلك ما خصصته الدولة لمنفعة فريق من الناس لاحظت فيهم شروطاً يجب أن تتحقق كالمدارس ، والمصحات وغير ذلك ، فما يتعلق بهذه الأعيان من الحقوق إنما هو من قبيل حق الانتفاع لا من قبيل ملك المنفعة .

(ثانيهما) الإباحة^(١) فإنها تعطى للمباح له حق الانتفاع ، ولا تعطيه ملك المنفعة ، فليس له أن يملك المنفعة لغيره بعوض أو بغير عوض ، كمن يخصص داراً له لإيواء من انقطع بهم الطريق ، ولا مكان يأوون إليه ،

(١) الإباحة أن يأذن شخص في الانتفاع بملكه أو امتلاكه لآخر وجه التعاقد ولا يشترط أن يكون المأذون له بالانتفاع أو الامتلاك معلوماً بشخصه أو اسمه ، ومثال ذلك الضيافة العامة والخاصة ، ونشر النور في العرس (راجع هامش كتاب المماثلة الشرعية المالية لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك) .

فإن المنتفعين بهذه الدار لهم حق الانتفاع فقط ، إذ لا يملكون أن يملكوا غيرهم منفعة بعوض أو بغير عوض .

٢٢٣ - أما ملك المنفعة فيستفاد بأسباب أربعة ، وهي : الوقف ، والرصية ، والإجارة ، والإعارة .

(١) والإعارة لا تسبغ للمنتفع أن ينتفع بطريق الاستغلال بأن يؤجر العين لغيره ، وينال الأجرة ، وذلك لأن من مالك المنافع بغير عوض لا يصح أن يملكها غيره بعوض ، ولأن الإعارة عقد لازم ، والإجارة عقد لازم ، فإذا ملك المستجير الإجارة إما أن نقول إن إجارته لازمة ، وعلى ذلك تكون الإعارة أيضاً لازمة ، لأنها مبنية عليها ، وذلك تغيير لوصفها الشرعي وأثرها الذي اعتبره الشارع مقتضى لها ، وإما أن تكون إجارة المستجير غير لازمة ، لأنها بنيت على عقد غير لازم ، وذلك أيضاً تغيير لوصف الإجارة الشرعي ، ومقتضاها الذي جعله الشارع أثراً لها ، فالإجارة من المستجير إذن تؤدي حتماً إلى أحد أمرين كلاهما غير موافق لوصف أحد العقدين ومقتضاه^(١) .

وهذا الحكم هو مذهب الحنفية والشافعية ، وأما مذهب مالك رضي الله عنه فهو أن من استعار عيناً ، فقد ملك منفعتها ، وإذا ملك منفعتها فله الحرية والسلطة المطلقة في التصرف فيها في مدة العارية بشرط ألا يضر بالعين ، وعلى ذلك يكون له أن يعير العين وأن يؤجرها^(٢) .

(ب) والإجارة تسوغ لمن ملك المنفعة بمقتضاها أن ينتفع بنفسه ، وأن ينتفع بطريق الاستغلال ، فله أن يؤجر العين ، ويأخذ أجرتها بشرط ألا تكون

(١) راجع الأشباه والنظائر .

(٢) راجع الفروق للقرافي الجزء الأول . وقد جاء في تهذيب الفروق : « من شهدته له العادة في العارية بمدة كانت له تلك المنفعة ملكاً على الإطلاق يتصرف كما يشاء بجميع الأنواع السائنة في التصرف في المنفعة في تلك المدة ، ويكون تملك هذه المنفعة كتملك الرقاب » .

المنفعة المعينة في العقد مما يختلف باختلاف المنتفعين ، فإذا كانت مما يختلف باختلاف المنتفعين ، ولم يحجز المؤجر للمنتفع أن يؤجرها لغيره أو يعيرها ، فليس له أن يؤجر أو يعير ، لأنه إن فعل يكون قد فعل غير المتفق عليه ، وهو المنفعة المعلومه في العقد ، ولا شك أن الإجارة لا تعطى من المنافع إلا النوع المتفق عليه ، فتمليك المنفعة التي تختلف باختلاف المنتفعين من غير إجازة المالك سواء أكان بعوض أم بغير عوض - تمليك غير المتفق عليه أو تمليك مالا يملك ، وذلك لا يسوغ ولا يجوز من غير إذن المالك .

(ج) وأما الوقف والوصية فللمنتفع بسببها أن ينتفع بالاستغلال أو بالاستعمال إن نص عند إنشائها على أن له أن ينتفع كيف شاء ، وإن نص على واحد منهما ومنع من الآخر كأن ينص على الاستعمال ، ويمنع بالنص من الآخر ، أو العكس ، فليس له إلا ما نص عليه لأن الشروط التي يذكرها الواقفون أو الموصون في الوقف أو الوصية هي التي تنظم طريق الانتفاع ، وبمقتضاها يتمكن المنتفع منه . ولذا ورد على أقلام الفقهاء شرط الواقف كنسب الشارع . وذلك كلام سائق فيما أعطاه الشارع له من حقوق في الوقف ، ومثل ذلك الوصية .

وإن نص على الاستغلال وسكت عن الاستعمال من غير إجازة أو منع ، فقد اختلف فقهاء الحنفية . فقريق قال إنه يملك الاستعمال والاستغلال ؛ لأن من ملك أن يملك المنفعة لغيره بعوض يملكها بالأولى لنفسه . وليس الاستغلال إلا بأن يملك المنافع لغيره بعوض . ولأنه لا فرق بين استعماله واستعمال غيره . بل إن استعماله مظنة الرفق بالعين . والرعاية لها والمحافظة عليها .

وقال فريق آخر وهم الأكثر عدداً أن من ملك الاستغلال لا يملك الاستعمال ما دام لم ينص عليه ؛ لأن المنتفع يستمد هذا الحق من نص الواقف أو الموصي . والذي نص عليه هو الاستغلال فقط . والاستغلال والاستعمال

أمران متغايران ، ووجهان من أوجه الانتفاع متباينان ، فالنصر على أحدهما لا يقتضى إجازة الآخر .

ومثل النص على الاستغلال من غير نص على الاستعمال فى الحكم الحال التى يطلق فيها الواثق أو الموصى فلا يذكر استغلالاً أو استعمالاً ، فإنه ينصرف الإطلاق إلى الاستغلال ، وكأنه نص عليه من غير ذكر الآخر ، وذلك مبنى على قاعدة أصولية ، وهى أن المطلق ينصرف إلى الفرد الكامل ، وكأنه ذكره ، ففى هذه الحال قد ذكر فى الوصية والوقف الانتفاع مطلقاً من غير نص على أحد فردى الانتفاع وهما الاستعمال والاستغلال ولا شك أن الاستغلال أكمل من الاستعمال ؛ لأنه أوسع نطاقاً فى التصرفات ، فىنصرف إطلاق الانتفاع إليه .

وإذا نص الواثق أو الموصى على الاستعمال فقط ، ولم يتعرض للاستغلال بإجازة أو منع ، فإن فقهاء الحنفية يجمعون على أنه لا ينتفع إلا بطريق الاستعمال ، ولا يسوغ له الاستغلال ؛ لأن من ملك حق الاستعمال بمقتضى الوقف أو الوصية قدم ملكه بغير بدل فلا يملكه من غير بدل ؛ والاستغلال يقتضى ذلك ، فهو إذن لا يجوز ، لأن الملك بيد أقوى من الملك من غير بدل ، ومن ملك الأضعف لا يملك الأقوى .

٢٤ - والوقف فى مذهب مالك إن كان على السكنى كان معطياً حقاً الانتفاع للمستحق ، ولا يكون مملوكاً للمنفعة ، وإذن يكون للمنتفع أن ينتفع بنفسه فقط وليس له أن يعير المنفعة لغيره فضلاً عن أنه ليس له الاستغلال بوجه من الوجوه ، وهذا نص ما جاء فى الفروق للقرافى : « وإذا وقف وقفاً على أن يسكن أو على السكنى ولم يزد على ذلك فظاهر اللفظ يقتضى أن الواثق إنما ملك الموقوف عليه الانتفاع بالسكنى دون المنفعة ، فليس له أن يؤجره غيره ، ولا يسكنه ، وكذلك إذا صدرت صيغة تحتل تمليك الانتفاع أو تمليك (٦ - نظرية العقد)

المنفعة ، وشككنا في تناولها للمنفعة قصرنا الوقت على أدنى الرتب ، وهى
تمليك الانتفاع دون المنفعة ، فإن قال فى لفظ : « ينتفع بالعين الموقوفة بجميع
أنواع الانتفاع ، ، فهذا تصريح بتمليك المنفعة ، أو يتصل من القرائن ما يقوم
مقام هذا التصريح من الأمور العادية أو الحالية ، فإننا نقضى بمقتضى تلك
القرائن ، ومتى حصل الشك وجب القصر على أدنى الرتب ؛ لأن الأصل
بقاء الأملاك على ملك أربابها ، والنقل والانتقال على خلاف الأصل ، فمتى
شككنا فى رتب الانتقال حملناه على أدنى الرتب لبقاء للأصل ، وعلى هذه
القاعدة مسائل فى المذهب ، وظاهر من هذه العبارات ، وعموم الأصل الذى
انبت عليه تكون أحكام الوصية كما أحكام الوقت ، وخلاصة القول فى ذلك
أن عبارة الوقت أو الموصى إن أفادت لنصها أو بالقرائن اللفظية الحالية
أنها ملك المنفعة كان للمنتفع الاستعمال والاستغلال ، وإن أفادت ملك الانتفاع
كان له الاستعمال دون الاستغلال ، وإن كانت العبارة تحتل أحد الأمرين
حملت على أدنى رتب الانتفاع ، وهى حق الانتفاع فقط ، فيكون له الاستعمال
دون الاستغلال .

وفى مذهب الشافعى وأحمد بن حنبل رضى الله عنهما الوقت والوصية
يملك المنتفع بسببهما المنفعة لاحق الانتفاع ؛ إلا إذا نص على أن المنتفع له
حق الانتفاع فقط أو دلت قرائن الأحوال على ذلك ، كالانتفاع بالخانات
والمصحات والمدارس الموقوفة ، فإن المنتفع لا يملك إلا حق الانتفاع أما فى
غير هذه الأحوال فيملك المنتفع المنفعة سواء أكان الوقت أو الوصية
للسكنى والاستعمال فقط أم للاستغلال فقط أم لها فمن ملك أحدهما على جهة
الاختصاص ملك الآخر ؛ لأن مقتضى الوقت أو الوصية فى هذه الحال ملك
المنفعة ، لاحق الانتفاع ، وملك المنفعة يعطى المنتفع حق الاستعمال
والاستغلال على ما هو مقرر .

ضمان ملك المنفعة وهو الانتفاع :

٢٥ - (١) المنتفع في ملك المنفعة حق متعلق بالعين ، ولسكن العين ملك لغيره ، وإنما استفاد هو ذلك الحق من مالك العين ، ولذلك كان المنتفع مطالباً بالمحافظة على العين المنتفع بها بمحافظته على ماله ، لكي يعيدها إلى مالكيها صحيحة سليمة ، وإذا هلكت بفعله أو بتقصيره في المحافظة عليها كان ضامناً لصاحبها قيمتها إن كانت قيمية ومثلها إن كانت مثالية ، ولا يضمن إن هلكت من غير تعد أو تقصير في المحافظة عليها .

(٢) وملك المنفعة يقبل التقييد بالشروط في أوجه الانتفاع ، وفي زمان الانتفاع وفي مكانه ، وهو يخالف بذلك الملك التام ؛ فإنه لا يقبل التقييد بالشروط على ما أسلفنا من القول .

(٣) وملك المنفعة لا يورث ، بل ينتهي بوفاة المالك ، ولا ينتقل لورثته وهو بذلك يخالف المالك التام ، وملك الرقبة فانهما يورثان ، وينتقلان بالخلافة إلى الوارث . وخالف في ذلك الشافعي فقال إن ملك المنفعة يورث .

ضمان العين المنتفع بها :

٢٦ - للانتفاع بالعين حالان : (إحداهما) ألا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، بل الانتفاع بها باستهلاكها ، وذلك يكون في إعاره بعض المثليات فإن الانتفاع بها يكون باستهلاكها غالباً ، ففي هذه الحال لا ترد ذات العين المنتفع بها بل يرد مثلها ، ويكون عقد العارية في هذه الحال عقد قرض .

(ثانيتهما) أن يكون الانتفاع بالعين مع بقائها ، وفي هذه الحال تكون العين أمانة في يد المنتفع ، فإن تلفت من غير تعد ولا تقصير أو تعيبت لذلك لا يضمن شيئاً ، لأن يد الأمانة غير ضامنة .

وإن تلفت بتعد أو تقصير في الحفظ أو تعيبت ضمن قيمتها أو مثابها عند الهلاك ، وضمن نقصان العيب عند التعيب ، والتعدي يثبت بإحدى صورتين (أولاهما) أن يتلفها أو يعيبها بحمل مقصود به الإلتلاف أو التعيب ، (وثانيتها) أن يتجاوز الشروط التي قيدها المالك ، أو يتجاوز الأمد الذي عينه له أو يجبس العين بعد انقضاء المدة المحدودة ، ففي كل هذه الصور يكون المنتفع متعديا وتنقل يده من يد أمينة إلى يد ضامنة .

ويتهى ملك المنفعة ، بوفاة مالك العين أو المنتفع كما أشرنا ، وبانقضاء المدة التي عين الانتفاع بها وبهلاك الشيء المنتفع ، أو تعذر استيفاء المنفعة المتفق عليها منه ، ومتى انتهى حق الانتفاع والعين الباقية سلمت العين إلى مالسكها ، إلا إذا كان في تسليمها ضرر على المنتفع ، كأن تنتهى مدة الإجارة ، والزرع بقل لم ينضج ، فإنه يترك بأجر المثل ، وإذا مات المستأجر والزرع بقل ترك في يد أو ارث بالأجر المسمى إن كانت مدة الإجارة لا تزال باقية لم تنته ، فإذا انتهت كان على الوارث أجر المثل إذا كان الزرع لا يزال بقلا^(١) .

٢٧ - ولم نجد القانون المدني خالف الشريعة في ملك المنفعة مخالفة كبيرة ، وجملة ما خالفها فيه ترجع إلى أمور منها :

(١) أن ملك المنفعة ينتقل إلى الوارث بعد وفاة مالسكها ، إذا كانت لمدة معينة لم تنته المدة ، ومذهب الحنفية غير ذلك ؛ لأن ملك المنفعة فيه لا يورث بل بمجرد وفاة أحد العاقدين في العقد الذي ملكت المنفعة بمقتضاه يفسخ العقد ، ويتهى ملك المنفعة على النحو الذي ذكرناه . ومذهب الشافعي كالتقانون المدني .

(١) راجع مذكرات المعاملات في فقه أبي حنيفة التي كتبها بعض أساتذة مدرسة القضاء الشرعي للسنة الثانية من القسم الأول بها . وراجع البدائع في الإجارة .

(٢) أن القانون المدني يفرض أن حق المنفعة قد يكون أبدياً ، ولكنه عقد المنفعة المؤبد لا يكون بين آحاد الناس . والأصل في ذلك أن أكثر أراضي مصر كانت معتبرة ملكاً للدولة ، ويد الزارع عليها يد مستأجر منتفع ، لا يد مالك للعين ، ولكنه حق دائم غير مقيد ، وينتقل بعد المنتفع إلى الورثة الذين أجاز لهم بمقتضى القانون أن يحلوا محل مورثهم . ولكنه بعد أن صارت تلك الأراضي التي كانت يد الناس عليها يد منتفع مملوكة ملكاً تاماً أو اضعى اليد عليها بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ للقضاء الأهلى ، والأمر العالى الصادر بتاريخ ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦^(١) - بعد هذا أبقى حق الانتفاع الأبدى ؟ ولقد كان ذلك مفروضاً فى تلك الأراضي ، التى قد زالت ملكية الدولة عنها ، وأصبحت ملكاً تاماً لو اضعى اليد ، وما تملكه الحكومة من أراض غيرهما إنما تملكه ملكية خاصة تتصرف فيه على أنها شخص معنوى له ما لكل الأشخاص من تصرفات . لذلك لا نرى أن تلك المنفعة الأبدية (إذا كان ذلك أصلها) باقية إلى الآن .

(٣) أن حقوق مالك المنفعة والعين المنتفع بها أوسع فى القانون منها فى الشريعة ، فهناك المنفعة فى القانون المدنى جميع حقوق المالك فيما ملك وعلى قدر ملكه فله الانتفاع بالشيء مباشرة أو بالواسطة كالإجارة أو الشركة أو المزارعة وغير ذلك ، وله أن يرهنه بجميع أنواع الرهن ، ويرتب عليه حقوق ارتفاق ، وأن يتصرف بالبيع والبدل ، وغير ذلك من التصرفات الجائزة فى المالك شرعاً^(٢) .

ونرى من ذلك أن القانون أعطى مالك المنفعة من التصرفات ، وسوغ

(١) راجع المجموعة المدنية والملكية العقارية فى مصر للأستاذ جليل الدكتور كامل

بك مرسى ، وشرح القانون المدنى للمرحوم فتحى زغلول باشا .

(٢) العبارة منقولة ؛ لنص تقريباً من شرح القانون .

له من العقود ما لم تسوغه الشريعة ، فالرهن مثلا لا يجوز من المنتفع في الشريعة ، ولكنه يجوز في القانون .

حقوق الارتفاق

٢٨ - حق الارتفاق حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر ، مالمالكه غير مالك العقار الأول ، وهو يشبه حق الانتفاع من حيث أنه ليس فيه ملكية تامة للمالك العقار المنتفع ؛ بل إن بعض المؤلفين يعده من أقسام حق الانتفاع^(١) .

وحقوق الارتفاق ثلاثة : حق الشرب ، وحق المسيل ، وحق المرور . وهذه تشملها أحكام عامة ، وتخص كل واحد منها أحكام ، أما العامة ، فهي أنها جميعا ، لا بد لثبوتها من الا يكون في استعمالها أذى يلحق غيره ، كأن يكون استعمال حق الشرب في سقي أراض واسعة يأخذ ماء كثيرا يضر فيجعل الشركاء في التربة الخاصة ، أو المنتفعين في التربة العامة أو النهر العام عرضة للحرمان من السقي ، وأخذ نوبتهم ، ففي هذه وأمثالها يمنع الشخص بمقدار ما يزيل الضرر كذلك حق المرور يجعل لك حق المرور إلى منزلك أو لزرعك من طريق ، بشرط ألا تضر غيرك ، بأن تلقى فيه قاذورات ، أو تعمل ما فيه احتمال الضرر ، كأن تسير بعربتك في غير الجانب المخصص لسيرها من الطريق ، حتى لا تصطدم بغيرها .

ويثبت أى حق من حقوق الارتفاق بواحد من ثلاثة أسباب : (أحدها) أن يتعلق الحق بمرتفع عام ، فيثبت لكل من يتصل به عقاره حق الارتفاق فيه شربا ، أو مسيلا ، أو مرورا ، (ثانيها) الإذن من المالك إذا كان العقار المتعلق به الحق مملوكا مملوكا خاصا ؛ فإنه بهذا الإذن يصير له حق الارتفاق

(١) راجع كتاب الأستاذ الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك في المعاملات الشرعية المالية .

على عقار الآخر ، (ثالثها) القدم ؛ فإذا وجد أن لعقار على آخر حقاً مقررآ ، حفظ له ذلك الحق مادام لم يعرف وقت حدوثه ، وإن علم وقت الحدوث ذلك فإن كان مثبتاً لذلك الحق كان للعقار الحق بهذا السبب المثبت ، وإن كان غير مثبت بأن كان سبباً باطلاً وعلم ذلك بالبينة حكم ببطلانه ، وفي الجملة القدم مثبت مالم يقيم دليل على بطلان السبب الذي اعتمد عليه بعد ثبوت أوليته .

من الشرب ، والجرى :

٢٩ - والآن نسلّم في كل حق من هذه الحقوق ، وما يخصه من أحكام ، ولنبدأ بحق الشرب : الشرب في اللغة معناه الحظ والنصيب من الماء ، قال الله تعالى عن شأنه « وهذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم » ، وقال تعالى « ونبيهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر » .

وفي الشريعة النصيب من الماء لسقى الزرع والشجر ، ويقابل حق الشرب الذي خص بسقى الزرع والشجر - حق الشفة فهو خاص بشرب الحيوان والإنسان ومنفعته بالماء كالوضوء والغسل ونحو ذلك ، والمياه بالنسبة لحق الشرب والشفة ثلاثة أقسام :

القسم الأول : المياه الدبيرة وما تفرع عنها من ترع أنشأتها الدولة لمنافع الناس وري أراضيهم ، ولكل إنسان أن ينتفع من هذه المياه ، ويشرب منها هو وحيوانه ، ويسقى زرعه وغرسه وينصب عليها الرحي (١) ، ويكرى نهرآ منها إلى أرضه بشرط ألا يضر ذلك بالعامّة ، وذلك لأن ماء هذه الأنهار غير مملوك لأحد ، لأن الملك إنما يكون بالاستيلاء والقهر والإحراز ، ومياه هذه الأنهار غير محرزة ولا مقهورة ولا محل استيلاء أحد ؛ وفوق ذلك

(١) الرحي هي ماسية الساقية في عرفنا الحاضر .

فهذه الأنهار غير مملوكة الرقبة لأحد على الخصوص ، فليس ماؤها بمملوك ،
ولمست هي بمملوكة ، ولذا بقي ماؤها على أصل الإباحة ، وصار الناس فيه
شركاء بمقتضى الشركة الطبيعية في الإباحة ، لقوله عليه السلام « المسلمون
شركاء في ثلاثة في الماء والكلاء »^(١) ، والنار ، والشركة في هذا الحديث شركة
إباحة ، فمن سبق إلى شيء منها واستولى عليه ، وأحرزه دخل في ملكه ،
ولهذا كاه كل إنسان فيه حتى الشفة والشرب ، مطلقاً من غير قيد الإقيد أو احداً
وهو ألا يترتب على تصرف الإنسان ضرر بالعمامة ، لأن الضرر يجب أن
يزول^(٢) . وقد جاء في البدائع أن من أضر بالنهر أو ما يتفرع منه من مياه
عامة فلكل واحد من المسلمين منعه ، لأنه لعمامة المسلمين ، وإباحة التصرف في
حقهم مشروطة بعدم الضرر .

٣٠ - القسم الثاني : المياه التي تجري عبرها متتابعاً في ملك خاص :

وذلك مثل النهيرات التي يكرها الناس في مزارعهم لتوصل المياه إلى كل أجزائها ،
والماء في هذه الحالة غير محرز ، لأن صاحب الأرض لم يستول عليه ، ولم
يقهره ، لأنه يجري متتابعاً ، فلم يقع في سلطانه ، ولكنه يجري في أرض
مملوكة له ؛ فكان له حق فيه ليس لغيره ، ولذا كان حكم هذا الماء أنه يثبت
فيه حق الشفة لكل إنسان ، ولكن لا يثبت حق الشرب إلا بإذن صاحبه .

أما ثبوت حق الشفة : (١) فلأن الماء ما زال باقياً على أصل الإباحة ،
لأن أحداً لم يستول عليه ، ولم يحزره ، فهو ليس بمملوك لأحد فصار لكل
إنسان أن ينتفع به في الشرب وقضاء حاجاته ، وأن يسقي دوابه ، وصار كطبي
تسكن في أرض إنسان ، فلكل إنسان أن يصيده ، مادام صاحب الأرض

(١) الكلاء المباح هو الحشيش الذي ينبت بغير إنبات الإنسان .

(٢) قامت لأئمة الرى منظمة للانتفاع بماء النيل وترعه العامة تنظيمًا يمنع أن يترتب

على تصرف المنفعين ضرر بالكفاة .

لم يجعلها شركاً لصيده ، (٣) ولأن رسول الله صلى عليه وسلم نهى عن منع نبع البئر ، (٣) ولأن الحاجة إلى الماء تنجدد ساعة بعد ساعة ، ومن خرج مهاجراً ضارباً في الأرض لا يمكنه أن يستصحب ما يكفيه إلى أن يرجع إلى أهله ، فيحتاج إلى أن يأخذ من ماء الآبار التي تكون في طريقه لنفسه ودابته . وصاحب الأرض لا ضرر يلحقه من أخذ قدر من الماء لشرب الشخص ودابته ، بينما هذا لو منع منه يلحقه حرج شديد وضرر عظيم ، فكان من المعقول أن يزال هذا الضرر العجيب بأمر لا يضر الآخر ، وإن مسه منه ضرر فهو يسير ، والضرر اليسير يدفع به الضرر الخطير ، وذلك أمر مقرر في الشرع .

وأما عدم إباحة سقي الزرع فلأن في إباحته إلحاق ضرر عظيم بصاحب الأرض ؛ إذ فيه احتمال إبطال حق صاحبه الذي أجرى الماء في ملكه الخاص ، إذ بإباحة الشرب سيكون متساوياً مع كل من له أراض تسقى منه ، وبذلك لا يكون له حق ممتاز مع أن الملكية للأرض التي يجري فيها الماء أوجد لها امتيازاً بذلك الملك الذي قدمه ، ولأن الشرب لا حد للماء الذي يؤخذ فيه ، إذ ليست له نهاية معلومة ، وقدر معلوم ، ففي إباحته تعرض لضرر الحرمان من الانتفاع ، ولا شك أن الضرر الكبير لصاحب حق يدفع به ضرر غيره ولو كان كبيراً ، لأنه لم يترتب له حقوق أثبتتها ملكية خاصة له ، وعلى هذا لا يثبت الشرب في هذا النوع من المياه إلا بقدم غير معروف أوله ، أو بإذن خاص من المالك .

٣١ — هذا ويلاحظ ثلاثة أمور : أولها أنه يجب على من يسقي دوابه من ماء يجري في ملك خاص أن يحافظ على حاقق النهر والبئر ، لأن الشرط في استعمال الحقوق ألا يترتب على استعمالها ضرر ، ولا شك أن تخريب جانبي النهر أو جوانب البئر فيه ضرر كبير بصاحب المالك ، والضرر واجب الإزالة ،

ولذا إذا خيف تخريب النهر من كثرة الدواب كان لصاحبه أن يمنعها إذ الحق له بصفة خاصة ، وإنما ثبت لغيره حق الشفة للضرورة ، ولا معنى لإثباته على وجه يتضرر به صاحبه ؛ لأنه بهذا تبطل منفعته ، فيذهب بذلك ماله من حق خاص ، ولا يصح أن يضيع الحق الأصلي في سبيل حق ثبت للضرورة دفعا للأذى عن الناس وسداً لحاجاتهم.

وثانيها : أنه إذا كان نبع الماء أو النهر المملوك ملكا خاصا يمكن الوصول إليه بطريق اس مملوكا ملكا خاصا فعلى المستحق منه لنفسه أو لدوابه أن يسلمه ، وليس له أن يصل إليه من أرض صاحب البئر أو النهر ولهذا أن يمنع ، لأن دخول أرضه إضراره ولا ضرورة تدفع إليه ، فلا يصح له أن يحتازها ، وإن لم يمكن الوصول إلى ماء الجدول أو البئر إلا بدخول الأرض ، واضطروا إلى أن يشربوا من هذا الماء ، لعدم وجود غيره يقال لصاحب الأرض إما أن تأذن لنا بالدخول ، وإما أن تحمل إلينا الماء ، فإن لم يفعل دخلوا وأخذوا من الماء ما يكفيهم ، لأن الضرورة تدفعهم إلى هذا الصنيع ، إذ هم في حاجة إلى الماء ، ولا ماء سوى ما في هذا الجدول أو هذه البئر ، ولا طريق إليه إلا أن يدخلوا أرضه ، وهو متعنت في منعهم ، والضرورات تسد وتدفع ما دام لا ضرر منها على أحد ، ولا ضرر هنا على صاحب الأرض .

وثالثها : أنه إن منعهم صاحب البئر أو النهر من أن يشربوا من مائه أو يستقوا دوابهم وكانوا في اضطرار إليه كان لهم أن يقاتلوه بالسلاح ، (وإن كان الأولى أن يقاتلوه أولا بغير السلاح) ليأخذوا منه قدر ما يدفع الهلاك عنهم ، وذلك لما روى من أن قوماً وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلهم على البئر ، فأبوا . وسألوهم أن يعطوهم دوا ، فأبوا فقالوا لهم إن أعناقنا وأعناق مطايانا

كادت تقطع ، فأبوا . فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضى الله عنه فقال : هلا
وضعتم فيهم السلاح . ولأن الماء مادام غير محرز ، وما دام يجرى متتابعاً
فهو على الإباحة الأصلية ، ولكل إنسان حق أخذه والشرب منه ، ومن يمنع
أحداً من أخذ ما له حق في أخذه كان له أن يقاتله بالسلاح ، كمن يمنع إنساناً
من ماله المملوك له ماسكاً خاصاً له أن يقاتله بالسلاح ، حتى يصل إلى ماله .

وإذا كانت الشفة تأتي على كل ما في النهر أو البئر من ماء فقد اختلف
الفقهاء ، فقال بعضهم ليس له المنع ؛ لأنه غير مملوك له ، فلا يصح أن يمنع
أحداً منه مادام يريد الرى لنفسه ودوايه ولما ورد في ذلك من الآثار التي
سقتناها . وقال بعضهم وهم الأكثرون إن له أن يمنع ، لأنه يلحقه ضرر بذلك ،
إذ يضيع حقه ، لأنهم يأتون على كل الماء ، وحقه أولى بالرعاية لأن الماء
يجرى في ملكه ، وعلى ذلك تصير الشفة في هذه الحال كالشرب ، بل أولى
بالمنع ، لأن ضياع حقه في هذه الحالة محقق ، وهو في الشرب محتمل ، وإذا
كان مع الاحتمال منع الشرب ، فعند تحقق الضرر من الشفة تمنع أيضاً .

٣٢ - مما ذكرنا يستفاد أن الماء الذى ينبع في ملك خاص لا يقع
في ملك أحد ما دام يجرى جرياً متتابعاً ، وذلك باتفاق عند الحنفية ، وعند
الحنابلة هو موضع خلاف في الروايات . فرواية تبين أن الماء مملوك لصاحب
النبع ، لأن الماء وإن كان مباحاً في الأصل قد صار في حيازة شخص ، فصار
كالصيد يدخل مكاناً أعد له ، ليكون شرك الاصطياد . والأكثر على
أنه غير مملوك . ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فقد اتفق الحنابلة كسائر
الفقهاء على أن لكل إنسان أن يستقي من الماء الجارى لشربه ووضوئه وغسله
وغسل ثيابه ، وينتفع به في أشباه ذلك مما لا يؤثر فيه بغير إذنه ، وقد قال
المغنى « لا يحل لصاحبه المنع لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال : « ثلاثة لا ينظر الله إليهم ، ولا يزكهم ، ولهم عذاب أليم : رجل

كان بفضل ماء بالطريق ، فمنعه ابن السبيل ، وعن بهيسة عن أبيها أنه قال :
يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال الماء . قال يانبي الله ما الشيء الذي
لا يحل منعه ؟ قال : المملح . قال يانبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال :
« أن تفعل الخير خير لك » . ولأن ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة
صاحب النهر . فأما ما يؤثر فيه كسقي الماشية السكثيرة ونحو ذلك ، فإن فضل
الماء عن حاجة صاحبه لزمه بذلك لذلك ، وإن لم يفضل لم يلزمه » (١) .

٣٣٣ — القسم الثالث المياه المحرزة : وهذه المياه تدخل في ملك صاحبها ،
لأن الماء وإن كان مباح الأصل قد صار بالاستيلاء عليه مملوكاً مملوكاً خاصاً
لمحرزه ، وفقد بذلك ما كان له من صفة الشركة الطبيعية ، وصار بذلك
كالخشب المحرز والحشيش والصيد وغيرهما ما كان في أصله مباحاً ، ووقع
في الملك الخاص بالاستيلاء . ولأن العادة جرت في الأمصار وكل الأعصار
باستيلاء السقائين على المياه وبيعها واستحلال ثمنها من غير تكبير ، فكان ذلك
دليلاً على ثبوت الملك التام فيه عند الناس جميعاً ، وما رآه المسلمون حسناً
فهو عند الله حسن .

غير أنه يلاحظ أمران : (أحدهما) أن الماء وإن صار مملوكاً بالإحراز
لا تزال فيه شبهة الشركة للطبيعة التي أثبتتها الحديث الصحيح : « الناس شركاء
في ثلاثة الماء . الخ » لأن تلك الشركة التي نص عليها الحديث ، وإن أزيلت اليد
التي ثبتت بالاستيلاء قد بقيت شبهتها ، ولذا لو سرق أحد من آخر ماء تبلغ
قيمته حد النصاب (كأن يكون الماء قد غلا ثمنه لقلته) لا يجب حد السرقة ،
لأن الحدود تدرأ بالشبهات كما وردت بذلك الآثار ، ولا شك أن شبهة بقاء
الشركة الطبيعية بالإباحة من هذا النوع الذي يدرأ به الحد .

(١) وذلك هو رأى الأكثرين في مذهب الحنفية كما علمت .

(ثانيهما) أن من يخاف على نفسه الهلاك ، وليس معه ماء فسأل من معه الماء المحرز فنعه كان له أن يقاتله بغير سلاح حتى يأخذ منه ما يقفح به غلته . وذلك إذا كان صاحب الماء معه منه ما يفضل عن حاجته ، أما إذا كان مأمومه لا يزيد عن حاجته ، فليس لهذا أن يقاتله ؛ لأن القتال إنما هو لدفع الهلاك عن نفسه ، ولا يصح أن يدفع الهلاك عن نفسه بإهلاك آخر هو أولى بالماء منه ؛ لأنه مالك له . وإنما كان لمن يخشى على نفسه الهلاك أن يقاتل من غير سلاح عند وجود الزيادة في الماء ، ولم يبيح له القتال بالسلاح ؛ لأن الماء في هذه الحال مملوك فصار كالطعام المملوك إذا اضطر شخص إليه ، فلا بد من مراعاة حرمة الملك ، وكان الأصل ألا يقاتله قط احتراماً للملكية ، ولكن العطش والجوع الشديدين دفعاه لأن يطلبه ، وأن يقاتل عليه حفظاً لنفسه ، فأبيحت المجاهدة في هذا حفظاً لنفسه ، وإبقاء عليها ، وبقى حمل السلاح على أصل تحريره العام فكان له أن يغالب لينال القوت أو الماء ، ولكن من غير سلاح .

٣٤ - بما سبق يستبين أن حق الشرب يكون في نوعين من المياه أحدهما الأنهر والترع العامة . والشرب يكون للشخص فيه بلا قيد ولا شرط إلا إذا كان في عمله ما يضر ضرراً عاماً ، أو فيه احتمال ذلك ، وثانيهما المياه التي تجرى في مجار مملوكة ملكاً خاصاً إذا كان لأرضه عليها حق شرب قديم لم يعرف أوله ، أو كان إذن خاص من صاحب النهر ، ويلاحظ ما يأتي :

(١) إذا تعلق حق الشرب بالأنهار العظام والترع العامة فلصاحب الأرض أن يشق الجداول في ملكه لسقي أرضه إن كانت بعيدة عن الترعة العامة ، كما له أن ينشئ الرحا لسكن ذلك مشروط بالألا يضر بالعامة كما بينا ، كأن يفيض الماء في أرضه بكثرة ، بحيث يمنع السفن الجارية من الجريان عليه ، أو ينقطع عن الناس (١) .

(١) جاء في البدائع : سئل أبو يوسف عن نهر مرو ، وهو نهر عظيم . أحيا رجل -

(٢) إذا كان حق الشرب متعلقاً بنهر يملك ملكاً خاصاً كان لكل من يتعلق به حقه في الشرب منه أن يتوزعوه بينهم بقسمة عادلة إما بالفتحات يفتحونها منه ، وإما بالمناوبات الزمانية ، وغير ذلك مما يروونه أعدل وأمثل ، وأصلح للزرع ، وأبقى على الثمر .

(٣) وليس لشخص أن يسقي أرضه إلى حد أن يسرى الماء إلى أرض غيره ، فيضر زرعها ، ويمنعه من حرثها وإصلاحها لبذر الحب فيها ، وإذا نزت الأرض بمثلها في أرض جاره ، فإن كان سقيه لأرضه فوق المعتاد أو في غير نوبته ضمن ما يحصل من التلف في أرض جاره ؛ لأنه بذلك متعد ، إذ ليس له أن يزيد عما له من حق السقي بالزيادة عن المعتاد أو بالسقي في غير نوبته ، ومن تعدى بالقيام بعمل ليس له أن يقوم به ضمن ما يترتب عليه من إضرار بغيره ، وأما إذا نزت الأرض بسقي معتاد لا زيادة فيه ، وكان السقي في نوبته ، فلا يضمن ؛ لأنه ليس بمتعد في الإضرار بغيره ، وشرط وجوب الضمان أن يكون متعدياً ولا تعدى هنا ، وإن كان هو المتسبب ؛ لأن التسبب وحده لا يكفي في الضمان مادام العمل مشروعاً سائغاً ، ألا ترى أن من يحفر بئراً في أرضه لا يضمن ما يعطب فيها ، وإن كان السبب من جانبه ؛ لأن حفر الإنسان بئراً في أرضه أمر مشروع . ولأننا لو ضمنا صاحب الأرض التي نزت بالسقي المعتاد في النوبة لكان في ذلك منع له من استعمال حقه في السقي ، لأنه إذا كان كلما سقى ضمن كان ذلك تحريماً للسقي عليه ، وبهذا نكون قد دفعنا الضرر عن الجار بضرر المالك ضرراً أشد ، وهو صاحب الحق ،

— أرضاً كانت مواتاً ، فحفر لها نهراً فوق مرو من موضع ليس يملكه أحد ، فساق الماء إليها من ذلك النور ، فقال أبو يوسف: إن كان يدخل على أهل مرو ضرر في مأثم ليس له ذلك . وإن كان لا يضرهم فإيه ذلك ، وليس لهم أن يمنوه .

ولا تصح دفع الأضرار الخاصة بإضاعة الحقوق ، وإلحاق أضرار أشد ، لأن ذلك ظلم لا يقره شرع .

٣٥ - ويتبع حق الشرب حق المجرى ، لأن حق المجرى معناه أن يكون لعقار على آخر حق سرور الماء الصالح لسقي الزرع أو الشجر منه إذا كان مالك الثاني غير مالك الأول ، وحق المجرى يثبت بالأمور التي ذكرناها أولا ، في الأحكام التي نعم كل حقوق الارتفاق .

ثم إن المجرى الذي في أرض الغير (١) قد يكون ملك صاحب الأرض التي تسقى منه ، وإن كان يخترق أرض غيره ، (٢) وقد يكون ملك صاحب الأرض التي اخترقها ، (٣) وقد يكون ملكا مشتركا لكل أصحاب الأرض التي تحيط بها ، ولكل أحكام ، قوامها دفع الأضرار الخاصة ما استطاع أصحاب الحقوق إلى ذلك سبيلا ، ومرعاة العرف ، وبقاء القديم على قدمه فيما لا إثبات فيه واحترام ما يتفق فيه أصحاب هذه الحقوق ، لأن الاتفاق شريعة المتعاقدين فيما لا مورد للنص فيه ، ويشترط ألا يكون في الاتفاق جهالة تفضي إلى التنازع .

وفي الحالة الأولى والثانية وهما إذا كان الإنسان مجرى يخترق أرض غيره ، سواء أكان المجرى ملكه أم له فيها حق الشرب فقط ، وهو ملك لصاحب الأرض يكون لصاحب حق المجرى حق السقي منه ، ولبس لصاحب الأرض أن يمنعه ، والمجرب يعتبر في يد صاحب الشرب منه مادام يجرى فيه ماؤه ، وعلى صاحب الأرض إن أراد أن يمنعه ، ويدعم المنع بحق له - أن يقيم هو الدليل ، لأنه مدع ، وصاحب الماء مدعى عليه . وإن لم يكن ثمة ماء جار في المجرى ، فعلى صاحب الماء أن يقيم الدليل على أنه له حق إجراء الماء إن كان لا يدعى ملكية المجرى ، بل يدعى حق الإجراء فقط ، ويقيم الدليل على المالك إن كان يدعى ملك المجرى ، وإنما

كان عليه هو أن يثبت إذا لم يكن في المجرى ماء يجرى إليه لأنه في هذه الحال لا يعتبر واضع اليد ، بل يعتبر صاحب العين هو مالك الأرض ، فيعتبر مدعى عليه ، وصاحب الشرب مدعياً ، والإثبات على المدعى ، إذ اليد شهادة بالملك لصاحبها ، ما لم يقدم دليل على نقيض ما تشهد .

وإذا احتاج المجرى إلى اصلاح ، لتصل المياه كان الإصلاح على صاحب الماء ، لأن الغرم بالغنم ، وهو الذي ينتفع بالماء فعليه ضمان صلاحية العين التي توصل المياه إليه ، لأن الخراج بالضمنان .

٣٦ - وإن كان المجرى ملكاً مشتركاً لأصحاب الأراضي التي تحيط به ، فالقواعد العامة التي تنفرع منها أحكام هذا النوع من المجرى ، هي (١) أنه ليس لواحد من الشركاء أن يتحكم في ماء المجرى حتى يحجزه عن غيره (٢) وليس لواحد منهم أن يتصرف تصرفاً يضر بحافة المجرى أو يعمل به عملاً من شأنه أن يحول طريقه أو يؤثر فيه نفسه ، (٣) وإن ما يتفقون عليه في سبيل تنظيم السقي ، وتوزيع النوبات والمياه محترم ، واجب التنفيذ . وعلى هذه القواعد تنفرع الأحكام المتشعبة الكبيرة لهذا النوع من المجرى ، ومنها :

(١) أنه لا يجوز لأحد منهم أن يسكر^(١) المجرى بأن يسد الماء حتى يسقى أرضه ، لأن سد المجرى يمنع الماء عن من هو أسفل منه وهو لا يجوز ، ولأن سدى المجرى إحداث شيء لم يكن في وسط المجرى ورقبته ، وكل عمل كذلك ممنوع إلا برضا الشركاء ، إذ هم شركاء في الرقبة ، والشركاء في عين من الأعيان لا يعمل أحدهم فيها عملاً إلا بإذن سائرهم .

واسكنهم إن تراضوا على أن يسكر كل واحد في نوبته ، نفذ ما تراضوا عليه ، وكذلك إن أجازوا لأحدهم أن يسكر في نوبته خاصة ،

(١) يقال سكر النهر سكرًا إذا سد حتى لا يذهب الماء إلى من هو أسفل منه ، والاسم

منه السكر بكسر السين .

إذا كانت أرضه بربرة بحيث لا تصل المياه إليها إلا إذا سكر المجرى ، لأن الحق لهم ، وقد أجازوه ، ولأن في ذلك دفع الضرر عنه ، لأنه لا يستطيع السقي إلا بذلك .

(ب) أنه لا يجوز لأحد منهم أن يشق من المجرى مجرى صغيراً أو ينصب عليه رجا^(١) ، أو يوسع فتحة المجرى وغير ذلك من الأعمال التي من شأنها أن تؤثر في عين المجرى ، أو تنقص مياهه بحيث تؤثر في أنصبة سواه ، ولو كانت الرجا في أرضه ، ولا تشتت ماء النهر ، أو تنقصه بحيث تضر بغيره من الخلطاء ، فليس لأحد منعه ، لأنه يتصرف في ملكه الخاص ، وليس في تصرفه ضرر بين يلحق بغيره ، ومن يمنعه في هذه الحال ومع بقاء الماء يصل إليه بلا ضرر - متعنت قاصد الإضرار ، فلا يلتفت إلى اعتراضه ، لأنه ليس له من الحق إلا دفع الضرر عن نفسه ، أو منع الغير من التصرف في ملكه ولا شيء من ذلك هنا .

(ج) أن الشركاء إن اتفقوا على نوبات زمانية بحيث يكون لكل نوبته يسقى فيها وحده نفذ ذلك الاتفاق ، وكان لكل منهم شربه المعلوم ، وزمنه المحدود ، وليس لأحد أن يسقى في شرب غيره إلا بالرضا ، وإن اختصموا ، ولم يتفقوا على طريق السقي ، ولم يعرف مقدار ما يستحقه كل واحد من الشرب في النهر ، ولا بينة لأحدهم على مقدار ما يستحق ، حكمت الأراضى وقسمت المياه بالنوبات بينهم على حسب مقدار أراضيهم لا على حسب عدد زرعهم ، وذلك لأن المقصود سقي الأراضى ، والحاجة إلى ذلك تختلف بقله الأراضى وكثرتها ، واطّاهر أن حق كل واحد منهم من الشرب بمقدار أرضه ، وبقدر حاجته وهذا الظاهر يؤخذ به ، وله احترامه عند التقاضى ، بما لم تقم الأدلة على نقيضه ولأن حق المالك لكل واحد من الشركاء ثمرته تظهر في الاستيلاء

(١) الرجا المراد بها هنا الساقية .

على الماء للسقي والماء لا يمكن إثبات اليد عليه حقيقة ؛ لأنه لا يمكن أن يقع في قبضة أحد وهو ماء جار . وإنما يكون إثبات اليد عليه في هذه الحال بالانتفاع به بالسقي وهذا الانتفاع يتفاوت بتفاوت مقادير الأراضي ، فتفاوت اليد عليه تبعاً لذلك وعلى ذلك يوزع الماء على حسب مقادير الأراضي ما لم يقم دليل يثبت غيره .

اصلاح الأنهر والساقى :

٣٧ - إصلاح الأنهر العظام والترع العامة على بيت المال (١) لأن منافع هذه الترع ، وتلك الأنهر للكافة ، ومال بيت المال معد لمصالحهم فكان الانفاق على إصلاح هذه الأنهر والترع منه .

وإذا كان بيت المال خالياً من المال ، كأن تكون الدولة في ضائقة مالية وزادت نفقاتها على مواردها ، والسيل قد طم ، وجسور النهر أو الترع تحتاج إلى التقوية ، حتى لا يهلك الزرع والنسل ، ففي هذه الحال يكون لولى الأمر أن يجبر الناس على الإصلاح ، لأن تركها من غير إصلاح ضرر عظيم ، وولى الأمر قد نصب راعياً لمصالح المسلمين ، ناظراً لمنافعهم ، وبعيد أن يفعل الناس ما عليهم طائعين ، لأنه قلما ينفق العوام على مصالحهم مختارين ، ولقد قال عمر رضی الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم ، فكان من المصلحة والسياسة الشرعية إجبارهم .

وطريقة الإجبار هي أن يجبر القادرين المطيقين على العمل ، ويجبر الأغنياء الموسرين على دفع أجور من يعمل ، لأنه لاسخرة في الإسلام ، ومثل ذلك تجهيز الجيوش في حال الخطر الداهم ، فإنه يكون العمل على من يطيقون الجهاد بأنفسهم ، والانفاق على مياسير الأمة ، ويكون كل قد أسهم في الجهاد هؤلاء بأموالهم ، وأولئك بأنفسهم ، ولكل فضل .

(١) يقوم مقام بيت المال الآن وزارة المالية .

٣٨ - وإذا كان النهر مملوكا لواحد أو لجماعة فإصلاحه على كل من له شرب فيه ؛ لأن منفعته لهم على الخصوص ، فثبوتة الإصلاح عليهم ، لأن الغرم بالغنم ، وقد غنموا منافعه ، فحق عليهم الغرم في سبيله . ومن أبي منهم أجبر ، وإذا امتنع كل الشركاء في شرب مجرى مملوك لهم عن الإصلاح لا يجبرهم أحد ؛ لأنهم أصحاب الحق فيه ، والضرر اللاحق بهم بسبب من جانبهم ، وهم أحرار ما دام الضرر لا يتجاوزهم إلى غيرهم .

٣٩ - وتوزيع تكاليف الإصلاح على الشركاء في شرب خاص طريقان : إحداهما طريقة أبي حنيفة رضى الله عنه ، وهي أن يبدأ في الجزء الأعلى الذى يسقى منه أعلى الشركاء أرضاً فيصلح هذا الجزء ، وتكون مئونة إصلاحه عليهم جميعاً بنسبة ما لهم من مقادير الشرب (١) ، فإذا أصلح هذا الجزء وانتقل الإصلاح إلى غيره ، لم يكن على صاحب الأرض العليا مئونة في إصلاح مادونه ، وهكذا لا يكون صاحب أرض من مئونة الإصلاح إلا لما فوق أرضه وما يقابلها ، وليس عليه من مئونة إصلاح ما هو أسفل من أرضه شيء . ووجه نظر أبي حنيفة في ذلك أن مئونة الكرى هي مئونة الانتفاع بسقى الزرع والشجر ، والشخص لا ينتفع من المجرى إلا بالجزء الذى يقابل أرضه ، وما هو أعلى منه ، ولا ينتفع من المجرى بما هو أسفل من أرضه ، وعلى ذلك لا يكون عليه من مئونة إصلاح الأسفل شيء مطلقاً .

والطريقة الثانية ، طريقة الصاحبين هي أن توزع التكاليف عليهم جميعاً بنسبة مقادير شربهم ، وهم في ذلك سواء لا تميز لصاحب الأرض العليا على الأرض السفلى ، لأن كل واحد منهم ينتفع بالمجرى كله أعلاه وأسفله ، ومنفعة صاحب العليا بأسفل المجرى واضح بين ، لأنه يحتاج إلى إرسال الماء الزائد عن حاجته ، إذ لو استمر واقفاً ، مع تدافع مورده ، فاض الماء على

(١) - واء أ كانت المقادير تبين بالنوبات أم بعدد الفتحات اللازمة لشربه أم بهما .

أرضه ، وأفسد زرعه ، وهذا وجه خطير من أوجه انتفاع الأعلى بأسفل
المجرى ، فسكان عاياه من إصلاحه قدر معلوم ، ولذا يكون الجميع سواء ،
ولا تفرقة إلا بمقادير الحصص في الشرب .

٤ - وليس على أهل الشفة شيء من الإصلاح ، وذلك لأن المقصود
الأول من حفر الأنهار وكرهها ، سقي الأراضي لينبت الزرع ، وتثمر الأشجار
وحق الشفة يجيء بالتبع ، لا بالقصد الأول ، والإصلاح إنما يكون على من
ينالون النفع المقصود ، لا النفع التبعي . ولأن من لهم حق الشفة لا يحصون
عدداً ولا طريقة لهدم ، لأن كل من يمر بهذا الماء سواء أكان مسافراً أم مقياً
له أن يشرب ويستقي دابته ، ويأخذ ما تلزمه به حاجته من الماء . ولا مؤونة
على من لا يحصون لأن وجوبها إنما يكون على أشخاص معينين بالذات .

من المسيل :

٤١ - حق المسيل ، هو حق مرور المياه خير الصالحة أو الزائدة عن
الحاجة من ملك الغير ، سواء أكان ذلك الماء مسيلاً من البيوت أم ماء
أمطار ، أم ماء غير صالح لرى الأراضي الزراعية ، ومن المصاحبة تسيله ،
وعلى ذلك يعتبر من حق المسيل (١) حق مرور مياه الأمطار بإرسالها من
ميازيبها في الطريق العام أو الخاص أو بمرورها في ملك الجار إن كانت لاتصل
إلى الطريق أو المسيل العام إلا بمسيل في ملك الجار (٢) ، ويثبت ذلك الحق
بالقدم أو بإذن المالك . (ب) ويعتبر من حق المسيل حق مرور المياه المشتملة
على فضلات البيوت في المجارى العامة ، لأن ذلك من تسهيل الماء خير الصالح .

(١) كان يحصل في المدن القديمة أن يسيل شخص ماء المطر النازل على داره من سطح
جاره ويكون له على سطح داره حق المسيل ، وأعل ذلك لازال في المدن الإسلامية التي تكثر
فيها الأمطار والبلوج .

(ج) كما يعتبر من حق المسيل حق تصريف المياه التي لا تستفيد منها الأراضي ليجل محلها مياه صالحة .

وإذا ثبت حق المسيل لعقار على عقار آخر استمر ثابتاً حتى يسقطه صاحب العقار المرتفق ، وإذا سقط لا يعود كسائر حقوق الارتفاق لما هو مقرر من القواعد الفقهية وهو أن الساقط لا يعود ، ولا يسقط حق المسيل بتغير صفة العقار من بستان إلى دار (١) ، أو من خربة إلى عامرة . وإذا حصل خلل في المسيل الخاص ، فإصلاحه على من لهم حق المسيل فيه ، لأنهم المنتفعون فعليهم الإصلاح ، وإذا كان إصلاح المسيل لا يكون إلا بالدخول في أرض من يجرى المسيل في أرضه أو في داره كان له أن يدخل الأرض للإصلاح ، فإن منعه صاحبه من الدخول كان له أن يلزمه عن طريق القضاء بأحد أمرين : إما أن يقوم بإصلاح المسيل ، وإما يمكنه من إصلاحه .

وإذا أهمل صاحب حق المسيل المسيل ، وصار مصدر أذى ، وضرر لغيره ، ألزمه القضاء بإصلاحه ، ليدفع الضرر ، ويميط الأذى .

٤٢ - من المرور : وهو أن يكون للشخص الحق في الوصول إلى عقاره وحده أو معه دوابه ، وقد يكون الطريق الموصل لعقار مملوكاً له ، وقد يكون غير مملوك له ، ويكون له حق المرور فيه .

وحق المرور من الطريق العام ثابت لكل إنسان ، ومقرر لكل عقار متصل به بإطلاق ، ولكل أن يمر من هذا الطريق بلا قيد ولا شرط ، وكل صاحب عقار متصل به أن يفتح باباً لعقاره فيه من غير قيد ولا شرط أيضاً . وذلك لأن

(١) جاء في جواهر الفتاوى : « رحل له ميزاب في بستان فباع صاحب البستان بستانه ، فجعل المشتري البستان داراً ليس له أن يعطل حق المسيل ، لأن حقه لا يبطل بجعل البستان داراً » .

الطريق قد خصص لمنفعة الكافة، فليس لأحد حق فيه أكثر من الآخرين ،
وليس لأحد فيه حق على جهة الخصوص، وإذا كان كذلك فلا يمنع من الارتفاق
به أحد مادام يرتفق في الدائرة التي خصص لها الطريق .

ولأن الطريق العام قد رصد لارتفاق العموم لم يسمح لأحد أن يحدث فيه
دكاناً أو مظلة أو جرسناً إذا ترتب على ذلك ضرر بالعامه . ولذا قال شمس
الأمّة « إن كان الإحداث يضر بأهل الطريق ، فليس له أن يحدث ذلك، فإن
كان لا يضر بأحد لسعة الطريق جاز له إحداثه فيه ما لم يمنع منه، لأن الانتفاع
في الطريق بالمرور فيه من غير أن يضر بأحد جائز ، فكذلك كل ما هو مثله
فيالحق به إذا احتاج إليه، وإذا أضر بالمرور لا يحل له لقوله عليه الصلاة والسلام:
« لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » وهذا نظير من عليه الدين ، فإنه لا يسعه
التأخير إذا طالبه صاحبه، ولو لم يطالبه جاز له تأخيره، وعلى هذا العمود في الطريق
للبيع والشراء يجوز إن لم يضر بأحد ، وإن أضر لم يحز ، (٢) .

ومن هذا النسخ يفهم أن الرجل له أن يحدث في الطريق ما لم يضر بالمرور
فيه وما لم يمنع منه ، فإذا منع منه لم يسغ له ذلك ، وضرب لنا مثلاً بالمدين إذا
لم يطالب . ولكن من الذي له أن يمنعه ويعترض على تصرفه، ويخاصمه فيه؟
قال أبو حنيفة لكل أحد من الناس أن يمنعه من الوضع ، وأن يكلفه رفع
ما وضعه إن كان قد وضع شيئاً ، سواء أكان فيه ضرر أم لم يكن إذا وضع بغير
إذن الإمام ، لأنه يكون في هذه الحال قد افتات على الإمام ، واعتدى على حق
ولى الأمر ، لأن تدبير الأمور التي تتعلق بالكافة وإجازة غير الضار، ومنع

(١) الجراضن كلمة معربة يقصد بها الحارعة التي تبني على جزء من هواء الطريق أو هو
الطائف (البسكون) .

(٢) راجع الزيلعي في باب ما يحدته الريل في الطريق .

الضار لولى الأمر وحده ، فمن فعل من غير إذنه فى الطريق شيئاً فقد افتات عليه ،
ومن افتات على ولى الأمر كان لكل واحد منعه .

وقال أبو يوسف رضى الله عنه لكل واحد من الناس أن يمنع من الوضع
قبله فإذا وضع ما ليس فيه ضرر بأحد ليس لكل واحد منعه ، ولو وضع بغير
إذن الإمام ، وذلك لأن الوضع جعل له يداً خاصة على ما وضع عليه ، فالذى
يمنعه ويخاصمه من الناس متعنت مادام لا يدفع أذى ناله أو نال غيره . والمتعنت
لا يلتفت إليه . وأما قبل الوضع فإن مرید إحداث شيء فى الطريق من ظلة
ونحوها إنما يريد وضع يده الخاصة على ما هو تحت يد الناس كافة ، فكان لكل
واحد منعه من هذا الوضع قبل أن تكون له يد خاصة .

وقال محمد ليس لكل واحد منعه لا قبل الوضع ولا بعده ، إذن الإمام له
أو لم يأذن ، لأن العمل مادام لا ضرر فيه لأحد فهو مأذون فيه شرعاً ، سواء
أذن الإمام أم لم يأذن ، ومادام الفعل مأذوناً فيه شرعاً ، فليس لأحد منعه ؛
لأنه إذا كان المنع غير سائغ عند إذن ولى الأمر ، فبالأولى يكون غير سائغ
عند إذن الشارع ، لأن إذن الشارع أحرى وولايته أقوى .

ورأى أبى حنيفة فى نظرى هو أوجه هذه الآراء دليلاً ، وأسدها نظراً ،
لأنه لا مقياس يعين الضرر وعدم الضرر إلا إذن الإمام ، فيجب أن يمنع
الشخص مادام الإمام لم يأذن ، ويتولى المنع جمهور المسلمين وأهل الحسبة ،
ليكون ثمة تعاون على تنظيم الأمور . وما قاله محمد رضى الله عنه قائم على أساس
أنه لا ضرر ، فهو مأذون فيه شرعاً . وذلك كلام فيه نظر (١) لأنه لا يعلم أن فيه
ضرراً أولاً إلا بتقدير ولى الأمر لأن مقياس الضرر أو نفيه تقدير الإمام ،
وليس هوى المرتفق (٢) ولأن إذن الشارع فى الانتفاع إنما هو بالمرور فقط
برصد ولى الأمر هذا العقار للطريق العام فاستعماله لغير المرور استعمال فى غير

ما خصص له ، ويحتاج الانتفاع بغيره إلى إذن جديد من ولي الأمر ليسوغ هذا الاستعمال ، ولا يعتبر الشارع قد أذن ، حتى يأذن الإمام .

وكذلك رأى أبو يوسف يقوم على أساس فيه نظر أيضاً؛ لأن اليد الخاصة التي أثبتتها الوضع ليست يداً محترمة بل هي يد باطلة ، لأن الشخص ار تفق بشيء في غير ما خصص له مادام الإمام لم يأذن ، واليد الباطلة لنوى الشأن إزالتها ، وكل الناس في هذا ذوو شأن (١) .

٤٣ - أما الطريق الخاص ، وهو ما كان بين جماعة مخصوصين . فالارتفاق به خاص بأهله ، فلم يرد فتح الأبواب فيه ، وليس لأحد سواهم أن يفتح باب عقاره فيه ، إذا كان باب عقاره من طريق آخر ، إلا يأذن منهم ، أو وجود قدم لا يعرف الجيران أوله ، وإن كان قد أغلق بابه على هذا الطريق ، لا يسقط حقه ، بل له ولمن يملك العقار من بعده أن يعيد فتح ذلك الباب الذي كان قد أقفله صاحبه (٢) .

ومع أن فتح الأبواب على الطريق الخاص لا يكون إلا بإذن أهله أو وجود قدم - قد قرروا أن للعامة أن يمدوا منه ، ويسيروا فيه إذا ازدحم الطريق العام ، فهذا كان لكافة ارتفاق بهذا المعنى ، وفي هذه الحدود .

ولا يصح لأحد أن يحدث شيئاً في الطريق الخاص بنحو ظلمة أو جرح أو غير ذلك إلا بإذن المرتفقين به الارتفاق الخاص ، لأنه كالمملك المشترك بينهم . فليس لأحد منهم ، أن يحدث فيه شيئاً إلا بإذنهم جميعاً ، ولذلك يعتبرون شركاء

(١) والمعمول به الآن أن أي ارتفاق في الطريق العام بغير المرور يحتاج إلى ترخيص خاص من أول الأمر . فسكانه يسير بمقتضى مذهب أبي حنيفة .

(٢) راجع المادة ١٢٢٢ من المجلة ، ونصها : « إذا سد أحد بابه الذي هو إلى الطريق الخاص فلا يسقط حق مروره بسده ، وإن اشترى منه أن يفتحه ثانية » وهذه المادة مأخوذة من الفتاوى العبادية في باب البيطان .

في الحقوق وبهذا الاعتبار يجب الشفعة بينهم ، والتصرف في الملك المشترك لا يجوز إلا باتفاق الشركاء ، ما دام ذلك التصرف على غير الارتفاق الخاص الذي أوجدته هذه الشركة .

ولكن ليس لأهل طريق خاص أن يتفقوا فيما بينهم على سده وإزالته لأن للكافة حقاً فيه ، وهو حق مزورهم عندما تزدهم الطرق ، وتضييق بالسير فيها لأمر عارض أو بشكل دائم . ولهذا الحق احترامه ، ووجوب مراعاته ، وفي إزالة الطريق الخاص باتفاق أهله إهدار له ، وذلك لا يجوز . ولذا جاء في جامع الفصولين ما نصه : « ليس لأهل السكة أن ينصبوا على رأس سكتهم دربا ، ويسدوا رأس السكة ؛ لأن مثل هذه ، ولو كانت ملكاً ظاهراً لأصحابها ، لكن للعامة فيها نوع حق وهو أنه إذا ازدحم الناس في الطريق ، لهم أن يدخلوها ، حتى يخف الزحام . وقال أبو حنيفة في سكة لا تنفذ ، ليس لأصحابها بيعها ، ولو اتفقوا عليه ، ولا أن يقسموها فيما بينهم ؛ إذ الطريق الأعظم إذا كثرت الناس فيه كان لهم أن يدخلوا هذه السكة حتى يخف الزحام » .

التصرف في حقوق الارتفاق

٤٤ - اتفقت كلية فقهاء الحنفية على أن حقوق الارتفاق تورث تابعة للعقار ، لأن الورثة خلفاء الميت في كل ما يملك من مال وما يتصل بهذا المال من حقوق ، فتسرى إليهم الحقوق بهذه الخلافة كما سرت إليهم ملكية الأعيان وفي عبارات كتب الحنفية ما يفيد أن هذه الحقوق منفردة تنتقل بالميراث إلى الورثة ، كما انتقلت تابعة للعقار ، فقد جاء في باب الشرب في الكنز وشرحه : « ويورث الشرب ، ويوصى بالانتفاع بعينه ، ولا يباع ولا يوهب ، والفرق أن الورثة خلفاء الميت . فيقومون مقامه في حقوق الميت وأملاكه ، وجاز

أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تملكه بالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص والخمر ، وهذا التعليل بالنسبة للميراث ينطبق تمام الانطباق على سائر حقوق الارتفاق ، وقد جاء في البدائع « وتوريثه (الشرب) ؛ لأن الإرث لا يقف على الملك لا محالة . بل يثبت في حق المالك ، كما يثبت في الملك كخيار العيب ونحوه . وهذا أيضاً يسرى في سائر حقوق الارتفاق كما سرى في البيع ، وترى مثل هذه النصوص في الكتب الفقهية التي تعنى بالتعليل ، ورد المسائل إلى أصولها ، والأحكام إلى أسبابها كالهداية وغيرها من أمهات كتب المذهب . ومنها استفاد أنها تورث تابعة للعقار ومنفردة ، ولم أعثر على نص يمنع سريان تلك العلة ، وما تقتضيه من مساواة كل حقوق الارتفاق بالنسبة للميراث .

ويصح أن يوصى بمنافع الشرب المملوكة رقبته للموصى ، ويكون ذلك من باب الوصية بالمنافع ، وهي سائغة في المذهب الحنفي ، وخالف في ذلك ابن أبي ليلى على نحو ما علمت ، ولأنه وصية بالاتفاح صار كالوصية بالسكنى وكان لا بد من تعيين الموصى له ، فإذا مات الموصى ملك الموصى له منفعة الشرب ، ولكن مدة حياته فقط لأنه ملك منفعة في هذه الحالة ، وملك المنفعة لا يكون إلا في حياة المنتفع ، ولذا جاء في البدائع ما نصه : « ويوصى به (أى بالشرب) حتى لو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية ، وتعتبر من الثلث ، لأن الوصية ، وإن كانت تملكها ، لسكنها تملك بعد الموت ، ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال ، وإنما يملك بعد الموت ، فأشبه الميراث فإذا احتل الإرث احتمال الوصية التي هي أخت الميراث ، وإذا مات الموصى له تبطل الوصية ، حتى لا تصير ميراثاً لورثة الموصى له لأن الشرب ليس بدين مال بل هو حق مالي ، وشبه الخدمة ، ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثاً فسكذلك الوصية بالشرب ، ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح ، لأنه

لما لم يحتمل التملك بالتصدق ، استوى فيه الحال والإضافة إلى ما بعد الموت بالوصية ، ومن هذا يفهم أن ارضية بمنافع الشرب المملوكة رقبته جازت لأنها وصية بالمنافع ، إذ يقول هو شبه الخدمة ، وفيه كل خواص الوصية بالمنافع ، بدليل أن ملك المنفعة بالشرب تنتهي بوفاة الموصى له ، ولذلك لا يعد في نظري ما يملكه الموصى له من الانتفاع بحق الشرب بهذه الوصية من قبيل الارتفاق ، بل من قبيل الانتفاع الشخصي ، لأن ما يملكه ليس حقاً مقررأً لعقاره على العقار الآخر بحيث ينتقل مع العقار إذا باعه أو وهبه أو نحو ذلك ، بل هو حق شخصي له ، ينتهي بموته ولا ينتقل إلى غيره ، ولهذا لا نستطيع أن نقول إنه بسبب تلك الوصية يكون حق ارتفاق على شرب الموصى ، بل له حق انتفاع فيه .

٤٥ - وقد اتفق الفقهاء على جواز بيع رقبة الشرب ، والطريق ، والمسيل لأن رقبة الشرب والطريق عقار معين محدود معروف المقدار ، لا جهالة فيه ولا غرر ، فجاز بيعه صحيحاً مستوفياً الأركان والشروط ، وأما المسيل فلا يجوز بيع رقبته إذا كان مقدار ما يسيل فيه الماء غير معين للجهالة وللغرر ، وأما إذا عين مقداره وعرفت حدوده فيجوز بيعه في هذه الحال ، لأنه مبيع معلوم المقدار ، محدود بالجهات ، فلا مانع من بيعه ومثل البيع في هذا كله العقود التي من شأنها نقل الملكية ، كالهبة والوصية ، لأن التصرفات الواردة على الرقبة لا تعدو التصرف في عقار ملوك ملكاً خاصاً ، محدود معلوم المقدار .

وأما بيع حق الشرب والطريق والمسيل منفرداً ، فمتخلف فيه بعض تلك الحقوق عن بعضها الآخر ، فالمسيل باتفاق الروايات في مذهب أبي حنيفة لا يصح بيعه منفرداً عن العقار ، لأن الأصل في الحقوق أنها لا ترد عليها التصرفات الشرعية منفردة ، ولأن بيعها مع ما فيها من جهالة المقدار الارتفاق

عقد على مجهول ، فلا يصح ، بل إن العقد عليها عقد على ما هو معدوم في الحال ، والمعدوم لا يصلح محلاً للعقود إلا على مخالفة للقياس ، ومخالفة القياس تكون بنسب مسوغ المخالفة ، أو عرف دافع إلى استحسان ترك القياس ؛ ولأنهم ولا عرف في هذا المقام يترك القياس لأجله في المسيل فبقى على الأصل وهو عدم جواز بيعه منفرداً .

وأما بيع حق الشرب منفرداً ، فقد اختلفت الروايات في مذهب أبي حنيفة فيه ففي ظاهر الرواية أنه لا يصح للأسباب التي ذكرنا في عدم صحة بيع المسيل منفرداً إذ هي قائمة هنا في حق الشرب ، وذلك كلام معقول ، لأن حق المسيل والشرب كلاهما ليس مالا متقوماً في نظر الحنفية على ما بينا في حقيقة التقوم وعدمه عندهم ، فانساق منطق المذهب كان يقضى بتساويهما . والرواية الثمانية تقول إن بيع الشرب منفرداً يصح . وبهذه الرواية أخذ أهل بلخ ، وذلك لأنهم تعارفوه واستساعوا بيعه ، ولا شك أن العرف يجيز مخالفة القياس والقواعد الفقهية ، لأن ما رآه المسلمون حسناً ، فهو عند الله حسن ، ولأنه مقدار من الماء منتفع به وإن أنه غير معلوم ، فجواز ورود العقد عليه ، وهو بهذا يفترق عن حق المسيل والمرور ، ولذا جاز ضمانه عند بعض الفقهاء وفي بعض الروايات ، ففي رواية فخر الإسلام البزدوى ، أن حق الشرب يضمن بأن يضمن أن يسقى الشخص في نوبته ودوره ، وأهل الرأي الأول يردون كل هذا ، فينكرون أن يكون تعامل أهل مدينة مسوغاً لمخالفة القياس إنما العرف المسوغ لمخالفة القياس هو عرف جميع الناس أو المسلمين حتى يكون قريباً من الإجماع كالحال في الاستصناع والسلم والإجارة في نظر الحنفية ؟ وكون الشرب يضمن عند بعض العلماء لا يكون حجة ملزمة لمن لا يرى رأيهم إنما الإلزام بالالتزام ، والالتزام بالرأي بقبول نتائجه ممن يراه ، لا بمن لا يراه ، فيلزم بنتيجة الضمان ، وهو جواز البيع منفرداً من رأى الضمان

فلا يكون الضمان حجة على من لا يراه ، وهم أكثر الفقهاء . وأما الحكم بأنه مقدار من الماء فكلام غير منتج وغير مسوغ للبيع ، لأنه أولاً غير معلوم ، والبيع لا يرد على غير معلوم ، وثانياً ليس بمملوك لصاحب الشرب ، لأن الماء الذي يجري جرياً متتابعاً لا يعتبر مملوكاً لأحد على ما قررنا ، وبيع ما لا يملك لا يصح . ألا ترى أنه مباح بدليل تعلق حق الشفة به بلا إذن مالك المجرى ، والمباح لا يكون محلاً للعقود قبل إحراره . ولذلك كله كان الراجح عند فقهاء الحنفية عدم صحة البيع منفرداً ، ولكن لو تعارف الناس جميعاً جواز البيع منفرداً لساغ ، ولما كان قولاً راجحاً .

وأما بيع حق الطريق منفرداً ففيه روايتان أيضاً رواية الزيادات بجواز بيعه ورواية ظاهر الرواية بالمنع وهو الراجح لما ذكرنا من الأسباب السابقة في حق المسيل ، ووجه الرواية المجيزة أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم محدود فجاز بيعه ، وانسكن ذلك لا يدفع أنه ليس بمال منقوم في نظر الحنفية ، والعقد لا يجوز في غير المتقوم ، لأنه لا يصلح محلاً للعقود على ما أسلفنا . وإنما نقول فيه ما قلناه في الشرب انه إن وجد عرف الناس لسوغنا البيع ، ولرجحنا الرواية الأولى .

وكل ما ذكرنا من أحكام بيع هذه الحقوق منفردة يسرى على كل عقود التملكيات كما أشرنا ، سواء أكانت تملكيات للأعيان أم للمنافع ، فهذه حقوق الارتفاق منفردة لا تجوز كما أن بيعها منفردة لا تجوز في الجملة .

٤٦ - وما ذكرناه كله إنما هو في بيع حقوق الارتفاق منفردة أما بيعها تابعة للعقار المرتفق بها فتجوز باتفاق ، وكذلك كل تصرف في العقار يصح أن تدخل في ضمنه حقوق الارتفاق بالتبعية ، وذلك لأنه يثبت للشيء تبعاً ما لا يثبت له مقصوداً ، كجذع في سقف لا يصح بيعه منفرداً عن السقف

ما دام فيه ، ولكن يباع في ضمن البيت الذي هو فيه ، وكأراف الحيوان لا يعتد عليها بيع وهو حي ، ولكن يثبت عليها البيع وهي أجزاء فيه ، وكالمخل لا يصح العقد عليه منفرداً وهو في بطن أمه ، ولكن يدخل في ضمن عقود التمليكات ويزيد في قيمة أمه ، ونظير ذلك في الفقه الإسلامي كثير ، قد تجاوز الحساب والإحصاء .

ولكن العقود تختلف من حيث وجوب النص على ذكر الحقوق لتدخل تابعة للعقار ، فبعضها تدخل فيه هذه الحقوق من غير زمن عليها ، وبعضها لا تدخل فيه إلا بزمن عليها . فأما الأولى فهي العقود التي يكون من مقتضاها تملك المنفعة تملكاً مقصوداً بالذات كالإجارة والوقف والوصية بالمنافع ، وأما الثانية فالعقود التي مقتضاها تملك العين تملكاً مقصوداً ، مثل البيع والهبة ، والصدقة والوصية بتمليك الأعيان ، وجعل العقار بدل خلع ، أو بدل صلح أو نحو ذلك وإنما كان لا بد من ذكر هذه الحقوق في عقود التمليكات ، ولا تدخل من غير زمن يشملها كذا ذكر كلمة الحقوق والمرافق ، لأن هذه العقود المقصود بها قصداً أولياً تملك الرقبة ، وتمليك الرقبة في ذاته لا يحتاج إلى هذه الحقوق ، وليست هي تابعة له ، لأنها مرافق الانتفاع ، لذلك كانت لا تدخل في البيع من غير زمن عليها . وقد قال في هذا المقام الزيلعي في شرحه للسكندر « إن هذه الأشياء (أي حقوق الارتفاق) تابعة من وجه من حيث أنها تقصد الانتفاع بالمبيع دون عينها ، وأصل من وجه من حيث أنها يتصور وجودها دون المبيع ، فلا دخل في البيع إلا بذكر الحقوق والمرافق ، وهذا لأنه قد يشتري للمبيع فلا يلزم الشراء الانتفاع به ، وقد يشتري الطريق بعد ما اشتري المبيع » .

وأما العقود التي يكون الانتفاع فيها هو الغرض المقصود لحقوق الارتفاق فيها تابعة للعقار ومحصنة فيها للتبعية له ، لأن الانتفاع لا يكون إلا بحقوق

الارتفاق فكأنها قد دل عليها بطريق التضمن والاقتضاء ، وكأن العقد مشتمل عليها من غير نص يشملها ، ولذا لو نص في عقد الإجارة على استثناء حقوق الارتفاق بطل العقد ، لأن المنقوطة ، وهي المنقوطة عليه فيه تكون غير متحققة وغير ثابتة ، ويكون قد عقد على أمر غير قابل للوجود ، فلا يصح .

حقوق الجوار

٤٧ - اعتبر القانون المدني حقوق الجوار من ضمن حقوق الارتفاق ، فاعتبر فتح المظلات ، وحق العلو والسفل ، وإيجاد فضاء بين الأبنية ، وأحكام الجدار المشترك بين جارين ، اعتبر كل هذا من أحكام الارتفاق . ولكن الفقه الإسلامي يفرق بين هذين النوعين من الحقوق ، لأن لكل منهما أساساً يقوم عليه يختلف عن الآخر ، فقوام حقوق الارتفاق كونها تكليفاً على العقار لمصلحة العقار المرتفق ، فهي حق عيني ثابت على العقار . وهو من نوع الشركة في العين التي تعلق بها الارتفاق ، فإذا كان لعقار حق الشرب من مجرى يجري في عقار آخر كان بين صاحبي العقارين شركة في حق الشرب ، وكذا إذا كان لعقارات حق المرور من طريق كانت بين المالك شركة في حق المرور ، ولو كان بعضهم مالكا لرقبة الطريق ، والآخر لعقاراتهم حق الارتفاق به ، وبهذا الاعتبار ثبتت الشفعة ، ويكون مناطها تلك الشركة .

أما حقوق الجوار ، فتقوم على منع الضرر بالجوار ضرراً يبيئاً فاحشاً في سبيل انتفاع الشخص بمملكته ، فهي في الواقع تقييد لانتفاع المالك بعقاره بقيد أن لا يضر بالجوار ، وبعبارة موجزة أن الفرق بين حق الارتفاق وحق الجوار أن حق الارتفاق حق إيجابي متعلق بالعقار ، أما حق الجوار فحق سلبي ليس إلا منعاً للضرر ، وإمالة للأذى ، وبهذا الاعتبار ثبتت الشفعة ، ولذا يتأخر الحق فيها عن أصحاب حقوق الارتفاق .

٤٨ - وحقوق الجوار إما أن يكون منشؤها الجوار بين صاحب العلو وصاحب السفلى ، وإما أن يكون منشؤها الجوار المطلق . فإذا كان منشؤها ما بين صاحب العلو والسفلى كانت أقوى وأشد ، ولذلك أجمع الفقهاء على أنه لا يصح لأى واحد منهما أن يتصرف فى ملكه تصرفاً يضر بالآخر ، لأن ملكه لم يخلص له إذ تعلق به حق غيره ، فإن حق صاحب العلو متعلق بالسفلى وحق صاحب السفلى متعلق بالعلو ، فملك كليهما ليس خالصاً . وإذا كان الملك ليس خالصاً من حقو متعلقة به ، فإنه يجب مراعاتها عند كل تصرف يتصرفه الشخص فى ملكه .

وقد قسم الفقهاء التصرفات إلى ثلاثة أقسام : القسم الأول : تصرفات تضر أحد الجارين بلا ريب فإن يهدم صاحب السفلى سفله ، وكان يفتح باباً فيه . وهذا النوع من الأعمال ممنوع باتفاق ، لما فيه من الضرر المؤكد ، والإهدار لحق مقرر لصاحبه برضا هذا المتصرف ، فهو نقض لأمر تم من جهته ، ومن حاول أن ينقض أمراً تم من جهته ، فحاولته مردودة عليه .

القسم الثانى : تصرفات لا تضر واحداً منهما بيقين كدف مسبار أو إصلاح أحدهما ما لم ينحو طلاء الجدران وغير ذلك مما لا يضر بالآخر يقيناً ، وهذا التصرف سائغ غير ممنوع باتفاق الفقهاء ، لأن احترام حق الآخر يكون بعدم الإضرار ، ولا إضرار هنا بيقين ، فلا يمنع .

القسم الثالث : تصرفات تحتل الضرر وعدم الضرر ، إذ أشكل أمرها ، فلا يدرى عند القيام بها أسيقبها ضرر أم لا ، ومثال ذلك أن ينقب صاحب السفلى كوة فى سفله ، أو يبني صاحب العلو غرفة ، أو يضع جذوعاً فوق البناء . وفى هذا النوع من الأعمال خلاف . فأبو حنيفة يري ، فيه المنع ، والصاحبان يريان فيه عدم المنع ، والخلاف فى هذه المسألة قائم على خلاف

بينهما في الأصل في تصرفات صاحب العلو وصاحب السفل ، فأبو حنيفة يرى أن الأصل في هذه التصرفات المنع إلا ما قام الدليل على أنه لا يضر فيسوغ ، ويرى الصاحبان أن الأصل الإباحة إلا ما قام الدليل أنه يضر فيمنع ، وقد استدل كلاهما لأصله . فاستدل الصاحبان لأصلهما بأن كليهما يتصرف في ملكه ، والأصل في التصرفات في الملك الإباحة لا المنع وكون حق أحدهما قد تعلق بملك الآخر لا يهدم أصل الإباحة ، بل يقيد به بعدم الضرر ، وعلى ذلك تكون إباحة التصرف التي اقتضاها الامتلاك ثابتة لم يزلها تعلق حق الآخر بها ، والمنع يكون عند الضرر ، فإن وجدت منعت التصرفات التي توجد ، وإن لم يوجد رجعنا إلى الأصل الثابت بالملكية ، وهو الإباحة ، وفي حال احتمال الضرر وعدمه لم يثبت الضرر ، فبقية الإباحة قائمة عاملة ، لعدم وجود شرط المنع بها ، ومن جهة ثانية لا يصح أن نجعل تعلق حق الآخر مانعاً من التصرفات لذاته ، بل يجب أن نجعله مانعاً من التصرفات لما يكون منها من الضرر بدليل إباحة ما لا يضر فيه باتفاق ، وإذا كان أثر حق الآخر مانعاً فقط ما فيه الضرر ، فما لم يقم دليل على ضرره لا يمنع فيه ، فلا يمنع ما احتمل الضرر وغيره .

واستدل أبو حنيفة لما قرره وهو أن الأصل المنع : (١) بأن تعلق حق الغير بعين من الأعيان يقيد تصرفات المالك فيها بقيد وهو رضا صاحب الحق ألا ترى أن المستأجر لأن له حقاً في العين المستأجرة يكون بيعها موقوفاً على رضاه ، وكذلك حق المرتهن يقف البيع وكل التصرفات الشرعية التي تشبهه على رضاه ، وذلك لأن الحق المتعلق بعين من الأعيان محترم فيمنع إطلاق التصرف في العين ، وبذلك يكون الأصل في العين المتعلق بها حق للغير المنع من التصرفات ، وإطلاق اليد يكون بسبب جديد ، وهو رضا (٢) صاحب الحق .

(١) متضى هذا الدليل ، والدليل الآتي أنه لا يصح لصاحب السفل أو العلو أن يعمل أي عمل إلا برضا صاحبه والاتفاق بينهما عليه ، وبهذا روى بعضهم عن أبي حنيفة فقد روى (٢) (٨٠ - نظرية العقد)

(٢) واستدل أيضاً أبو حنيفة بأن من له حق في عين فله نوع ملك فيها، ومن يتصرف فيها فهو يتصرف في ملك غيره، ولا يصح التصرف في ملك الغير إلا بإذنه ورضاه، ولذلك نظائر في الشريعة، فإذا كان لإنسان حق مسيل في أرض آخر، ولا يملك رقبته، فليس لصاحب الرقبة أن يغيره من قنائة إلى أنبوبة إلا بإذن صاحب الحق المتعلق بعينه، ولا ينقله من مكان إلى مكان آخر. كذلك إذا كان حق المرور في طريق لا يملك رقبته، فليس لمالك الرقبة أن ينقل الطريق من جهة إلى جهة، وإن كان لا يتضرر صاحب الحق المتعلق بالعين، ولا يمس من ذلك أى أذى، بل لو كان التغيير إلى أنفع له، ولا بد لجواز هذا العمل من رضا صاحب الحق وموافقته.

وإذا كانت النظائر والأشياء كذلك، فيما بين صاحب السفلى والعلو من حق لأحدهما فيما يملك الآخر—كان لكل منهما نوع ملك فيما يملك الثاني، فيمنع من الأعمال إلا بإذن الآخر ورضاه، وعلى ذلك يكون الأصل المنع، وإطلاق اليد في بعض الأعمال هو اعراض عدم الضرر بيقين.

٤٩ - وإذا هدم صاحب السفلى بناءه يجبر على إعادته لتعديده على غيره بهدمه بناءه الذى يتعلق به حقه^(١)، لأن قرار العلو على السفلى حق لصاحب العلو، وبهدم صاحب السفلى بناءه قد أزال ما يكون عليه القرار، فيتعذر وجوده، فيكون بهذا متعدياً، والمتعدي يجبره القاضى على ما يزيل أثر تعديده، وإذا جاء صاحب العلو وأقام القواعد للسفلى وبناءه من غير إذن صاحبه،

تمت عنه أن صاحب العلو لا يملك التصرف وإن لم يضر بصاحب السفلى (راجع فتح القدير). وعلى الرواية المشهورة يصح اعتبار عدم الضرر عارضا يبيح إطلاق اليد، وهنا يوجد قد شكلى، لأن عدم الضرر لا يعتبر عارضاً، لأنه أمر سلبى لا يعرض، وإنما العارض الطارىء يكون أمراً إيجابياً.

(١) ولو كان قد تهدم بناء صاحب العلو بهدم صاحب السفلى بناءه ضمن له قيمته وقت

ومن غير أن يلجأ إلى القاضى ليجبر صاحبه على البناء يعتبر متبرعاً ، فلا يرجع على صاحب السفلى بشئ من نفقات البناء ، ولا بقيمة ، لأنه غير مضطر إلى البناء ، إذ في استطاعته إجباره عليه بطريق القضاء ، فعدوله عن إجباره دليل على إرادة التبرع ، حسباً لمادة الخلاف ، وفضاً للنزاع ، وحفظاً لمروءته وصاحبه من الخصومات ، وما تجر إليه من شحنات ، والمتبرع ليس له أن يرجع فيما عزم عليه .

وإذا تهدم السفلى من غير فعل صاحبه ، فلا يجبر على إعادته ، لأنه لا تعدى من جانبه ، فلا مبرر للإلزام ، وفي هذه الحال لا يكون لصاحب العلو إن أراد أن ينتفع بعلوه - إلا أن يتفق مع صاحب السفلى ليفي اختياراً ، لا اضطراراً ، ثم له هو أن يفى بإذن القاضى أو بإذن صاحب السفلى ، وفي هذه الحال يرجع بكل ما أنفق في سبيل البناء على صاحب السفلى ، لأنه وكيل عن صاحب الشأن في الإشراف على البناء ، والاتفاق في سبيله ، فله أن يرجع عليه بكل النفقات التى أنفقتها في هذا السبيل ، والوكالة ظاهرة في حال إذن صاحب السفلى ، وأما في حال إذن القاضى فهى تحتاج إلى جلاء ، وذلك لأن القاضى له ولاية عامة قوامها رفع المظالم ، وتمكين أصحاب الحقوق من حقوقهم . ولا شك أن لصاحب العلو حقاً فى القرار على السفلى ، ولا يمكن من هذا الحق إلا بنائه ، ولم يأذن مالكه بالبناء ولا طريق إجباره على البناء أو إجباره على الإذن ، فلم يبق له إلا أن يستأذن صاحب الولاية العامة فى البناء . إذ تعذر عليه أخذ الإذن من صاحب الولاية الخاصة ، فيكون فى اتفاقه على البناء فى هذه الحالة وكيلاً عن ذى ولاية ، ويشبه الوكيل المقام فى الخصومات عند عدم وجود الخصم أو وكيل له .

وإذا بنى من غير إذن صاحب السفلى ولا إذن القاضى فله فى هذه الحالة أن يرجع بقيمة البناء وقت تمام البناء ، ولا يرجع بما أنفق ، وقد تختلف قيمة

البناء عما أنفق زيادة أو نقصاناً ، وإنما كان له الرجوع بالقيمة ، ولا يرجع بما أنفق ؛ لأنه لم يكن وكيلًا في الاتفاق على أى اعتبار ، إذ لم يصدر إذن له من القاضى ، ولامن صاحب السفلى بالبناء وهذا هو الذى ذكر فى أكثر كتب الفقه ، ولم تحك فيه خلافاً ، ولكن وجدنا فى كتاب البدائع ما يبين منه أن هناك قولاً آخر ، وهو أن البانى فى هذه الحال له أن يرجع بما أنفق لابقيمة البناء ، فقد جاء فيه : « وذكر القاضى فى شرح مختصر الطحاوى أن فى ظاهر الرواية يرجع بما أنفق ، وكذا ذكر الخصاص أنه يرجع بما أنفق ، لأنه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو إلا ببناء السفلى ، ولا ضرر لصاحب السفلى فى بنائه ، بل فيه نفع صار مأذوناً بالاتفاق من قبله دلالة ، فكان له حق الرجوع بما أنفق » ، ولكن يظهر أن الراجح أنه يرجع بقيمة البناء وقت تمامه ؛ لأنه ما صدق ، فوجب ألا يمكن غيره منه إلا ببديل له ، وهو القيمة .

وهنا يتساءل القارىء لم لا يعتبر متبرعاً ، كما اعتبرناه متبرعاً إن بنى من غير إذن القاضى وصاحب السفلى فى حالة هدمه متممداً ؟ والجواب عن ذلك أنه فى الحال الأولى غير مضطر إلى البناء ، لأن فى استطاعته أن يابجأ إلى القاضى ، ليكره المالك على البناء . أما فى هذه الحال ، فهو مضطر إلى البناء إذ لا طريق لإجبار المالك على البناء أو إجباره على الإذن فكأنه فى هذه الحال مأذون من الشرع بالبناء ؛ وهذه المسألة أصل ينطبق عليها وعلى ما يشبهها من المسائل . ذكره شمس الأئمة الحلوانى ، وأقرته كل كتب الفقه . وهو أن من يجبر على اصلاح ما يملك إذا تعلق به حق الغير لا يرجع عليه إذا اصلح صاحب الحق من غير إذنه أو إذن القاضى ، إذ يمكنه أن يجبره ، فكان متطوعاً ، ومن ذلك كرى النهر واصلح السفينة وإذا كان لا يجبر على الاصلاح كسائلة انهدام السفلى لا يعتبر متبرعاً ، لأنه لا يمكنه الوصول إلى حته إلا بذلك .

والآن نقول كلمة مجملة في طريق الرجوع بما أنفق أو بالقيمة . قد قالوا إن ذلك يكون بحبس صاحب العلو السفلى الذى بناه عن صاحبه ، حتى يودى ما عليه وهو قيمة البناء وقت تمام البناء ، أو النفقات التى قام بها فى سبيل البناء على حسب الأحوال التى يبتاها ، وإنما كان له هذا الحبس ، لأن دين البانى متعلق به فله حبسه حتى يستوفى الثمن ، بل إن له فيه ملكية ، ولذا جاء فى الفتاوى الحامدية أن له أن يسكن السفلى ، حتى يدفع إليه صاحب السفلى ما عليه من مال . وإذا امتنع عن أداء ما عليه بعد حبس السفلى عنه كان لصاحب العلو طريقان إحداهما أن يستغل السفلى بإذن القاضى ويستوفى ماله من الأجرة (١) ، وثانيهما أن يجبره على أداء الدين بطرق الإيجاب على أداء الديون من حبس المدين أو بيع أمواله عليه ، حتى تستوفى منها ديونه وقد نصح على ذلك فى جامع الفصولين ، والسكن فى الفتاوى الخيرية لا يجبر هذا الإيجاب فى كل الأحوال بل يجبر ذلك الإيجاب إذابنى صاحب العلو بإذن صاحبه أو بإذن القاضى ، أما إذا بنى بغير إذن واحد منهما ، فلا طريق إلى الرجوع إلا حبس العين ، أو استغلالها بإذن القاضى واستيفاء الحق من الغلة .

٥ - وإذا هدم صاحب العلو علوه فالقول الصحيح فى المذهب ، كما فى جامع الفصولين . أنه لا يجبر على بنائه ، لأنه لا ضرر على صاحب السفلى فى عدم بنائه بخلاف صاحب السفلى إذا هدم بناءه ، لأن العلو قائم عليه ، وهو أسه فالضرر لاحق بصاحبه بآدى الرأى والنظر .

وهناستطرد استطرادة صغيرة ، وهى إذا هدم صاحب العلو علوه أو تهدم فهل له أن يبيعه من غير بناء ؟ والجواب عن ذلك أن حق التملك لا يجوز بيعه إلا مع البناء ، فمن باعه من غير بناء لا يصح بيعه ، لأنه من غير بناء ليس بمال ، إذ المال ما يمكن إحرازه عند الخفية ، ولا هو فى هذه الحال حق متعلق بمال

(١) راجع كتاب المعاملات لأستاذنا الجليل الشيخ إبراهيم بك .

فيجوز بيعه تبعاً للبال ، لأنه في هذه الحال منفرد عن متعلقه ، وهو البناء ، ولذا لا يجوز بيعه عند الحنفية إجماعاً .

وفي مذهب مالك رضى الله عنه يجوز بيع حق التعلّي منفرداً عن البناء ، بل يجوز بيعه قبل البناء ، لأن بيع الهواء عنده يجوز . ولقد جاء في الشرح الكبير ما نصه : « ويجاز بيع هواء فوق بناء ، بأن يقول شخص لصاحب أرض بمعنى عشر أذرع مثلاً فوق ما تبينه بأرضك ، إن وصف البناء الأسفل والأعلى لفظاً أو عادة للخروج من الجمالة والغرر ، ويملك الأعلى جميع الهواء الذى فوق بناء الأسفل ، ولكن ليس له أن يبنى غير ما دخل عليه إلا برضا الأسفل ، ومن هذا يفهم أن حق العلو منفرداً يجوز بيعه ، وذلك غير المتفق عليه عند الحنفية .

٥١ - ما ذكرناه هو في الجوار الذى منشؤه ما بين العلو والسفل من علاقة وما لصاحب كل منهما من حق متعلق بالآخر ، وهو حق مقرر ثابت بمقتضى علاقة العلو بالسفل ، لا مطلق الجوار .

أما الجوار المطلق فليس له من الحقوق إلا حق واحد ، وهو ألا يضر الشخص في سبيل انتفاعه بعقاره بجاره ضرراً يبنياً فاحشاً ، وليس ذلك موضع اتفاق بين الفقهاء ، بل هو موضع نظر ، أو بعبارة أدق هو استنباط جاء بعد الطبقة الأولى طبقة أبي حنيفة وأصحابه . وذلك لأن ما يروى في ظاهر الرواية هو أن المالك حر في ما سكه يتصرف فيه كيف يشاء بلا قيد يقيد به ، وليس لأحد إجباره على شيء لا يريد في ملكه ، إلا اضطرورة أو نقص في أهليته ، كما أنه ليس لأحد منعه من التصرف في ملكه ، ولو تضرر من ذلك غيره ، إلا إذا تعلق به حق غيره فلذلك أحكام قد نوهنا عنها في بيان حق العلو والسفل ، وذلك لأن معنى الملك يقتضى إطلاق اليد في التصرف إطلاقاً تاماً ، والمانع لا يكون إلا لتعلق حق غيره ، فإذا لم يتحقق به حق لا يمنع^(١) ، وعلى ذلك يكون للشخص أن

(١) راجع البدائع .

يصنع في عقاره ما شاء ، فله أن يفتح النوافذ في بيته من غير قيد ولا شرط ، وله أن يحفر بئراً أو بالوعة ، ولو كان ذلك يوهن بناء جاره ، ولو فعل شيئاً من ذلك حتى وهن الجدار فسقط لا ضمان عليه ؛ لأنه لم يتعد على جاره ما دام ما يفعله في دائرة ملكه ، ولا ضمان إلا مع التعدي ، ولأن منعه من التعدي ، ولأن منعه من الانتفاع بملكه فيه ضرر ينزل به من غير مبرر يبرره ، ولا يصح أن يدفع الضرر عن المالك بضرر المالك ، لأن في ذلك نقضاً لأصل الملكية ، إذ لو كان الضرر يبرر منع المالك من التصرف ، لفقد المالك حرية التصرف ، وليست حرية التصرف إلا معنى المالك .

ولهذا كله كان ذلك هو القياس^(١) في مذهب الحنفية ، وهو رأى الشافعي وأحمد ، ولذا قرر الجميع أن حق المالك يقتضي عدم التقييد قضاء ، وليس للقاضي أن يمنع المالك من التصرف في ملكه ، ولكن الديانة توجب عليه ألا يضر بالجار لتكون المودة ، ولقوله عليه السلام : « والله لا يؤمن ثلاثاً قالوا : ومن يارسول الله ؟ قال ذلك الذي لا يأمن جاره بوائقه ، فمن الدين والأخلاق وحسن المعاملة والسلوك القويم ألا يتصرف الجار في ملكه بما يترتب عليه أذى بجاره ، ولكن ذلك لا يكون بإجبار القضاء على مقتضى ما قرره أبو حنيفة وأصحابه .

هذا ما روى عن الطبقة الأولى من الفقهاء ، وما جاء في ظاهر الرواية وقررنا أنه القياس الذي يوائم القواعد الفقهية ، ولكن جاء أصحاب الفتاوى ، وغيرهم من المؤلفين والمجتهدين في المذهب ، فاستحسنوا أن يمنع الجار من

(١) يروى أن شخصاً شكاً إلى أبي حنيفة من بئر حفرها جاره في داره ، فقال له أبو حنيفة احذر في دارك بجوار تلك البئر بالوعة ، ففعل ، فنزت البئر الأولى ، فكيسها ربهما وترى أنه لم يذكر للشاكي أن يجبر جاره على كبس البئر ، بل ذكر له تلك الحيلة وليست إلا من قبيل التصرف في الملك ، وهي ضرر قد دفع ضرراً ، فلم الفريقان من الأذى ، وهكذا يقاتل السوء بالسوء فتكون السلامة .

التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره ضرراً بيناً فاحشاً ، لحديث لا ضرر ولا ضرار ، ولأن الناس قد تركوا ما أوجب عليه الدين من وجوب رعاية الجار ، ففقت عليهم كلمة القضاء لخلهم على منع الاضرار اضطراراً ، إذ لم يقوموا به اختياراً ، وليس القضاء إلا المنفذ لأحكام الشرع ما أمكن التنفيذ .

والمنوع على هذا الاستحسان ليس العمل الذي يترتب عليه مطلق الضرر ولو يسيراً ، بل العمل الذي يترتب عليه الضرر الفاحش البين ، وقد جاء في فتح القدير حد للعمل الذي يكون سبباً للضرر الفاحش البين فقال : « هو ما يكون سبباً للهدم ، وما يوهن البناء سبب له ، أو يخرج عن الانتفاع بالسكينة ويمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالسكينة ، ولا يعتبر من الضرر الفاحش منع أشعة الشمس ، أو سد منافذ الهواء على المساكن ، لأنه يمكن الانتفاع مع ذلك في الجملة ، وقد أحصى الفقهاء عدداً من الأضرار التي تعتبر فاحشة بينة ، فمنها أن يتخذ طاحوناً أو مصنع حديد ، ويثبت أن طرق الحديد ودوران الطاحون يوهن البناء ، وأن يحدث تنورا أو معصرة في سوق الخبز ، فيضر ضرراً فاحشاً ببضائع أهل السوق ، وأن يحفر بجوار جدار جاره بئراً أو بالوعة توهن بناء الجار ، وأن يحدث بناء في ملكه ما يمنع الضوء عن جاره ، بحيث لا يستطيع القراءة في النهار من شدة الظلام ، وأن يحدث شباكاً يطل منه على مقر النساء (١) .

وهذا الرأي الذي هو استحسان في مذهب أبي حنيفة هو مذهب مالك رضي الله عنه ، جاء في تهذيب القروق ما نصه : « بما هو معلوم لا شك فيه أن من ملك موضعاً له أن يبنى فيه ، ويرفع فيه البناء ما لم يضر بغيره وأن له أن يحفر فيه ما شاء ويحرق ما شاء ما لم يضره بغيره ، فالانتفاع بالملك عند مالك

(١) راجع طائفة مجموعة من هذه المسائل في مذكورة المعاملات لطالبة القسم الأول من مدرسة القضاء الشرعي .

وأصحابه مقيد بقيد ، هو ألا يضر بغيره ، وهو استحسان المتأخرين عند الخنفية كما علمت .

أسباب الملك التام

٥٢ - ذكرنا في الفصول السابقة أسباب الملك الناقص ، وأسباب الحقوق التي تتعلق بالأعيان ، وما يشبهها ، والآن نتكلم في أسباب الملك التام ، فنقول :

أسباب الملك ثلاثة أقسام : (القسم الأول) سبب منشئ للملك على الأعيان بعد أن لم يكن ثابتاً فيها وهذا هو الاستيلاء على الأشياء المباحة ، ووضع اليد عليها ، فإن الأشياء المباحة قبل حيازتها ووضع اليد عليها لم تكن مملوكة لأحد ، ولم يكن ثمة ملك واقع عليها ، وبالإستيلاء تثبت الملكية لوضع اليد ، وهي ملكية حادثة ، ويسمى هذا سبباً فعلياً من أسباب الملكية ، لأن منشأه لم يكن قولاً أو عقداً ، ولكن منشؤه فعل وعمل ، ولأنه سبب فعلي ، وليس بسبب قولي صح أن يكون سبباً للملكية إذا حصل من محجور عليه ؛ فإذا استولى المحجور عليه على مباح بأن أحيا أرضاً مواتاً ، أو صاد صيداً أو احتش كلاً ، أو احتطب حطباً ، فقد ملكه ، وذلك بخلاف الأسباب القولية ، فإنها لا يترتب عليها الملك بإطلاق من المحجور عليه ، فشرأوه مثلاً لا يترتب عليه ملك له وذلك لأن التصرفات القولية هي موضع الحجر ، ولا يترتب عليها آثارها لعدم اعتبارها منشئة للحقوق والواجبات منه . وأما الأفعال فتترتب عليها آثارها ، ولذا لو جنى جنياً وجب عليها أرضها ، ويؤخذ من ماله .

(القسم الثاني) أسباب تنقل الملكية من سلطان شخص إلى غيره ، ويشمل ذلك العقود الناقلة للملكية من بيع وهبة وصدقة وخلع بالنسبة لبدله ونكاح بالنسبة لمهره ، ومن شأن هذا النوع من الأسباب أن تكون الأموال

التي تنقل ملكيتها بسببها مشغولة بالملك قبلها ، فإذا لم تكن مشغولة لاتعقد سبباً للملك ؟ لأن مقتضاها بالنسبة للملك أن تنقله من حين إلى حين ، وذلك لا يكون إلا إذا كان الملك ثابتاً أولاً قبل العقد ، ولذا لا يصح أن يكون محل البيع مباحاً من المباحات ، كما لا يصح أن يكون المباح مهراً أو بدل خلع أو محلاً للصدقة أو الهبة ، لأن الملكية لم تكن ثابتة في المباح قبل هذه العقود ، فلا يكون ثمة نقل من مالك إلى مالك ، فلا يكون مقتضى العقد ثابتاً .

(القسم الثالث) سبب للملك هو خلافة الشخص لغيره في الملكية ، وهذا يشمل الميراث والوصية ، فإن الملك يصل إلى الوارث والموصى له بالخلافة عن المورث والموصى ، إذ لا يملك إلا من بعد وفاته ، ووفاته شرط للملكية عنه ، ولذا لا يحتاج دخول الميراث في ملك الوارث إلى قبول منه ، وكذلك لا يحتاج الوصية إلى قبول ، بل الشرط عدم الرد فيها ، بل إن الميراث يدخل في ملك الوارث جبراً عنه من غير اختياره وإرادته ، ولا يوجد من أسباب الملك ما ينتقل به الملك من غير اختيار سوى الميراث ، وزاد الزيلعي على الميراث الوصية للجنين ، فإن الملك يدخل من غير اختيار أحد لعدم وجود من يلي عليه ، إذ لا يصلح لأن يكون محلاً للولاية عليه . وفي الوصية ما يقرب من هذا ، وذلك إذا مات الموصى له قبل أن نعلم له قبولاً أو رداً ، فإن الملك يثبت له ، ولم يثبت عنه اختيار . ومن كل هذه الأوصاف والخواص يستبين أن الملك الثابت بالميراث والوصية ملك سببه خلاف الوارث أو الموصى له للمورث والموصى ؛ ولقد رتب الفقهاء على ذلك أحكاماً منها أن الوارث والموصى له كلاهما يكون خصماً في إثبات الديون التي تكون على الميت ، ولو لم يكونا خليفين له في تركته ما كان لهما شأن في الخصومة . ومنها أن لها أن يقيلا البائع من البيع إذا كان البيع حادثاً من المتوفى ، وتكون إقائهما لهما كل خواص الإقالة وأحكامها ولو لا أن ملكيتهما بسبب الخلافة كانت إقائهما بيعاً جديداً

من كل الوجوه ، وما كانت لها أحكام الإقالة من حيث كونها مستغناً بالنسبة لبعض الأحكام ، وبيعاً بالنسبة لبعضها .

والاستيلاء على المباح يشمل أربعة أضرب : (أحدها) إحياء الموات ،
(وثانيها) الاستيلاء على المعادن والكنوز ، (وثالثها) حيازة الأشياء المباحة
(ورابعها) الصيد .

إحياء الموات

٥٣ - الأراضي الموات هي الأراضي التي تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها أو لغلبيته عليها ، أو تكون طينتها غير صالحة للإنبات ، ويشترط لاعتبارها مواتاً أن تكون بعيدة عن العمران ، غير قريبة منه ، لأنها إن كانت قريبة من العمران انتفع بها في غير الزراعة فتتعلق بها مصالحه ، فتكون منها طرق ، ومسائل ماء ، ومطرح قامته ، وملقى ترابه ، ولم يختلف في ذلك أحد من أهل العلم^(١) . ولما اختلفوا في مدى هذا البعد ، فروى عن أبي يوسف رضي الله عنه أن البعد يكون بحيث لو وقف رجل في أدنى الموات إلى العمران ، ونادى بأعلى صوته لا يسمع صوته في العمران ، فلو سمع لم تكن الأرض مواتاً ، وقال محمد وهو المروى في ظاهر الرواية أنه يكفي في البعد ألا تكون من مرافق القرية بالفعل ، فهو نظر إلى حقيقة الانتفاع ، فإن كانت منتفعاً بها بالفعل في مرافق العمران انتفى عنها وصف الموات ، وإن كانت غير منتفع منها بالفعل بأن لم تكن من مرافق القرية اعتبرت غير منتفع بها . وتكون منتفعها في الزراعة ، وهي غير صالحة لها فهي موات إذن .

وقد اعتمد شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف مع أنه غير ظاهر الرواية على ما علمت^(٢) ومذهب الشافعي في هذا كذهب محمد .

(١) المفني في كتاب إحياء الموات .

(٢) راجع كتاب الزيلعي والبدائع في إحياء الموات .

وترك بعض الفقهاء الحد الفاصل بين القريب والبعيد إلى العرف ومن هؤلاء الإمام أحمد بن حنبل وأصحابه ، واستدل له بأن الحد لا يعرف إلا بالتوقف ، ولا يعرف بالرأى والتحكم ، ولم يرد من الشارع لذلك حد ، فوجب أن يرجع في ذلك إلى العرف كالتقبض والإحراز ، فإن الأمر في تحقيق معناهما إلى العرف والمشهور بين الناس ، وأي حد من غير دليل هو تحكم ، إذ ليس حد أولى من غيره مادام ليس في المسألة نص ، أو قياس على منصوص عليه فليس لنا إلا أن نتركه للعرف .

٥٤ - وقد اشترط صاحب السكندر في اعتبار الأرض مواتاً ألا تكون مملوكة لشخص معين معروف ، غير أن ذلك الشرط ليس لتحقيق كونها مواتاً ، بل لاعتبار الإحياء سبباً للملكية ، فإن الأرض تعتبر مواتاً إذا تحقق أنها ليست من مرافق العمران ، ولا تصلح للزراعة ، ولو كان لها مالك معروف ، غير أن الإحياء لا يكون سبباً للملكية إلا إذا كانت الأرض لم يعرف لها مالك ، سواء أكانت لم يحجر عليها ملك قط ، أم جرى عليها ملك ، ولكن في غير عصور الإسلام ، أم جرى عليه ملك في العصور الإسلامية ولم يعرف صاحبه ، فما دامت لم يعرف لها مالك^(١) معين فهي موات . ولكن قد حصل خلاف بعض الفقهاء إذا كان المالك مسلماً أو ذمياً في عصور إسلامية ولكن غير معروف فقد رويت بعض الروايات عن أحمد بن حنبل أنها لا تعتبر مواتاً مادامت قد ملكت في عصور الإسلام ، لقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضاً مواتاً في غير حق مسلم ، فهي له » ولأنها إذا ثبت أن لها مالكا في الإسلام ، فهي على ملكيته ، وعدم معرفته لا يزيل ملكيته لأنها له ، فإن لم يكن فلورثته ،

(١) مالك رضي الله عنه يعتبر من الموات الذي يكون إحياءه سبباً للملكية الأراضى التي ملكها أصحابها بالإحياء لا بسبب آخر من أسباب الملكية إذا أهملت حتى صارت مواتاً بعد الإحياء فإن ملكيتها تذهب عنه وتعود مباحة كما كانت ، وسندين ذلك في موضعه إن شاء الله .

فإن لم يعلم له ورثة ، فهي لبيت مال المسلمين لأنه وارث من لا وارث له ، وعلى أية حال لا تعتبر مباحاً غير مملوك لأحد . ولكن كثرة الفقهاء ومنهم مالك وأبو حنيفة على أنها تملك بالإحياء لأنها لا يعرف لها مالك ، فأشبهت مالا مالك له ، ولأنها إذا كانت مواتاً من القديم ، بحيث لا يعرف مبدأ لمواتها سقطت ملكيتها ، لعدم وجود محرز لها ، ولعدم صلاحيتها للانتفاع وصارت كالعادة القديم الذي ينسب إلى مالك قبل الإسلام ، واتفق عليه السلام وعادى الأرض لله ولرسوله ، ثم هو بعد لكم ، وقد فسر القدوري رحمه الله العادى بما قدم خرابه ولو كان في الإسلام .

٥٥ - وإحياء الأرض جعلها صالحة للزراعة أو للانتفاع بإزالة السبب الذي جعلها غير صالحة وغير نافعة ، فإذا كان مواتها بسبب غمر المياه لها ، فأحياؤها بإقامة السدود الدافعة للمياه للتمكن منها والأخذ وقت الحاجة فقط ، وإذا كان مواتها بسبب عدم وصول المياه إليها فأحياؤها بشق الأنهر لتصل المياه إليها ، أو بوضع آلات رافعة للمياه لتصل إليها إن كانت عالية لا تصل المياه إليها من غير آلات رافعة ، أو بكرائها وسقيها حتى تصير بتلك العملية صالحة للإنبات إذا كان سبب الموات فساد تربتها . وإذا أرادها قرية ، فأحياؤها ببناء حائط وتقسيمها بيوتاً ودوراً ونحو ذلك ، وقد ذكر في المعنى أن في الإحياء روايتين في مذهب الإمام أحمد بن حنبل إحداهما بنحو ما ذكرنا ، والثانية « أن الإحياء ما تعارفه الناس إحياء ، لأن الشارع ورد بتعليق الملك على الإحياء ولم يبينه ، ولا ذكر كيفية ، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء في العرف ، كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحوز ، ولم يبين كيفية كان المرجع فيه إلى العرف ، ولأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم يتعلق بمسماه عند أهل اللسان ، فمكذلك يتعاق الحكم بالمسمى إحياء عند أهل العرف ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يتعلق حكماً على ما ليس إلى معرفته طريق ، فلما لم يبينه تعين العرف طريقاً لمعرفته ؛ إذ ليس له طريق سواه . إذا ثبت

هذا . فإن الأرض تحيي داراً للسكنى ، وخطيرة ، ومزرعة ، فأحياء كل واحدة من ذلك بتبويضها للانتفاع الذي أريدت له . . . » .

٥٦ - والإحياء وحده سبب للملكية عند الصالحين والشافعي وأحمد ابن حنبل ، مادامت الأرض لامالك لها ، فلا حاجة لثبوت الملكية بالإحياء إلى إذن الإمام ، وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يثبت الملك في الموات بمجرد الإحياء ، بل لابد مع الإحياء من إذن الإمام .

استدل الأولون بأن الأراضي الموات ليست ملكاً لبيت المال . بل هي مال مباح ، والمباح لمن سبقت يده إليه ، وقد سبقت اليد إليه بالإحياء ، فهو لمن أحياه ، فلا حاجة إلى إذن الإمام في ثبوت الملكية ، كمن يحتطب حطباً مباحاً أو يفتش كلاً مباحاً ، فإنه يملك بمجرد الأحرار والاستيلاء ، وكمن يصطاد حيواناً لامالك له فإنه يملكه بمجرد الاصطياد ، وإذا كانت ملكية هذه الأشياء لا تحتاج في ثبوتها إلى إذن الإمام ، فكذلك ملكية الموات من الأرضين لا يحتاج الشخص في ملكيته إلى إذن الإمام . بل إلى الإحياء فقط ، لأنه هو الذي جعله الشارع سبباً للملكية ، فقد ورد في الحديث الشريف : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » .

واستدل لأبي حنيفة بأن هذه الأرضين وإن كانت لامالك لها في الإسلام ، هي في سلطان الإمام ، ويعتبر بولايته على البلدان واطع اليد عليها ، وليس لأحد أن يستولي على ماتحت يد الإمام من غير إذن ، وقد قال عليه السلام : « ليس للمرء إلا ما ضابت به نفس إمامه » ، ولأن ولاية الإمام على أرض خير مملوكة يجعلها في يده كالغنائم يوزعها على المسلمين ، وليس لأحد أن ينال شيئاً منها بغير أن يقسم له الإمام ويأذن له ، ولأن الإحياء من غير إذن الإمام قد يدفع إلى التزاحم ، والتنازع ، فلأجل الفصل بين الناس ولمنع النزاع بإزالة أسبابه كان لابد من إذن الإمام . اثبتت الملكية بالإحياء ، وحديث : ومن

أحيا أرضاً ميتة فهي له ، لا ينافي شرط الإذن لأنه يشبه حديث « من قتل قتيلاً فله سلبه »^(١) ولم يقل أحد أن من قتل قتيلاً في الجهاد في سبيل الله يأخذ سلبه من غير إذن الإمام ، فإذن الإمام ملاحظ في الحديثين ، منعاً للتشاح والتنازع وإن لم يذكر^(٢) .

٥٧ - والتججير لا يعتبر من أسباب الملك ، وهو أن يضع الشخص علامة في الأرض الموات تدل على سبقه إليها ، أو يشرع في إحياها ، فيعد من التججير وضع سور حول الأرض ، أو خط خطوط حولها تدل على سبق يده ، ومنها أن يقطع أشواكها ، أو يسوى عاليها بسافلها ، لأن ذلك شروع في

(١) سلب القتل ما يكون معه من سلاح وعتاد وقت قتاله .

(٢) قد حكى أبو يوسف رضى الله عنه خلافه مع شيخه فى كتابه الخراج ، فلنقله انرطب كلامنا بكلام هذا السلف الصالح ، وليستين للناس كيف تكون أمانة العلم . بأنه يحكى كلام شيخه وحجته ، ويحتفل ببيان وجهة نظر شيخه - وهو مخالفه - أكثر مما يحتفل ببيان حجته مع إصراره على رأيه ، وهذا كلامه رضى الله عنه : (وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول من أحيا أرضاً مولتاً فهي له إذا أجازها الإمام ، ومن أحيا أرضاً مواتاً بغير إذن الإمام فليست له ، وللإمام أن يخرجها من يده ويصنع فيها ما رأى من الإجارة والإقطاع وغير ذلك قيل لأبى يوسف ما ينبغى لأبى حنيفة أن يكون قد قال هذا إلا من شيء ، لأر الحديث قد جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أحيا أرضاً مواتاً فهي له ، فبين لنا ذلك الشيء فهل سمعت عنه فى هذا شيئاً يحتج به . قال أبو يوسف : حجته فى ذلك أنه يقول الإحياء لا يكون إلا بإذن الإمام ، أرأيت رجلين أراد كل واحد منهما أن يختار موضعاً واحداً ، وكل واحد منهما منع صاحبه ، أيهما أحق ؟ أرأيت أن أراد رجل أن يحيى أرضاً ميتة ببناء رجل ، وهو مقر أن لاحق له فيها ، فقال لا تجبا فأنها ببناء ، وذلك يضرنى ؟ فأنما جعل أبو حنيفة إذن الإمام فى ذلك هاهنا فصلاً بين الناس ، فإذا أذن الإمام فى ذلك لإنسان كان له أن يحييها ، وكان ذلك الأذن جائزاً مستقياً . وإذا منع الإمام أحداً كان ذلك المنع جائزاً . ولم يكن بين الناس التشاح فى الموضع الواحد ، ولا الضرر فيه مع إذن الإمام ومنعه وليس ما قال أبو حنيفة يرد الأثر له ، إنما رد الأثر أن يقول : وإن أحياها بإذن الإمام فليست له . فأما من يقول هى له ، فهذا اتباع الأثر ، ولكن بإذن الإمام ، ليركون لإذنه فصلاً فيما بينهم من خصوماتهم وإضرار بعضهم ببعض .

أما أنا فأرى إذا لم يكن ضرر على أحد ، ولا لأحد فيه خصومة أن إذن رسول الله صلى الله عليه وسلم جائز إلى يوم القيامة . فإذا جاء الضرر ، فهو على الحديث : « وليس لعرق ظالم حق . . » عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » . ثم يروى الحديث بروايات مختلفة كلها فى معنى واحد .

الإحياء والشروع في الإحياء من التحجير كما علمت . وهو باتفاق الفقهاء ليس كالإحياء في إثباته للملكية ؛ لأن الآثار المتضافرة تدل على أن وضع اليد على الأراضي الموات وضماً مجرداً لا يثبت من أسباب الملكية ، بل الآثار جعلت سبب الملكية هو وضع اليد المشتغل على إحياء الأرض وجعلها صالحة للزراعة .

والمحتجر إذا مضى على تحجير ثلاث سنوات اتفق الفقهاء على أنه يصبح لاحق له ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « عادى الأرض لله ولرسوله ، ثم لكم من بعد ، فن أحيا أرضاً ميتة ، فهي له ، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين » وروى مثل هذا عن عمر بن الخطاب ، فعساه يكون قد سمعه من الرسول عليه الصلاة والسلام . ولأن المحتجر إذا مضت عامه ثلاث سنين ، ولم يصلح يكون قد ضيق على الناس في حق مشترك بينهم ، إذ لهم جميعاً الحق في إحيائها وامتلاكها بهذا الإحياء ، فجاء هذا ففزع الناس عنها ، وما أحيائها ، ولا ترك الناس يحيونها ، فكان في هذا المنع ظالماً معتدياً ، وما كان له بعد هذا حق في إمسакها ، لأنه لا يجوز استمرار الظلم والاعتداء بهذا المنع من غير أى ثمرة ترجى منه ، ولو جاء غيره وانتزعها منه بعد الثلاث بالقهر والغلبة وأحيائها تكون ملكه باتفاق الفقهاء .

هذا ما يتعلق بشأن المحجر بعد ثلاث سنوات . أما قبل ثلاث السنوات ، فله حق متعلق بها ؛ لأن يده سبقت إليها ، والسابق إلى المباح أولى من غيره به ، وأحق بامتلاكه دون الناس أجمعين ، غير أن فقهاء الحنفية وغيرهم اختلفوا في مدى هذا الحق . فقال بعض الفقهاء إنه حق ثابت ديانة لأقضاء ؛ لأن ملكيته لم تثبت قبل ثلاث سنوات ، ولكن على الناس من حيث الديانة أن يحترموا هذا الحق ، ولكن لا يلزمون به قضاء ، ولذا إذا جاء شخص في مدة ثلاث السنوات وأحيا الأرض الموات كان المالك لها ، لأن حقه في المالك

صار أقوى من حق الآخر باليد ونظير هذا من استام شيئاً ليشتره ، أو خطب فتاة ليتزوجها يحرم على غيره ديانة أن يستام عليه ، أو يخطب على خطبته ، فإذا جاء واستام واشترى ، أو خطب وتزوج ، لم يكن لأحد أن يمنعه بقوة القضاء ، وكان زواجه صحيحاً بلا ريب ، وبمثل هذا جاء في الزيلعي وغيره^(٩) ، وقالوا إنه الصحيح .

وقال بعض الفقهاء : إن من أحياء في مدة ثلاث السنوات لا يملك بإحيائه لأن حق المحتجر أولى من حق غيره ، والمحجي بعد تحجيره معتد عليه ؛ فلا يصح أن يكون أحياءه سبباً للملكية ، لأن الظلم لا يكون سبباً في إثبات الملكية ، وقد قال عليه السلام : « وليس لعرق ظالم حق ، إذ أنه السابق ، والسابق إلى المباح أولى به من غيره . فكان حقه الثابت بذلك السبق أولى بالرعاية ، ولذلك لا يثبت بإحياء غيره أى حق من الحقوق له .

٥٨ - والملك بالإحياء كالمالك بسائر أسباب الملكية متى ثبت لشخص لا يزول عنه إلا بانتقاله بسبب من أسباب الملكية ، فالملك يحدث ذلك السبب فالملكية ثابتة للمحجي ، وإن صارت الأرض بعد ذلك مواتاً بإمالتها وعدم تعهدها بالحرث والسقي . وهذا مذهب الشافعي ، وأحمد بن حنبل ، ومذهب أبي حنيفة .

وقال مالك : إن الإحياء إذا ذهب بعودة الأرض مواتاً ، قبل أن ينتقل الملك إلى غير المحجي تنتهي الملكية ، ويكون لأى شخص امتلاكها بالإحياء ، وحجته في ذلك :

(١) أنه في إحياء الموات جعل الإحياء علة للملك ، فإذا ذهب الإحياء ذهب الملك ، لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، فإذا ذهبت العلة

(١) ومثله جاء في المنى من كتب الحنابلة .

بطل الحكم ، وإذا وجدت وجد ، فلما صارت الأرض مواتاً ، ذهب العلة ، فلم يعد للحكم وهو الملكية وجوداً .

(٢) وأن الإحياء سبب فعلى من أسباب الملك التي ترد على المباحات ، وهي ضعيفة لورودها على غير ملك سابق ، بخلاف أسباب الملك القولية لا يبطل الملك فيها بدم استمرارها ، لأنها ترد على مملوك فلئاصل الملك قبلها قويت إفادتها للملك لاجتماع إفادتها مع إفادة ما قبلها ، وكذلك إذا ورد البيع على الإحياء ، لم ينتقض الملك بعد ذلك لتظاهر الأسباب .

(٣) وأن الإحياء كالاصطياد واحتياز كل مباح ، إذا رفعت اليد فيه عاد مباحاً كما كان ، فالسماك إذا انفقت إلى النهر عاد مباحاً ، والحيوان الذي صيد ، إذا توحش وتأبد ، ولم يعد لليد سلطان عليه ، إلا بصيد جديد عاد مباحاً كما كان ، والماء إذا حيز ، ثم اختلط بماء النهر صار مباحاً كما كان . فكذلك الأرض الموات إذا عادت بعد الإحياء مواتاً عادت إلى ما كانت عليه من الإباحة .

(١) وقد رد ذلك الدليل ابن الشاطب وهو مالكي ، بأن الإحياء قد ثبت فترتب أثره ، وهو الملكية ، ولم يرتفع الإحياء الذي أوجد الملكية ، لأن الواقع لا يرتفع ، إذ أن الإحياء فعل من الأفعال بمجرد حدوثه سجل في الوجود ، فلا يمكن نفيه ، وإن كان يمكن ألا يستمر ، واستمرار الأسباب وبقاؤها ليس بشرط في وجود الأحكام المسببة عن وجودها . فإن الملك المترتب على الشراء أو الهبة أو الإرث أو الوصية لا تستمر أسبابه ، ومقتضى كلام مالك ألا يستمر هذا الملك لعدم استمرار هذه الأسباب ، ولم يقل أحد ذلك ملخص بتوضيح من ادراج الشروق على أنواع الفروق .

(٢) يرد هذا الدليل بأن أى سبب من الأسباب القولية يقوم على السبب الفعلي ، وهو الاستيلاء على المباح ، فإذا كان الاستيلاء على المباح سبباً ضعيفاً ، فكيف ما يبنى عليه يرد عليه ضعفه ، فإذا كان المحيي للأرض ملكاً ضعيفاً ، فمن يستفيد الملك عن طريقه يستفيد منه هذا الضعف ، لأنه يملك بمقدار ما يملك هو .

(٣) يرد هذا الدليل بأن هذه المقدمات تنطبق على الملكية بالبيع وغيره فالسماك إذا عاد إلى النهر عاد مباحاً ولو كان قد بيع ، وكذلك الحيوان إذا توحش والماء المحوز إذا اختلط بماء النهر ، فأنهما يعودان مباحين ، ولو كانا قد بيعا ، ومقتضى هذا إذن أن الموات إذا بيع بعد عاد ، وأعاد مباحاً ، ولم يقل ذلك أحد حتى لك رضى الله عنه .

واستدل أبو حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل ، بحديث ، من أحيأ أرضاً ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق ، ، وهذا الحديث يفيد الملك بإطلاق ، والملك إذا ثبت لا يزول عن شخص إلا بالأسباب النافذة له من شخص إلى شخص ، ولأن الإحياء كالبيع والهبة وغيرها من أسباب الملكية ، بل كلها مبنى عليه في الأراضي وإذا كانت هذه الأسباب لا تنتهي الملكية بسببها بعودة الأرض موافقاً فكذلك الإحياء لا تنتهي الملكية بسببه بعودتها موافقاً .

٥٩ - والأرض الموات إذا أحييت ، أعتبر من الأراضي الخراجية أم من الأراضي العشرية (١) ؟ إذا أحيها ذمي تكون خراجية ؛ لأن ما يقع تحت سلطان الذمي من الأراضي يكون خراجياً ، ولو كان قد انتقل من غيره ، بل لو كانت عشرية في يد مسلم ، فنقلت إلى ذمي تكون خراجية عند أبي حنيفة ، وعلى ذلك يكون أولى بهذا الوصف ما أحياه هو ، وأنشأ عليه ملكاً مبتدأ بالإحياء . ولأن العشر من أنواع الزكاة ، فهو عبادة ، أو عمل الأقل في معناها . ولا يصح أن تفرض عبادة إسلامية على غير المسلمين ؛ لذلك كانت الأرض التي يستولى عليها ذمي خراجية ، يفرض عليها الخراج .

وإذا أحيها مسلم ، فقد قال محمد : إنها تتبع ماها ، فإن كانت تسقى من ماء السماء أو بئر استنبطها فيها ، أو بماء الأنهار العظام التي لا تقع في قبضة أحد ، فهي عشرية ، وإن سقيت بماء من نهر كان قد حفره الأعاجم قبل الإسلام ، فهي

(١) الأراضي العشرية هي الأراضي التي فتحها المسلمون عنوة ، وقسمت بين الفاتحين ، والأراضي التي أسلم أهلها عليها من غير فتح . والأراضي الخراجية هي الأراضي التي فتحت عنوة وأقر أهلها عليها . ويظهر أثر التفرقة بين العشر والخراج فيما يؤخذ منها من ضرائب ، فالعشرية يؤخذ منها العشر مما تنتج من زرع إن سقيت بغير آلة ونصف العشر إن سقيت بآلة ، وأما الخراجية فيؤخذ منها مقدار يقدره ولي الأمر على حسب ما تطبق الأرض ، ويسمى ذلك خراج وظيفة ، وقد يرى الإمام أن تؤخذ نسبة معينة مما يخرج من الأرض ، ويسمى ذلك خراج مقاسمة .

خراجية ، وذلك لأن الماء هو العنصر الفعال في الزرع ، بل هو في أغلب الأحوال ما تحتاج إليه الأراضي الموات لأجل إحيائها وجعلها صالحة للزراعة .

ولذلك تكتسب الأرض صفته ، فإن كان ماء يفيض بتعمه الله من غير عمل الإنسان كانت عشرية ، وإن كان ماء كان لغير المسلمين عليه سلطان ، وهو في حوزتهم ، وما حكمهم كانت خراجية ، لأن هذا النوع من المياة يعتبر فيماً وغنيمه ، فهو يشبه الأراضي الخراجية ؛ فما يجنيه من الأراضي يكون خراجياً .

وقال أبو يوسف إذا أحيها مسلم تعتبر عشرية إذا كانت في حيز الأراضي العشرية بأن كانت الأرض التي هي فيها عشرية ، وتعتبر خراجية إذا كانت في حيز الأراضي الخراجية ، وذلك لأن مرافقها متعاقبة بما حولها من الأراضي ، فتكون تابعة له في الوصف ، فإن كان خراجياً كانت مثله ، وإن كان عشرياً كانت كذلك .

٦٠ - إيجاب الموات في القانون المدني المصري :

الأراضي الموات ولو أنها من الأشياء المباحة بمقتضى صبيغها معتبرة في القانون المدني من أملاك الدولة ؛ ولذا جاء في المادة الثامنة مانهه : « الأموال المباحة هي التي لا مالك لها ، ويجوز أن تكون ملكاً لأول واضع يدها . ولا يجوز وضع اليد على الأراضي التي من هذا القبيل إلا بإذن الحكومة حسب الشروط المقررة في اللوائح والقوانين . »

ومن هذا يفهم أن الحكومة قد اعتبرتها ملكاً لها ، وإن أقرت أنها في الأصل من الأشياء المشتركة بالإباحة الطبيعية ، ولقد بينت ذلك لجنة المراقبة القضائية فقد جاء في أحد منشوراتها « إن الحكومة مالكة لجميع الأراضي التي لا يمكن أحداً أن يثبت ملكيته لها ، وعلى ذلك فنأخذ أحجاراً من

أحد المحاجر سواء أ كانت مستخرجة أم استخرجها هو بنفسه يعتبر سارقاً
لملك الحكومة^(١) .

وعلى هذا الأساس لم يكن الاستيلاء على الأراضى الموات كافياً للملكية
كالشأن فى كل الأموال المباحة كما نصت على ذلك المادة السادسة والخمسون ،
بل كانت ملكية الأراضى الموات لها طرق مقررّة أخرى غير مجرد الاستيلاء ،
وقد ذكر الشراح أن طرق ملكيتها ثلاثة :

(١) وضع اليد عليها المدة الطويلة المقررة فى القانون ، وهى مدة خمس
عشرة سنة ، وهذا سبب عام من أسباب الملكية يشمل المباح وغير المباح من
الأموال ، وإن كان هو فى الأراضى الموات التى هى فى أصلها على الشركة
الطبيعية أظهر ، وأكمل اثباتاً ، لأنها لم تتعلق بها ملكية أحد من الناس ،
فىكون وضع اليد تلك المدة مثبتاً للحق ، من غير أن ينفى حقاً ثابتاً يناقضه .
وعلى هذا فهو يثبت فى الأرض الموات الحق فى الملكية من غير أى ظلم
يلابسه .

(٢) وضع اليد من غير تقييد بمدة معينة ، وهذا لا يثبت الملكية إلا باذن
من الحكومة ، ولا بد للإذن من إجراءات أشارت إليها المادة السابعة والخمسون
من القانون المدنى ، وبينها الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤
وخلاصتها أنه لا بد من تسليم الأرض بمعرفة مندوب من المديرية ، وتصديق
مجلس الوزراء ، وتحرير حجة مشتملة على شروط الإعطاء^(٢) .

وإن كان تحرير تلك الحجة من حيث قوته محلاً للخلاف فى الفقه وفى

(١) هامش كتاب الملكية العقارية فى مصر الاستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى
بك ص ٩٨ .

(٢) راجع فى كل هذا كتاب الملكية العقارية فى مصر لأستاذنا الجليل الدكتور محمد
كامل مرسى بك .

القضاء ، فبعضهم يعتبره جزءاً منتمياً لإجراء نقل الملكية ، وبعضهم يعتبره دليلاً على النقل ، وليس جزءاً من أسبابه .

(٣) الزرع أو الغرس ، أو البناء ، فإذا زرع شخص في الأراضي الموات ، أو بنى فيها بناء أو غرس أشجاراً اعتبر مالكاً لها بهذا العمل بشرط ألا تنقطع يده عنها مدة خمس سنين في الخمس عشرة سنة التالية لإحياء الموات . وقد نصت على هذا ، وعلى ما سبقه المادة السابعة والخمسون من القانون المدني ، وهذا نصها :

«أما الأراضي الغير المزروعة المملوكة شرعاً للميرى ، فلا يجوز وضع اليد عليها ، إلا بإذن الحكومة ، ويكون أخذها بصفة أعبادية تطبيقاً للوائح . إنما كل من زرع أرضاً من الأراضي أو بنى عليها ، أو غرس فيها غراساً يصير مالكا لتلك الأرض مالكا تاماً ، لكنه يسقط حقه فيها بعدم استعماله لها مدة خمس سنوات في ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها . وهنا يثار بحث في نقطتين إحداهما في مدة خمس السنوات أهي خمس متتابعة أم يجوز أن تكون متفرقة ؟

وثانيتها في إذن الحكومة بالبناء أو الغرس أو الزرع أهو لازم أم غير لازم ؟

أما عن الأولى منهما فعبارة القانون ليس فيها نص مبين صريح بتعيين أى الحالين ، ولذلك يصحح أن يقال إن النص لم يشترط أن تكون السنوات الخمس متتابعة ، فتشمل الحالين حال التتابع وحال التفرق ، ولا يصح إثار إحداها على الأخرى بالاعتبار ، وعلى هذا فحتى ترك الاستعمال خمس سنوات ولو متفرقات في مدة الخمس عشرة سنة سقطت الملكية .

ويصحح أن يقال إن خمس السنوات يجب أن تكون متتابعة ، لأنها المتبادر إلى الفهم من عبارة القانون ، والقوازين تفهم بظواهر دالاتها أولاً ، ولأن

الملكية ثبتت بالغراس أو البناء أو الزرع ، فلا تسقط إلا بالهبط صريح في الإسقاط ، ظاهر الدلالة فيه قاطع غير قابل لاحتمال غيره ، وذلك لا يكون إلا إذا كانت السنوات الخمس متتابعة ، أما غير المتتابعة ، فلم يست الدلالة عليها بظاهر النص أو قطعية فيه ، بل هي احتمال فيه ، ولا تسقط الملكية الثابتة بالاحتمال^(١) . ولأن قصد الشارع أن تكون مدة عدم الاستعمال متتابعة ، لأن عدم الاستعمال لمدة طويلة يدل على نية الترك بخلاف عدم الاستعمال مدة قصيرة ونحن نفضل هذا الاستنباط^(٢) .

وأما لزوم إذن الحكومة بالبناء أو الغرس أو الزرع فقد اختلف القضاء فيه ، فبعض المحاكم لم يشترط الإذن وبعضها اشترطه ، بل ثبتت الملكية بمجرد الإحياء في نظره .

وقد احتج الفريق الأول :

(١) بأن المادة ٥٧ ذكرت حالين إحداهما حال الملك بالإذن ، والثانية حال الملك بالغرس أو البناء أو الزرع ، ولا شك أن الحالين يجب أن تكونا مختلفتين من حيث الحكم والأثر ، ولا اختلاف بينهما إلا من حيث الإذن وعدمه ، فقد كان الإذن عماد الملكية في الحال الأولى ، فلو كان عمادها في الثانية ما كان لذكرا معنى ، وكانت لغواً من القول ، وذلك ما لا يعقل وجوده في نصوص القوانين .

(٢) وبأن الحكمة في وضع الفقرة الثانية من المادة المذكورة تشجيع الناس على استغلال الأراضي الموات ، حتى تنمو بذلك ثروة البلاد ، وهذا يجعل للزراع والنجار والبانى ميزة على غيرهم من المستولين على الأراضي الذين

(١) في أصول الفقه الإسلامي قاعدة ، لو طبقت في هذا المقام لرجحت اشتراط التتابع ، وتلك القاعدة هي أن المطلق إذا أطلق ينصرف إلى الفرد الكامل ، ولفظ خمس سنين مطلق فينصرف إلى الفرد الكامل ، وهي خمس السنين المتتابعة .

(٢) راجع كتاب الملكية العقارية في مصر المنوه عنه سابقا .

يسمح لهم استيلائهم بالملكية ، وذلك لا يكون إلا بإعفائهم من الإذن الذى يجب فى ملكية غيرهم ، وإلا كانوا معهم سواء ، بل إنهم يكونون أدنى حالاً منهم ؛ لأن ملكيتهم تسقط بالترك خمس سنوات فى مدة خمس عشرة سنة ، بينما لا تسقط ملكية من أخذوا بصفة أعبادية بذلك ، وذلك تخريج بعيد عن الانصاف بعده عن العقول .

(٣) وأنه لا خطر على الحكومة ولا خوف على أراضيها من الملكية ، بغير إذن ، لأن الأراضى الموات إذا أحياها غارس أو بان أو زارع استفادت منها الحكومة بزيادة الثروة واتساع العمران ، وذلك يدر على مالية الحكومة أموالاً من الضرائب التى تفرضها على الأرض بعد إحيائها بعد أن كانت لا تستفيد منها شيئاً قليلاً أو كثيراً .

وقد احتج الفريق الثانى بأن من يريد الانتفاع بأى جزء مما تملك الدولة ما يستطيع الانتفاع به إلا بإذنها ولا يسمو أن مالك المنفعة أو حق الانتفاع يحتاج إلى الإذن ، ولا تحتاج الملكية التامة إلى الإذن .

والفرق بين فقرتى المادة ٥٧ ليس فى الإذن وعدم الإذن ، ولكن الفرق فى أن الغرس أو البناء أو الزرع يجعل المالك تماماً بمعنى أنه ليس للحكومة أن تسحب الإذن إلا إذا سقطت الملكية بالترك المنوه عنه (١) .

وأما عند عدم الزرع أو البناء أو الغرس ، فللحكومة أن تسحب الإذن فى أى وقت شاءت .

(٤) وبأنه وإن كان من فائدة الحكومة إحياء موات الأراضى نصيباً أراضيها عرضة للضياع ، إذا كان كل غارس وبان وزارع يصبح مالكا بمجرد غرسه أو زرعه أو بنائه ، وقد يضيع الصالح بجوار غيره إذا فتح الباب على

(١) وهو ترك مدة خمس السنوات من غير استغلال فى مدة الخمس عشرة سنة .

مصراعيه ، فالأول سداً لذرائع يجعل الملكية للموات محصورة في الإذن ،
والمادة ٥٧ تقبل ذلك (١) ، ولا تمنعه .

٦١ - من كل ما تقدم يستفاد أن القانون المدني يتقارب من مذهب
أبي حنيفة في الجملة ، فهو لم يعتبر الأراضي التي لا مالك لها من الناس خالية
من الملاك ، بل اعتبرها ملكاً للدولة ، وهي بهذا تمتاز عن سائر المباحث ، وبما
يقرب من ذلك قال أبو حنيفة ، ولم يعتبر مجرد إحياء الموات في نظر القانون
المدني سبباً للملكية ، بل اشترط في بعض تخريجاته ، وهو ما تميل إليه إذن ولي
الأمر مع الإحياء ؛ ليكون الملك تاماً .

وموضع الخلاف بين الفقه والقانون أن القانون المدني اعتبر وضع اليد
بالإذن سبباً للملكية مع أن أحداً من الأئمة لم يقل ذلك في الإحياء ، لأن
التحجير لا يعتبر سبباً للملكية باتفاق الأئمة ؛ إلا إذا فرضنا أن الإذن من
الحكومة تملك وهمة ، وعلى ذلك لا يكون السبب في الملكية وضع ميد ،
ولكن السبب الهبة والإعطاء .

وعلى أي حال يلاحظ أن في هذا فرقاً بين الشريعة والقانون في الإحياء ،
ولكن يلاحظ أن المادة السابعة والخمسين عبرت بالأراضي غير المزروعة
وربما شمل ذلك الموات وغيره من الأراضي ؛ إذ عسى أن يكون من الأرض
غير المزروعة ما هو صالح للزراعة ، ولكن الإهمال هو الذي جعلها غير مزروعة .

وهناك فرق آخر بين القانون والآقوال الراجحة في الشريعة ، وهو سقوط
الملكية بعد الزرع والإحياء ، إذا ترك الاستعمال خمس سنوات ، فإن أكثر
الفقهاء لا يقر سقوط الملك بعد الإحياء ، ولو عاد مواتاً .

وخالف في ذلك مالك فقط ، ومع ذلك لا نرى في مذهبه تقدير الترك

(١) قد لحصنا أدلة الفريقين من كتاب الملكية العقارية في مصر .

بـخمس سنوات ، ولا تقيدها بأن يكون في مدة خمسة عشر عاماً من تاريخ الإحياء ، وعلى أية حال نرى أن القانون في هذه الجزئية أقرب إلى مذهب مالك من غيره .

الاستيلاء على الركاز

٦٢ - الركاز في اللغة جمع ركزة ، وهي قطعة من جوهر الأرض المركوز فيها ، ويصح أن يكون اسم جنس جمعى مفردة ركازة ، وهي بمعنى ركزة .

وعلى ذلك فالركاز كل ما يشتمل عليه باطن الأرض من جوهر ، هو فيها بأصل خلقها وتكوينها ، كالذهب الغفل والفضة ، والأحجار الكريمة ، والفحم الحجري ، ونحوه ، ويسمى معدناً ، أو بوضع الإنسان ، ويسمى كنزاً .

ولقد جاء في القاموس ما نصه : « الركاز ما ركزه الله تعالى من المعادن أى أحدثه ، ودفين أهل الجاهلية ، وقطع الفضة والذهب من المعدن ، وأركز وجد الركاز » (١) .

وعلى ذلك يكون التفسير اللغوي للركاز شاملاً للمعادن والكنوز سواء أكانت مودعة باطن الأرض قبل الإسلام أم كانت مودعة بعده .

ولسكن عرف بعض الفقهاء خالف ذلك العموم اللغوي ، ولذا جاء في النهاية لابن الأثير ، عند تفسير كلمة الركاز في الحديث : « وفي الركاز الخمس » ما نصه : « الركاز عند أهل الحجاز (٢) كنوز الجاهلية المدفونة في الأرض ،

(١) ويمثل ذلك ورد في أساس البلاغة للزمخشري . ولذا جاء فيه : « أركز : أصاب ركاز أو معدناً أو كنزاً » .

(٢) الراجح أنه يريد من أهل الحجاز وأهل العراق فقهاء الحجاز ، وفقهاء العراق ، ولا يصح أن يريد عموم الناس في الإقليمين ، وإلا كان ذلك إطلاقاً لغوياً مختلفاً في الإقليمين ، ويكون مناقضاً لقوله بعد ذلك : والقولان تحتملها اللغة .

وعند أهل العراق المعادن ، والقولان تحتلمهما اللغة ؛ لأن كلا منهما مركزوز في الأرض أى ثابت ، يقال ركزه يركزه ركزاً إذا دفننه .

وهنا نجد الفقهاء قد اختلفوا في معنى الركاز الوارد في الحديث السابق ، فمالك والشافعي وكثيرون من الفقهاء يقصرون الركاز على دفين أهل الجاهلية ، وأبو حنيفة والثوري وغيرهما يقولون إن الركاز يشمل نوعين : المعدن ، والكنز ، لأنه في اللغة كذلك ، وليس ثمة من مقتضى التفريق بين المعنى اللغوي والشرعي ، وجعل هذا أحسن من ذلك ، والتخصيص تحكم ، لا دليل عليه ، بل قد ذهب بعضهم إلى أن الركاز حقيقة في المعدن مجاز في الكنز سواء أكان جاهلياً أم إسلامياً وإن ذلك الاختلاف كان أساس اختلاف الآراء الفقهية .

٦٣ - وقد انبنى على اختلاف الفقهاء في معنى الركاز اختلافهم في أحكام المعادن التي تكون في باطن الأرض ، فمالك رضى الله عنه لم يخمسها لأنها ليست ركازاً ، وعنده قولان في أحكام المعادن ، وقد ذكرهما ابن رشد في مقدماته .

(أحدهما) أن المعادن ملك للإمام ، وليست بملك لصاحب الأرض والأمر فيها إلى الإمام يقطعها لمن يشاء ، ويعطيها لمن يعمل فيها بوجه الاجتهاد طول حياته أومدة من الزمان من غير أن يملك أصلها ، وتؤخذ منه الزكاة إن كان فيها زكاة . ولقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم لبلال بن الحارث المزني معادن من معادن القبالية (١) ، وكان لا يأخذ منها إلا الزكاة ، ولأن الذهب والفضة في الأرض أقدم من مالك المالكين ، وملكتهم إنما عرض لظاهر الأرض دون ما في جوفها ، فبقى ما في جوفها فيئاً للمسلمين ، يتولاه عنهم ولى أمرهم ، وينفق في مصالحهم .

(١) نسبة لقبيل موضع على ساحل البحر بينه وبين المدينة سير خمسة أيام .

وهذا القول يتفق مع ما يدعوا إليه الاشتراكيون في أوروبا ، فهم يدعون إلى أن تكون المناجم ملكاً للدولة ، لأنها مصدر عظيم للثروة ، يدر الربح الكبير من غير عمل يتناسب مع ما يأتي به من در وخير ، وملكيتها للأحاد يؤدي إلى أن يكون في الدولة قوم ينالون الخير كله من غير عمل ، وبجوارهم من يناههم التعب والنصب من غير أن ينالوا خيراً يتفق مع ما بذلوا من كد واجتهد . والثروة لا تكون موزعة توزيعاً عادلاً متناسباً يجعل حياة الجماعة منسجمة متلائمة . إذ يكون بعض الناس يملكون القناطر المقنطرة من الذهب والفضة والخيل المسومة والأنعام والحراث ، والسيارات قد خرجت على الناس بزيتها أو ماتحمل من متع الحياة ولهوها مخترقة الميادين والسبل ، وبجوار هؤلاء الرافين بزخرف الحياة الدنيا وزيتها قوم لا يجدون ما يتباعدون به ، قد علتهم صفرة ترهقها قفرة من شدة الجوع والفاقة ، فكان من العدل أن تكون المناجم ، وهي تدر الخير الوفير من غير عمل كثير ملكاً للدولة ، وتوزع أنزلها على الفقراء والمساكين والمتعطلين ، والغارمين ، وفي سبيل الله وابن السبيل .

هذه وجهة نظرهم في هذا الزعم ، وتلك نتيجة مقدماتهم ، ولا شك أن ذلك القول من مذهب مالك يتلاقى في جماعته مع بعض ما تنتجته مقدماتهم ، وبعض ما ترمى إليه آراؤهم .

القول الثاني : أن المعادن تابعة للأرض ، فإن كانت في أرض حرة أو في أرض العنوة^(١) أو في الفيافي والجبال التي هي غير مملوكة لأحد كان أمرها إلى الإمام يقطعها لمن يعمل فيها ، أو يعامل الناس على العمل فيها لجماعة المسلمين على ما يجوز له ، ويأخذ منها الزكاة إن كانت الزكاة فيها واجبة .

(١) الأرض العنوة (الأرض الحراجية) وهي مملوكة للدولة فما في جوفها ملك لها أيضاً .

وإن كانت في أرض مملوكة فهي لصاحب الأرض ، لأنها تكون بمنزلة ما ينبت فيها من نبات .

وقد رد هذا الدليل بأن المقايضة ليست كاملة بين الزرع والمعادن ؛ لأن الزرع ينبت بعد المالك ؛ فهو ثمرة من ثمراته ، وأما المعادن فهي في الأرض من قبل طرود المالك عليها ، وما كانت داخلة في ملك المالك عند وجود أسبابه .

وعلى هذا القول تكون الزكاة واجبة في الذهب والفضة بمجرد العثور عليهما إذا كانا قد بلغا نصاب الزكاة ، ولا يشترط أن يحول الحول لوجودها ، بل لا يشترط أن يكون الرجل غير مدين كالشروط في زكاة النقدين ، وذلك لأن الذهب والفضة لما وجدوا في الأرض كانا نماء لها ، فأشبهها الزرع من هذه الناحية ، والزرع تجب فيه الزكاة من غير اشتراط الحول ، ومن غير اشتراط الخلو من الديون .

غير أن الزكاة ، وهي ربع عشر الخارج تجب في معدن الذهب والفضة إذا خرج بجهد ومشقة وعمل كثير ، أما إذا خرج بغير جهد كبير ، بل بعمل يسير أو بغير عمل ففيه الخمس لبيت المال . ولا يكون فيه مقدار الزكاة فقط ؛ لأنه في هذه الحال يشبه دفين الجاهلية . وفيه الخمس لبيت المال .

٦٤ - هذا مذهب مالك في المعدن ، ومذهب الشافعي فيه . قريب من القول الثاني فهو لا يرى أن ليس في غير الذهب والفضة من المعادن شيء يؤخذ ، ويرى أنه لا يؤخذ شيء إلا إذا بلغ ما استخرج من باطن الأرض حد الزكاة ، لأن ما يؤخذ إنما هو على سبيل الزكاة ، ويختلف عن القول الثاني في مذهب مالك في ثلاث نقاط .

(الأولى) أن الأرض المباحة يكون المعدن فيها على مذهب مالك الإمام ، على ما ذكرنا ، وأما عند الشافعي ، فيكون المعدن لمن وجده ، وتجب الزكاة إن بلغ نصاباً .

(الثانية) أن الزكاة هي الواجبة سواء ما استخرج كان بجهد يسير أم بجهد كبير وذلك عند الشافعي .

أما مالك، فقد علمت أن الخارج بجهد يسير أو بغير جهد قط، فالواجب فيه الخمس .
(الثالثة) أن الحول شرط في بعض الأقوال عند الشافعية ، ولذا جاء في المذهب ما نتمه : « ويجب حق المعدن بالوجود^١، ولا يعتبر فيه الحول في أظهر القوانين ؛ لأن الحول يراد لتكامل البناء وبالوجود يصل البناء ، فلم يعتبر فيه الحول كالعشر ، وقال البويطي لا يجب حتى يحول الحول ؛ لأنه زكاة في مال تتكرر فيه الزكاة ، فاعتبر فيها الحول كسائر الزكوات . »

٦٥ - هذا قول الإمامين الجليلين الشافعي ، ومالك في المعدن ، وبنوا أقوالها على أن المعدن غير الركا ، ولو كان المعدن داخلا في عموم الركا كان داخلا في عموم الحديث الشريف : « وفي الركا الخمس . »

أما الحنفية ، فهم يعدون المعدن من الركا ، ولذا يقولون إن المعادن التي تذوب بالنار يجب فيها الخمس ؛ لأن كلمة الركا تشمل المعادن التي تذوب بالنار ، بل على التحقيق الركا حقيقة فيها مجاز في غيرها ، وانترك القلم لأبي يوسف رحمه الله يوضع المذهب ، فقد قال في كتاب الخراج ما نصه :

« في كل ما أصيب من المعادن من قليل أو كثير الخمس ، ولو أن رجلا أصاب في معدن أقل من وزن مائتي^(١) درهم أو أقل من وزن عشرين مثقالا فإن فيه الخمس ، ليس هذا على موضع الزكاة ، إنما هو على موضع الغنائم ، وليس في تراب ذلك شيء . »

إنما اخس في الذهب الخالص ، وفي الفضة الخالصة ، والحديد والنحاس والرصاص . ولا يحسب لمن استخرج ذلك من نفقته عليه شيء إلا بعد

(١) وزن مائتي درهم من الفضة أو العشرين مثقالا من ذهب هي نصاب الزكاة .

أصفيتهما ؛ قد تكون النفقة تستغرق ذلك كله ؛ فلا يجب إذن فيه خمس عليه ، وفيه الخمس حين يفرغ من تصفيته قليلا كان أو كثيراً ، ولا يحسب له من نفقته شيء .

وما استخرج من المعادن سوى ذلك من الحجارة ، مثل الياقوت والفيروز واللكل والكبريت والمغرة فلا خمس في شيء من ذلك إنما ذلك كله بمنزلة الطين والتراب .

ولو أن الذي أصاب شيئاً من الذهب أو الفضة ، أو الحديد ، أو الرصاص ، أو النحاس كان عليه دين فادح لم يبطل ذلك الخمس عنه ، ألا ترى لو أن جنداً من الأجناد أصابوا غنيمة من أهل الحرب خمسست ، ولم ينظر أعليهم دين أم لا ، ولو كان عليهم دين لم يمنع ذلك من الخمس .

ولم يقتصر أبو يوسف في أخذ الخمس على ما يستخرج من باطن الأرض ، بل أوجب أخذ الخمس فيما يدرسه البحر من حلية ولآلىء ؛ ولذا قال في كتاب الخراج :

« وسألت يا أمير المؤمنين عما يخرج من البحر من حلية وعنبر ، فإن فيما يخرج من البحر من الحلية والعنبر الخمس ، وأما غيرهما فلا شيء فيه ، وقد كان أبو حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله يقولان : ليس في شيء من ذلك شيء ؛ لأنه بمنزلة السمك . وأما أنا فإني أرى في ذلك الخمس ، وأربعة أخماسه لمن أخرجه ، لأننا قد روينا فيه حديثاً عن عمر رضي الله عنه ، ووافقه عليه عبد الله بن عباس ... فقد روى عبد الله بن عباس أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمل يعلى بن أمية على البحر ، فسكتب إليه في عنبرة وجدها رجل على الساحل يسأله عنها وعما فيها ، فسكتب إليه عمر : « إنه سيب من سيب الله ، فيها وفيما أخرج الله جل ثناؤه من البحر الخمس » وقال عبد الله بن عباس : « وذلك رأيي » .

٦٦- والذي يستفاد من كلام أبي يوسف في كتاب الخراج بصدد بيان مذهبه ومذهب سائر الحنفية ومما ذكره كتب الفقه أن المعادن ثلاثة :

(١) معادن صلبة تذوب بالنار وتنطبع ، كالذهب والفضة والحديد والنحاس وغيرها ، مما يشبهها من فلزات الأرض .

(٢) ومعادن صلبة غير قابلة للانطباع والتذوب بالنار كالجص والكحل ، والفحم الحجري ، والماس ، والأحجار الكريمة التي تستخرج من باطن الأرض .

(٣) ومعادن سائلة كالزئبق والنفط . وقد جعل الجنس في القسم الأول بانفاق الحنفية ووجهتهم في ذلك :

١- أن جل الأراضي الخراجية والعشرية كانت تحت أيدي غير المسلمين ، ولما فتحها الله على المسلمين صارت بمة تضي هذا الفتح في قبضة ولي أمر المسلمين يصرفها في مصلحة المسلمين بما يراه أقرب إلى الإصلاح والعدل ، وأبعد عن الظلم والفساد ، فأما أن يبقها في يد المغلوبين ، ويفرض عليها خراجاً ، وإما أن يوزعها على الفاتحين ، ويأخذ منها العشر مما تنتج من زرع . وسواء أبقاها في أيدي أصحابها أم انتزعها ووزعها على الغزاة فتصرفه فيها لا يعدو ظاهر الأرض وأجزائها التي هي من جنسها كالأحجار والمعادن الحجرية .

أما المعادن التي ليست من جنس الأرض ، وهي الفلزات التي تذوب بالنار وتقبل الطرق والسحب فالتصرف لم يتناولها ، وهي باقية على أصل يد الإمام ويكون حكمها حكم سائر الغنائم . والغنائم خمسها لبيت المال ، قال الله تعالى : واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسة ، وللرسول ، ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ، وإذن فالمعادن التي توجد في الأراضي التي لا مالك لها ، يكون خمسها لبيت المال ، لأن لها حكم هذه الغنائم ، وأربعة الأبخاس تكون للواجد ، وقد يقال إن مقتضى منطق هذه الفسكرة . وتساقق أجزائها

أن ترد أربعة الأجزاء للغزاة من الفاتحين بمقتضى أحكام الغنائم المقررة في الفقه الإسلامي، فإن لم يكونوا على قيد الحياة فلورثتهم، فإن لم يعرف الفاتحون أو ورثتهم فليت المال، وقد أوجب عن هذه بأن أيدي الفاتحين كانت ثابتة على ظاهر الأرض بمقتضى النسخ، وثبوتها على ما في باطنها حكماً على أنه ثمرة الاستيلاء على الظاهر، وقد كان هذا كافياً لإثبات خمس بيت المال. ولكن لا تكفي تلك اليد الحكومية لإثبات حق الغانمين؛ لأن يد الواجد يد حقيقية، واليد الحكومية لا تعارض اليد الحقيقية في إثبات الملكية، لذلك كان الواجد أولى بأربعة الأقسام من الغانمين^(١).

(ب) قال الرسول صلى الله عليه وسلم: «العجماء جبار^(٢)، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركن الخمس». . . وقد أخذ أبو حنيفة وأصحابه من هذا الحديث دليلاً على أن المعادن تجب فيها الخمس إذا كانت من غير جنس الأرض؛ لأن كلمة الركن تشملها إذ الركن جمع ركوة أو ركازة، وهما يطلقان على جواهر الأرض المدفونة فيها، وعلى ذلك يكون في المعادن التي تعتبر دفينة في الأرض - وهي ما ليس من جنسها - الخمس لبيت المال بمقتضى الحديث.

ولا ينفى هذا الاستدلال، قول النبي صلى الله عليه وسلم في صدر الحديث، والمعدن جبار أي هدر لأن ذلك ليس معناه لاشيء فيه من الواجبات والفرائض المالية الواجبة لبيت المال، بل إن المراد أن من يهلك بمصيبة أو من يهلك بسبب العجماء أو بسبب الوقوع في البئر، فقد هلك من غير دية واجبة، ويقبل دمه ويذهب هدرًا.

(١) راجع في هذا الهداية وفتح القدير والتمية والزيلعي والبدائع .
(٢) جبار معناه هدر، فمصره المالكية والشافعية بمعنى أنه لاشيء فيه خصاً أو غيره، والركن على هذا يجب أن يكون شيئاً غير المعدن، وفسروه بأنه دفن الجاهلية من السكنوز (١٠ - نظرية الزند)

وقد كان العرب قبل الإسلام إذا عطب الرجل منهم في قلب (١) جعلوا القلب عقلة ، وإذا قتله دابة جعلوها عقلة ، وإذا قتله معدن جعلوه عقلة (٢) ، فبين النبي صلى الله عليه وسلم أن شيئاً من هذه الأشياء لا يكون عقلاً لمن يقتل بسببها من غير تسبب أصحابها .

وناسب بعد بيان حكم المعادن والمناجم إذا قتل فيها شخص أن يبين حق بيت المال فيها ، وهو حق الله سبحانه وتعالى ، فبين أنه الخمس ، وعلى ذلك لا يكون صدر الحديث منافياً لتفسير الركاز بما يشمل المعادن ، بل على النقيض من ذلك يمهده ، ويهيء الأذهان لتقبله .

وفي الحق أن ذلك الحديث موضع تنازع الشافعية والحنفية في الاستدلال ، فالشافعية اتخذوا منه دليلاً على أن المعادن لا خمس فيها ، لأن صدر الحديث يبين أنها جبار لا شيء فيها ، وأن الركاز مقصور على دفين الجاهلية .

والحنفية يتخذون من الحديث حجة لهم على النجوى الذي بيناه ، وإن أميل إلى تخريج الحديث على مقتضى مذهب الحنفية ، لأننا لو فسرنا كلمة جبار بمعنى لا شيء فيه ، كان المعنى أن كل معدن لا شيء فيه ، وكل دابة لا شيء فيها مع إجماع العلماء على أن من الدواب ما فيه الزكاة ، ومن المعادن ما فيه الزكاة ، وإذن فالأولى أن تفسر كلمة جبار بما لا يتنافى مع ما هو مقرر في الشرع الإسلامي ، وهو ما فسرنا به الحنفية ، وهذا التفسير فوق ذلك مأثور ، فهو أحرى بالقبول .

(ج) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « في السعيوب الخمس »

(١) القيب: البئر والعقل: الدية .

(٢) راجع في هذا كتاب الحراج لأبي يوسف .

والسيوب هي عروق الذهب والفضة ، وإذا كان الذهب والفضة قد وجب فيها الخمس ، فكل ما يشبهها في خواصهما من قابلية للانصهار والتمدد بالحرارة والطرق والسحب والانطباع له حكمهما ، لأنه ليس من جنس الأرض مثلهما ، فهو دفين فيها فله حكمهما .

٦٧ — وإذا كان الخمس في المعادن القابلة للانطباع لبيت المال فأربعة الأبخاس للواجد ، وذلك بالاتفاق عند الحنفية إذا كانت الأرض ليس لها مالك .

وإذا كانت الأرض مملوكة ملكاً خاصاً ، ففي المسألة روايتان :

رواية أنه لاخمس فيها لبيت المال ، بل يكون كل المعدن للمالك ؛ وذلك لأن المالك قد ملك الأرض بكل أجزائها ، ولا شك أن المعدن كيفما كان نوعها تعتبر من أجزاء الأرض ، لا من دفائنها ، وعلى ذلك يكون لها حكم الأرض في ملكيتها لصاحبها .

والرواية الثانية : وهي رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة وهي رأى الصاحبين - أنها يؤخذ منها الخمس ، وأربعة الأبخاس تكون للمالك ، وهذا هو الراجح ، لما ذكرنا من الأدلة ، وما سقناه من البراهين ، فإنها بعموم ما تنتج من أحكام تشمل معادن الأراضي المملوكة والأراضي غير المملوكة ، ولا دليل على تخصيصها بمعادن غير المملوكة ، فالمراد بقوله ، فالبيتية على عمومها .

٦٨ — وإن كان هذا المعدن في دار لا في أرض زراعية ، فقد اختلف فيه الإمام وصاحبه ، فالصاحبان يريان أن فيه الخمس لبيت المال ، وأربعة الأبخاس للمالك ؛ لعموم الأدلة التي تثبت أن في المعادن الخمس لبيت المال ، وقد بيناها في النبذة السابقة .

وقال الإمام : إنها لاخمس فيها ، بل كلها للمالك الأرض .

وحجته في ذلك أن الضرائب المالية لا تفرض على الدور في الإسلام ؛ لأن المفروض في الدور أنها من حاجات الإنسان الأصلية ، وقد كانت كذلك في غابر الأزمان في عصر ازدهار النهضة الفقهية الإسلامية ، بل كانت الضرائب خراجاً أو عشرأ على الأراضي الزراعية ، وإذا كانت الدور بمقتضى ما تنتجها قواعد الفقه الحنفي ليس عليها مؤن ولا فرائض مالية ، فكذلك كل ما يتصل بها ، وكل ما هو من أجزاء أرضها لا مشونة فيه ، ولا ضرائب تجب منه ، والمعادن كيفما كانت حالها جزء من أرض الدار إن وجدت فيها فلها حكمها ، فلا يكون ثمة فريضة مالية ، وعلى ذلك لا يكون فيها خمس .

٦٩ - تبين مما تقدم أن المعادن التي تقبل الانصهار بالنار والانطباع فيها الخمس باتفاق فقهاء الحنفية في الجملة ، وإن اختلفوا في بعض التفاصيل على النحو الذي ذكرناه ، وقد اتفقوا على أنه لاخمس في المعادن الحجرية ، لأنها جزء من الأرض ومن جنسها ، فهي تابعة للأرض من كل الوجوه ، فإن كانت الأرض لا ملك لها ، فهي لو أجدها ، وإن كانت الأرض مملوكة فهي للمالكها ، وكذلك اتفقوا على حكم المعادن السائلة ما عدا الزئبق ، فلاخمس فيها بالاتفاق ، لأنها تشبه الماء ، فهي لمحرزها ؛ لأن الماء يملك بالإحراز ، ولاخمس فيه لبيت المال .

وامكنهم اختلفوا في موضعين :

أحدهما في الزئبق أن فيه الخمس أم لاخمس فيه ؟ وفي آليء البحار أفيها الخمس أم لا ؟

فأما الزئبق ، فقد قال أبو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما أن فيه الخمس لأنه يشبه الرصاص ، فهو من المنزلة المعدنية وإن كان سائلاً .

وقال أبو يوسف إنه سائل ، فهو كالزيت الأرضية كالبترول ونحوه .
وقد كان هذا رأى أبي حنيفة ، والأول رأى أبي يوسف ، ولكن رجح
كلاهما عن رأيه إلى الآخر ، فقد جاء في البدائع وشرح الزيلعي أن أبا يوسف
قال : « سألت أبا حنيفة عن الزئبق ، فقال لاخمس فيه ، فلم أزل به حتى قال
فيه الخمس ، وكنت أظن أنه مثل الرصاص والحديد ، ثم بلغني بعد ذلك أنه
ليس كذلك ، وهو بمنزلة القير والنفط » .

وأما ما يوجد في البحار من لآليء وعنبر ، بل ذهب وفضة وغيرهما من
المعادن فلا خمس فيه عند أبي حنيفة ومحمد ؛ لورود الآثار عن ابن عباس أنه
قال لاخمس فيه ، ولأن سبب الخمس في المعادن التي ذكرناها يد الإمام على
الأراضي المفتوحة ، وما في باطنها ، وليس للإمام يد على البحار ، ولأن
ما يؤخذ من البحار يشبه الأسماك التي تصاد منها وليس لبيت المال الخمس
في الأسماك .

وقال أبو يوسف فيما يليق به البحر الخمس ، وحيثه في ذلك أن همم رضى الله
عنه أخذه منه .

٧٠ - ما ذكرناه كله كان في المعادن ، وهو خلاصة آراء الأئمة فيها ،
أما الكنوز ، فقد اتفق الفقهاء على أن ما كان عليها شعار يدل على أنها دفنت
في الأرض بعد الإسلام فهي كنوز إسلامية ، تجرى عليها أحكام القنطة ،
فيعرف لاقطها عنها المدة المقررة لأصحابها من الأشياء ؛ فإن عرف مالكها
أخذها ، وإن لم يعرف مالكها ، تصدق بها على الفقراء والمساكين وغيرهم من
مصارف الصدقات ، ولا مانع حينئذ من أن ينفقها في شئونه الخاصة إن كان
فقيراً تجرى عليه الصدقة ، وتجزى فيه الزكاة .

وإذا لم يكن على الكنوز شعار يدل على أنها دفنت قبل الإسلام ، كما لم
يكن ما يدل على أنها دفنت بعده فأنفقها الأقدمون كانوا يؤولون أنها تكون جاهلية ،

ويجوز عليها أحتكام الكنوز الجاهلية التي سببها فيما يأتي ، لأن الأغلـب الشائع في عصرهم أن الكنوز من وضع أهل الجاهلية ، ولكن خلف من بعد هؤلاء الفقهاء خلف رأوا تطاول العهود الإسلامية ، وتقادم العهود الجاهلية ، وبعد المدى بينهم وبينها ، فاعتبروا لذلك كل كثر ليس عليه شعار يدل على دفنه في الجاهلية أو بعد الإسلام - إسلامياً ، إذ ذلك هو القريب إلى الظن الراجح ، لطول الأمد ، وتقادم الأزمان . وهذا كلام في ذاته مقبول .

٧١ - هذا بإيجاز رأى العلماء في الكنز الإسلامي . أما رأيهم في الكنز الجاهلي ، وهو دفن أهل الجاهلية الذي اشتمل على ما يدل على ذلك ، أو لم يقم دليل على أنه دفن أهل الإسلام على الخلاف الذي أسلفناه - فقد اتفقوا على أساس فيه ، وهو أخذ خمسة لبيت المال ، وذلك لاتفاقهم على انطباق الحديث المشهور (وفي الركاـز الخمس) عليه ، وإن اختلفوا في أنه يشمل المعادن أو لايشملها .

٧٢ - ومع اتفاقهم على هذا الأصل ، وهو أن دفن الجاهلية فيه الخمس لبيت المال اختلفوا في تفصيلات حول هذا الأصل .

وجملة ما اختلفوا فيه :

- (١) نوع الدفن الذي يجب فيه الخمس .
- (٢) والأراضى التي يجب فيها يوجد فيها من الدفائن الجاهلية الخمس .
- (٣) ومقدار الدفائن التي تخمس .

أما نوع الدفن فقد قال فقهاء الحنفية والمالكية : إن كل دفن ذى قيمة سواء أكان من المعادن القابلة للانصهار أم من المعادن الحجرية كالإقوت والماس يخمس ؛ وذلك لأنه في معنى الغنائم إذ هو على حكم ملك الجاهليين ، واستولى عليه ، والغنائم يؤخذ خمسها لبيت المال ، ولأن النص « في الركاـز

الخمس ، يشمله من غير تفرقة بين معدن ومعدن ، ولا بين نوع ونوع .
وفي مذهب الشافعي أن الأثمان ، وهي الذهب والفضة فيها الخمس إن كانت من
دقائق الجاهلية ، أما غير الأثمان ففي المذهب القديم يجب الخمس ؛ لأن عليه
حقاً مقدر أبا الخمس ، فلم يخمس بالأثمان كخمس الغنيمة . وقال في الجديد لا يجب
الخمس في غير الأثمان ؛ لأنه حق متعلق بالمستفاد من الأرض فاخمس بالأثمان
كالمعدن عنده .

ومثل هذا جرى الخلاف في اشتراط مقدار نصاب الزكاة في الدفين ، فالأئمة
والمذهب القديم عند الشافعي لا يشترطون لشبوت الخمس نصاباً ، لأن الخمس
لا يؤخذ على موضع الزكاة ، بل يؤخذ على أنه غنائم ، والغنائم تخمس أياً كان
مقدارها . ولأن ما يخمس كثيره يخمس قليله .

وفي مذهب الشافعي الجديد لا يخمس مادون النصاب ؛ لأنه حق متعلق
بالمستفاد من الأرض فاعتبر فيه النصاب كالمعدن عنده .

وأما الأراضي التي يؤخذ خمس ما فيها من كنوز الجاهلية ، فهي كل
الأراضي من غير قيد ولا شرط ، سواء أكانت أراضي خراجية أم أراضي
عشرية ، وسواء أكانت مباحة أم مملوكة ملكاً خاصاً ، وسواء أكانت جبالا
أم صحراء أم مزارع .

وفي مذهب الشافعي أن الخمس لا يؤخذ إلا من الكنز الجاهلي الذي وجد
في أرض موات أو أرض غير موات لم يعرف مالكيها ؛ لأن الموات لا مالك
له ، وما لا يعرف مالكيه بمنزلة الموات وأما في غير هذين النوعين من الأراضي
فلا خمس ، بل كله للمالك ، إذا كان للمالك مسلماً أو ذمياً .

٧٣ - وهذه خلاصة ما يقال في نوع الكنز الجاهلي الذي يجب فيه
الخمس ، ومقداره ، والأراضي التي يوجد فيها والاختلاف في ذلك ومنه يتبين

أن مذهب الحنفية لا يعين فيه نوعاً خاصاً ولا مقداراً خاصاً ، ولا أرضاً خاصة ، بل فيه كله الخمس .

أما أربعة الأبخاس ، فذهب أبي يوسف أنها للواجد ، وكذلك الشافعي ، لأن الشافعي لا يفرض الخمس في ركاز إلا في أرض ليس لها مالك ، فن البداهة أن تكون أربعة الأبخاس للواجد ؛ لأنه لا منازع ينازعها .

أما أبو يوسف الذي يفرض كسائر الحنفية أن الخمس حق مقرر لبيت المال في السكنوز الجاهلية كلها ، مهما تكن حال الأراضى التي يكون فيها ، فتحققه في حكمه بأن أربعة الأبخاس تكون للواجد - أن هذه السكنوز غنيمة والغنائم لمن استولى عليها ، وأول مستول عليها في الإسلام هو الذي وجدها وعثر عليها ، فهو بهذا الاعتبار المالك لها ، وما الخمس الذي يؤخذ منها إلا على هذا الوجه ، ولأن أول مالك للأرض في الإسلام الذي اختطها الإمام له ، وأعطاه إياها مملك إلا الأرض وما هو من أجزائها ، ولا شك أن هذه السكنوز ليست جزءاً من الأرض فلا يرد عليها ملك المالك الذي اختطت له ، وإذا باع المالك الأرض لغيره فالبيع ما وقع إلا على ما يملك وهو الأرض وأجزاؤها ، والسكنوز الجاهلي ليس منها ، بل هو باق على أصله ، وهو كونه غنيمة بحكم أنه مال جاهليين محاربين ، فهو لأول مستول عليه ، وهو الواجد ، وليت المال الخمس .

وقال أبو حنيفة ومحمد ، وهو مذهب مالك : إن أربعة الأبخاس تكون للواجد إن كانت الأرض غير مملوكة لأحد ، وأما إذا كانت مملوكة لمالكاً خاصاً فهي لأول مختط في الإسلام ، أى لأول من تلقى ملكية هذه الأرض من الإمام عندما فتحها المسلمون ، ووزعها الإمام ، فإن لم يكن المختط حياً فلورثته .

فإن لم يعرف أول مختط ولا ورثته ، ففيل تكون لبيت المال ؛ لأنه وارث من لا يعرف له وارث ، وفيل تكون لأقصى مالك معروف في الإسلام ،

ولورثته من بعده ثم لبيت المال ، وعلى أية حال فلب الضميمة أن أربعة
الأخماس لا تعطى لمالك الأرض وقت العثور على الكنز باعتباره مالكا
لها الآن ، ولا تعطى للواجد وإنما تعطى لأول محتفل على التفصيل الذي
بيناه .

ووجهة نظر أولئك الأئمة في البحث عن أول محتفل أو ورثته ، وإعطائه
أربعة الأخماس أن الإمام عندما أعطاه الأرض ، إنما ملكه إياها ، لأنه هو
وسائر الفاتحين قد استولوا على الأرض بما فيها ، لأن الاستيلاء واقع على الجميع ،
ولذلك يكون توزيع الإمام للأراضي واقعاً على الأرض وما فيها أيضاً ،
فيكون صاحب الخطة على تلك الأرض التي ظهر فيها الكنز الجاهلي مالكا
للكنز بمقتضى امتلاكه للأرض بتوزيع الإمام .

وانتقال الملك من صاحب الخطة إلى غيره بعقد من عقود نقل الملكية
يرد على الأرض من غير الكنوز التي في داخلها ؛ وذلك لأن العقود ترد على ما هو
محمليها ، وموضعها ، وموضع العقد الأرض لا ما في باطنها ، والذي لاحظته العقادان
عند العقد هو الأرض من غير أن يلاحظ ما في باطنها ، وعلى ذلك تكون
أربعة أخماس الكنوز الجاهلية لصاحب الخطة ولورثته من بعده ، ولو انتقلت
ملكية الأرض لغيرهم ؛ لأن العقود الناقلة للملكية لم ترد عليها ، فلم تنقل
من صاحب الخطة أو ورثته .

ونظير ذلك من يصطاد سمكة قد ابتلعت لؤلؤة ، أو يصطاد طائراً قد
ابتلع فصاً من الأحجار الكريمة ، ثم يبيعها لغير عالم بما في باطنها ، فإن ملكية
اللؤلؤة والحجر الكريم الثابتة بالاستيلاء لا تزول بعقد البيع ؛ لأن عقد البيع
قد ورد على السمكة من غير لؤلؤة ، وعلى الطيور من غير الحجر الكريم ،
فالملكية فيهما تستمر ثابتة لصالحهما بمقتضى الاستيلاء .

٧٤ - هذه كلمات موجزة في أحكام المعادن والكنوز في الشريعة الإسلامية، والأصول التي بنيت عليها، والآن نريد أن نشير إلى كلمة القانون المدني المصري في المعادن والكنوز .

أما المعادن فيعتبرها القانون تابعة للأرض في ملكيتها، فإن كانت الأرض مملوكة لمسكاً خاصاً فهي لذلك المالك، وإن كانت مملوكة للدولة مسكاً خاصاً أو عاماً فهي للدولة، لأن من ملك الأرض قانوناً ملك ما فوقها، وما تحتها، وما على سطحها، وما في داخل جوفها، لا فرق في ذلك بين أن يكون فلاناً من فلزات الأرض، أو حجراً من أحجارها، أو ينبوعاً من ينابيعها الزيتية.

أما الكنوز، فهي لمالك الأرض إن كانت الأرض مملوكة، ولو أوجدها إن كانت الأرض غير مملوكة، وذلك إن كان الكنز غير معروف صاحبه، فإن عرف صاحبه فهو له، وذلك من غير تفرقة بين كنز جاهلي وغير جاهلي. غير أن هناك رسماً مقررراً على ذلك قد بينته لائحة الرسوم .

وقد ذكرت تلك الأحكام المادة ٥٨ وهذا نصها : والمالك المدفون في الأرض الذي لا يعلم له صاحب يكون لمالك تلك الأرض، وإذا لم يكن للأرض مالك كان المال المذكور لمن وجده، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر في لوائحها .

وهذه الأحكام العامة في الكنوز لا تطبق على الكنوز التي تكون ذات قيمة تاريخية في التعريف بعصر من العصور، أو بأمر من أمور الأمة في جيل من أجيالها، وهي تسمى بالآثار، فلذلك قانون قائم به مستقل هو القانون رقم ١٢ لسنة ١٩١٢ .

وقد اعتبرت الحكومة بمقتضى هذا القانون كل أثر في جميع أنحاء القطر

المصرى يكون على سطح الأرض أو في باطنها من الأملاك العامة إلا آثاراً
قد استثناهـا هذا القانون نفسه (١) .

وقد عرف ذلك القانون في مادته الثمانية الآثار بأنها كل ما أظهرته وما
أحدثته الفنون والعلوم والآداب والديانات ، والأخلاق والصناعات في القطر
المصرى على عهد الفراعنة ، وملوك اليونان ، والرومان للدولتين الغربية
والشرقية ، والآثار القبطية كمعابد وثنية ، وما هو مهجور وغير مستعمل من
كنائس كبرى أو صغرى وأديرة ، وكحصون وأسوار مدن ، وبيوت وحمامات ،
ومقاييس النيل ، وآبار مبنية وصهاريج وطرق ، ونحاجر أثرية ومسلات
وأهرام ، ومصاطب ومقابر مبنية أو محظورة في الجبل ظاهرة كانت على وجه
الأرض أو غير ظاهرة ، ونقوش وتوابيت من أية مادة ، مزخرفة كانت أو بدون
زخرفة ، وأغطية المومياء المصنوعة من الورق المقوى ، وموميات الإنسان
والحيوان والصور والوجوه الصناعية للموميات ملونة كانت أو مذهبة ، وشواهد
القبور والتماثيل الكبيرة أو الصغيرة سواء كان عليها كتابة أم لا .

والنقوش على الصخور ، والشقف المرسوم ، والنسخ المكتوبة على الرق
أو القماش أو البردى والأسلحة والعدد والمواعين ، والآنية والزجاج ،
والصناديق الصغيرة ، وأدوات القرايين ، وأقنشة الملابس ، والملابس
والزخارف ، والخواتيم ، والحلى والجعلان ، والتماثيم من أى شكل وأية مادة
كانت ، والمثاقيل ، والعملة القديمة ، والمسكوكات ، والقوالب والحجارة
المحفورة .

وترى من هذا النص أن بعض الكنز الجاهلى دخل فى عموم ذلك القانون
وكان بعض أحاده . ولكن الآثار العربية وهى ما يعتبر بعضها كنزاً إسلامياً

(١) المادة الأولى من هذا القانون - راجع المجموعة المدنية .

لم تدخل في هذه المادة لأن مدى تلك المادة لا يتجاوز آثار اليونان والرومان، والآثار القبطية .

ولذا لا يشمل ذلك القانون الآثار العربية . ولقد جاء حكماً في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٠٨ وفيه اعتبر الأصل في الآثار العربية أن تكون ملكاً للدولة كالأثار المصرية واليونانية والرومانية ، وقد اعتبر أثراً عربياً « كل ثابت أو منقول يرجع عهده إلى المدة المنحصرة بين فتح العرب لمصر ، وبين وفاة محمد علي بماله قيمة فنية أو تاريخية ، أو أثرية باعتبار مظهرها من مظاهر الحضارة الإسلامية أو الحضارات المختلفة التي قامت على سواحل البحر الأبيض المتوسط ، وكانت لها صلة تاريخية بمصر ويسرى حكم الآثار العربية على ماله قيمة فنية أو تاريخية أو أثرية من الأديرة والكنائس القبطية المعمورة ، والتي تقام فيها الشعائر الدينية التي يرجع عهدها إلى المدة المنحصرة بين أوائل الدين المسيحي ، وبين وفاة محمد علي » .

ومن كل هذا يستفاد أن الأصل في الآثار سواء أكانت فرعونية أم مسيحية أم يونانية أم رومانية أم عربية أن تكون ملكاً للدولة .

وبذلك خالف القانون في الآثار أحكام الشريعة في السكنوز التي تعد منها سواء أكانت جاهلية أم إسلامية ، كما خالفها في السكنوز التي لا تعتبر آثاراً على ما بيننا .

الصيد

٧٥ - الصيد اسم لكل حيوان عمتع على الإنسان لا يمكن أخذه واحتيازه إلا بعمل ، إما لتأبده في الفلاة أو طيرانه في الهواء ، أو سبغه في أعماق الماء ، وكل حيوان على هذا الوصف مباح لا يعتبر نلوكا لأحد ، ما دام لم يسبق الاستيلاء عليه ، فإن سبق أخذه بالاستيلاء عليه ، ثم انطلق

منه وأبق ، فهو مملوك له وليس بمباح ، فالغزال إن استولى عليه شخص ، ثم أبق ، وعليه علامة تدل على سبق الاستيلاء كطوق في عنقه ، فهو مالك لمن سبق إليه أولاً ، ومن عثر عليه ثانياً يعتبر في يده لقطعة ، يجب التعريف عنها حتى يعرف صاحبها ، أو يستينس اللانخط من معرفته على ما هو مقرر في أحكام اللقطة ، فيصدق بها على الفقراء ، أو تصرف في مصارف الصدقات بتمبير أعم .

وإذا كان الحيوان الممتنع لم يثبت أن أحد استولى عليه من قبل ، فهو مباح يملكه من يصطاده ، واصطياده أن يمسكه بالفعل ، كمن يطارد ظبياً ، حتى يمسكه ، وكمن يلتق شبكته ويستولى على السمك ويمسكه .

ويعتبر اصطياداً كل فعل من شأنه أن يخرج الحيوان عن صفة الامتناع ، وعدم القدرة عليه ، ويشترط لأجل أن يكون هذا الفعل اصطياداً مثبتاً للملكية شرطان :

أحدهما أن يجعل الفعل الحيوان غير قادر على الفرار والعودة إلى حاله الطبيعية التي كان عليها ، بحيث يصير في مكنة الشخص أن يقبض عليه من غير أي معاناة .

ثانيهما أن يكون قاصداً بذلك الفعل الاصطياد لأمر آخر .

وعلى ذلك يكون من الاصطياد حفر حفرة لتكون شركاً تتردى فيه الطباء أو أي حيوان متوحش ، فإذا وقع فيها ذلك الحيوان فبمجرد وقوعه يكون لحافر الحفرة ، لوجود الاصطياد الذي هو من نوع الاستيلاء على المباح ، بتحقيق الشرطين ، ومن استولى عليه بعد ذلك يعد مختصباً له من حافر الحفرة لذلك الغرض .

وهل ذلك في الحكم من هيا مكاناً في حافة الماء لاصطياد السمك فيه ،

بجاه المكان صمك كثير ، فأخذ يصفى الماء منه ، حتى صار السمك بحيث يؤخذ باليد من غير معاناة بآلة أخرى للاصطياد .

ولا يعتبر اصطياداً إذا حفر بئراً ليستنبط منها ماء ، فوقع فيها ظبي مثلاً ولذلك لا يملك الظبي صاحب البئر بذلك الوقوع ، بل يملكه أى مستول بعد ذلك ، ولو كان غير صاحب البئر ؛ لأنه ما أعد البئر للصيد بل للماء ، فلم يتوافر الشرط الثانى ، وهو القصد . ومثل ذلك فى الحكم ، من أعد بركة ليأوى إليها السمك ، وقال الماء منها . ولكن السمك لازال بحال لا يمكن فيها أخذه إلا بآلة اصطياد ، فإن السمك لازال غير مملوك لصاحب البركة ، ويملكه أى شخص يستولى عليه ، وأو كان غير صاحب البركة ، وذلك لعدم توافر الشرط الأول ، إذ لازال السمك ممتنعاً ، وليس فى قدرة الإنسان أخذه من غير آلة اصطياد .

وعلى هذا الأصل تنفرع فروع كثيرة ، ليس فى ذكر بعضها كبير فائدة وفى ذلك الإجمال غناء ، وبملاحظته تعرف أحكام هذه الفروع .

حيازة المباح

٧٦ - الأشياء المباحة كالماء ، والكلا ، وأحطاب الجبال ، وفواكهها التى لامالك لها وأحجارها مادامت غير مملوكة لأحد ، هذه كلها مباحة وحيازتها سبب للملكيتها ، فأول محتاز لها هو المالك الأول لها ، أنشأت ملكيته تلك الحيازة .

هذه قاعدة عامة لسلك الأشياء المباحة . تطبق على ما ينطوى عليه عمومها من جزئيات ، وقد فصل الفقهاء الكلام فى نوعين من المباحات بعض التفصيل ، وهما الكلا ، والأجام وإنا نساير الفقهاء فى ذلك فنقول كلمة موجزة فهما الأكثرتهما فى البلاد الزراعية ، والمناطق ذوات الغابات .

فأما الكلاً فهو ما ينبت من الأعشاب بغير بذر أحد ، وهو مباح سواء أنبت في أرض غير مملوكة أم نبت في أرض مملوكة ؛ لعموم قوله عليه السلام : « الناس شركاء في ثلاثة : الماء ، والكلاً ، والنار ، والشركة الثابتة بالحديث هي شركة الناس أجمعين ، وشركة الناس جميعاً هي الإباحة للكافة من غير تخصيص أحد ، ولذلك اتفق فقهاء الحنيفة من غير خلاف بينهم على أن الكلاً إذا نبت ولم يسق بفعل أحد ، ولو في أرض مملوكة يكون على الشركة العامة الطبيعية ، وهي الإباحة ، ولكن اختلفوا في العشب الذي ينبت في أرض مملوكة من غير فعل أحد ، ولكن يسقى بفعل صاحب الأرض ، فقال بعضهم إنه ملكه ؛ لأنه أحياء بالسقى ، فخرج بذلك عن أصل إباحته ، وقال الآكثرون ، وهو رواية ظاهر الرواية ؛ أنه باق على الإباحة الأصلية ، لعموم الحديث ، ولأن النبات نماء البذر ، والبذر لم يكن مملوكاً لأحد ، فمأوؤه وهو الزرع باق على حالة الإباحة الأصلية .

وإذا كان الكلاً مباحاً ، ولو كان في أرض مملوكة ، فهو لا يعتبر مملوكاً لصاحب الأرض ، وإنما هو مملوك لمن يحتشه . ولو كان غير صاحب الأرض ، وليس لصاحب الأرض أن يمنع أحداً من قطعه ، ولكن له أن يمنع الناس من دخول أرضه ، إذا كانوا يجدون الكلاً في غير أرضه ، أما إذا كانوا لا يجدونه في غير أرضه ، وهم في حاجة إليه خيروه بين أن يخرجهم إليهم ليأخذوا حاجتهم منه ، أو يمكنهم ليدخلوا الأرض ، وينالوا منه مقدار ما يسد حاجتهم ، وقد بينا الأصل الذي تنبى عليه هذه المسائل وأشباهاها عند الكلام على حق الشفعة ، فارجع إليه .

٧٧ - هذه خلاصة موجزة لما قاله الفقهاء في الكلاً ، أما الآجام ، فهي مباحة إذا كانت في أرض غير مملوكة ، وذلك لمقامها على الشركة الطبيعية ، إذ لا مالك لها .

وأما في الأراضي المملوكة ، فهي ملك لأصحاب الأراضي ، ولا يست

بإباحة ، إذ الغابات تنبت على ملك صاحب الأرض ، وإن لم يوجد منه
الإنبات ، والفرق بينها وبين الكلاً ، أن الأراضى لا تقصد بالملكية لما فيها
من الكلاً أو لما عساه ينبت فيها منه ، بل تقصد بالزراعة ، والكلاً يحى
على غير رغبة المالك ، أو على غير مقصوده ، فهو باق على الإباحة ، لأنه لم
يقصد قصداً أصلياً في الانتفاع بالأراضى ، ولم ينبت بفعل صاحب الأرض ،
فلا وجه لخرجه عن أصل الإباحة .

أما الآجام فهي المنفعة المقصودة من اقتناء الأراضى المشتملة عليها ،
فالأرض تقتنى لأجل القائم فيها من أشجار وما عساه يقوم فيها ، وإذا كانت
شيئاً مقصوداً بملكية الأراضى ، وهو من أوجه الانتفاع المقصودة في الملكية
كانت تابعة للأرض ، فهي ملك لصاحبها ، وليست باقية على الإباحة الطبيعية .

وضع اليد مدة طويلة

٧٨ - قد تبين عما تقدم أن وضع اليد على المباح يعتبر السبب المنشئ
للملكية لو اضع اليد ، ولا يعتبر وضع اليد سبباً للملكية إلا في هذه الحال
فقط ، فلا تعتبر الشريعة وضع اليد مدة طويلة مثبتاً للملكية ، كما لا تعتبر
ترك المطالبة بالحق مدة طويلة مسقطاً لذلك الحق . وذلك لأن الحق لا يزول
مهما يتقدم ، ومهما يتطاول به الزمن ، ففضى المدة لا يعطى حقاً لو اضع اليد ،
ولا ينسقط حق ندى حق .

وأقصى ما أعطته الشريعة للمدة الطويلة من قوة أنها جعلتها سبباً في منع
سماع الدعوى عند الإنكار .

أما مع الإقرار فالحق ثابت به ، فالدعوى تكون مسموعة .

والمدة التي قرر الفقهاء منح سماع الدعوى إذا مضت ، ولم يطالب صاحب
الدين أو الحق بها اختلفوا فيها ، فقال بعضهم ست وثلاثون ، وقيل ثلاث وثلاثون

وقيل ثلاثون . والأكثر على أنها ثلاث وثلاثون .

وبعمل الفقهاء منع سماع الدعوى عند الإنكار بعد مرور ز من طويل من غير مطالبة بمظنة التزوير، واقد جاء في المبسوط : « رجل ترك الدعوى ثلاثاً وثلاثين سنة، ولم يكن له مانع من الدعوى ، ثم ادعى لا تسمع دعواه ، لأن ترك الدعوى مع التمسك يدل على عدم الحق ظاهراً » .

واعل الفقهاء نظروا في تقدير المدة الطويلة بثلاث وثلاثين سنة - أو ما يقاربها عند بعضهم - إلى أنه بعد مضي هذه المدة يظن أن الشهود الذين عاينوا الاغتصاب أو سبب الحق لدى الحق يكونون قد ماتوا غالباً ، والإثبات في الشريعة الإسلامية يقوم على البيئات أخذاً بالأثر المشهور : البيئنة على من ادعى، واليمين على من أنكر .

٧٩ - هذه هي المدة التي عينها الفقهاء ، واجتهدوا فيها آراءهم ، ولكن ملوك آل عثمان استطلوا هذه المدة ، ورأوا بما لهم من حق تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة أن يمنعوا سماع الدعوى إذا مضت مدة خمس عشرة سنة ، واستثنى أكثر هؤلاء الملوك الوقف والإرث ، ومنهم من استثنى مع ذلك مال اليتيم .

وجعلت المدة المانعة من سماع الدعوى عند الإنكار بالنسبة لهذه المستثنيات هي ثلاث وثلاثون سنة ، وقد أخذت لأنحة المحاكم الشرعية بمنع سماع الدعوى لمضي مدة خمس عشرة سنة مبقية الوقف والميراث على ما حده الفقهاء وهو ثلاث وثلاثون سنة .

وعلى ذلك يكون في المدة المانعة من سماع الدعوى توقيتان :

أحدهما : توقيت الفقهاء ، وهو ثلاث وثلاثون سنة ، وبقي العمل به في الوقف والميراث .

والثاني : توقيت أولياء الأمر ، وهو خمس عشرة سنة ، والعمل به جار في كل الأفضية ماعدا الوقف والميراث .
وأساس التوقيت الأول الاجتهاد الفقهي ، وأساس التوقيت الثاني مالولى الأمر من سلطة تخصيص القضاء .

٨٠ - وتبتدىء المدة من وقت ثبوت حق المطالبة بشرط ألا يكون عذر مسوغ لعدم المطالبة ، فإن وجد هذا العذر المسوغ فالمدة تبتدىء من وقت زواله بعد ثبوت حق المطالبة، فإذا كان موضوع النزاع عيناً فامدة تبتدىء من وقت ظهور واضع اليد بمظهر المالك للعين ، وإذا كان موضوع النزاع دينياً فامدة تبتدىء من وقت ثبوت حق المطالبة للدائن لامن وقت ثبوت الدين في الذمة ، فإذا كان الدين مؤجلاً فالمدة تبتدىء من وقت حلول الأجل ، لامن وقت ثبوت الدين .

كل هذا إذا لم يكن ثمة عذر فإن كان عذر مسوغ لعدم المطالبة فالمدة تبتدىء من وقت زواله كما بينا .

والعذر المسوغ لتأخير ابتداء المدة إلى وقت زواله :

(١) ما كان أساسه عدم قدرة المدعى على رفع الدعوى كأن يكون قاصراً ، أو غائباً ، أو يكون من عليه الحق ذا شوكة يخشى بأسه .

(٢) أو لم يكن في الدعوى فائدة لإفلاس المدين وعدم وجود مال ظاهر ينفذ فيه الحكم إن حكم للمدعى ، فهذه كلها أعتبار مسوغة لتأخير رفع الدعوى .

فإذا حدث عذر من هذه الأعتبار في أثناء المدة فالمدة السابقة عليه تعتبر ملغاة ، ويكون احتساب المدة من وقت زواله .

٨١ - وإذا سكت صاحب الحق عن دعواه مدة ثم جاء الوارث له من

بعده ، وترك المطالبة مدة أخرى احتسبت المدتان . وكان الابتداء من وقت ثبوت حق المطالبة للمورث ، لامن وقت انتقال الملك إلى الوارث . وكالمورث مع الوارث المشتري مع البائع ، والموهوب له مع الواهب ، فإذا كان لعقار شخص حق ارتفاق على عقار آخر ، ومنعه منه صاحبه ، وكان له الحق في مقاضاته ، فترك المطالبة مدة ثم باع العقار أو وهبه لغيره ، فترك هو الآخر المطالبة مدة ، فالمدة المانعة من سماع الدعوى بتدبير من وقت ثبوت حق المطالبة للبائع أو الواهب .

نزع الملك من غير رضا صاحبه

٨٢ - ذكرنا فيما مضى أن أسباب انتقال الملكية هي العقود الناقلة للملكية ، والعنصر الفعال في هذه العقود هو الرضا ، كما سيتبين ، فأرضا هو القاعدة العامة لنقل الأموال في الشريعة الإسلامية ؛ لقوله تعالى « يأبى الذين آمنوا أن يأكلوا أموالكم يديكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم . » بيد أنه قد ينتزع الملك من صاحبه بغير رضاه في سبيل النفع العام ، أو لدفع الأذى عن غيره ، بحيث تكون المنفعة التي ينالها المالك من بقاء العين في ملكه أقل من الضرر الذي ينال غيره بهذا البقاء .

والأحوال التي ينتزع فيها الملك من غير رضا صاحبه ترجع إلى ثلاث :

أولها - نزع الملك لمنافع كافة كنزع الملك للطرق العامة ، أو شق الترع . وقد اعتبر بعض الفقهاء من المنافع العامة توسيع المساجد ، حتى لا تضيق بالناس « فقد نقل في حاشية أبي السعود على مثالا مسكين عن الزيلعي أنه إذا ضاق المسجد على الناس ، وبجنبه أرض لرجل تؤخذ بالقيمة كرها ، لأنه لما ضاق المسجد الحرام أخذ المسحابة بعض ما حوله من الأراضي بكره ،

وأدخلوها في المسجد ، وهذا من الإكراه الجائر ،^(١) .

والأصل في هذا هو ترجيح منفعة الكفاة على منفعة الأحاد ، ولأنه لا يترتب على الأخذ من المالك كبير ضرر به ؛ لأنه يعوض بالقيمة ، والقيمة تقدر بمعرفة أهل الخبرة العدول .

ثانيها - نزع المالك لقضاء دين على صاحبه قد امتنع عن أدائه مطلقاً وظلماً ، فالقاضي في هذه الحال أن يحجر عليه ، فيمنعه من التصرف في ماله إذا رفع الدائنون الأمر إليه ، ويؤدي الدين من أمواله فيؤخذ من النقود ، فإن لم تكن نقود أو نفدت ولم تف ببيع ما يخشى عليه التلف أو ما يكون معداً للبيع كعروض التجارة ، فإن لم تف ببيع العقار . وهذا كله رأى الصاحبين . وقال الإمام لیس للقاضي أن يبيع مال الشخص بغير رضاه ، ويؤدي منه الدين رغم أنفه ، بل يحبس حتى يوفي هو الدين بأي طريق أحب .

وحجة الصاحبين أن مطلقه ظلم ، والظلم واجب الرفع ، فإذا امتنع الظالم عن أداء الحق مختاراً قام القاضي مقامه في رد الحقوق إلى ذويها ، لأنه نصب لإقامة العدل بين الناس ، وذلك طريقه ووجهة نظر أبي حنيفة أن الحجر والتصرف في ماله من غير إرادته إهدار لأهليته ، وهو ضرر عظيم لا يجوز إلحاقه به لدفع ضرر خاص ويمكن دفع الظلم بالحبس وحمله على أن يؤدي ما عليه من حقوق من غير التعرض لأمواله التي لا يصح أن تمس إلا برضاه .

ثالثها - الأخذ بالشفعة . وإن الكلام فيها يحتاج إلى بيان ، فلنورد لها باباً خاصاً بها .

(١) راجع كتاب العاقلات للأستاذ الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك .

رَفَعُ

عبد الرحمن النخعي
أسكنه الله الفردوس

الشفعة

٨٣ - الشفعة أثر من آثار عقد البيع ، ويعدها بعض الفقهاء سبباً من أسباب الملك ، وهي على أية حال ليست سبباً اختيارياً ، بل تعد من نزع الملك جبراً عن صاحبه .

والشفعة^(١) شرعاً حق امتلاك العقار المبيع جبراً عن مشتريه بما قام عليه من الثمن والتكاليف .

والسبب الذي يبط به ثبوت الشفعة ، بحيث إذا تحقق ثبتت ، وإن لم يتحقق لم تثبت - هو الاتصال بين عقار الشفيع والعقار المبيع .

(١) إما اتصال شركة على الشيوع بأن كان العقار المبيع جزءاً شائعاً في عقار الشفيع .

(٢) أو اتصال شركة في حقوق الارتفاق الخاص .

(٣) أو اتصال جوار ملاصق . فإذا وجد واحد من هذه الأمور الثلاثة ، فقد ثبتت الشفعة إن تحققت شروطها ، وإن انقضت جميعاً لم تثبت ، وإنما ثبتت الشفعة بسبب ذلك الاتصال لاحتمال تضرر المالك بسبب المشتري الجديد الذي ستمصل به حتماً ، وهو لا علم به ، فلا يدري أهو عدل فتؤمن بوافقه ، أم باغ فتتق بوادره ، فشرع له لأجل هذا الاحتمال حق امتلاك ما اشتراه جبراً عنه ، وفي ذلك دفع لأذى نختمل بدون ضرر كبير بالبائع أو المشتري ، مع تحقق النفع للشفيع ، ودفع الضرر المتوقع له .

(١) مأخوذة من الفعل شفيع ، وهو يطلق بإطلاقين ، فيطلق بمعنى ضم ، ومنه الشفيع بمعنى الزوج ، لأن كل واحد ضم إلى الآخر ، ويطلق بمعنى زاد ، ومنه شاة شافع إذا كان معها ولدها ، لأنه زادها ، والشفعة يصبح أن تكون مأخوذة من شفيع بمعنى ضم لأن الشفيع يضم العقار المبيع إلى ملكه ، ويصح أن تكون مأخوذة من شفيع بمعنى زاد ، لأنه يزيد ملكه بسبب الشفعة .

ولقد قرر الفقهاء أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل وبتقياس ، وأنها أمر استثنائي ، وذلك لأن الأصل ألا ينتقل الملك من صاحبه إلى غيره إلا بطيب نفسه ورضاه ، وفي الشفعة يملك العقار جبراً عن صاحبه ، وهو المشتري ؛ إذ بمقتضى عقد البيع صار هو المالك ، ومع ذلك ينزع ملكه جبراً عنه ، ومن جهة أخرى ترى في تقرير مبدأ الشفعة إضراراً بالمالك الأصلي وهو البائع ؛ لأنه إذا علم الراغبون في الشراء أنهم إن اشتروا نزع ملكهم منه ، لا يقدمون على الشراء ، فإذا كان المالك مضطراً للبيع ، كان بين حالين : إما احتمال الضرر النازل به الذي يضطره للبيع ، وذلك أذى لا ريب فيه ، وإما الترخيب في المبيع الذي أعرض الناس عنه بعرضه بثمن بخس فيه غبن فاحش عاينه ، ولكن قد اضطر إليه .

ومن أجل هذه الاعتبارات قالوا إن أحكام الشفعة جارية على غير ما تقتضيه القواعد الفقهية ، بل من أجل هذه الاعتبارات أنكر أبو بكر الأصم مشروعية الشفعة^(١) .

٨٤ - ولقد قرر ابن القيم أن الشفعة مشروعيتها على مقتضى أصول الشريعة ، وليست مخالفة لأصولها . فهو يقول : من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة ، ولا يائق بها غير ذلك ، فإن حكمة الشارع قد اقتضت رفع الضرر عن المكافين ما أمكن ، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه أبقاه على حاله ، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به .

ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب ، فإن الخصاص يكثر فيهم بغى بعضهم على بعض ، شرع الله سبحانه وتعالى رفع هذا الضرر بالقسمة تارة

(١) ولكن رد عليه بإجماع فقهاء المسلمين على إثبات الشفعة ، وبورود الآثار الكثيرة المتضاربة بإثباتها ، وبأن الضرر الذي يقال بالنسبة للبائع ليس كثيراً ، لأن المالك يجدون مشتريين مع ثبوت الشفعة .

وانفراد كل من الشريكين بنصيبه ، وبالشفعة تارة أخرى وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك .

فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي ، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي ، ويحول عنه ضرر الشركة ، ولا يتضرر البائع ، لأنه يصل إلى حقه من الثمن ، وهذا هذا من أعظم العدل ، وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطرة ومصالح العباد ، ويقول في قول الفقهاء إن الأصل ألا يخرج المال من يد صاحبه إلا بطيب نفسه : « إنما كان الأصل عدم انتزاع مالك الإنسان منه إلا برضاه لما فيه من الظلم له والإضرار به ، فأما ما لا يتضمن ظلماً ولا إضراراً ، بل مصلحة له بإعطائه الثمن ، فلشريكه دفع ضرر الشركة عنه ، فليس الأصل عدمه بل هو مقتضى أصول الشريعة ، فإن أصول الشريعة توجب الجاوضة للحاجة والمصاحبة الراجعة ، وإن لم يرض صاحب المال . وترك معاوضته لشريكه مع كونه قاصداً للبيع ظلم منه ، وإضرار بشريكه ، فلا يمكنه الشارع منه .

بل من تأمل مصادر الشريعة ومواردها تبين له أن الشارع لا يمكن هذا الشريك من نقل نصيبه إلى غير شريكه ، وأن يلحق به من الضرر مثل ما كان عليه أو يزيد منه مع أنه لا مصلحة له في ذلك » (١) .

٨٥ - مما تقدم قد تبين أن الشفعة لا تسكون إلا في العقار ، وأنها تكون للشركاء في نفس العقار ، ثم للخلافة في حقوق الارتفاق ، ثم للجيران ، وذلك كاه مذهب الحنفية ومن الفقهاء من أثبت الشفعة في غير العقار (١) .

(١) راجع كتاب القياس في الشراء الإسلامي ص ١٨٢ وما يليها .

(٢) أثبت حق الشفعة في غير العقار طائفة من الفقهاء تبنته في كل ما ثبت فيه الشركة من الأعيان . وقالوا إنما شرعت الشفعة لرفع الضرر اللاحق من الشركة ، فإذا كان شخصان شريكين في عين من الأعيان يارث أو هبة أو وصية أو ابتاع أو نحو ذلك ، وباع أحدهما

والجمهرة العظمى من الفقهاء لا يثبتونها إلا للشريك في نفس العقار .
ولا يثبتونها للشركاء في حقوق الارتفاق ، ولا للجيران .

وقد استدلل للجمهور :

(١) بما روى من قوله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ، وقوله عليه السلام : « إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة » وفي هذا نفي للشفعة بعد أن تبين الحدود .

ولا شك أن الجار مبین حده عن حد جاره ، وأصحاب حقوق الارتفاق مفضولة أملاكهم بعضها عن بعض ، فلا شفعة فيها بنص الحديث ؛ إذ نفي الشفعة بعد قسمة الأرض وحدها .

(٢) أن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل والقياس لأمر هو عدم التضرر بالقسمة والشركة من ذلك المشتري الجديد وذلك المعنى لا يتحقق في الجار ؛ لأنه لا يتناسم . وضرر القسمة ضرر لازم لا يمكن دفعه ، أما ضرر الجوار فيمكن دفعه بالتراجع إلى ولي الأمر ، فلا حاجة إلى الشفعة .

واستدل للحنفية بقوله صلى الله عليه وسلم « الجار أحق بصقبه »^(١) والصقب هو ما يلاصق ملكه ويليه . وإن المناسبة التي قيل فيها الحديث تؤيد ذلك ، فإنه كان جواباً لسائل سأل الرسول عن أرض ليس لأحد فيها قسم ولا شرك إلا الجوار .

ومثل هذا الحديث كثير فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

صيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي ، إذ في ذلك إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه . ولا فرق في ذلك بين العقار والمنقول من حيوان وثياب وشجر . وهذه الزائفة من الفقهاء تشمل أهل الظاهر ، وفقهاء أهل مكة ، وروى عن أحمد بن حنبل مثل قوله . ومالك يلاحق السفن بالعقار (راجع القياس في الشرع الإسلامي ص ١٨٤) .

(١) الصقب والصقب بحر كتبتين القرب .

« جار الدار أحق بالدار » . وروى أنه قال «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها إن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» (١) .

هـ آثار ناطقة بما يقول الخنفية ، ثم إن الغرض من الشفعة ثابت للجار كما هو ثابت للشريك ، وإن لم يكن بقدر واحد ، لأن الجار أولى بالشراء من الأجنبي .

وعساه يلحقه ضرر من جواره ، لأن الناس يتفاوتون في الجوار تفاوتاً فاحشاً ، ويتأذى بعضهم ببعض ، ويقع بينهم من العداوة أو المحبة ما هو معهود ، والضرر بذلك دائم متأبد إن وجد ، ولا يندفع ذلك إلا برضاء الجار فإن شاء أقر الدخيل على جوارواوهم قليلاً كان الشرب خاصاً وذلك أشبه الأقوال مفسدة هذا الج .

٨٧ — وقد تيزن مما تقدم أنه إذا اجتمع عدة شفعاء تفاوتت مراتبهم قدم أفواهم اتصالاً ، وهو الشريك في نفس العقار ، فإن تنزل عن حقه ، أو سقط حقه بأى سبب من أسباب الإسقاط انتقل الحق إلى من يليه وهكذا . وهذا بالإجماع في ظاهر الرواية ، ولكن رويت عن أبي يوسف رواية أخرى وهى أنه إذا وجد الشركاء في نفس العقار لا ينتقل لمن يليهم إذا سقط حقتهم أو تنزلوا عنه (٢) .

وذلك لأنه إذا وجد الشريك حجب عنها من بعده ، ولم يثبت له حق فيها ، ويصير كالعاصب إذا وجد من هو أولى منه بالتعصيب . ولأن عند

(١) الزيلعي الجزء الخامس ص ٢٤١ .

(٢) ويظهر أن هذا الخلاف إنما هو في الحال التي يسقط فيها الشريك حقه قبل القضاء أما بعد القضاء له ؛ فإذا أسقط حقه لا يثبت الحق لمن يليه باتفاق ؛ لأنه بالقضاء للشريك انقطع حق من يليه وبطل ، إذ قضى عليه بذلك .

والقياس الصحيح يقتضى هذا القول فإن الاشتراك فى حقوق الملك شقيق
الاشتراك فى الملك . والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل بالشركة
فى الملك أو أقرب إليه . وفيه مصاحبة للشريك من غير مضرة على البائع
ولا على المشتري . فالمعنى الذى وجبت لأجله شفعة الخلطة فى الملك موجود
فى الخلطة فى حقوقه .

٨٦ — وإذا اجتمع الشفعاء جميعاً لا يكونون سواء ، بل يقدم الشفيع
الشريك فى نفس العقار ، ويليه الشفيع الشريك فى حق من حقوق الارتفاق
الخاص ، ثم يليه الجار الملاصق ، وإذا ترك من هم أولى انتقل الحق إلى
الذين يلوئهم .
الشفعة بعدقسمة الأرض وحدها .

شركاء فى شرب
(٢) أن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل والقياس لا غير : سواء .
التضرر بالقسمة والشركة من ذلك المشتري الجديد وذلك المعنى لا يتحصر
فى الجار ؛ لأنه لا يتناسم . وضرر القسمة ضرر لازم لا يمكن دفعه ، أما
ضرر الجوار فيمكن دفعه بالتراجع إلى ولى الأمر ، فلا حاجة إلى الشفعة .

واستدل للحنفية بقوله صلى الله عليه وسلم « الجار أحق بصحبه »^(١)
والصقب هو ما يلاصق ملسكه ويليه . وإن المناسبة التى قيل فيها الحديث
تؤيد ذلك ، فإنه كان جواباً لسائل سأل الرسول عن أرض ليس لأحد فيها
قسم ولا شرك إلا الجوار .

ومثل هذا الحديث كثير فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

صصبيه كان شريكه أحق به من الأجنبي ، إذ فى ذلك إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه .
ولا فرق فى ذلك بين العقار والمنقول من حيوان ونبات وشجر . وهذه العائفة من الفقهاء
تشمل أهل الظاهر ، وفقهاء أهل مكة ، وروى عن أحمد بن حنبل مثل قوله . ومالك يلاحق
السنن بالعقار (راجع القياس فى الشرع الإسلامى ص ١٨٤) .

(١) الصقب والصقب بجر كتن القرب .

هذا ويلاحظ أن الشركة في الحقوق التي تثبت اشفعة هي الشركة في حقوق الارتفاق الخاص لا العام . والطريق الخاص هو الطريق غير النافذ أو المملوك ملكاً خاصاً . والشرب الخاص عند بعض الفقهاء يتحقق إذا كان المجري نهراً صغيراً لا تجرى فيه السفن ، وهذا هو المروى عن أبي حنيفة ومحمد وقيل إن كان أهله لا يحصون فهو كبير ، وإن كانوا يحصون فهو صغير ، وعليه عامة المشايخ ، لكن اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى ، فبعضهم قدر ما لا يحصى بخمسة ، وبعضهم بأربعين .

وقيل هو مفوض إلى رأى المجتهدين في كل عصر ، إن رأوهم كثيراً كان الشرب عاماً ، وإن رأوهم قليلاً كان الشرب خاصاً وذلك أشبه الأقوال بالفقه (١) .

٨٧ - وقد تين مما تقدم أنه إذا اجتمع عدة شفعاء تفاوتت مراتبهم قدم أفواهم اتصالاً ، وهو الشريك في نفس العقار ، فإن تنزل عن حقه ، أو سقط حقه بأى سبب من أسباب الإسقاط انتقل الحق إلى من يليه وهكذا . وهذا بالإجماع في ظاهر الرواية ، ولكن رويت عن أبي يوسف رواية أخرى وهي أنه إذا وجد الشركاء في نفس العقار لا ينتقل لمن يليهم إذا سقط حقهم أو تنزلوا عنه (٢) .

وذلك لأنه إذا وجد الشريك حجب عنها من بعده ، ولم يثبت له حق فيها ، ويصير كالعاصب إذا وجد من هو أولى منه بالتعصيب . ولأن عند

(١) الزيلعي الجزء الخامس ص ٢٤١ .

(٢) ويظهر أن هذا الخلاف إنما هو في الحال التي يسقط فيها الشريك حقه قبل القضاء أما بعد القضاء له ، فإذا أسقط حقه لا يثبت الحق لمن يليه باتفاق ، لأنه بالقضاء للشريك انقطع حق من يليه وبطل ، إذ قضى عليه بذلك .

البيع يثبت حق الشفعة للشريك من بين الشفعاء ، بدليل أن غيرها لا يملك أن يطالب بها . وإذا كان حق الشفعة عند وجود البيع كان محصوراً فيه ، فإذا أسقطه لم يثبت لأحد ، لأنه حق واحد إذا سقط لا يعود .

ووجه ظاهر الرواية - أن كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث ، وهم الشركاء في نفس العقار ، والخلطاء في حقوق الارتفاق ، والجيران - ثبت لهم الحق في الشفعة لوجود سببها ، وكل واحد من الشركة أو الجوار سبب صالح لثبوت الشفعة ، ولكن عند التعارض قدم أقواها ، فيقدم الشفيع بالشركة ؛ لأنه أكثر ضرراً بالدخيل ، وأقوى اتصالاً ، فإذا سلم الشريك سقط تعارضه ، فيعمل السبب الذي يلي الشركة ، لأنه لا معارض له أقوى منه .

وأيضاً فإن حكمة الشفعة ، وهي دفع ضرر الدخيل - قائمة ، وتسليم الشريك لا يمنع الضرر المتوقع المرتفقين ، أو الجيران بل هو لا زال قائماً ، فتثبت الشفعة .

٨٨ - وإذا تعدد أهل طبقة من الشفعاء ، وطلبوها جميعاً فإذا تعدد الشركاء مثلاً أو الجيران ، وطلبوها جميعاً طلباً صحيحاً قسمت بينهم جميعاً بالتساوي من غير تفضيل صاحب النصيب الأكبر على صاحب النصيب الأصغر ، أو من غير تفضيل جار ملاصق من جانب واحد على جار ملاصق من جانبين ، وكذلك من غير تفضيل مرتفق بشرب مثلاً على مرتفق معه فيها ، بل يقسم العقار بينهم على سواه .

وذلك لأن الأصل عند الحنفية أن السبب في ثبوت الشفعة هو أصل الشركة لا قدرها ، وأصل الجوار لا قدره ، بدليل أنه لو كان للدار شريك واحد لاستحق أخذ الدار بالشفعة ، وكذا لو كان لها جار واحد لاستحق

الأخذ لها كلها بالشفعة، ولو كان المقدار هو السبب لاستحق بمقدار شركته أو مقدار جواره .

وإذا كان أصل الشركة أو أصل الجوار هو السبب ، فإذا تعدد الشركاء أو تعدد الجيران تثبت لهم الشفعة بقدر واحد لثبوت السبب كاملاً بالنسبة للمتعددين جميعاً .

وقد خالف في ذلك مالك والشافعي واختلفت الرواية فيه عن أحمد بن حنبل ، وهو مع الشافعي الصحيح عنه ، ومخالفة هؤلاء محصورة في الشركة ؛ لأنهم لا يرون الشفعة في غير العين المشتركة .

فأرأيهم عند تراحم الشركاء أن يقسم العقار المشفوع فيه بينهم على قدر أنصبتهم لا على عدد رؤوسهم ، وحجتهم في ذلك أن الشفعة تثبت على أنها حق من حقوق الملك الذي يملكه الشفيع فيقدر بقدره عند التراحم ، وهي في هذا كالتناء والغلة والثمرات ، يثبت للشخص منها بمقدار ما يملك إذا كانت العين مشتركة ، فثبتت الشفعة بمقدار ما يملكه كل واحد عندما يتزاحمون في طلبها .

واستدل الحنفية لوجه نظرهم في أن الشفعا إذا تراحموا في طبقة واحدة بلا مرجح اقتسموها بينهم بالتساوى .

(١) بأن السبب هو الاتصال لا مقدار الاتصال ، وقد تساوى الجميع في هذا الأصل فيتساوون في الاستحقاق .

(٢) وأيضاً فإن ثبوت الشفعة إنما يثبت لدفع ضرر الدحيل ، وذلك قدر مشترك للجميع ما داموا في طبقة واحدة بلا مرجح ، فيثبت للجميع الحق بالتساوى .

(٣) ثم إن الأصل أن يثبت حتى أخذ العقار المبيع كاملاً لكل واحد من الشفعاء ، ولكن للتزاحم بينهم ولعدم ترجيح طلب أحدهم على الآخرين يقسم بينهما بالتساوي لأن الحق كان لكل واحد في أخذ العقار كله .

٨٩ - وإذا كان أحد الشفعاء غائباً لم يسقط حقه في طلب الشفعة مهما يتناول أمد غيبته ، ما دام لم يعلم . بيد أن ذلك لا يمنع من يساويه في الدرجة أو من يليه أن يطالب بأخذ العين كاملة ، ولا يمنع ما للغائب من حتى - أن يقضى الغضاء لمن يليه إذا طالب بأخذ العين بمقتضى الشفعة واستوفيت شروط المطالبة كلها .

وإنما كان لمن يساويه أن يطلب أخذ العين كاملة ، ولمن يليه كذلك من غير غير انتظار له ؛ لأن سبب ثبوت الحق على السكال ثابت في حق المساوي ومن يليه ، فإذا طلب يتأكد حقه بالطلب .

أما الغائب فالسبب قائم في حقه ، ولكن لم يؤكد ذلك الحق بطلب الأخذ ، فلا يدرى أيرضى بالشريك الجديد أو البجار الجديد فلا يطالب بالشفعة أم لا يرضى فيطلب ، فكان حق الشفعة بالنسبة له محتمل الوجود وعدم الوجود ، ولا يصح أن يمنع ذو حق تأكد حقه لا احتمال أو شك ، إذ اليقين لا يزول بالشك ، بل لا يزول إلا بيقين مثله ، ولذلك يقضى بجميع العين للطالب سواء أ كان يليه أم يساويه .

وإذا قضى للحاضر بأخذ العين ، ثم جاء الغائب ، فإن كان مساوياً أسهم بما يساويه مع الحاضر ، فإن كان الحاضر واحداً أخذ النصف ، وإن كان اثنين أخذ الثلث ، وهكذا ، وإذا كان الحاضر قد أسقط حقه في الشفعة في هذه الحال فالغائب إذا حضر بالعين كلها ، ويقضى له بها .

وهذا إذا أسقط قبل القضاء ، وأما إذا ترك الشفيع أخذ العين بعد القضاء له لعييب وجده فيها ، أو لخيار رؤية ، أو لمجرد التزل عن حقه من غير سبب شرعى ، ثم جاء الشفيع الغائب ، فليس له إلا النصف إن كان الحاضر المسقط لحقه بعد القضاء واحداً . والثالث أن كانا اثنين وهكذا .

وذلك لأنه لما قضى القاضى بالشفعة للحاضر بكل الدار ، فقد أبطل حق الغائب المساوى له عما يخص صاحبه في حال المزاومة ، وإذا قضى على شخص بالبطلان في شيء فليس له أن يطالب به ، وليس له حق فيه .

هذا كله إذا حضر الغائب ، وكان من قضى له مساوياً له ومن أهل درجته . أما إذا لم يكن مساوياً ، بل كان من الطبقة التى بعد طبقته ، ففي هذه الحال له أن يطالب بأخذ العين كاملة ، سواء أسقط الشفيع المقضى له حقه أم لم يسقط ، وسواء أكان إسقاطه لحقه قبل القضاء أم بعده ، فكل هذه الصور سواء في الحكم ، لأن القضاء له لا يبطل حق الغائب ؛ إذ هو مبنى على احتمال أن الغائب لا يطالب ، فإذا طالب فقد زال الاحتمال .

شروط الشفعة

٩٥ - لا تثبت الشفعة ولا توجد إلا بشروط ، منها :

(١) الشرط الأول :

أن يكون المشفوع فيه - وهو العين التى يطلب الشفيع أخذها - عقاراً (١) ، وكذلك يشترط هذا الشرط فى المشفوع به ، وهو العين التى يملكها

(١) اشتراط كون المشفوع به والمشفوع فيه عقاراً إنما هو على رأى جمهور الفقهاء ، وخالفهم غيرهم فأثبتها مالك فى كل السفن ، وأثبتها بعض الفقهاء فى كل ما هو محل شركة ، وأثبتته بعضهم فى كل ما هو مشترك وتجرى فيه القسمة من غير إجبار عليها .

الشفيع وبسبب اتصالها بالعين المشفوع فيها يطالب بالشفعة ، وقد ألحق الحنفية بالعقار بالنسبة للشفعة العلو بالنسبة للسفل ، فإذا بيع السفل ثبت لصاحب العلو حق الأخذ بالشفعة ، وإذا بيع العلو ثبتت لصاحب السفل الشفعة أيضاً .

فترى من هذا أن العلو ، وهو ليس بعقار عند الحنفية كما تبين صلاح أن يكون مشفوعاً فيه وبه ؛ وذلك لأنه ملحق بالعقار في ذلك ، إذ حق العلو على السفل حق لازم لا يمتثل البطلان ، فيتضرر كلاهما بالآخر ضرراً مستمراً . والشفعة بين العلو والسفل تكون شفعة جوار ، فتكون مرتبة الشفيع كمرتبة سائر الجيران ، وهى بعد الشركاء في نفس العقار ، والخلطاء ، في حقوق الارتفاق ، كما علت .

(٢) الشرط الثانى :

أن يكون العقار المشفوع فيه قد خرج من ملك صاحبه خروجاً باتاً بعوض مالى ، فإذا لم يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه فلا موجب للشفعة ؛ لعدم وجود دخيل ، وإن خرج خروجاً غير بات كأن يبيعه يداً فاسداً قد قبض فيه المشتري العقار ، فلا تثبت الشفعة إلا بعد أن يصير مالك المشتري فى العقار باتاً لازماً بالنسبة للبائع ، لا يقبل النقص من جانبه ؛ لأنه قبل ذلك يمتثل أن يرجع البائع ويفسخ البيع ، ومع هذا الاحتمال القريب الوقوع لا تثبت الشفعة ، لأنه يجب أن يبنى ثبوتها على أمر ثابت لا يمتثل البطلان من جانب البائع .

وإن خرج بغير عوض مالى بأن لم يكن العقد الذى انتقل به المشفوع فيه يداً ولا فى معنى البيع ، كأن يكون هبة أو صدقة أو يكون العقار مهراً فى

زواج ، أو بدل خلع ، أو أجرة في إجارة ، فإن الشفعة لا تثبت في كل هذا لأن الشفعة توجب أن يأخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بمثل ما ملكه به ، أخذه ، فإذا كان قد أخذ بلا عوض فلا مثل قد دفعه العاقد ويجب على الشفيع أن يقدمه ، فلا تثبت .

وكذلك إذا كان العوض غير مال كمال المهر وبدل الخلع ؛ لأنه لا تجرى المماثلة إلا في الأموال ، أما غيرها فلا تجرى فيه المماثلة ، فلا تثبت الشفعة أيضاً .

وقال الشافعي تثبت الشفعة في كل هذا ويؤخذ العقار بقيمته ؛ لأن حكمة الشفعة ثابتة فيه فتثبت .

وعقود المعاوضات المالية التي تجرى فيها الشفعة إذا خرج المشفوع فيه من ملك مالكه بأحدها تشمل ما يأتي :

(١) البيع : وهو الأصل في هذه العقود ، وإذا كان البيع مقايضة بأن كان العقار مقابلاً بقيمى ، فالثمن الذى يجب على الشفيع أن يقدمه هو قيمة الشيء الذى عوض العقار به .

وإذا كان البدل عقاراً كان الواجب على الشفيع قيمته ، ويكون لشفيع كل واحد من العقارين أن يطالب بالشفعة ، ويدفع قيمة العقار الآخر الذى يكون بدلاً لما يطلبه .

وإنما وجبت قيمة العوض للعقار إذا كان عقد البيع مقايضة ؛ لأن المثل الحقيقي معتذر فيصار إلى المثل المعنوى ، وهو مقدار ما يمته أى قيمته .

(٢) الهبة بعوض مشروط : لأن الهبة بعوض مشروط تعتبر معاوضة

انتهاء عند أئمة الحنفية الثلاثة ، ومعاوضة ابتداء وانتهاء عند زفر ، ولذلك يجب الشفعة إذا خرج العقار المشفوع فيه من مالكة بسببها .

ولا يجب الشفعة بمجرد تمام عقد الهبة ، بل لا يجب إلا بعد قبض العوض وقبض العقار ، وعند زفر يسكنى وجود العقد لثبوت الشفعة .

وهذا الخلاف مبنى على الخلاف في الأصل الذى نوهنا عنه ، وهو أن الهبة بعوض مشروط تبرع ابتداء معاوضة انتهاء عند الأئمة الثلاثة ، فلا يتحقق معنى البيع عندهم إلا بعد قبض العوض بالفعل ، وعند زفر هى معاوضة ابتداء وانتهاء ، لوجود معنى البيع عنده بمجرد تمام العقد ، ويكون الواجب هو مثل العوض الذى قدمه الموهوب له إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان قيمياً .

(٣) الصالح : فتثبت الشفعة إذا كان العقار بدل صلح ، أى أن المدعى عليه قدمه ليتخلص به من دعوى المدعى ، وقبل هذا ذلك عوضاً عن حقه ، ففي هذه الحال تثبت الشفعة للشفيع ، لأن المدعى ما قبل تلك الدار إلا لتكون عوضاً عن حقه الذى يزعمه ويطالب به ، سواء أكان المدعى عليه مقراً بالحق أم كان منكرأ له أم ساكتاً لم يقر ولم ينكر ، وإذا كان عقد الصلح معاوضة مالية فى نظر المدعى ، فهو مشترك للعقار بزعمه ، فتثبت الشفعة للشفيع ، لأن الاعتبار فى ذلك لاعتقاد المدعى الذى انتقل العقار إليه .

وإذا كان العقار هو المصالح عنه بأن كان هو موضوع الدعوى والتنازع فقدم المدعى عليه مالا ، ليخلص له العقار ، ففي هذه الحال إن كان المدعى عليه ، قد قامت عليه البيزة أو كان مقراً بما كية المدعى للعقار ، وقدم المال بدلا عنه ، ففي هذه الحال يكون الصلح عقد بيع بالنسبة لهما فتثبت الشفعة .

وإن كان المدعى عليه منكرأ أو ساكتاً . لم يقر دليل على أن الصلح عقد

بيع بالنسبة لمن بقي العقار في يده ؛ فلا تثبت الشفعة إلا إذا أثبت الشفيع بالحجة الشرعية أن العقار موضوع النزاع هو ملك للمدعى ، وأن المسال الذي كان بدلاً للصلح هو في الحقيقة والواقع ثمن للعقار ، وحينئذ يثبت أن عقد الصلح عقد بيع فتثبت الشفعة^(١) .

وهذا كله إذا كان بدل الصلح مالا فإن كان بمنافع فلا تثبت الشفعة؛ لأن الصلح يكون إجارة .

وإذا كان العقد مشتملاً على خيار شرط لمالك العقار فلا تثبت الشفعة إلا بعد أن يصير العقد باتاً لازماً بالنسبة له ، بسقوط خيار الشرط بالفعل ؛ لأن خيار الشرط إذا ثبت بالنسبة للبائع لا يخرج العقار من ملكه ، والشفعة لا تثبت إلا إذا خرج العقار من ملك صاحبه . أما إذا كان خيار الشرط مشروطاً للمشتري فالشفعة تثبت بمجرد العقد ؛ لأن اشتراط الخيار للمشتري لا يمنع خروج العقار من ملكية البائع .

وإن جعل البائع أو المشتري الخيار للشفيع فاختر فلا شفعة ، لأنه إن أجاز البيع كان ذلك إسقاطاً للشفعة ؛ لأنه رضى بالمشتري جواراً له أو شريكاً ، وإذا سقطت الشفعة لا تعود . وإن فسخ البيع لم يثبت عقد ، فلا تثبت الشفعة .

٩١ - الشرط الثالث :

أن يكون ملك الشفيع ثابتاً وقت العقد في العقار المشفوع به - وهو العقار الذي يطالب الشفيع الشفعة بسبب اتصاله بالعقار المبيع - ولا بد أن يستمر الملك إلى وقت الحكم بملكية العقار المشفوع فيه له ، فإذا حدث الملك

(١) ملخص من البدائع الجزء الخامس ص ١١ .

بعد العقد لا تثبت الشفعة ؛ لأن الشفيع هو الذى يعتبر دخيلاً على من انتقل العقار إليه .

وإذا كان الملك ثابتاً وقت العقد ، ولكن زال عن المالك بأى سبب من الأسباب سقطت الشفعة ؛ لأن سببها وهو اتصال الملكية قد زال ، فتزول تبعاً له (١) .

وبسبب هذا الشرط لا يصح أن يطالب بالشفعة فى موضعين :

أحدهما — إذا كان العقار فى يد من يطالب بالشفعة على أنه وقف ذو ناظر عليه ؛ لأن الناظر على الوقف ليس مالكا له ، فلا يتحقق فى جانبه سبب الشفعة ، وهو اتصال المالكين ، كما أن الغرض من الشفعة لا يتحقق أيضاً ؛ لأن الغرض هو دفع الضرر المتوقع الدائم من هذا الدخيل ، ويد الناظر على الوقف ليست يداً دائمة . وكما أن الناظر ليس له حق الشفعة إذا بيع عقار متصل بأعيان الوقف . كذلك المستحق فى الوقف ليس له حق الشفعة ؛ لأنه متمتع ، وليس بمالك للعين ، وإذا كان العقار المشفوع فيه موقوفاً ، وبيع لمسوخ شرعياً بيعاً صحيحاً فإن الشفعة تثبت فيه للتصاين به من شركاء أو مرتفقين أو جيران (٢) .

ثانيهما — ليس للوارث فى مذهب الحنفية أن يطالب بالشفعة إذا مات الشفيع المورث قبل الحكم له ؛ وذلك لأن حق الشفعة لا يورث ؛ إذ هو إرادة ومشية .

(١) وتسقط الشفعة بعد خروج العقار من ملك صاحبه ، لا بمجرد النقل للملكية . فإذا باع الشفيع بشرط الخيار لا تسقط الشفعة إلا بعد سقوط الخيار .
(٢) لقد ذكر أستاذنا الفاضل الشيخ أحمد إبراهيم بك فى كتابه المعاملات أن العقار إذا أخذ بدل عقار موقوف بطريق الاستبدال لا تثبت فيه شفعة قط ؛ لأنه يصير وفقاً بمجرد الاستبدال .

ولا تثبت الشفعة للوارث استقلالا ؛ لأنه لم يكن مالكا وقت العقد الذى
خرجت به ملكية المشفوع فيه إلى الدخيل .

وقال الشافعى ومالك وأحمد بن حنبل : إن الشفيع إذا طالب بأخذ العين
بالشفعة ثم مات ينتقل الحق إلى ورثته ؛ لأن هذا حق يعتبره الشارع ،
والوارث خليفة المورث فيما يملك من أموال وحقوق ، فينتقل حق الشفعة
إليهم بمقتضى هذه الخلافة .

ووجهة نظر الحنفية قد أشرنا إليه ، وهى أن حق الأخذ بالشفعة مجرد
رأى ومشيدة ، وهما حالان للشخص ينتهيان بوفاته ، ولا وجود لهما من بعده
حتى يخلفه الوارث فيهما ، فإذا كانت الشفعة من هذا القبيل فهى تنتهى
بوفاة صاحبها .

ولا يوجد نص فى قانون الشفعة المعمول به يعين العمل بأحد الرايين :
رأى الحنفية أو رأى غيرهم ؛ ولذلك اختلفت المحاكم والشراح فى ذلك ،
فبعض المحاكم ومعها بعض الشراح قرر أن حق الشفعة لا يورث ، سالكا
مسالك الحنفية فى أنه حق شخصى لا يبقى بعد الشخص ، ولا يخلفه فيه أحد ،
وبعض المحاكم والشراح قرر أنه ينتقل إلى الوارث ، سالكا مسالك مالك
والشافعى وغيرهما فى أنه حق يعتبر من مرافق الملك ، فينتقل إلى الورثة
كسائر الحقوق التى من هذا القبيل .

وقد طرح الموضوع بسبب هذا الخلاف على دوائر محكمة الاستئناف
بجتمعة ، فقررت فى ٣ مايو سنة ١٩٣٠ أن حق الشفعة لا ينتقل إلى الوارث
بوفاة الشفيع قبل الامتلاك بالتراضى أو بقضاء القاضى (١) .

(١) راجع كتاب الشفعة للأستاذ الجليل الدكتور محمد كامل مرسي بك من ٣٢٨ .

٩٢ - الشرط الرابع :

ألا يثبت رضا الشفيع بالعقد الذي تم بين المالك والدخيل ، فإن ثبت هذا الرضا عند حصول العقد ، فليس له أن يطالب بالشفعة ؛ لأنه إن طالب يكون ساعياً في نقض ما تم من جهته ، ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه .

ويشترط لتمام الرضا أن يكون عالماً بالمشترى والثمن ، فإن رضى بالعقد على فرض ثمن خاص أو مشتر خاص ، فتبين أن الثمن أقل مما سلم في الشفعة على فرضه ، أو أن المشتري غير من رضيه جاراً أو شريكاً ، ففي هذه الحال لا يعتبر راضياً ؛ لأن الرضا قام على فرض ، والواقع غيره .

والرضا قسمان : رضا صريح ، ورضا دلالة .

فالصريح ما كان بعبارة مفيدة لرضاه بالمشترى جاراً أو شريكاً ، والدلالة ما كان بتصرف لا يقوم إلا على فرض رضا الشفيع بالدخيل ، كأن يكون هو وكيل البائع في البيع ؛ فإن ذلك يدل على رضاه بالمشترى جاراً أو شريكاً ، لأن الأخذ بالشفعة يلزم منه أن تنقض ملكية المشتري التي ما تمت إلا بفعل الشفيع ؛ فطالب الأخير بالشفعة سعى في نقض ما تم من جهته بلا ريب ، وذلك مردود وغير مقبول في الثرية الغراء كما ذكرنا .

ولو كان الشفيع وكيل المشتري في الشراء لا يعتبر ذلك رضا بالمشترى جاراً أو شريكاً ؛ لأنه عساه قبل الوكالة أتم الشراء ، ويتقرر حق الشفعة .

ولأن الوكالة بالشراء لا تعتبر تمليكاً للمشتري من جانبه ، كما اعتبرت الوكالة في البيع ، بل تعتبر إرضاء لعقد مسبب للملكية ناقل لها ، والمملك للمشتري هو البائع ، وطالب الأخذ بالشفعة لا ينافي انتقال الملكية من البائع ،

بل يقرره ، لأن الأخذ بالشفعة فيه إقرار بانتقال الملكية من البائع ، ولكن بدل أن تكون للمشتري تكون للشفيع .

هذا ، ومن المقرر أن المشتري لو كان أحد الشفعاء لا يسقط حقه في الشفعة ، وإذا كانت مباشرة الأصيل لعقد الشراء لا تسقط حق الشفعة ، فكذلك مباشرة الوكيل لا تسقط الحق بالنسبة إليه .

طالب الشفعة

٩٣ - لابد لطلب الأخذ بالشفعة الذي يقبله القضاء ويقضى به شرعاً من تحقق أمرين :

أحدهما : أن يطالب الشفيع بالحق المبيع كله لا بعضه ؛ لأنه إن طالب ببعضه فقد رضى بالمشتري شريكاً ، وبذلك يكون متناقضاً مع طلبه ؛ لأن الأخذ بالشفعة لدفع ضرر الدخيل الجديد فإن رضيه شريكاً ، فقد أقر بأنه لا ضرر من شركته ، وبالأولى لا ضرر من جواره ، فيسقط حق الشفعة على الأقل في اعتباره ، ولأنه لو أخذ بعض العقار المشفوع فيه لتفرقت الصفقة على المشتري لأنه ما اشترى الجزء ، بل اشترى كل العقار ، وتفرقت الصفقة على المشتري لا يصح من غير رضاه ، ولا يوجد سبب شرعي يسقط ذلك الحق للمشتري .

وإذا تعدد المشترون يصح للشفيع أن يطالب بحصة أحدهم دون الباقي ، لأنه ربما كان الاتصال بأحدهم ضاراً فيطالب بحصته ، والاتصال بالآخرين غير ضار فلا يطالب بحصصهم^(١) .

(١) وإذا تعدد البائعون وكان المشتري واحداً اختلفت الروايات في المذهب ، فظاهر الرواية أن ليس للمشتري أن يطالب بنصيب أحد البائعين ، سواء أتم القبض أم لم يتم ، ورواية أخرى أن للشفيع أن يطالب بنصيب أحد البائعين قبل القبض ، وبعده لا ، والصحيح ما في ظاهر الرواية .

ثانيتها : أنه لا بد من وجود ثلاثة طلبات :

(أولها) طلب المواثبة ، وذلك بأن يطالب بالشفعة عقب العلم بالبيع والتمن والمشتري .

ووقت هذا الطلب يكون فور العلم ، حتى لو علم بالبيع بكتاب والخبر في أوله لا ينتظر حتى يتم السكتاب قرامة ، وهذا عند الجميع في الرواية الراجحة في المذهب .

وروى عن الإمام محمد أن وقت الطلب ممتد إلى آخر المجلس ، ووجه الرواية الأولى ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : وإنما الشفعة كدشط عقال إن قيد مكانه ثبت ، وإلا ذهب ، وفي بعض الروايات وإنما الشفعة كحل عقال إن قيد مكانه ثبت ، وإلا فاللوم عليه .

ولأنه حق ضعيف متزلزل اثبوتة على خلاف القواعد الفقهية عند الأكثريين ، فلا يستقر إلا بالطلب على المواثبة ، ويذهب به أقل تردد .

ووجه الرواية الثانية عن محمد أن حق الشفعة ثبت لمصلحة الشفيع لدفع الضرر عنه ، لاحتمال أذى المشتري الجديد ، وذلك ضرر خفي يحتاج إلى النظر والتأمل ، ليوازن بين غرم الشراء ، وضرر الدخيل . ومن جهة أخرى ليعرف صلاحية الثمن وخلود من الغبن ، وذلك التأمل اللازم يحتاج إلى وقت ، فكان المعقول أن يمتد إلى آخر المجلس .

ولا يشترط لهذا الطلب الإشهاد عليه ، وإن كان من مصلحة الشفيع أن يشهد عليه ليستطيع إثباته بالبينة إذا أنكر المشتري وقوعه .

(ثانيها) طلب التقرير والإشهاد وذلك بأن يذهب إلى العقار . أو إلى المشتري ، أو إلى البائع إذا كان المبيع لازال في يده ، ويطالب بالشفعة

ويشهد على ذلك وجوباً ، لكي يتقرر حقه . أما جواز الطلب عند المبيع فلأن الحق متعلق به ، وأما الطلب عند المشتري فلأنه الخصم في كل حال ، سواء أكان العقار في يده أم لا يزال في يد البائع ، وأما الطلب من البائع إذا كان العقار لا يزال في يده ، فذلك لأنه خصم بمقتضى يده .

ومدة هذا الطلب مقدره بالتمكين من الإشهاد عند أحد هؤلاء الثلاثة ، حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفيعته ، وإن قصد الأبعد وترك الأقرب لم تبطل الشفعة إن كانوا في مصر واحد وإن كان بعضهم خارج المصر ، وهو الأبعد فقصد ، وترك الأقرب تبطل الشفعة .

وإذا تم الإشهاد على الشفعة عند العقار أو عند المشتري أو البائع في طلب الموائبة ، كان فيه معنى طلب التقرير وأغنى عنه ، فلا يكون ثمة حاجة إليه .

(ثالثاً) طلب الامتلاك بالمخاصمة والترافع إلى القضاء . ولقد قرر الفقهاء أن الشفعة تستقر بالطلبين السابقين ، ولذا لم يجعل أبو حنيفة لهذا الطلب الأخير مدة معينة ؛ لأن التأخير لا يضر بعد تقرير الحق .

وروى هذا عن أبي يوسف أيضاً كما روى عنه أن الشفيع إن ترك المخاصمة زمناً كان يستطيع المخاصمة فيه بطلت شفيعته .

وقال محمد وزفر رحمهما الله إذا مضى شهر بعد الإشهاد والتقرير ولم يطلب من غير عذر بطلت شفيعته ، وهو رواية عن أبي يوسف (١) .

وقد استدلل محمد وزفر في قولهما أنه إن ترك شهراً بعد الإشهاد بطلت شفيعته بأن المشتري يتضرر بترك الأمر معلقاً من غير أن يجعل للطلب نهاية زمنية معلومة ، لأنه لا يبني ولا يخرس ولا يقوم بشيء مما يحتاج إليه العقار

(١) قد روى إسن عن أبي يوسف ثلاث روايات إحداهما أنه مع أبي حنيفة في أن التأخير لا يسقط الشفعة ، وثانيتها أن الشفعة تسقط إذا ترك المخاصمة مدة كان يستطيع فيها المخاصمة ولم يفعل ، وثالثها أنه إن تركها شهراً سقطت الشفعة وإلا لا تسقط .

مادام مهدداً بنزعه من يده ، وذلك ضرر بلا ريب ؛ إذ هو يجد إرادته في التصرف في ملكه ، ولا يصح أن يدفع الضرر المحتمل للشفيع بهذا الضرر الذي يقع بالمشتري من التأخير .

واستدل لأبي حنيفة بأن الحق قد ثبت بالمواثبة والتقرير .

والأصل أن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطال شرعي ، ولم يوجد ؛ لأن تأخير المطالبة لا يكون إبطالا كتأخير استيفاء الديون لا يعد إبراء .

٩٤ — والخصم في طلب الشفعة هو المشتري سواء أكان العقار في يده أم لا يزال في يد البائع ، وقد ترفع الدعوى على البائع إذا كان العقار لا يزال في يده ، ولم تكن لا تسمع البيعة ولا يقضى إلا في حضرة المشتري ؛ لأنه الخصم الأصلي ؛ إذ هو الذي سينزع الملك جبراً عنه ؛ ولأن أخذ المبيع من يد البائع يوجب عدم إمكان تسليم المبيع قبل القبض ، وذلك يوجب فسخ البيع بالنسبة للمشتري ، ولا يجوز الفسخ إلا في حضوره .

ويصح أن ترفع الدعوى على وكيل المشتري إذا كان قد تسلم العقار من البائع ولم يسلمه إلى المشتري ؛ وذلك لأن الشفعة من حقوق العقد ، وهي راجعة إلى الوكيل في البيع والشراء عند الحنفية .

وروى عن أبي يوسف أن الشفيع لا يخاصم الوكيل ، بل يخاصم الموكل ، وذلك لأن الوكيل لم يشتر لنفسه بل اشترى لموكله ، ولأن الشفعة ليست من حقوق العقد ، بل من متعلقات حكم العقد ، وهو الملك ، والمالك يتعاق بالموكل ، لا بالوكيل ، ألا ترى أن غاية الشفعة أن ينزع الملك من آل إليه ، والذي آل إليه الملك هو المشتري ، وليس الوكيل .

٩٥ - يملك الشفيع العقار المشفوع فيه بأحد أمرين :

إما بالتراضي مع المشتري ، ويكون الأخذ حينئذ شراء جديداً من المشتري ، ولا ينقض البيع الأول بلا خلاف .

وإما بحكم القاضى ، ويكون الأخذ بحكم القضاء كشراء جديد من المشتري ، إذا كان قد تسلم العقار ، ويكون هذا تقريراً للبيع .

وإذا كان العقار لا زال فى يد البائع ، أيعتبر الأخذ بحكم القضاء نقضاً للبيع ، أم يكون شراء جديداً غير ناقض للبيع الأول ؟

اختلفت فى ذلك الروايات والأقوال فى المذهب ، فقال بعض المشايخ وهو إحدى الروايتين : إن البيع فى ذاته لا ينقض ، ولكن يتحول من المشتري إلى الشفيع ، فإن كان ثمة نقض فى البيع فهو بالنسبة للمشتري ، وليس هناك نقض للعقد فى ذاته .

وقال بعض آخر ، وهو الرواية الثانية : إن البيع الأول ينقض ، ويكون بين الشفيع والبائع ما يشبه البيع الجديد . وحجة الرأى الأول أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة ، لأنها قامت على أهماس وجود بيع ، فإذا انتفى انتفت وتكون قد عادت على أصلها الذى قامت عليه بالنقض ، فهدم .

ووجهة الرأى الثانى أن القاضى إذا قضى بالشفعة قبل تسليم البائع العقار للمشتري فإن المشتري يعجز عن أخذ المبيع ، والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع لحلوه عن الفائدة .

وأيضاً فإن البيع قد أوجد ماسكاً للمشتري فى العقار ، وبحكم القاضى قد

صار الملك للشفيع ، وزال أثر البيع ، ولا يزول أثر البيع إلا إذا زال البيع نفسه .

ومهما يكن من الاختلاف بالنسبة لبقاء البيع أو انتقاضه ، فمن المقرر أن الأخذ بالشفعة بالنسبة للشفيع يكون في حكم الشراء الجديد ، سواء أكان بالقضاء أم بالتراضي . فله أن يرد العقار المشفوع فيه بخيار الرؤية إن لم يكن رآه ، وله الرد بخيار العيب إذا رأى فيه عيباً ، ولو كان المشتري قد اشترط عليه البراءة من كل العيوب .

٩٦ - وملك الشفيع للعقار ابتداءً من وقت التراضي بينه وبين المشتري ، أو من وقت الحكم بالأخذ بالشفعة ، ولا ملك له قبل الأخذ بأحد هذين الأمرين ، بل الملك قبل ذلك للمشتري ؛ لأن سبب الملك قائم وهو الشراء ، ولا يتنافى طلب الشفعة مع ذلك ، بل إن الشفعة تقوم على خروج العقار من ملك مالكه ، ولا يخرج سائبة من غير مالك ، بل يدخل في ملك المشتري .

وإن كل ما للشفيع قبل الحكم من حق إنما هو حق المطالبة بالعقار بسبب الشفعة ، وذلك لا يثبت ملكاً إلا بعد التراضي أو الحكم ، فلا ملك إذن للشفيع قبل ذلك ، وهذا هو المنصوص عليه في كتب الحنفية^(١) .

ولسكن قانون الشفعة لم يتعرض لابتداء الملك بالشفعة ولم يبينه ؛ ولذا اختلفت المحاكم في ذلك على ثلاثة آراء : فبعضها قضى بأن الملك للشفيع يستند إلى وقت العقد ، وبعضها رأى أن الملك يثبت له مستنداً إلى وقت المطالبة بالعقار المشفوع فيه بمقتضى الشفعة ، وبعضها قرر أن الملك يبتدئ

(١) راجع البدائع الجزء الخامس ص ٢٢ . و ص ٢٣ . وراجع الأشباه والنظائر الجزء الثاني في باب الملك .

من وقت الحكم، لا من وقت الطلب ولا من وقت البيع، وهذا الرأي الأخير هو الذى اختارته دوائر محكمة الاستئناف المجتمعة^(١).

٩٧ — وإذا كان ملك المشتري ثابتاً على العقار المشفوع فيه قبل الحكم بالشفعة، فله أن يتصرف فيه تصرف المالك من كل الوجوه، فله أن يبنى فيه، وأن يخرس أشجاراً، ويهدم، ويقاع، ويزيد، وينقص، ويستغل ويستعمل، وله أن يتصرف كل التصرفات الشرعية من بيع وهبة ووقف وغير ذلك، ولسكن هذه التصرفات عرضة للنقض إذا حكم للشفيع بالملك بمقتضى الشفعة، فإذا وقف المشتري، ثم حكم للشفيع، فله نقض الوقف وأخذ العقار، وإو كان الوقف وقف مسجد.

٩٨ — وإذا كان المشتري قد أحدث زيادات فى العقار، ثم جاء الشفيع وامتلكه بمقتضى الشفعة، فإن كانت هذه الزيادات لا تقبل الانفصال عن العين كطلاء العقار، فإن الشفيع يأخذ العقار بالثمن وقيمة الزيادة؛ لأنها زادت قيمة العين.

وإن كانت الزيادة تقبل الانفصال عن العين بأن كانت تنفصل عنها من غير ضرر بها، وتكون لها قيمة بعد انفصالها، كالبناء وخرس الأشجار، وكالزرع فالحكم فى هذه الحال أنه إن كان لاتصال الزيادة بالأرض وقت معلوم ثم تفصل بعده كالزرع، فإنه يبقى فى الأرض المثل إلى أن ينضج ويحصد، لأنه لا ضرر على المشتري فى ذلك، إذ لا يتلف زرعه، ولا ضرر على الشفيع، إذ سيأخذ الأجرة.

وإن لم يكن للزيادة اتى تقبل الانفصال أمد محدود معلوم، وذلك كما فى

(١) راجع كتاب الشفعة لأستاذنا الكبير الدكتور محمد كامل مرسي بك ص ٣٣٩

البناء في العقار والغراس فيه ، فالحكم أنه يخير الشفيع بين ثلاثة أمور :
إما أن يترك الأخذ بالشفعة ، وإما أن يأخذ العقار بثمنه والشجر أو البناء
بالقيمة مستحقين للقلع والهدم^(١) . وإما تكليف المشتري قلع الشجر وهدم
البناء وتسليم العين .

غير أنه يلاحظ أن أخذهما بقيمتها مستحقين للقلع أو الهدم إنما يكون
إذا رضى المشتري بذلك ، وإلا كلف الهدم أو القلع ، إلا إذا كان القلع
أو الهدم يضر بالأرض ، ففي هذه الحال لا حاجة إلى رضاه في أخذهما بقيمتها
مستحقين للقلع أو الهدم .

هذا هو الرأي الراجح في مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه .

وروى عن أبي يوسف أن الشفيع يخير بين أمرين فقط : إما أن يترك
الشفعة ، وإما أن يأخذ العقار بثمنه ، والشجر والبناء بقيمتها مستحقين
للبقاء ، وليس له أن يكلف المشتري القلع أو الهدم . وذلك هو مذهب مالك
والشافعي .

ولكل من الرأيين وجهة ، فوجهة الرواية الراجحة في مذهب أبي حنيفة
أن المشتري بنى وغرس في عقار تعلق به -حق مؤكد لغيره ، يجعله أولى
بالعقار منه ، ولم يكن بناؤه وغرسه بإذن أو تمكين منه ، فيكون من حقه أن
يأخذ العين نخالية مما زاده ، فله أن يكلفه القلع والهدم . وإن كان ذلك يضر
بالأرض أخذه بقيمته مستحقاً للقلع أو الهدم ، وما يحصل للمشتري من ضرر

(١) للبناء والشجر ثلاث قيم (أ) قيمتها مستحقين للبقاء ، وتقدر هذه القيمة بما أحدثناه
من زيادة في قيمة العقار وما فيه بأن تقدر قيمة العقار حالياً منهما وقيمتها وما فائده به فالفرق
هو قيمتها مستحقين للبقاء ، (ب) قيمتها والبناء أنقاص ، والشجر مقموع . وهذه تقدر بعد
القلع والهدم ، (ج) وقيمتها مستحقين للقلع أو الهدم . وهذه تقدر لها بعد القلع أو الهدم ،
ثم يسزل منها تكاليف القلع أو الهدم .

فهو السبب فيه ؛ لأنه كان يجب أن يحتاط لنفسه ، فلا يحدث زيادة في عين كان يتوقع أن تنزع منه جبراً عنه .

ووجهة نظر أبي يوسف ومالك والشافعي أن التكليف بالهدم أو القلع أو الأخذ بالقيمة مستحقين للقلع والهدم ، إنما يكون ذلك إذا كان ما فعله المشتري يعتبر عدواناً ، مع أنه ليس في فعله عدوان ، لأنه يبني ويغرس في نخاليس ماسكة ؛ لأنه بالشراء صار العقار مملوكاً له ، فله كل صنيع الملاك ، فلا يصح إذن أن يعامل معاملة المختصين ، بأن يكلف القلع أو الهدم . وتكليف الشفيع أخذ البناء أو الغراس بقيمتيهما مستحقين للبقاء أى بما زاده في قيمة العقار هو العدل ، لأنه لا يتضرر واحد منهما ، إذ الشفيع يأخذ شيئاً بقيمته فلا شطط ولا جور بالنسبة له ، والمشتري سيعوض عما أنفق بلا زيادة ولا مغالاة .

وقانون الشفعة فصل في ذلك الموضوع تفصيلاً حسناً ، فأخذ برأى أنى حنيقة في الحال التي يكون فيها البناء والغرس بعد طلب الأخذ بالشفعة ؛ لأنه يكون المشتري قد أقدم على البناء ، وهو يعلم أن العين ستؤخذ منه ، فإن كان القلع أو الهدم وحدث له ضرر فهو الجاني على نفسه . وإن كان البناء أو الغراس قبل الطلب فقد أخذ القانون بمذهب مالك والشافعي والرياسة عن أبي يوسف ؛ لأنه عسى أن يكون المشتري غير متوقع الطلب بالشفعة ، ثم هو يتصرف في ملكه .

وإذا حدث نقص في المشفوع فيه في يد المشتري ، فإن كان النقص في نفس العقار كأن يكون بجوار نهر فأخذ منه جزءاً في مجراه ، فالحكم في هذه الحال أن الشفيع يأخذ العقار الباقي بحصته من الثمن ، بأن تقدر قيمته ناقصاً وقيمه غير ناقص ، وينقص من الثمن نسبة النقصان .

فإذا كانت القيمة ناقصاً مائة وكانت القيمة كاملاً عشرين ومائة والثن
ثمانية ومائة ، ففي هذه الحال ينقص من الثمن مقدار السدس ، لأن العشرين
وهي الفرق بين القيمتين تعادل سدس قيمته كاملاً ، فينقص من الثمن سدسه .

وإن كان النقص في تابع العقار كالبناء والشجر فإن كان بغير فعل أحد ،
كهدم البناء أو احتراقه ، فالشفيع إما أن يأخذ العقار بالثن كاملاً ، وإما أن
يترك ؛ لأنه لا غريم له ، وإن كان بصنع المشتري ، فالشفيع مخير بين ترك
الشفعة ، وبين أن يأخذ العقار بحصته من الثمن ، وطريقة معرفة ذلك كما
بيننا آنفاً ، وفي الحال التي يكون فيها المتلف للبناء أو الشجر غير المشتري
يرجع عليه هو بما غرم بسبب فعله ،

٩٩ — والثن الذي يجب على الشفيع في الشفعة هو مثل الثمن الواجب
على المشتري . فإن كان الثمن مثالياً وجب مثله ، وإن كان قيمياً وجبت
قيمته^(١) ، لأن الواجب هو المثل ، فإن أمكن المثل في الصورة والمالية وجب
هو ، وذلك يكون في المثلي ، وإذا تعذر المثل في الصورة ، كما في القيمي وجب
المثل في المالية وهو القيمة ؛ وعلى ذلك إذا تقايض شخصان فأعطى كل واحد
عقاره في نظير عقار صاحبه ، فإن الشفعة تثبت لشفعاء العقارين ، ويكون
الواجب على الشفيع قيمة العقار الذي اعتبرت قيمته ثمناً بالنسبة له .

وإذا حط البائع جزءاً من الثمن عن المشتري فإن ذلك الجزء ينقص أيضاً
من الواجب على الشفيع ؛ لأن الجزء الباقي يكون هو الثمن ، ولكن إذا
وهب البائع الثمن للمشتري ، فإن الشفيع لا يسقط عنه شيء ، لأنه لم يبق شيء
يصلح ثمناً مستقلاً .

وإذا زاد المشتري الثمن للبائع لا تلزم الشفيع هذه الزيادة ؛ لأنها تبرع

(١) وقال أهل المدينة إذا كان الثمن قيمياً تجب قيمة العقار المشفوع ، لا قيمة الثمن .

من المشتري ، والتبرع منه لا يلزم الشفيع ، وعساه يكون فعل ذلك مضارة بالشفيع ، فيرد عليه قصده .

وإذا كان الثمن مؤجلاً عن المشتري ، لم يثبت الأجل للشفيع عند الأئمة الثلاثة من فقهاء الحنفية . وقال زفر ومالك^(١) والشافعي : إن الأجل يثبت في حقه ، ووجهتهم أن الشفيع يملك المشفوع فيه بالثمن الذي ثبت وجوبه على المشتري . والثمن الذي ثبت وجوبه على المشتري في حال التأجيل ثمن موصوف بهذا الوصف ، فيثبت على الشفيع بوصفه . ووجهة نظر الحنفية في هذا أن الأجل لم يثبت وصفاً للثمن ، ولكن ثبت شرطاً في العقد بين البائع والمشتري ، والشروط التي تكون بين البائع والمشتري لا تثبت في حق الشفيع ، بخيار الشرط للمشتري لا يثبت في حق الشفيع ، وشرط البراءة من كل العيوب لا يلتزم به الشفيع ، وهكذا فكذلك الأجل شرط بين البائع والمشتري لا يثبت في حق الشفيع . وعلى ذلك يكون الشفيع عند الحنفية مخيراً بين أمرين : إما أخذ المشفوع فيه بثمن حال قبل نهاية الأجل ، وإما تأجيل الأخذ حتى ينتهي الأجل ، وليس معنى ذلك أن يؤجل طلب الأخذ بالشفعة حتى ينتهي الأجل بل يطالب في المواعيد المقررة الثابتة ، ولكن لا يأخذ الاقار إلا بعد أن ينتهي الأجل ويسلم الثمن . ولقد روى عن أبي يوسف أنه قال إن : الطلب أيضاً يتأخر ، لأن الطلب ليس بمقصود لذاته ، بل للأخذ ، وإذا تأخر الأخذ يسكون له الحق في تأخير الطلب .

وقد أخذ قانون الشفعة بنظرية الحنفية في أن الشفيع لا ينتفع بالأجل

(١) ولقد اشترط مالك للثمن التأجيل في حق الشفيع أن يسكون مأثماً ، أو يأخذ بغيره بصك قبل الأمام ، وذلك بمقول جرداً .

الذى ضرب المشتري ، وذلك ما نصت عليه المادة الثالثة عشرة ، ونصها :
« يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه في كافة ما كان له وعليه من
الحقوق ، على أن المشتري إذا استحصل على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفيع من
هذا التأجيل إلا برضا البائع » .

مسقطات الشفعة

١٠٠ - قد تبين مما تقدم الأمور التي تسقط بها الشفعة ، والآن
فلنخس بعضها فمها :

(أ) الرغبة عن الشفعة صراحة كأن يقول : أبطلت الشفعة ، أو أسقطت
حقي في العقار المشفوع فيه ، أو نحو ذلك من العبارات الصريحة في ترك
الشفعة ؛ وذلك لأن شرط الشفعة عدم الرضا بالتأجيل جارا أو شريكا كما
تقدم ، ولأن الشفعة خالص حقه فله أن يتمسك به ، وله أن يتنزل عنه ،
وإذا تنزل سقطت الشفعة والباقي لا يعود إلا بسبب جديد . وشرط
الإسقاط بهذا النوع الصريح أن يكون بعد البيع وقبل الحكم ، لأنه قبل
البيع لم يثبت السبب الداعي للشفعة فلا تثبت ، ولا معنى للإسقاط حتى لم يثبت
بعد ، وبعد القضاء قد تثبت ملكيته للعين المشفوع فيها ، فلا يسقط الحق
إلا بالفسخ وذلك بعقد بينه وبين المشتري .

(ب) وجود تصرف من الشفيع يدل على ترك الشفعة ، ويكون ذلك
تركا للشفعة دلالة ، وذلك كأن يترك طلب الموائبة أو التفرير في ميثاقهما ،
أو إسقاط المشفوع فوه من المشتري ، أو إعاومه فيه ؛ لأن ذلك يعتبر

إقرار الملكية المشتري ، واستقاطاً لحقه في الشفعة ، ومن ذلك أن يكون وكيل المالك في البيع كما بينا .

(ج) إذا لم تستمر ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ، لأنه إذا خرج من ملكة سقط سبب الشفعة فتسقط معه .

(د) موت الشفيع ؛ فإن الشفعة لا تنتقل إلى الموارث عند الحنفية ، وقد بينا ذلك في موضعه ، فارجع إليه .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

الكتاب الثاني

نظرية العقد في الشريعة الإسلامية

١٠١ - ذكرنا أن أسباب الملكية ثلاثة أنواع - أولها - السبب المنشئ للملكية على الأشياء بعد أن لم تسكن ، وهو الاستيلاء على الأشياء المباحة ، وقد بيناه - ثانيها - الخلافة عن المالك ، وهو وضع ذلك الكلام في الوصايا والمواريث - ثالثها - الأسباب الناقلة للملكية من حين إلى حين ، وذلك يكون بالعقود التي تفيد نقل الملكية . وكلامنا الآن فيما يشمل هذا القسم الأخير وهو أحكام العقود . ونكتفي هنا بالأحكام العامة لها ، ولا نخص أحادها بالبيان ، ولنبدأ بتعريف العقد :

يطلق العقد في اللغة على الجمع بين أطراف الشيء وربطها ، وضده الحل ، ويطلق بمعنى إحكام الشيء وتقويته . ومن معنى الربط الحسى بين طرفي الحبل أخذت الكلمة للربط المعنوى للكلام أو بين الكلامين ، ومن معنى الإحكام والتقوية الحسية للشيء أخذت اللفظة وأريد بها العهد ، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق ، والضمان ، وكل ما ينشئ التزاماً .

هذا معنى العقد في اللغة ، والمعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء لكلمة العقد لا يعد عز المعنى اللغوى له ، بل هو في الواقع تقييد للمعنى اللغوى وحصر له ، وتخصيص لما فيه من العموم . والمتبع لكلام الفقهاء المتفهم لما فيها يرى أن للعقد معنيين عندهم ، ويطلق بإطلاقين ، فنرى من عباراتهم ما يفيد أن العقد هو ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعى بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما ، وهذا يتفق كل الاتفاق مع تعريف القانونيين للعقد بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه^(١) . ولذا لا نجد أكثر الفقهاء يطلقون على الطلاق والإبراء والإعتاق وغيرها بما يتم بكلام طرف واحد

(١) نظرية العقد لأستاذنا الدكتور السهورى بك ص ٧٩ ، ٨٠ .

من غير كلام الطرف الثاني = اسم العقد ، ويطلقون على البيع ، والهبة ،
والزواج ، والإجارة وغيرها مما لا يتم إلا بربط كلاهين من طرفين
اسم العقد .

وبجوار هذا نجد من الكتاب في الفقه من يعممون ، فيطلقون كلمة
العقد على كل تصرف شرعى سواء أكان ينعقد بكلام طرف واحد أم لا ينعقد .
إلا بكلام طرفين ، ويقولون إن كل ما عقد الشخص العزم عليه ، فهو عقد ،
وقد بين ذلك أبو بكر الرازى فى أحكام القرآن ، وهو يرى أن العقد فى
أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الإيمان والتصرفات الشرعية ، من كل ما يراد به
التزام شخص الوفاء بشىء يكون فى المستقبل أو الزامه به ، فيسمى فى نظره
البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً ، لأن كل واحد
من العاقدين قد أزم نفسه الوفاء بشىء من جانبه ، وكذلك تسمى الشركة
والمزارعة والمساقاة وغيرها عقوداً ؛ لما فيها من هذا المعنى ، وكذلك العهد
أو الحلف على شىء فى المستقبل يسمى أيضاً عقداً ، لأن الحالف أو المتعهد
قد أزم نفسه الوفاء بما حلف عليه أو بما تعهد به ، بل إن الرازى يعد كل
شرط يشترطه الشخص على نفسه عقداً ؛ لأنه التزم وفاءه فى المستقبل (١) .
وخالصة القول أن العقد فى نظر الرازى كل ما التزم فيه الشخص الوفاء
بأمر فى المستقبل ، سواء أكان ذلك الالتزام بإلزام نفسه أم كان باتفاق مع
شخص آخر ، وعلى هذا الإطلاق كثيرون من الفقهاء ، ولذلك يتكلمون فى
التعليق ، والشروط المقترنة بالعقود على الطلاق والإبراء والإعتاق ، على
أنها عقود ، مع أنها لا تعتبر عقوداً ، إلا على هذا المعنى ؛ لأنها تنشئ التزاماً
بأمر فى المستقبل ، وهو عدم الحل فى الطلاق ، وعدم المطالبة فى الإبراء ،
وسقوط الملكية فى العتاق .

(١) أحكام القرآن الجزء الثانى ص ٢٩٤ سورة المائدة .

١٠٢ - وإذا كان للعقد إطلاقان على ما تبين ، فالعلاقة المنطقية بينه وبين التصرف الشرعي ، أنه على اعتبار أن العقد توافق إرادتين ينشأ عنه التزام ، أو ربط كلامين ينشأ عنه حكم شرعي^(١) يكون التصرف الشرعي أعم من العقد ؛ لأن التصرف يشمل العقد بهذا المعنى ويشمل غيره .

وأما على اعتبار أن العقد كل ما ترتب عليه التزام سواء أتكون من توافق إرادتين ، أم بالتزام إرادة واحدة منفردة ، فيكون العقد مرادفاً للتصرف ، ومساوياً له في الدلالة والمعنى ؛ لأن التصرف الشرعي كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً في المستقبل .

وفي الجملة إن كتب الفقه تذكراً لكلمة العقد ، وتريداً بها أحياناً المعنى العام ، وهو المراد للتصرف ، وتذكرها أحياناً وتريداً بها المعنى الخاص ، وهو ما لا يتم إلا من ربط كلامين يترتب عليه أثر شرعي يقرره الشارع ، وهذا المعنى هو الشائع الكثير المشهور ، حتى يكاد ينفرد هو بالاصطلاح ، ولذا إذا أطلقت كلمة العقد تبادر إلى الذهن ، أما المعنى الثاني ، فلا تدل عليه كلمة العقد ، إلا بتنبه يدل على التعميم .

ولأنه نجاد فقيهاً يطلق كلمة عقد ويريد الطلاق ، أو الإعتاق ، أو اليمين من غير تنبيه ؛ لذلك نعد الاصطلاح الشائع الأغلب إطلاق العقد في المعنى الخاص ، دون العام الذي يراد به ما يرادف التصرف الشرعي .

(١) معنى الحكم الشرعي هنا الأثر الذي يترتب عليه الشارع على توافق الإرادتين .

ركن العقد^(١)

١٠٣ - إذا سرننا على تعريف العقد العام الذى يشمل بمقتضاه كل التصرفات الشرعية ، كان ركن العقد مختلفاً باختلاف نوع التصرف ، فإن كان من التصرفات التى تتم بإرادة واحدة كالعقود والطلاق ، والوقف من حيث انشاؤه (على قول أكثر الأئمة أصحاب المذاهب) ، فالتصرف ينعقد بعبارة من له الإرادة المنشئة للعقد من غير نظر إلى رضا سواه ، ومن غير حاجة إلى ضم عبارة غيره إلى عبارته . أما إن كان من التصرفات التى لا تتم إلا بتوافق ارادتين ، كالبيع والإجارة وغيرهما ، فلا بد لانعقاده من عبارتين تعبران عن كلتا الإرادتين ، وتنبئان عن توافقهما والتقاءهما .

وإذا كنا نسير على مقتضى المشهور الغالب ، وهو أن العقد لا يكون إلا بالمعنى الخاص ، فلا بد لانعقاد العقد من عبارتين تدلان على توافق الارادتين ، وقد اصطلح الفقهاء على تسمية هاتين العبارتين بالإيجاب والقبول .

والإيجاب ما صدر من أحد العاقدين أولاً ، والقبول ما صدر من العاقد الثانى ثانياً ، وسمى القول الأول إيجاباً ، والثانى قبولاً ؛ لأن الإيجاب معناه الإثبات ، ولما كان القول الأول أصلاً لإثبات الالتزام ، والثانى يحمى مبنياً عليه وما فيه من التزام إنما كان للرضا به ؛ لذلك كان الأول هو الإيجاب ؛ إذ هو عمدة الالتزام وعماده ، وكان الثانى قبولاً ؛ لأنه رضا بما فى الأول من التزام وإلزام . وما تضمنه القبول من الالتزام بالنسبة للعاقد الثانى ، إلا لرضاه بما تضمنه قول الأول من إلزام ، فمثلاً إذا قال البائع فى إيجاب عقد بيع بعث

(١) المراد من الركن ما يتكون منه حقيقة العقد ، ولا تثبت ماهيته ثبوتاً حسيماً إلا به .

هذه العين بمائة ، فعنى ذلك أنه يرضى بخروج العين من ملكه في نظير مائة ،
فالإيجابه تضمن التزاماً بخروج العين من ملكيته ، وإلزاماً للمشتري بمائة ،
فإذا صدر القبول من المشتري فعنى ذلك قبول الالتزام ، والرضا بدفع المائة ،
وهو الإلزام الذى تضمنه الإيجاب .

ومن البدهة أنه لا بد أن يتوافق الإيجاب والقبول لأجل أن يتكون العقد
من مجموعهما ، لأنهما ما كانا ركناً للعقد إلا لدلالتهما على توافق الإرادتين ،
وتلاقي الرغبتين ؛ فإذا كان القبول مخالفاً للإيجاب بأن ورد الإيجاب على
موضوع والقبول على غيره ، أو ورد الإيجاب مقيداً بوصف ، والقبول جاء
مقيداً بوصف آخر ، كأن يوجب العاقد عقد زواج بإيجاب فيه مقدار من
المهر ؛ ويصدر عنها القبول بمهر آخر ، ففي هذه الحالة لم يتلاق الإيجاب
والقبول ولم يتوافقا ؛ فلا يوجد العقد ؛ لأن توافق الإيجاب مع القبول
هو حقيقة العقد ، ولم يوجد هذا التوافق .

بيد أنه إذا كانت مخالفة القبول للإيجاب إلى ما هو في مصلحة الموجب ،
فإن العقد ينعقد مع هذه المخالفة ؛ لأنها مخالفة في الظاهر ، وتوافق في الحقيقة
والواقع ، فإذا قالت المخطوبة تزوجتك على مهر قدره مائة ، فقالت الزوج
قبلت على مهر قدره مائة وخمسون ، ففي هذه الحال تكون مخالفة القبول
للإيجاب مخالفة في مصلحة الموجب ، وهو الزوجة ، فينعقد النكاح مع هذه
المخالفة ، وذلك لأن من ترضى الزواج بمائة مهرأ ترضى بالأولى بمائة وخمسين ،
وليس التوافق بين الإيجاب والقبول بلازم لتكوين العقد إلا للدلالة على
تلاقي الرغبتين ، وتوافق الرضا بالعقد من الجانبين ، ولا شك أن هذا النوع
من المخالفة يدل على الرضا من الجانبين دلالة أبلغ من التوافق في المعنى والحقيقة ،
إذ القابل برضاه بمهر أكبر مما أوجبت قد دل على رضاه بعقد الزواج بأبلغ
وأمكن مما لو ذكر توافق الإيجاب مع القبول ، وإسكان لا يجب عليه من

المهر إلا مائة، والخمسون لا تثبت إلا إذا صدر عنها ما يدل على رضاها بهذه الزيادة ، وقبولها لها ؛ لأن شيئاً لا يدخل في ملك الشخص جبراً عنه .

١٠٤ - ولقد اشترط الفقهاء ؛ اسكى يكون القبول متلاقياً مع الإيجاب مبدئياً عليه ثلاثة شروط : أولها أن يكونا في مجلس واحد ، وثانيها ألا يصدر من العاقد الثاني ما يدل على إعراضه بأن يفصل بينهما بكلام أجنبي لا صلة تربطه بموضوع العقد ، وثالثها ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل .

ولما اشترط الشرطان الثاني والثالث ؛ لأن الفصل بكلام أجنبي إعراض عن الإيجاب ورفض له ، فيعتبر كأن لم يكن ، فإذا جاء قبول بعد ذلك ، فقد جاء على غير إيجاب ، وقام على غير عماد . وإذا رجع الموجب في إيجابه قبل قبول العاقد ، فقد سحب الإيجاب ، وصار كأن لم يكن ، فيعتبر القبول بعد ذلك وارداً أيضاً على غير الإيجاب يبنى عليه . وللموجب أن يرجع عن إيجابه مادام لم يقيد بالقبول ؛ لأن الالتزام لا يتحقق إلا إذا وجد العقد، ولا يوجد العقد إلا إذا تم توافق الإيجاب مع القبول ، فما لم يوجد قبول لا يوجد عقد ، فلا يكون التزام ، ولذا يكون للموجب أن يرجع في إيجابه قبل القبول ، إذ لم يوجد بعد التزام يمنعه من الرجوع .

أما اشتراط المجلس الواحد للإيجاب والقبول ، فلأن الإيجاب لا يكون جزءاً من العقد إلا إذا التحق به قبول ، وكان مقتضى هذا أن يتم القبول فور الإيجاب ؛ لئلا يكونا متلاقين من غير تراخ بينهما ؛ إذ كل تراخ من شأنه أن يلغى الإيجاب ، ولذا قال الشافعي إن القبول يجب أن يكون فور الإيجاب . ولكن الحنفية لاحظوا أنه إن اشترطت فورية القبول للإيجاب كان في ذلك تضيق على القابل ، أو تفويت للصفقة من غير فصلة راجحة ، لأن القابل قد يكون مفاجئاً بهذا الإيجاب ، فيما أن يرض فوراً ، فتفوت الصفقة ،

وإما أن يقبل فوراً ، وربما كان في العقد ضرر له ؛ لذلك كان من المستحسن أن يكون عنده وقت للتروية والتفكير ، والموازنة بين ما يخرم في سبيل العقد وما ينغم منه ، فيوازن بين ما يناله من فائدة فيه ، وما يشبعه العقد من رغبة له ، وبين ما يذر وما يتركه في سبيله ؛ لذلك استحسن أكثر الفقهاء أن يمتد الوقت لدى القابل إلى آخر المجلس ، ليسكون لديه فسخة من الوقت ليستطيع أن يوازن ويقايس ، ويردد الأمر على كل وجوهه ، وإن قبل بعد ذلك صار العقد في عنقه لا يستطيع عنه تحولا ولا فككا ، ولا يصح أن يمتد وقت تخيير القابل إلى ما بعد المجلس ؛ لأن من مصلحة الموجب أن يعرف قبل أن ينفذ المجلس مآل إيجابه إلى قبول ، فيتميد بالعقد ويرتبط به ، أم إلى رفض ، فيكون على بيته من أمره ، فإن مددنا حق القابل إلى ما بعد المجلس كان في ذلك ضرر بين بالموجب ، فكان من مصلحة الطرفين أن يكون المجلس الواحد هو الذي يحد زمان تكوين العقد ، فإذا تفرق المجلس اعتبر الإيجاب كأن لم يكن^١ ، ولتكوين العقد من جديد لا بد من إيجاب جديد .

خيار المجلس

١٠٥ - خيار المجلس معناه أن يكون لكل واحد من العاقدين الفسخ ما دام العاقدان لم يتفرقا بالأبدان ، فحق الفسخ ثابت لكلا العاقدين مادام المجلس قائماً لم ينفذ فإذا تفرقت المجالس وتباعدت الأبدان سقط حق الفسخ بهذا السبب ، وذلك الحق موضع خلاف بين الأئمة في ثبوته ، فالشافعي وأحمد بن حنبل قد أثبتا خيار المجلس ، وجعلاه لكل واحد من

(١) اشتراط اتحاد المجلس في التصرفات التي لا تتم إلا بإيجاب وقبول عام في كل هذه التصرفات ، ولكن استثنى منها الرصبة بأنه لا تشترط لانعقادها القبول في المجلس ، بل اشترط عدم الرد بعد الموت ، ولا عبءة بالقبول أو الرد في حالة الحياة .

العاقدين الحق في الفسخ مادام المجلس قائماً ، فإذا تفرق المجلس لم يثبت ، غير أنهما لم يثبتا ذلك الخيار في كل العقود ، بل في بعضها فقط ، وذلك أن العقود تنقسم إلى ثلاثة أقسام : القسم الأول عقود غير لازمة من الجانبين كالعارية ، والوديعة ، والوكالة ؛ أو لازمة من جانب غير لازمة من جانب آخر ، كالرهن والكفالة ، وهذه لا يدخلها خيار المجلس ، لأن فسخها جائز من كل الوجوه . أو في الجملة من غير حاجة إلى خيار مجلس أو غيره .

والقسم الثاني عقود لازمة غير قابلة للفسخ من الجانبين أو من جانب واحد كالنكاح والخلع ، وهذه أيضاً لا يدخلها خيار المجلس ، لأن آثارها لا تنفصل عن أسبابها ، فبمجرد تمام العقد تنزب آثاره ، ولا يمكن تأخيرها ، إذ بمجرد تمام عقد النكاح تنزب كل آثاره ، ولا يوجد من الأسباب ما يجعل آثار العقد وأحكامه متأخرة عن سببه ، وهذه العقود لا تتم عادة إلا بعد إعمال الفكر والروية ، فلا حاجة إلى خيار المجلس ، ولأن عقد النكاح وما يشبهه موضوعه المرأة وهي أدمى حر ، فإذا تم العقد بشأنها ، كان من هوانها وابتذالها أن يجاز فسخه فور عقده ، لهذا كله كان خيار المجلس غير ثابت أيضاً في هذا النوع من العقود باتفاق الفقهاء .

والقسم الثالث العقود اللازمة القابلة للفسخ ، وهذا القسم يشمل كل عقود المعاوضات اللازمة كالبيع بكل أنواعه ، والإيجارات ، وصلاح المعاوضة ، فهذه كلها يثبت فيها خيار المجلس^(١) ، عند الشافعي ، وأحمد بن حنبل ، وذلك للروية في شأنها ، وليكون الرضا بها كاملاً ، ولذا يعتبر خيار المجلس لتمام

(١) قد أخذنا هذا التفسير من أحكام القرآن للجصاص الجزء الثاني عند تفسير قوله تعالى « يأبى الذين آمنوا أن يأكلوا أموالكم يبتغى بها باطلاً إلا أن تكون تجارة » ومن أحكام القرآن للقرطبي في الجزء الخامس في تفسير الآية السابقة ، ومن تفسير الفخر الرازي لهذه الآية الجزء الثالث ، ومن المجموع على المذهب الجزء التاسع .

الرضا ، وتقريره وتثبيته ، والشافعى منطقى فى مذهبه ، لأنه وقد اشترط أن يكون القبول فور الإيجاب ، ولا يصح أن يكون بينهما تراخ زمنى جعل زمن التروية للعاقدين ، الموجب وانقابل معاً ممتداً إلى آخر المجلس فجعل لكل واحد منهما الحق فى فسخ العقد اللازم القابل للفسخ ، إلى أن تتفرق المجلس .

أما أبو حنيفة وأصحابه ومالك رضى الله عنهم فقد منعوا خيار المجلس فى كل العقود سواء أكانت لازمة ، أم غير لازمة .

١٠٦ - وقد استدل الشافعى وابن حنبل فى اثباتهما خيار المجلس بما

يأتى :

(١) ماورد من الآثار الصحيحة التى وافق على صحة سندها ، وصدق روايتها المثبتون لخيار المجلس والنافون ، فقد ورد أن النبى ﷺ قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، وروى أن ابن عمر كان إذا بايع أحداً ، وأحب أن ينفذ البيع ويلزم مشى قايلاً ثم رجع ، وذلك ليتم التفرق الذى جعل حداً لخيار المجلس ينتهى عنده ، ولا يمكن أن يفسر الحديث إلا بأن العقد بعد تمامه يستمر غير لازم مادام العاقدان فى مجلس العقد لم يزاياه ، فإذا زايله أحدهما فقد تفرقت المجالس فلا خيار ، ولا يصح أن تفسر كلمة (البيعان) إلا بالعاقدين اللذين تم بينهما الإيجاب والقبول ؛ لأن الكلمة لا تشمل سوى ذلك ، ولا تدل على غيره ، فلا تفسر بالمتساومين قبل أن يرتبط كلاهما بكلامه لهذا ولأن راوى الحديث ، وهو ابن عمر قد فهم أن المراد خيار المجلس ، وفهم عدم لزوم العقد قبل التفرق ، ولذا كان إذا بايع ، وأراد أن يكون البيع نافذاً لازماً سار خطوات ، وراوى الحديث إذا كان من أهل الاجتهاد والفقهاء يكون تفسيره له حجة مانعة من الاحتمال ، وقاطعة لاترديده ، فلا يفسر الحديث بما سواه ، ولأننا إن فسرنا كلمة « البيعان » بأن المراد منها (المتساومان) ما كان الحديث بمعنى جديد ، لأن المعروف بالبدهاهة والفقهاء والرأى ، أن

من يساوم في شراء شيء أو بيعه هو بالخيار لا يوجد بعد ما يلزمه ، ويمنع تخييره ،
وتفسير الحديث بما لا ثمرة له وهو بعيد الاحتمال والارادة - غير مقبول ،
لأن صاحب هذا الكلام منزه عن لغو القول ، وستنطه الذي لا مرمى له .

وإذا كانت الآثار واردة بثبوت خيار المجلس في البيع ، فهي تثبته في كل
عقد فيه معنى البيع ، والعقود التي في معنى البيع ، وتتفق مع البيع في العلة
التي شرع من أجلها خيار المجلس - وهي التروى - هي عقود المعاوضات
والعقود اللازمة التي تقبل الفسخ ، وتفصل أحكامها عن أسبابها .

(ب) إن عقود المعاوضات قوامها التراضي ، والرضا أساسه الاختيار
الصحيح ، والموازنة بين منافع العقد ومغارمه ، وهي عقود إذا أبرمت
واستقرت ، لزم ، لذلك كان لا بد أن يكون لدى العائد فسحة من الوقت
للتفكير والتروية والتدبر ، فكانت هذه الفسحة هي مجلس العقد ، ففيه
تمسكين للماقد من أن يتروى ، ويتفكر ويتدبر ، قبل الإيجاب والقبول
وبعدهما ، ليكون على بينة من أمره ؛ هذا والعرف قديماً وحديثاً ، على أن
مجلس العقد في عقود المعاوضات يعتبر مجلس مساومة وأخذ ورد ، ولا يعتبر
العقد قد استقر وثبت وتأكد ، إلا إذا تفرق العاقدان مصرين على ما عقدا ،
فليست العقود كلمات تلتق ، فاسجل على قائلها ، ويقنعن بها ، ولكنها إرادات
ثابتة جازمة متوافقة ، فكل ما يدل على الإصرار مطاوب ، وكل ما يدل على
التردد يجب أن يزال ، وقد جعلت الآثار وعرف الناس تفرق المجالس
دليلاً على عزم عقدة التصرفات المالية (١) ، وعلى انتهاء التردد المانع للزوم ،
فسكان العاقدان بالخيار ما لم يتفرقا .

(١) راجع في هذه الأمانة المجموع على المذهب الجزء التاسع ، وأحكام القرآن للقرطبي
الجزء الخامس ، والمغني والشرح الكبير ، الجزء الرابع .

١٠٧ — وقد استدلل للملك وأبي حنيفة وأصحابه بما يأتي :

(١) ورود الآثار الكثيرة بوجوب الوفاء بالعقود ، ولا شك أن وجود العقد يتحقق بوجود العبارات المسكونة له ، المثبتة لمأهيته ، وهي العبارات الدالة على الإيجاب والقبول ، وقد جاءت بوجوب الوفاء بالعقود النصوص المحكمة القاطعة في ثبوتها وفي دلالتها ، مثل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ، فيتحقق العقد يجب الوفاء ، وليس وجوب الوفاء إلا بثبوت الالتزام الذي أوجبه العقد ، وشرعية خيار المجلس ، وعدم ثبوت الالتزام إلا بتفريق المجلس يفيد بمقتضاه عدم لزوم الوفاء بمجرد العقد ، وفي ذلك منافضة لنص القرآن الذي أوجب الوفاء لمجرد العقد ، ولا شك أن الحديث غير المتواتر مهما يكن صحيحاً في سنده ، واخفاً في معناه ، لا يصل إلى مرتبة منافضة القرآن الكريم ؛ فيجب الأخذ بالقرآن ، ورد الحديث أو تأويله بما يتفق مع ما يدل عليه القرآن الكريم .

(ب) أن أساس عقود المعاوضات المالية الرضا ، فالرضا هو مناط الأحكام التي تثبتها هذه العقود ؛ ولذلك يقول الله تعالى في شأن عقود المعاوضات : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

ولا شك أن التجارة تشمل كل عقود المعاوضات ، فشكل عقود المعاوضات أساس ثبوت آثارها ، وما رتبته الشارع لها من أحكام التراضي بين العاقدين ؛ وإذا كان التراضي بين العاقدين هو أساس الالتزام ، فيتحقق رضا طرفي العقد يثبت الالتزام من غير حاجة إلى الانتظار إلى آخر المجلس ، وإن شرعية خيار المجلس ، وتأخير ثبوت الالتزام إلى نهاية المجلس اهمال لمعنى الرضا الذي دل عليه وجود الإيجاب والقبول من عاقلين مختارين حري الإرادة ، وقد ثبت

وتحقق واستقر ، وكان له كل آثاره ، وكان الحكم ببقاء الخيار إلى آخر المجلس ، وعدم ثبوت أحكام العقد إلا بعد الافتراق دليل على أن هذا الرضا لا يكفي لإنشاء العقد ، بل لابد معه من الافتراق ، أو كُن دلالة على الالتزام مشروطة بالتفرق .

وقد يكون ذلك الكلام مستقيماً ، أو لا أنه كان من الذين يرون خيار المجلس ما يناقضه ، وذلك لأنهم قالوا إن أحد العاقدين لو قال للآخر بعد تمام الإيجاب والقبول اختر الآن ، فاختار في الوقت نفسه يبطل خيار المجلس ، وتثبت كل أحكام العقد من غير حاجة إلى التريث ، حتى نهاية المجلس ، فدل هذا على أن الرضا الأول كان كافياً وحده لإثبات الالتزام ، فتأخيره عنه فصل بين متلازمين وهي الرضا والالتزام الناشئ عنه ، وذلك لا يجوز .

وأيضاً فإن تفرق المجلس لم يعهد سبباً من أسباب الالتزام ، بل عهد فكا لعقده الكلام ، وإبطلاً للالتزام ، كالتفرق قبل القبول ، وإذا كان كذلك فلا يمكن أن تعد التفرقة سبب الالتزام ، بل السبب هو الرضا الأول .

(ج) وقد استدلت الحنفية والمالكية لإبطال خيار المجلس أيضاً بقياس عقود المعاوضات على عقود الأنكحة ونحوها ، وهي العقود التي انفق الجميع على عدم إثبات خيار المجلس فيها ، وقالوا : إنه لا فرق بين النكاح والمعاوضات في كون كل منهما يتعقد بالإيجاب والقبول ، وفي أن الرضا الذي دلت عليه عبارتا الإيجاب والقبول ، هو مناط الالتزام في كلا النوعين من العقود ، فلا يصح التفرقة بينهما بجعل الرضا في أحدهما لا يوجب الالتزام إلا بتفرق المجلس ، وعدم اشتراط ذلك في الثاني ، وإن هذا التفرق من غير مقتض بقتضيه ، ولا داع يدعو إليه .

ولا يقال : إن النكاح يفكر فيه قبله ، والمعاوضات لا يجرى فيها التفسير من قبل ؛ لأن المعاوضات ذات الشأن الخطار يتروى فيها قبل العقد ، وما لا يتروى فيه قبل العقد لا يكون ذا شأن وخطر ، والمعقول أن يكتفى في دلالة الرضا به على مجرد الإيجاب والقبول^(١) .

هذه أدلة طرفي النزاع في إثبات خيار المجلس ، وعدم إثباته ، ومن سياقها يتبين أن لكل وجهة هو موليا ، ولا شك أن الاحتياط والعرف يجعلان الالتزام لا يتم إلا بتفرق المجالس ، وذلك أحرى بالقبول في نظرنا .

(١) راجع في هذه الأدلة فتوح القدير في أول البيوع ، وأحكام القرآن للجصاص في تفسير قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل لأن تكون تجارة عن تراض منكم » .

الأرادة المنفردة ، وإنشائها للالتزام

١٠٨ - كما تقدم يتبين أن العقد بمعناه العام قد ينعقد من غير أن يحتاج إلى ركبتين إيجاب وقبول ، وقد يحتاج لانتهاده إلى توافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول . أما بالمعنى الخاص فإنه لا ينعقد إلا بتوافق إرادتين ؛ وعلى ذلك نستطيع أن نقول أن العقد على التعريف الخاص لا يتكون بإرادة منفردة ، بل لابد فيه من إرادتين ، أما بالمعنى العام فقد يتكون بإرادة منفردة .

ومهما يكن من أمر الاختلاف في معنى العقد بين العموم والخصوص ، فمن المقرر بلا خلاف أن التصرفات الشرعية التي ينشأ عنها التزام للشخص قد تنشأ بإرادة منفردة ، وقد تنشأ بتوافق إرادتين ، وعندئذ نجد الشريعة الإسلامية تتلاقى مع النظرية القانونية التي تقر جواز إنشاء الالتزام بإرادة منفردة ، ولا تنفق مع النظرية التي تقتصر سبب الالتزام على ما يكون بتوافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول .

١٠٩ - ومن أجل أن يستبين مقدار العلاقة الرابطة بين الشريعة وإحدى النظريتين ، وتباينها عن الأخرى يجب أن نقبس قبسة مما كتبه القانونيون ، لنجلى النظريتين مع الإيجاز الشديد ، وللإطناح أهله ومواضعه من الكتب القانونية :

يختلف الفقه الألماني عن الفقه الفرنسي في كون الإرادة المنفردة منشئة للالتزام ، فالفقه الألماني يجعلها سبباً للالتزام ، والفقه الفرنسي يقتصر السببية الإرادية على العقد ؛ ثم لا يقتصر الأول على جعل الإرادة المنفردة من أسباب الالتزام ، بل يقرر هذا ، ويزيد أنها مناط الالتزام في العقد الذي يتكون بتوافق إرادتين ، فيقول أن إحدى الإرادتين هي التي تنفرد بإنشاء الالتزام ؛

إرادة المدين هي التي أنشأت الالتزام وإرادة الدائن ما اشتركت في الإنشاء ،
ولسكنها انضمت إلى الإرادة الأولى ليثبت الحق للدائن ، فكمأن العقد الذي
يتم بإرادتين يتم فيه عملان :

أحدهما : إنشاء الالتزام ، وقد استبدت به إرادة المدين منفردة .

والثاني : إثبات الحق للدائن ، وذلك يتم بإرادة الدائن ؛ لأن من المقرر
أن حقاً لا يثبت لشخص جبراً عنه .

ويستدلون لإثبات كون الإرادة المنفردة سبباً للالتزام (١) بأن الإيجاب
والقبول لا يكونان في وقت واحد ، بل يكونان في زمانين ، فلا بد لكي نسلم
أن الإرادتين أنشأتا الالتزام متصاحبتين أن نفرض أن الموجب أصر على
إيجابه إلى أن لحقه قبول القابل ، مع أنه لم يقم دليل على إصرار الموجب حتى
وقت القبول ، والحكم بإصراره فرض وتقدير^(١) ، وليس بحزم
ويقين .

ولا يصح أن يحكم بالوجود مع عدم اليقين ، وإذا لم يقم دليل على بقاء
الموجب مصراً على إيجابه حتى تم القبول ، فلم يبق إلا أن نقول إن الإيجاب
وحده هو السبب المنشئ للالتزام ولو لم يصر عليه صاحبه ؛ لأن الالتزام
وجد بلا ريب ، ولم يصلح توافق الإرادتين سبباً له لاحتمال عدم الإصرار
على الإيجاب قبل اتصال القبول به ، فلم يبق إلا أن يكون الإيجاب وحده سبباً ،
وإلا كان الالتزام موجوداً من غير أن يكون سبب منشئ له ، وذلك لا تسلمه
البداهة ولا القانون .

(١) أو هو على حد تعبير علماء الأصول استصحاب الحال ، وذلك ليس حجة على
البقاء عند أكثر الأصوليين .

(٢) ويستدلون أيضاً بأن الإرادة تلزم صاحبها إذا التزمت من غير حاجة إلى انضمام إرادة أخرى إليها؛ لأن الحرية لها تبعات، ومن تبعاتها الالتزام المبني عليها، وإذا كانت الإرادة الإنسانية قد تحررت في أبواب الالتزام من كل القيود الشكلية، فلا بد من أن نسير في تلك الحرية إلى آخر مداها بأن نجعل لها إنشاء الالتزام منفردة، وليس التمسك بضرورة توافق الإرادتين إلا أثاراً من آثار الشكلية لا يصح التمسك بأهدافها؛ لأنها تحد من سلطان الإرادة.

(٣) وفوق ذلك يجب أن نقرر أن التشدد في جعل الالتزام مقصوراً على توافق الإرادتين يمنع صحة ضروب من المعاملات يجب أن يفتح الباب لها، وأن يسعها القانون كمن يجعل على نفسه جمالة خاصة، ليكفي من يقوم بعمل من غير تعيين لشخصه.

ويحتج الفقهاء الفرنسيون في رد هذه النظرية قاصرين الالتزام الإرادي على ما كان بتوافق إرادتين (١) بأن الالتزام علاقة ونسبة بين شخصين تقتضي طرفين يشتركان في إنشائه ملتزماً ومانزماً له، مديناً ودائناً، فلا يتحقق إلا بعنصرين وطرفين، وما دام قوامه الإرادة؛ فلا بد من تحقق الإرادتين، وتوافقهما على إنشائه (٢) وأيضاً إن سلمنا أن إرادة واحدة تنشئه مع أن ذلك لا يتفق مع طبيعته، فإن هذا التسليم سيؤدي حتماً إلى أن الإرادة الواحدة تحله؛ لأن ما يجعل علة للوجود يكون علة للعدم أيضاً، فإذا كانت الإرادة المنفردة سبباً مستبداً بالإشياء، فالعدول عنها يجب أن يكون سبباً لحل الالتزام مع أن أحداً لم يقل ذلك.

وما يدعيه أنصار الإرادة المنفردة من احتمال رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول القابل، ثم اعتبار الإرادتين غير متوافقتين بيقين — ادعاء لا يقوم على أساس صحيح؛ لأن العدول احتمال غير ناشئ عن دليل فلا عبرة به في الاستدلال، بل إن كل الإشارات والدلائل تناقض ذلك الاحتمال؛ لأن من

يكونان بضد انشاء عقد يتساومان ويتفاوضان ، حتى تتلاقى ارادتهما ثم تصدر عنهما العبارات المنشئة للعقد قولاً وكتابة ؛ فالارادتان متلاقيتان بلا ريب ولا جدال^(١) .

ومهما يكن من أمر هذا الاختلاف بين الفقهاء الألمانى والفرنسى ، فقد أخذ أكثر القوانين الحديثة بمبدأ الارادة المنفردة على أنه مبدأ استثنائى لا قاعدة أصلية ، ولقد أخذت به كثرة القوانين الحديثة فى أمور منها مبدأ تقييد الموجب بإيجابه بحيث لا يسوغ له الرجوع فيه مدة معينة لا يكون بعدها قبول غالباً ، ومنها الوعد بجائزة على عمل يقوم به شخص غير معين كمن يعد بمكافأة لمن يعثر له على شىء ضاع منه ، فإنه يكون مأخوذ بوعده وإن لم يعين الدائن ، ومنها المؤسسات التى تكون لمصلحة جهة اجتماعية عامة ، أو لطائفة معينة ، فإن المنشئ لها يلتزم بوجوده ، وإن لم يكن هناك دائن معين تتفق ارادته مع ارادة الملتزم^(٢) .

هذه خلاصة نظرية الارادة المنفردة وانشائها للالتزام ، كما جاء بها الفقه الحديث ما بين آخذ بها ، ورفض لها .

١١٠ - والآن ننتقل إلى الشريعة لنتعرف أتعرفها أم تنفيها ؟ أتذهب مذهب المغالين فى الأخذ بها ، أم تذهب مذهب المتشددين فى رفضها ؟ الحق أن الشريعة بشكل عام تعتبر الارادة المنفردة منشئة للالتزام فى كثير من الأحوال ولكنها لا تعتبر العقد الذى ينشأ بالإيجاب والقبول ، ولا يتم إلا بهما قد استبدت بإنشائه ارادة للموجب أو ارادة المدين ، وأن ارادة القابل أو الدائن لم تكن إلا ليثبت له الحق باختياره ، بل إن الشريعة بالنصوص الواردة فى مصادرها ، وبالعبارة الجارية على أقلام فقهاءها فى كتبهم وفتاويهم وأفضيتهم

(١) ومصدرنا فى هذه الأدلة مطول الأستاذ الكبير الدكتور السهورى بك فى نظرية العقد ، فليرجع إليه فى تميم بحثها ص ١٨٤ وما يليها .
(٢) راجع كتاب نظرية العقد للدكتور السهورى بك .

تنبيه كما أنها بأن العقد الذي لا يتم إلا بالإيجاب والقبول ، لا يستند بإيجاد مقتضاه الإيجاب فقط ، لأن العقد الذي يكون كذلك لا يكون إلا رابط الإيجاب بالقبول ، فما لم يوجد ذلك الربط بينهما لا يوجد العقد ولا يوجد التزامه .

ويبنى على ذلك ما يقرره الفقهاء قاطبة من أن الإيجاب غير ملزم للموجب ما لم يكن قبول ؛ ولذلك يكون للموجب أن يرجع في إيجابه متى شاء ما لم يكن قبول ، فليس ثمة في الشريعة إيجاب ملزم يمتنع على الموجب أن يرجع فيه ، ويعدل عنه ، بل الملزم هو القبول مع الإيجاب ، بل لقد علمت أن بعض الفقهاء احتاط لجعل الإرادة من الطرفين جائزة قاطبة خالية من كل غرر ، حرة بعيدة عن كل انخداع قريب الوقوع ، فجعل لسكلا المتعاقدين الحق في العدول عن كلامه مادام مجلس العقد قائماً ، ولم يتفرقا ، لذلك نقرر أن الحالة التي يسميها الفقه الحديث الإيجاب الملزم حالة لا تقرها الشريعة^(١) ، بل يؤخذ من عبارات فقهاء وقواعدهم ما ينفيها ويناقضها كل المناقضة ، ولا ندرى بأى حق تقرر القوانين الحديثة أن يقيد أحد الطرفين ، حيث الثاني طابق لم يقيد شيء ؟ إن مبدأ المساواة بين العاقدين الذي تتمسك به الشريعة كل التمسك ينافي ذلك كل المناقضة .

والشريعة تعتبر الإرادة ملزمة للالتزام في كل تصرف ينشأ عنه التزام ، ويتم من غير إيجاب وقبول متوافقين ، والتصرفات التي من هذا القبيل كثيرة فمنها :

(١) الرذف : وهو يقابل المؤسسات في القوانين الحديثة . وقد اتفق

(١) لا تعرف في الشريعة إيجاباً ملزماً للموجب إلا تملك الرجل لزوجته أمر نفسها ، فقد قالوا أنه إذا ما سكبها أمر ففعلها كان لا بد أن تقبل في المجلس ، وإلا لم ينقد التملك ، ولكن ليس للزوج أن يرجع في إيجابه ، لأن ذلك بالنسبة له ملاق معاق على قبولها أي إسقاط تملك ، والإسقاط المعاق ليس للشخص أن يرجع فيه .

الفقهاء على أن الوقف إذا كانت أولى طبقاته جهة لا ينحصر آحادها ، فهو
ينعقد ، ويتم الالتزام الذي ينشأ بمقتضاه بمجرد صدور الصيغة الدالة على
إنشائه ، ونرى من هذا أن الإرادة المنفردة هي التي أنشأته ، وأوجب كل
ما طواه مقتضاه من التزام تنفيذاً لما شرعه الله من مقتضيات للوقف ،
وآثار لهذا التصرف . أما إذا كانت أولى طبقاته أشخاصاً معينين ، كأن يقول
الواقف مثلاً وقفت على فلان وفلان أو على أولاد فلان ؛ فالكثرة الغالبة
من الفقهاء على أن الوقف ينعقد لازماً بمجرد صدوره ، ولكن لا يثبت الحق
للمستحق المعين إلا بقبوله ، وقد قالوا إنه يكفي من القبول بعدم الرد ،
فلا يشترط القبول الإيجابي بأن يقول قبلت ، بل يكفي بالقبول السلبي الضمني
وهو ألا يرد . وذلك لكيلا يثبت حق لشخص من غير إرادته ، ولكيلا
يدخل في ملك الشخص شيء جبراً عنه ، فإن من المقرر في الشريعة الإسلامية
أنه لا يدخل شيء في ملك شخص جبراً عنه بأي سبب سوى الميراث على
ما نوهنا في أسباب الملك العامة ؛ فيكون الوقف على معين ومن بعده على
جهة بر لا تنقطع قد تضمن أمرين : (أحدهما) الالتزامات العامة التي
من مقتضاها تقييد الواقف بمنعه من التصرف في العين والغلات على غير الجهات
المنصوص عليها في كتاب ، وقفه وبغير الأحوال التي نص عليها الشارع ،
وأجازها في التصرفات في الأحباس منافعها وأعيانها . و (ثانيهما) ثبوت
الحق في الغلات للمستحق المعين ، فأما الأول فيثبت بالإرادة المنفردة ، وأما
الثاني فلا بد له من قبول من الشخص المعين ، وقد صرح كتب الفقه الحنفي
بأنه يكفي بعدم الرد في القبول (١) . وقد جاء في الإسعاف مانصه : « قبول
الموقوف عليه الوقف ليس بشرط إن وقع لأقوام غير معينين كالفقراء
والمساكين ، وإن وقع لشخص بعينه ، وجعل آخره للفقراء يشترط قبوله ،

(١) راجع في هذا بحث مشكلة الأوقاف المؤلف الذي نشر بمجلة القانون والامتياز
السنة الخامسة العدد السابع ص ٧١٢ وما يليها .

فإن قبله كانت الغلة له ، وإن رده تكون للفقراء ، ويصير كأنه مات ، اهـ .
وإذا قبل المستحق الاستحقاق ، فليس له أن يرد بعد ذلك ؛ لأن في ذلك
نقضاً لما تم من جهته ، ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ،
وإن رد فليس له أن يقبل لما ذكرنا ، ولأن الرد جعل لغيره من يليه ، أو
لجهة البر حقاً ليس له أن ينقضه إذ رده تصرف قد ترتب عليه حق لازم
لغيره ، فلا يصح أن يعتدى عليه بالرجوع فيه .

ومن كل هذا يتبين بجلاء أن التزامات الوقف من حيث وجودها وتقييمها
الواقف بها تنشأ بإرادة منفردة ، ولكن حق المستحق المعين في الغلات
لا يثبت إلا بقبوله ، وقد صرحت كتب الحنفية بأن القبول يسكتفي فيه
بعدم الرد .

(ب) الإبراء : فهو يتم من الدائن بغير حاجة إلى قبول المدين ، وقد ذكر
الفقهاء من الفروق بينه وبين هبة الدين لمن عليه الدين أن هبة الدين تحتاج
إلى قبول ، أما الإبراء من الدين فلا يحتاج إلى قبول ، ولكن مع أن الإبراء
من الدين لا يحتاج إلى قبول فهو يرتد بالرد (١) . بمعنى أنه يسكتفي في رضا
المدين ألا يرد ، وإنما اشترط عدم الرد ؛ لأن من ذوى المروءات من لا يقبلون
من الدائنين إبراءهم . ومما يعتبر من الإبراء حط الزوجة المهر عن الزوج ،
ونقص جزء منه ، فإنه يعتبر إبراء يرد بالرد ، ولا يحتاج إلى القبول ؛ إذ يسكتفي
في الرضا فيه بعدم الرد .

هذا مذهب أبي حنيفة بالنسبة للإبراء . أما مذهب مالك ، ففيه خلاف
فن الفقهاء فيه من قال إن الإبراء لا يتم إلا بالقبول ، ومنهم من قال إنه يتم

(١) راجع كتاب الأشباه والنظائر الجزء الثاني من ٤٢ ، ١٤٨ .
وقاعدة انعقاد الإبراء من غير حاجة إلى القبول الصريح قد استثنى منها مسائل منها
الإبراء من السلم فيه ؛ فإنه لا بد فيه من القبول .

من غير قبول ؛ وذلك لأن بعضهم اعتبره إسقاطاً ، فقال إنه لا يحتاج إلى قبول ، ومنهم من قال إنه تملك الدين للمدين ، فقال إنه يحتاج في انعقاده إلى قبول المدين . وقد ذكر صاحب الفروق الرأيين فقال : « الإبراء من الدين أيفتقر إلى القبول ، فلا يبرأ المدين من الدين حتى يقبل ؟ أم يبرأ إذا أبرأه الدائن وإن لم يقبل ؟ خلاف بين العلماء ، فظاهر المذهب اشتراط القبول ، ومنشأ الخلاف هل الإبراء إسقاط؟ والإسقاط لا يحتاج إلى القبول كالإطلاق والعتاق ؛ فانهما لا يفتقران إلى قبول المرأة ، والعبد ؛ ولذلك ينفذ الإطلاق والعتق وإن كرهت المرأة والعبد ، أم هو تملك لما في ذمة المدين ، فيفتقر إلى القبول ، كما لو ملكه عيناً بالهبة ، أو غيرها ، فلا بد من رضاه وقبوله ، وكذلك ههنا ، ويتأكد ذلك بأن المنة قد تعظم في الإبراء ، وذوو المروءات والأئمة يضر ذلك بهم ، ولا سيما من السفلة ، فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك أو رده نقيضاً للضرر الحاصل من المن من غير أهلها . أو من غير حاجة إليها . »

وترى من هذا أن الفرق هين بين مذهب أبي حنيفة ، والمرجح من مذهب مالك . فإن المذهبين اتفقا في أن المدين له الحق في دفع ضرر المن والأذى عن نفسه ، ولكن أبا حنيفة أعطاه حق رد الإبراء فيبطل ؛ وإن كان لا يحتاج في أصل انعقاده إلى القبول ، والمرجح من مذهب مالك رضى الله عنه جعل الإبراء لا ينعقد إلا بالقبول ترجيحاً لجانب التملك فيه ، ولدفع أذى المن وظهور الاحتياج (١) .

(ج) الكفارة : تنعقد بإرادة واحدة عند الإمام مالك رضى الله عنه ، ولذا تصح ولو كان المكفول له غير معين أو غائباً ، وتنعقد ، ويجب الوفاء

(١) يلاحظ أنه في القانون المدني لا يتم الإبراء ، لا بانفاق بين الدائن والمدين ، راجع سي ١٧٤ من نظرية المقعد للدكتور السنهوري بك .

على الكفيل ، ولو كان القبول لازماً ما انعقدت إلا في حضرة المكفول له ،
وللزم أن يكون معيناً معروفاً ، ولكن لا يلزم شيء من ذلك فدل هذا على
أب القبول من المكفول له ليس بلازم لانعقاد الكفالة ، كما أن الإذن من
المدين المكفول عنه ليس بلازم (١) أيضاً ، فالكفالة إذن عند مالك تنعقد
بارادة واحدة ، وهي إرادة الكفيل . وهذا هو أحد قول الشافعي رضي الله
عنه ، وهو قول أبي يوسف من أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنهم وعنه .
أما قول أبي حنيفة ومحمد فالقبول لازم لانعقاد الكفالة ، ولكن أبا يوسف
يرى أنه وإن كان القبول ليس بلازم لانعقاد العقد ، ترتد الكفالة برد
المكفول له ، أما مالك فيستفاد من كتبه أن رد المكفول له لا يبطل
الكفالة ؛ ولذا لو ذهب الكفيل وأدى الدين لزمه قبوله ، وليس له أن يرد
الدين بحال من الأحوال (٢) .

وقد استدل المشترون للقبول بأنه عقد كسائر العقود ، فلا يتم إلا
بإيجاب وقبول ، ولأنه فيه معنى التملك للمكفول له ؛ فلا بد من قبوله ؛
لأنه لا يدخل شيء في ملك شخص جبراً عنه .

وقد استدل الذين قالوا إن القبول ليس بلازم (١) بأن رجالاً تعهدوا
بأداء دين على ميت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأقر تعهدهم ولم
ينكره ، (٢) وبأن المريض إذا قال لورثته اضموا عني ما على من ديون
أقرمائي وأقرمائي غيب ، فضمموا صح الضمان والزموا به ، ولا فرق بين
المريض والصحيح في هذا (٣) وبأن الكفالة ليست تمليكاً في أصل
انعقادها ، بل هي في معناها ، ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة ، فليست عقد تمليك ،
فلا يلزم لها القبول .

(١) راجع الشرح الكبير الجزء الثالث ص ٣٠٣ وحاشيته .

(٢) راجع الكتاب المذكور .

هذا والمتبع للتصرفات الشرعية المستقرى لها يجد في ثناياها تصرفات كثيرة تتم وتلزم بإرادة واحدة منفردة ، فمثلا يجد المتابع لأحكام الشفعة أن الفقهاء يقررون أن البائع لو حط عن المشتري بعض الثمن لزمه ذلك بالنسبة للشفيع ، وإن لم يصدر قبول لذلك الحط من الشفيع ، فكان ذلك تصرفاً يتم التزامه بعبارة واحدة ، تلي عن إرادة واحدة .

وهناك قاعدة عامة في الشريعة أن كل تصرف هو في أصله الإسقاط لا للنقل ، يتعقد بإرادة منفردة ، هي إرادة من يملك الإسقاط ، ولو ترتب على الإسقاط حقوق وواجبات ، فالطلاق يتم بإرادة واحدة ، وإن ترتب عليه حقوق المرأة ، منها وجوب مؤخر الصداق ، ووجوب العدة عليها ، وغير ذلك .

ومن هذا كله يتبين أن الإرادة المنفردة لها مكانها في الالتزامات الشرعية ، وإن كان في التصرفات التي لا تتعقد بإيجاب وقبول . أما ما يتعقد بالإيجاب والقبول . فالإرادة المنفردة ليست هي مناط الالتزام فيه . والله الهادي إلى سواء السبيل ، وشرعة الحق .

الرضا

١١١ - ذكرنا أن أساس العقد هو إرادة العاقد المعبومة من عبارته وهذا إذا فسرنا العقد بالمعنى العام الذي يشمل كل تصرف شرعي ، أو هو توافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول إن قصرنا العقد على المعنى الخاص ، وهو الذي لا يتم إلا بالإيجاب والقبول . وعلى أية حال يكون أساس العقد الإرادة ، وعقد النية . والإرادة لها عنصران لا تتحقق بدونهما : أحدهما الاختيار ، وثانيهما الرضا .

والاختيار كما يفهم من كتب الحنفية وفروعهم ، والأحكام التي يرتبونها ،

هو القصد إلى الفعل الذي يستطيعه الشخص ، سواء أ كان ذلك الفعل قولاً أم غير قول ، فالاختيار في العقود القصد إلى النطق بالعبارات التي تنشأ بها ، ما دام في استطاعته النطق بتلك العبارات ، قاصداً النطق بها ، متعمداً ذلك ، ويشمل ذلك القصد ثلاث أحوال (١) حال القصد إلى معاني العقود ، والرضا بأحكامها ، والرغبة في آثارها ، (٢) وحال قصد النطق بالعبارات المنشئة للعقود غير قاصد لأحكامها بأن كان هازلاً ؛ لأنه قد توافر القصد إلى النطق ، وبذلك يتحقق الاختيار ، (٣) كما يشمل أيضاً حال النطق بعبارات العقد تحت تأثير إكراه أو إرغام ، لأن القصد إلى فعل مستطاع ثابت مع الإرغام ، متحقق فيه وإن كان الرضا غير متحقق ، ولا ثابت .

هذا هو الاختيار ، كما يفهم من كتب أئمة حنيفة وأصحابه ، فهو لا يتنافى مع الهزل ، ولا مع الإكراه . أما الرضا فهو الارتياح إلى العقد ، والرغبة فيه ، فهو لا يتحقق بمجرد القصد إلى العبارات المنشئة للعقد ، بل لا يتحقق إلا بالرغبة فيه ، بحيث يحس العاقد بأن مباشرته للعقد قد أشبعت حاجة في نفسه ، وملأت رغبة من رغباتها . فالرضا إذن لا يقتضى مجرد قصد كالاختيار ، بل لا يتحقق إلا بقصد كامل يشيع في جوارح النفس ، ويكون ملء الرغبة ، ولذا يقول صاحب كشف الأسرار : « الرضا امتلاء الاختيار أى بلوغه نهايته ، بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها ، كما يفضى أثر الغضب إلى الظاهر من حماليق العين والوجه بسبب غليان دم القلب » (١) . فالرضا إذن لا يتحقق مع الهزل ، ولا مع الخطأ ، ولا مع الإكراه .

وخلاصة القول أن مقتضى مذهب الحنفية أن الاختيار يتحقق مجرداً من الرضا ، وإن كان الرضا لا يمكن أن يتحقق من غير اختيار ؛ إذ الرضا

(١) كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام الجزء الرابع ص ١٥٠٢ .

اختيار كامل قد بلغ نهايته ، أو هو امتلاء الاختيار على حد تعبير صاحب كشف الأسرار .

أما ما يفهم من أحكام مذهب الشافعي وغيره من المذاهب في معنى الاختيار فغير ما يفهم من فروع الحنفية ؛ إذ الاختيار عند الشافعي هو القصد إلى العبارات المذمومة للعقود بحيث تكون تلك العبارات ترجمة عما في النفس ، ودليلا على رغباتها وغاياتها ، فإذا لم تتوافر في العبارات تلك الدلالة لم يكن ثمة اختيار ، لأن العبارات حينئذ لا تدل على القصد النفسى ، فلا يكون اختيار في مجرد قصد النطق ، وعلى ذلك لا يتحقق الاختيار مع الهزل ، كما لا يتحقق مع الإكراه والنسيان والخطأ لأن العبارات التي قصد النطق بها في كل هذه الأحوال لا تدل على قصد نفسى ، وليست ترجمانا على ما يخالج النفس من رغبات ؛ فالهزل قامت القرائن على أنه ما تكلم بعبارات العقود قاصداً معانيها وآثارها ، فتجردت العبارات من الدلالات على الرغبة الكامنة ، والمسكرة ما كانت عبارته دالة على قصد إلى العقد ، ولكنها تدل على قصد إلى دفع الأذى ، ومنع الضرر ، واتقاء الشر ، وليس ذلك من قصد النفس إلى العقد ورغبتها فيه في شيء^١ .

ومن هذا يفهم بلا ريب أن الاختيار والرضا متلازمان عند الشافعي وغيره ما عدا الحنفية ، فلا يتحقق اختيار مجرد عن رضا ، كما أن الرضا لا يتحقق من غير اختيار .

١١٢ - ولنعهد ثانية إلى تكميل بيان مذهب أبي حنيفة وأصحابه في الاختيار : وقد بينا أن مذهب الحنفية لا ينظر في تكوين الاختيار إلا إلى القصد المجرد ، من غير نظر إلى الرضا والارتياح ، والعبرة في ذلك القصد

عندهم هي في القصد إلى مباشرة السبب وهو الألفاظ الدالة على العقود من غير نظر إلى القصد لأحكامها ، ولذلك يقال إن الهازل مختار للعقد ، وإن كان قد نادى جهاراً من قبل أو من بعد أنه ما قصد ولا يقصد إلى الأحكام ولا يريد لها ولا يتبعها ، ولا يرمى إليها ، ولا اعتبار لها في نظره ؛ لأن الاعتبار في تكون الاختيار في القصد المجرد إلى التعلق بالعبارات المنشئة للعقد من غير نظر إلى ماسواها ، ولا تفكير في غيرها .

والعماد الأول لتكوين العقود في مذهب الحنفية إنما هو الاختيار ، أما العنصر الثاني وهو الرضا ، فليس بلازم لانعقاد العقود ، ولكنه لازم لصحة (١) أكثرها ، وعلى ذلك نقول إنه إذا وجد الاختيار مع استيفاء بقية ما يجب توافره لانعقاد العقد فقد وجد العقد ، وإن لم يكن رضا وارتياح نفسي ، وقصد إلى الأحكام والآثار ، لأنه لا يلزم لانعقاد العقد الرضا ، بل هو شرط لصحة العقد بمعنى ترتيب آثاره الشرعية عليه ، وإقرار الشارع له ؛ ولا يلزم من وجود العقد صحته ، وترتب آثاره بمجرد تكونه ، بل قد يوجد ويكون فاسداً ، وعلى ذلك نقول : إنه إذا كان أحد العاقدين في بيع أو إجازة أو نحوهما مكرهاً على العقد غير راض به ينعقد عقده ، ويكون فاسداً ؛ لأن العماد الأول ، وهو الاختيار قد وجد بالقصد إلى مباشرة السبب ، فينعقد العقد ؛ ولكن لم يتوافر شرط من شروط الصحة ، وهو الرضا والارتياح ، فيكون العقد فاسداً ، وكذلك إذا باع أو اشترى أو أجر مثلاً ، وكان هازلاً عند مباشرة العقد ، وصدرت عنه عبارات تدل على ذلك ، ففي هذه الحال ينعقد العقد ، ولكن لأن الرضا ، وهو الارتياح والرغبة في أحكام العقد غير متوافر — لم يصح العقد ، بل يكون فاسداً ، ما دام مصراً على الهزل ، ولم يعدل عنه ، فإن عدل عنه انقلب العقد صحيحاً ، لأن الفساد كان بسبب عدم الرضا والرغبة ، لوجود الهزل ، وقد زال بالإعراض عنه ، والرغبة في أحكام العقد ؛ ومن

(١) إذا لم يتوافر ما يجب توافره لانعقاد العقد يسكون باطلاً ؛ وإذا توافرت أركان الانعقاد ، ولم يتوافر ما يجب توافره للصحة كان العقد فاسداً ، وهذه التفرقة بين الانعقاد والصحة ، وبين الباطل والفساد خاصة بالحنفية ، و نين ذلك تمام البيان في موضعنا .

المقرر عند الحنفية أنه إذا فسد العقد لسبب من الأسباب التي تتعلق بالرضا يزول الفساد بزوال ذلك السبب ، ولأن العقد مع الهزل بمنزلة العقد مع خيار شرط لم تبين مدته (١) .

١١٣ - ومما تقدم نرى أن الحنفية ينظرون في تكوين العقود إلى صورها ، ومظاهرها الحسية ، من غير اتجاه إلى النيات ، والرغبات المستكنة التي تدفع إلى العقود ، والغايات التي يرمى إليها العاقدون ، فإذا وجدت العبارات الحسية فقد وجد العقد .

أما الآثار فتلزم إن وجد رضا ، وإن لم يوجد رضا فبعض العقود يكون فاسداً ، لا ترتب آثاره عليه ، ولا يقر الشارع العاقدين على وجوده ، بل يوجب فسخه وزواله أو رضاه ، وبعض العقود ينعقد وتلزم آثاره ، وتحقق بمجرد الوجود الحسي بالقصد إلى العبارة المنشئة للعقد ، والنطق بها ولنبن بإيجاز كلا النوعين من العقود والنصرقات :

النصرقات تنقسم إلى قسمين :

(أحدهما) يقبل النقض كعقود المبادلات المالية ، والعقود التي تكون الأموال مقصودة بالذات فيها ، فهذه تنعقد لازمة إن كان من شأنها اللزوم ، ولكنها يقبل الفسخ برضا العاقدين أو بشرط يجيزه كخيار الشرط ، وهذه تنعقد بوجود الاختيار ، ولكن لا تكون صحيحة إلا إذا وجد الرضا ، فهي لا تكون صحيحة مع الإكراه ، ولا مع الهزل ؛ لأن الإكراه والهزل يعدمان الرضا ، ويمحوانه ، فلا يصح معهما هذا النوع من العقود ؛ لأن

(١) خيار الشرط هو أن يشترط أحد العاقدين أن يسكون له حق الفسخ مدة معلومة ، وإذا اشترطه أحد العاقدين لا تلزمه آثار العقد في مدة الخيار .

(١٥ = نظرية الخلف)

الرضا لازم لصحتها ، وإن لم يكن لازماً لانعقادها ، فإذا صحب هذه المقود
الإكراه أو هزل فهي منعقدة فأسدة ، حتى يزول الإكراه ويوجد رضا ، أو
يعدل الهازل عن هزله ، ويصر على العقد ، ويرضى به ؛ لأن سبب الفساد
هو عدم الرضا ، وقد زال وجوده ، فيزول معه الفساد .

(ثانيهما) تصرفات لا تقبل النقض في الجملة إن وجدت كالنكاح والطلاق
والعتاق ، فإن هذه التصرفات إن انعقدت تكون لازمة ، ولا تقبل النقض
في أصل شرعتها ، وإن كانت هناك أحوال استثنائية يفسخ بعضها فيها .

وهذه التصرفات التي لا تقبل النقض تظهر آثارها بمجرد انعقادها ،
وتوجد أحكامها بمجرد وجود العبارات المنشئة لها ، ولذلك يعبر الفقهاء عنها
بأنها لا تراخي أحكامها عن أسبابها .

ولأن هذه التصرفات لا تقبل النقض ، ولا يعرفها الفسخ في أصل شرعتها ،
ولأن أحكامها توجد بمجرد وجود العبارات المنشئة لها .

قال الحنفية إنها تنعقد صحيحة ، ولو لم يتوافر فيها الرضا ؛ فالهزل والإكراه
لا يؤثران في صحة النكاح ، بل ينعقد النكاح صحيحاً مع الإكراه والهزل ،
لأن الرضا ليس بشرط لصحته ، ولأن أحكامه لا تنفصل عن وجود سببه ،
وسببه يتحقق بالقصد إلى العبارات المنشئة له مع سائر ما يشترط لانعقاده ،
والقصد إلى العبارات المنشئة له هو الاختيار المطلوب ، وهو يكون مع
الإكراه ، فينعقد النكاح معه ، وإذا انعقد ظهرت أحكامه بمجرد انعقاده ،
فلا يؤثر فيه عدم الرضا .

ولا شك أن هذا التقسيم الذي يجعل بعض المقود يلزم فيه الرضا ،
وبعضه لا يلزم فيه إنما هو عند الحنفية أما عند الشافعية ومن سلك مذهبهم ،
وهو أحرى بالاتباع ، فالرضا ملازم للاختيار لا يتحقق أحدهما من غير

الآخر ، وكلاهما لازم لانعقاد العقود كإلزام ؛ سواء في ذلك ما يقبل النقض ، ولا يتصل حكمه بسببه ، وما لا يقبل النقض ، ولا يتراخى حكمه عن سببه ، فالنكاح وأخواته لا تنعقد مع الإكراه عند غير الحنفية ، لأن الاختيار اللازم لصحة العبارات المنشئة للعقد لا يتحقق إلا مع الرضا ، ولا شك أن الإكراه يعدمه (١) .

١١٤ - وما دمنا نتكلم عن الرضا في العقود ، وأثره ، وأحكام العقود إن فقدته وجب أن نشير إلى موضوع يتكلم فيه النقح الحديث في العقود وأقسامها ، وهو العقود الرضائية ، والعقود الشكلية :

لقد كانت العقود في أوروبا قبل القرن الثالث عشر الميلادي شكلية في جملتها ، بمعنى أن العقد لا يعتمد في وجوده على إرادة العاقدين ورضاهما ، ولا تعتبر العلة المنشئة للعقد تراضى طرفيه على ما فيه من إلزام والتزام ، بل عماد وجود العقد رسوم وأشكال يلزم القانون بها ؛ ليكون للعقد قوة الإلزام ؛ ولينشأ به الالتزام ، فإذا وجدت تلك الرسوم وهذه الأشكال ، فقد وجد العقد من غير نظر لإرادة العاقدين ورضاهما ، ومن غير نظر إلى ما يدل على ذلك الرضا من عبارات ، مادامت الرسوم والأشكال قد توافرت .

فلما جاء القرن الثالث عشر ، وجاء ما سمي بعصر النهضة ، نهضت الإرادة الإنسانية تفرض وجودها في العقد فرضاً ملزماً ، لتسكون هي العنصر المكون له .

(١) أخذنا ذلك الجزء وما سببه من أصول فخر الإسلام وكشف الأسرار في عوارض الأهلية ١٥٠٨ و ١٥٠٩ و ١٥٠٢ و ٣١٥ والتقارير والتجديد الجزء الثاني في عوارض الأهلية ، وشرح النارة ، ومسألة الأصول في عوارض الأهلية ، وبالحظ أن المفاهيم يبرهن أن الإكراه الباطل هو الذي يبطل الصفقات . وأما الإكراه الحقي فلا يبطلها .

ثم أخذت العقود في التحول والانتقال من عقود شكلية إلى عقود رضائية ، حتى صارت الإرادة هي الأساس الأول لتكوين العقد ، والعلّة المدبنة له ، والمناط الذي يرتبط به العقد وجوداً وعدمًا ، فإن وجدت ، وجد ، وإن لم توجد لا يكون العقد ، وإن لحقها عيب لحق العيب ذلك العقد ، فأثر في كونه ووجوده ، ولكن بقيت آثاره من الرسوم والأشكال ، فكان من الضروري لاعتراف القانون بآثار بعض العقود واحترامها بعض الأشكال ، مع وجود الإرادة والرضا ، كاشتراط التسجيل لنقل الملكية في العقود الناقلة للملكية إذا كان محل العقد عقاراً .

ولا زال بعض العقود لا يكفي في تكوينها الرضا من الطرفين ، بل لا بد أن يضاف إليه أمور شكلية لتتكون العقد ، ويتقرر كعقد الهبة في القانون المصري ، فإنه لا يتكون بمجرد وجود الرضا من الطرفين ، بل لا بد لوجوده من الرضا والأمور الشكلية ، ولكن ذلك النوع من العقود الشكلية قليل ، ومع قلته يختلف عن شكلية القرون القديمة ، لأن الرضا في القديم لم يكن عنصراً من عناصر تكوين العقد ، ولذلك ما كان يطعن في العقد بالغلط والتدليس والإكراه^(١) .

١١٥ - بعد هذه الإشارة السريعة نقول إنه بما لا شك فيه أن الأصل في العقود في الشريعة الإسلامية أنها تقوم على قصد وإرادة العاقدين ، وأن الرضا لازم لصحة العقود في الجملة إلا ما استثنى عند الحنفية وخدمهم فالأصل في العقود في الشريعة أنها لا تحتاج في تكوينها إلا إلى قصد عاقدتها من غير حاجة إلى أمور شكلية يشترطها الشارع .

ولذلك نستطيع أن نقول غير مغالين إن العقود الشرعية من النوع الذي

(١) راجع كتاب الأثرابات الأستاذ الدكتور الشهرى بك ماضي ص ١١٥ .

يسمى في القانون عقوداً رضائية . وليست من النوع الذي يقال إنه عقود
شكلية ، فالشريعة لا تعرف في جملتها الشكلية في العقود ، ولا تشترط أى شيء
لتكوين العقد غير قصد الطرفين إلى إنشائه ، غير أنه يجب أن يلاحظ
أمران ؛ نرى فيهما بعض الشكلية ؛ إذ نراها ذات أثر واضح ، بل ذات
سلطان مكون في العقد في بعض صورهما :

أحدهما - أن من العقود ما يقرر أبو حنيفة وأصحابه أنه يكفي لانعقادها
أن يقصد العاقد إلى النطق بالمبارات الدالة على العقد ، ولو كان العاقد مكرهاً ،
وتنعقد هذه العقود لازمة صحيحة مع الإكراه ، وهى العقود اللازمة غير
القابلة للفسخ كالنكاح ، وكالخلع بالنسبة للرجل لا للمرأة ، وغير هذا النوع
من العقود أيضاً يكفي لانعقاده القصد أيضاً إلى اللفظ الدال على العقد ، وإن
لم ينطق به ، ولكنها تكون مع الهزل والإكراه فاسدة لاصححة ، والمعروف
المقرر عند أبي حنيفة وأصحابه أن العقد الفاسد منعقد ، ويرتب له الشارع
أحكاماً بقيود وشروط خاصة ؛ فهو على أية حال عقد له وجود وكيان لهذا ،
وبدليل أنه إذا زال سبب الفساد انقلب صحيحاً بالعبارات السابقة المنشئة له
من غير عبارات أخرى جديدة ، وهذا كله يدل على أن الرضا ليس بلازم
لانعقاد العقود عند الحنفية ، وإن كان لازماً لصحة أكثرها ، وإنما تنعقد
العقود بنطق العاقد بالعبارات المنشئة لها ، قاصداً للنطق ، من غير نظر إلى
الرضا ، وكون النطق معبراً عن الرغبة والارتياح أو غير معبر .

ولكن جمهور الفقهاء يرى أن الرضا لازم لانعقاد العقود كلها من غير
تفرقة بين عقود قابلية للنقض ، وعقود غير قابلية له ، فإذا وجد الرضا مع كل
ما يجب توافره من الشروط اللازمة لانعقاد العقد انعقد ، وكان صحيحاً ، وإن لم يوجد
لم ينعقد ، ولا يعترف جمهور الفقهاء بعقد ينعقد ويكون فاسداً ، إذ لا فرق
عندهم بين الفساد والبطلان ، فكلا العقد الفاسد والباطل عقد غير منعقد ؛

ثانيهما - اتفاق الفقهاء على أن الرضا في عقد الزواج لا يكفي لصحة الانعقاد ، بل لابد لكي يكون العقد صحيحاً من الإعلام ، واكتفى بعض الأئمة بشهادة شاهدين لهذا الإعلان ، ولم يكتب بعضهم بالشهادة ، إذ لم يتوافر معها الإعلام ، وذلك لأن الإعلام غرض مقصود في الزواج ، إذ قد وردت الآثار متضافرة مقررة أن فرق ما بين الحلال والحرام الزفاف والإعلان ، وقد جاء في فتاوى ابن تيمية مانصه : « أمر بالولي والشهود ونحو ذلك في النكاح مبالغة في تمييزه عن السفاح ، وصيانة للنساء عن التشبه بالبغايا ، حتى شرع بالضرب بالدف ، والولاية الموجبة لشهرته ، ولهذا جاء في الأثر : المرأة لا تزوج نفسها ؛ فإن البغى هي التي تزوج نفسها^(١) . وأمر فيه بالإشهاد ، أو بالإعلان . أو بهما جميعاً ، ثلاثة أقوال^(٢) .

١١٦ - وعلى ذلك يصح أن نقول إن عقد الزواج عقد شكلي ، لأنه لا يكتفى في تكوينه برضا العاقدين ، بل لابد مع هذا الرضا من الإعلان والشهرة ، أو شهادة الشهود . وإن شكية عقد الزواج واضحة كل الوضوح على مذهب جمهور الفقهاء الذين لا يفرقون بين العقد الفاسد والباطل من جهة عدم الانعقاد ، بل هما لفظان مترادفان في نظر الجمهور . فالجمهور من الفقهاء يرون أن عقد الزواج لا ينعقد من غير الشهود ، أو من غير الإعلان ، أو من غيرهما على الخلاف في ذلك بينهم .

أما مذهب الحنفية الذي يقول إن الشهود شرط لصحة النكاح ، وليسوا بشرط لانعقاده ، فهو الذي يحتاج إلى نظر ؛ أيعتبر فيه عقد النكاح عقداً رضائياً ؟ أم يعتبر عقداً شكلياً ، قد قال الثاني ، وهو كونه شكلياً أكثر من كتبوا في الالتزامات في الفقه الحديث ، وقرره الأستاذ الدكتور السنهوري بك

(١) أكثر الأئمة يرى أن النكاح لا ينعقد بعبارات النساء ، بل لابد من ولي يتولى عبارته

(٢) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٧٠ ، ٢٧١ .

في نظرية العقد ؛ ولكن جاء في عبارات بعض حضرات الكتاب من أساتذة الشريعة الإسلامية ما يفهم منه أن عقد الزواج رضائي ، وليس بشكلي ، لأن الرضا هو العنصر الأساسي في تكوين العقد ، وحضور الشهود شرط صحة فقط ، ونهج مثل هذا المنهج بعض قليل من كتاب الفقه الحديث . والرأى عندى أن عقد الزواج عند أبي حنيفة وأصحابه ينطبق عليه اسم العقد الشكلي وما يحتاج به من أن عدم حضور الشهود فيه يترتب عليه أن يكون النكاح فاسداً لا باطلاً - لاجداه فيه ولاثمة ، لأن من فقهاء الحنفية من لا يفرق بين باطل النكاح وفاسده ، فإن التفرقة بين باطل عقود المعاوضات وفاسدها أمر مقرر ، لوضوح الفرق بين آثارهما فيها . أما النكاح فلا فرق بين آثار العقد الفاسد ، والعقد الباطل (١) ، وهذا رأى كمال الدين بن الهمام ، وذكره على أن المقرر الثابت في المذهب ، وابن الهمام هو من نعلم دقة وإحكام نظر وتحريماً للصدق في النقل . وإذا لم يكن ثمة فرق بين باطل النكاح وفاسده ، بل كل نكاح غير صحيح هو نكاح لا يعتبر موجوداً في نظر الشارع ؛ لأنه لا يترتب عليه أى أثر من الآثار التى تكون لعقد النكاح فى ذاته ؛ فمن الواجب إذن أن نقول إن حضور الشهود له أثر فى كيان العقد ، فيكون النكاح عقداً شكلياً .

(١) يذكره الفقهاء من صور بعض النكاح غير الصحيح واعتبار العقد فيها كأن لم يكن ، وأن الدخول بسببه يعتبر زنى صوراً ثلاثاً (إحداهما) إذا كانت عبارة العقد صادرة عن غير أهلية (وثانيها) إذا تزوجت المسلمة غير مسلم (ثالثها) إذا تزوج الشخص لإحدى محارمه أو زوجة الغير عالملاً بالحرمة ، فى هذه الصور قال بعضهم إن النكاح باطل ، وإن الدخول بسببه زنى لا يوجب عدة ، ولا يثبت نسباً ، وفهم كثيرون أن النكاح غير الصحيح منعقد فاسداً فى غيرها ، بدليل أنه يوجب عدة ويثبت نسبياً ومهرأ عند الدخول ، وفى الواقع أن ذلك ليس منشؤه اعتراف الشارع بوجود العقد أو عدم وجوده ، إنما منشؤه قوة الشبهة فى الدخول وضعفها ، فإن شبهة الحل ضعيفة أو غير موجودة فى الصور الثلاث المذكورة ، والشبهة قوية فى غيرها ، ولذا اعتبر الدخول زنى فيها ، ولم يعتبر فى غيرها .

ولو نزلنا في التسليم ، أو أخذنا بطريقة من يفرقون بين فاسد النكاح وباطله ، وقامنا إن النكاح من غير شهود فاسد لا باطل ، فإننا نجد هذا النوع من النكاح لا يعترف به الشارع ، بدليل أنه لا يثبت به من غير الدخول مهر ، ولا تثبت به نفقة ، ولا يكون لأحد الزوجين أى حق من حقوقه ، ويجب التفريق ، وإن علم القضاء بأن شخصين يتعاشران بمقتضى هذا العقد فرق بينهما ، وفوق ذلك لا تثبت به حرمة مصاهرة . ولو كان عقداً معترفاً به من الشارع يقر بوجوده وتكوينه لكان مثبتاً لحرمة المصاهرة ؛ لأنه نكاح موجود ، ولما كان الثابت غير ذلك ، أفلا يجوز لنا بعد هذا أن نقول : إن النكاح من غير شهود نكاح غير معترف به من الشرع الإسلامى ، فهو غير موجود في نظره ، ويكون عقد الزواج إذن في نظر الفقه عقداً شكلياً ؛ لأنه لا بد لاعتراف الشارع به من الشهود .

قد يقول قائل : إن النكاح من غير شهود والنكاح الفاسد يترتب عليه أنه إن حصل دخول إن يثبت النسب ، ويوجب مهر المثل وتلزم العدة ، وهو على ذلك يعترف الشارع بوجوده ، ويقر بكيانه ، بدليل أنه رتب هذه الآثار ، والجواب عن ذلك أن الذى جعل الشارع يرتب هذه الأحكام على النكاح الفاسد ليس هو العقد ، ولما كان هو الدخول مع وجود شبهة ، تمنع أن يكون ذلك الدخول فاحشة توجب حداً ، بدليل أن تلك الآثار نفسها وبمعناها ، تثبت في الوطء بشبهة كأن يدخل رجل على امرأة يظنها عروسه ، وتظنه زوجها ، ففي هذه الحال ، تثبت كل هذه الآثار ، مع أنه لم يوجد عقد أصلاً ، وإذا كان كذلك فليس في إثبات تلك الآثار من جانب الشارع للعقد الفاسد اعتراف به ؛ ولا إقرار له ؛ لأنها تثبت لمجرد الوطء بشبهة الخالى من كل عقد ؛ بل تصرح عبارات بعض الفقهاء بأن هذه الآثار وبعضها ما تثبت للنكاح الفاسد إلا لأنه يشبه الوطء

بشبهة فالشارع لم يرتبها على العقد ، ولكن رتبها على مجرد الدخول مع الشبهة .

وهنا ننزلنا مع التماثلين : إن النكاح عقد غير شكلي ، لأنه من غير الشهود فاسد يعترف الشارع ببعض آثاره بمقتضى كونه عقداً له وجود وكيان ، فإن الرضا في العقود كلها في مذهب أبي حنيفة أثره أن يجعل بعضها فاسداً ، ولا يمكن أن يؤثر في انعقاد العقد ووجوده ، بل كل العقود تعتبر منعقدة وموجودة مع عدم وجود الرضا ، فإن قلت إن النكاح عقد غير شكلي ؛ لأنه ينعقد من غير شهود ، وإن كان فاسداً فقل إن العقود كلها في فقه أبي حنيفة عقود غير رضائية ؛ لأنها تنعقد وتتكون ، ويكون لها وجود من غير توافر الرضا فيه ، وذلك ما لم يقله أحد ، ولا يمكن أن يقره القائل : إن النكاح عقد غير شكلي . ثم إن الرضا ليس ركناً مكوناً في عقد النكاح عند الحنفية ، وعدمه لا يوجد أى خلل في عقد النكاح ، بدليل أن النكاح ينعقد عند الحنفية مع الهزل ومع الإكراه ، ويكون صحيحاً تترتب عليه كل أحكامه ، فلا يمكن إلا أن يكون شكلياً ، ومعنى الرضائية فيه أقل بكثير من معنى الشكلية .

ولمست الشكلية في عقد الزواج بغاظة من قيمته ، بل هي دليل على عظيم رعاية الشارع للعلاقة الزوجية ، فإن العشرة الزوجية بين الرجل والمرأة لا تكون إلا باباحة الشارع ، وبكلمة الله ورحمته ؛ فلا تناط تلك الإباحة بإرادة العاقدين المجردة ، ولا برضاها المنفرد ، بل لا بد من أمور يشترطها الشارع ليبيح تلك العلاقة التي كان الأصل فيها التحريم صوتاً للأعراض ، وحفظاً للحرمان ، ومنعاً للسفاح ، فوضع الشارع حدوداً ورسوماً تكون حذاء حاجزاً بين الحلال والحرام ، وفيصلاً للتفرقة بين النكاح والسفاح ، كما تكون فاصلاً بين

عشرة الإحصان ، وعشرة الأخذان ، وكان ذلك الشهرة والإعلان ، فكان لابد من أن تكون هذه الشكليات مقترنة بإرادة العاقدين .

الألفاظ

١١٧ - فلنا إن أساس العقود القصد والاختيار والرضا ، ولكن هذه معان نفسية لا بد لها من أمر حسي ينبي عنها ، ويدل عليها ، فكان ذلك الأمر هو الألفاظ ؛ إن اللسان خلق معبراً عن الجنان ، والعبارة هي الأصل في الدلالات على الأشياء ؛ لذلك كان أساس العقود العبارات الدالة عليها . وعند العجز عن النطق (كأن يكون اللسان مثوفا بالخرس) تكون في هذه الحال الإشارة الحسية التي تعارف المتصلون بالآخرس معه على دلالتها على إنشاء العقد قائمة مقام العبارة ، وإذا كان الآخرس يجيد الكتابة ؛ فن الفقهاء من لا يجيز عقوده إلا بها ؛ لأن الكتابة تعبير بالقلم ، فهي كالنطق في قوة الدلالة ، والإشارة أضعف منها ، ولا يصح العدول عن الدلالة القوية إلى الدلالة الضعيفة ما أمكنت هذه ، وكانت في الاستطاعة ، ومن الفقهاء من يجيز مع قدرة الآخرس على الكتابة أن يعقد بالإشارة (١) ؛ لأن العبارة هي الأصل ، فإذا لم تكن ممكنة ، ورخص له في غيرها ، قام كل ما يدل على العقد مقامها ، سواء أكان إشارة أم كتابة ؛ إذ هما سواء في كونهما لم تكونا أصلاً في التعبير عن معاني العقود .

ونرى المذاهب المختلفة تتفق في جعلتها على أن الأصل في العقود أن تنعقد بإيجاب وقبول ، وأن يكونا بلفظين ماضيين ، لا بلفظين يدلان على الاستقبال ،

(١) التول الأول متفق مع رواية كتاب الأصل لمحمد ، والقول الثاني يتفق مع رواية الجامع الصغير ، فكان في المسألة روايتين ترتب عليهما قولان .

ولا بلفظين أحدهما مستقبل^(١)، والآخر الماضي . وعلة التقييد بالماضي للفقهاء فيها طريقان : (١) فهم من علة ذلك بأن الألفاظ الدالة على الحال ليست متمحضة له ، بل تحتمله وتحتمل الاستقبال ، والتعبير بالمستقبل مساوئة أو عدة ، فمن قال بعنى هذه الدابة بعشرة فهذه مساوئة ، وإذا قال أبيعك فهذه عدة ؛ وإذن فالمضارع والأمر لا يدلان على إنشاء العقد ، فالماضي هو الذى يمكن أن تؤدى به هذه الدلالة . (٢) ومن الفقهاء من علة اشتراط لفظ الفعل الماضى للدلالة على إنشاء العقود بأن العقود أمور معنوية يعطيها الشارع أحكاماً وآثاراً ، وليس العاقد هو الذى يعطيها الأحكام والآثار ، وإذا كان الشارع هو الذى يعطيها أحكاماً ، فهو الذى ينفرد ببيان العبارات التى تنشئها ، وقد وردت الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم بأنه كان يستعمل فى عقودهم عليه السلام لفظ الماضى ، وكان مقتصرأ عليه ، ولكن أكثر الفقهاء قالوا : إن الأثر فى ذلك معال بأن لفظ الماضى أدل الألفاظ على تحقق الوجود ، فكان أنسب الألفاظ لإنشائها ، وبأن اللغة العربية تقصر الألفاظ المنشئة للعقود على الألفاظ الماضية ، ولذلك إذا نوى العاقدان بالألفاظ الدالة على الاستقبال أو الحال إنشاء العقد فى الحال ، وأعلنا هذه النية انعقد العقد ، ولذا يقول كمال الدين بن الهمام فى فتح القدير فى كتاب البيع مانصه : « واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نية الحال ، أما إذا تصادقا على نية البيع فى الحال ، فينعقد به فى القضاء ، لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال ، فيثبت بالنية » ويقرر الفقهاء أن العبرة فى العقود

(١) وقد استثنى الفقهاء من ذلك عقد النكاح ، فقد قالوا إنه ينعقد بعبارتين إحداهما متمحضة للمستقبل والثانية الماضى فيصح أن يقول أحد العاقدين زوجنى ابنتك فيقول الآخر قبلت ، ويعمل الفقهاء جواز ذلك بتعليقين مختلفين : أحدهما أن الصيغة الأولى الاستقبالية توكيل ، والثانية تولى للعقد من الجانبين ، وعقد الزواج يصح أن يتولاه عاقد واحد عن الطرفين بخلاف سائر العقود ، والثانى أن احتمال المساوئة فى النكاح بعيد ، لأن مجاس عقد الزواج يسقه عادة اتفاق على كل ما يتعلق به ، فيتمحض لفظ الاستقبال للعقد فى الحال لعدم احتمال المساوئة التى يفيدها فى أصل لفظ الاستقبال

يعانيها لا بألفاظها، وبالمقصود من العبارة، لا المفهوم اللغوي المجرد لها، ولذلك يقول كمال الدين بن الهمام أيضاً: «لا يثبت الحكم بمجرد اللفظ بلا نية، فلا يثبت بلفظ البيع حكمه إلا إذا أراده به، وحيث لا فرق بين بيع وأبيع في توقف الانعقاد به على النية، ولذا لا يصح بلفظ بيعت هزل لا... فهو ينعقد بالماضى وغيره بالنية، ولا يصح بالماضى وغيره بلا نية» ويسرد صوراً كثيرة للبيع تحمل فيها العاقدان من التعبير بلفظين ماضيين ومنها إذا قال المشتري اشتريت منك بآنت، فيقول البائع هات الثمن، وكذا إذا قال هذا على بألف، فقال الآخر قبلت ولو قال هو لك بأنت إن وافقتك أو أعجبك أو إن أردت، فقال وافقتى أو أعجبنى أو أردت، فبكل هذه العبارات ينعقد عقد البيع، وما يشبهه، لوضوح إرادة العاقدين للإشياء من هذه العبارات، وإن لم تكن الصيغة بأفعال ماضية^(١).

وترى من هذا أن الفقهاء يبدون بآدى الرأى متشددىن فى أن تكون صيغة العقود بألفاظ ماضية، ثم إذا سرنا معهم فى تعليل الفكرة وجدناهم متحللين من ذلك التقييد به التشدد فيه إلى إجازة العقود بالعبارات الدالة من غير تقييد بألفاظ ماضية أو صيغ خاصة^(٢) ما دام العرف يقرر دلالتها، والنية مقترنة بها، ومعها ما تحمل فى ثناياها من إرادة ورغبة فى العقد فى الحال.

١١٨ - وإذا كانت الألفاظ هى العباد الأولى فى التعبير عن العقود وأنه لا يعدل عنها إلى غيرها إلا عند العجز عنها، لوضوح دلالتها على إنشاء العقد، فذلك قرر الفقهاء قاطبة أن الأقوال هى الأصل لإنشاء العقود، والأفعال

(١) راجع فتح القدير فى كتاب البيوع الجزء الخامس من ٧٦، ٧٧.

(٢) من هذا التقرير يتبين أن الفقهاء لم يتبدوا الناس بصيغ خاصة وتعابير خاصة، حتى يحاول بعض الباحثين تعليل ذلك بعلة بعيدة، مثل قوله إن التمسك بالألفاظ فى الشريعة من بقايا التأثير السجى الألفاظ عند الشرقيين، كأن عبارات العقود فى الشريعة تعاويد أو رقى، والحق أن لا شيء من ذلك لما علمت.

لا تعتبر منشئة للعقد إلا لما تنطوي عليه من دلالة تشبه الدلالة اللفظية ، فإذا ساوم شخص شخصاً آخر على شراء شيء ، ثم أعطاه الثمن وأخذ المبيع فقد انعقد العقد ، وكذلك من ركب عربة معدة لنقل الناس ، ونفذ صاحبها أو العامل فيها الأجرة ، فقد انعقدت الإجارة ؛ لأن هذه الأفعال تنبئ في ثناياها على ما تدل عليه الأقوال . غير أن الفقهاء لم يكونوا على سنن واحد في إحلال الأفعال محل الأقوال في العقود ، وإقرارهم انعقاد العقود بها ، فمنهم من منع إنشاء العقود بها إلا بقدر ، ومنهم من أجاز وجعل اللفظ أولى ، ومنهم من ترك الأمر إلى العرف ، فالأقوال ثلاثة :

(أولها) أن العقود لا تنعقد إلا بالأقوال ، ولا تنعقد بالأفعال إلا عند العجز عنها كحال الآخرس على النحو الذي بيناه ، وذلك لأن الأفعال ليس لها دلالة بأصل وضعها على الالتزامات ، وعلى رضا الشخص الذي يقيد به أمر تظهر آثاره في القابل ، فذلك لا يتم إلا باللفظ المعبر المنبئ عن حقيقة النية ، والمنبئ عن تعهدات النفس التي تنقيد بآثارها القابلة ، وعلى ذلك لا ينعقد عقد بمجرد المعاوضة ؛ فالبيع لا ينعقد بالمعاوضة بإعطاء الثمن وتسلم المبيع بعد المساومة ، والإجارة لا ينعقد بإعطاء الأجرة والتمسك من الانتفاع ، بل لابد في كل هذا وأشباهه من عبارات ، وإلا ما كان عقداً . وهذا هو ظاهر مذهب الشافعي ، وهو مذهب الظاهرية ، وفي مذهب الشافعي بعض آراء مجتهديه تميز العقد بالمعاوضة إذا كان محل العقد من المحقرات ، ويختلفون في حد المحقرات من الأشياء ، ثم يرجحون أن ذلك أمر متروك للعرف والعادة ، فما يعد العرف حقيراً انفذ العقد عليه بالمعاوضة ومهما يكن من أثر هذا الخلاف ، فالمشهور المأثور عن الشافعي وهو الراجح عند المجتهدين من بعده في مذهبه عدم انعقاد العقود بالأفعال ، جل موضوعها أو هان (١) .

(١) جاء في المجموع في بيان أحكام ما جرت به عادة الناس في عقود المعاوضة في بعض الأشياء ما نصه « وإذا قلنا بظاهر المذهب لنا حكم الذمة جرت العادة من الأخذ والعطاء فيه وجهان : أحدهما أنه لمباحة ، وبه أجاب القاضي أبو الطيب . . . قال إنما أباح كل واحد منهما بسبب إباحة الآخر له قلت فهو إذن معاوضة ، فأصحهما (هو ثانيهما) حكمه حكم »

القول الثاني - أن الأصل في العقود أن تكون بالألفاظ بلاريب ،
ولكن قد تقوم الأفعال مقام الألفاظ إذا وجدت قرائن تدل على الرضا ،
وتعان الإرادة ، كمن يدفع ثوباً إلى خياط ليخيطه ، ومن شأن الخياط ألا
يعمل إلا بأجر ، أو يركب في سفينة ملاح معدة للاستغلال بالركوب ،
أو يركب عربة معدة لركوب العامة بأجرة كالترام ونحوه ، ونحو ذلك من
عقود البيع والإجارة ، « فإن هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها ،
فسدت أمور الناس ، ولأن الناس من لدن النبي صلى الله عليه وسلم إلى
يومنا هذا ما زالوا يتعاقبون في مثل هذه الأشياء بلا لفظ ، بل بالفعل الدال
على المقصود ، وهذا القول يسير على أصول أبي حنيفة (١) ، وهو قول في
مذهب أحمد ، ولا شك أن هذا القول أوسط من سابقه وأقصد ، وأقرب
إلى التساهل .

القول الثالث - أن العقود تنعقد بكل ما يدل على مقصودها من قول
أو فعل ، فكل ما عده الناس دالاً على البيع ينعقد البيع به ، وكل ما يعتبره
الناس دالاً على الإجارة فالإجارة تنعقد به ، من غير نظر إلى كون الفعل
قائماً مقام اللفظ أو غير قائم مقامه ، وإن اختلف إصطلاح الناس في الألفاظ
والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال ،
وليس لذلك حجة لا في شرع ، ولا في لغة ، بل يتنوع بتنوع الناس ، كما
تنوع لغاتهم ، فإن لفظ البيع والإجارة في لغة العرب ليس هو اللفظ الذي

المقبوض بسائر العقود الفاسدة ، فلكل واحد منهما مطالبة الآخر بما سلمه إليه مادام
باقياً ، وبضمانه إن كان تالفاً . . . وعن الشيخ أبي حامد أنه لا مطالبة لواحد منهما على الآخر ،
وتبرأ فتمت بائناً ، وهذا بشكل بسائر العقود الفاسدة ، فإنه لا يراه وإن وجد الرضا « اه
المجموع ج ٨ ص ١٠٠ .

(١) راجع فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٦٨ ، والنص صريح عليه في كتمية
الحنفية أن بيع المعاوضة يجهز في الحقيق والخطير (راجع فتح القدير الجزء العاشر في كتاب
البيع) .

يدل عليه في لغة الفرس أو الروم أو الترك أو الحبشة ، بل قد تختلف أنواع الدلالة في اللغة الواحدة . ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات ، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم من أهل لغة أخرى ، إذا كان ما تعاقدوا به دالاً على مقصودهم ، وإركان قد يستحب بعض الصفات اللفظية ؛ للاستيثاق من حكاية الصورة الحسية للنية الخفية ، والضمير المستكن ، وهذا القول هو الغالب على أصول مالك ، وظاهر مذهب أحمد (١) .

١١٩ - هذه خلاصة اختلاف العلماء في انعقاد العقود بالأفعال ، وهو واضح كل الوضوح في العقود المالية ، ولكن هذا الاختلاف ينتهي إلى الاتفاق في عقد النكاح ؛ فإن المتفق عليه أن عقد النكاح لا ينعقد إلا بالألفاظ الدالة عليه ، والألفاظ الصريحة فيه ، سواء أكانت حقيقة لغوية فيه ، أم مجازاً مشهوراً وصل إلى درجة الحقيقة اللغوية أم مجازاً وضحت فيه القرينة ، وذلك على بعض المذاهب (٢) ، ومهما يسكن من اختلاف في بعض هذا ، فمن المتفق عليه أنه لا يكون إلا بالألفاظ الدالة عليه دلالة واضحة ، ولا شك أن إجماع العلماء على أن عقد النكاح لا يكون إلا بالألفاظ ، وبالألفاظ الصريحة في معناه ، أو الواضحة الدلالة عليه ، ولو بطريق المجاز المشهور على رأى الأكثرين في موضعه ، وله حكمته ؛ لأن موضوع عقد النكاح لا تتأتى فيه المعاطاة التي تغنى عن العبارة اللفظية ، وتقوم مقامها ؛ ولأن الإشهاد لا يكون إلا على لفظ صريح واضح ولو بطريق المجاز ؛ ولأن

(١) هذه الأقوال ملخصة من فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ ،

٢٦٩ ، ٢٧٠ ، ٢٧١ ، ٢٧٢ .

(٢) لقد شدّد الشافعي فقال إنه لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزوج ، ولا ينعقد بلفظ العبة والعطية لأن دلالة هاتين اللفظين على النكاح صريحة ، وغيرهما ليس بهما فيه ، بل هو كناية وإن وجدت قرينة إرادة الزواج .

عقد الزواج فيه معنى العبادة من ناحية ، وله بعض أحكامها ، فإذا ناط الشارع أحكامه بالألفاظ ، بل ببعض الرسوم والأشكال ، فذلك مما يتلأم مع فكرته ، وما يراه الفقهاء من أن فيه ناحية من العبادة . لهذا ولما ذكرنا من أن العشرة الزوجية الأصل فيها التحريم ، والإباحة كانت من الشارع رحمة منه وحفظاً للنوع الإنساني على الوجه الأكمل ، ناطت الشريعة تلك الإباحة ببعض الرسوم والأشكال والألفاظ .

ولمخى العبادة في بعض نواحي النكاح قال بعض الفقهاء إن النكاح لا ينعقد بغير العربية من يستطيعون الكلام بها ، ويفهمونها ، لأن العبادة بغير العربية لا تجوز إلا لمن لا يستطيع النطق بها ولا يفهمها ، ولقد رد ابن تيمية هذا الرأي ، وقال : « إنه (أى النكاح) وإن كان قرينة فإنما هو كالعتق والصدقة ، ومعلوم أن العتق لا يتعين له لفظ لا عربى ، ولا عجمى ، وكذلك الصدقة والوقف والهبة لا يتعين لها لفظ عربى بالإجماع ، ثم الأجمعى إذا تعلم العربية في الحال ربما لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ ، كما يفهم من اللغة التي اعتادنا . نعم لو قيل تكره العقود بغير العربية لغير حاجة ، كما يكره سائر أنواع الخطاب بغير العربية لغير حاجة لكان متوجهاً ، كما روى عن مالك وأحمد والشافعى ما يدل على كراهة اعتياد المخاطبة بغير العربية لغير حاجة » (١) .

١٢. — ولقد ذكر صاحب تهذيب الفروق السبب في التشديد في أن يكون النكاح بألفاظ ، وعناية الشارع الإسلامى بالألفاظ الدالة عليه ، ورجع ذلك السبب إلى أربعة أوجه هي في ذاتها أربع قواعد فقهية نقلها لما فيها من فائدة وأحكام ودقة ، وما هي ذى :

(١) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٧٥ .

الوجه الأول - أن النكاح لا بد فيه من لفظ يشهد عليه فيه أنه نكاح ، لا سفاح ، لأن القاعدة أن الشهادة شرط في النكاح ، إما مقارنة للعقد ، كما قال الأئمة الثلاثة ، أو قبل الدخول كما قال مالك ، وعلى التقديرين لا بد من لفظ .

الوجه الثاني - أن النكاح عظيم الخطر ، جليل المقدار ، لأنه سبب بقاء النوع الإنساني ، وسبب للعفاف الحاسم لمادة الفساد ، واختلاط الأنساب ، وسبب للدواة والمواصلة والسكون ، وغير ذلك من المصالح ، والقاعدة أن الشيء إذا عظم قدره شدد فيه ، وكثرت شروطه ، وبولغ في إبعاده ، تعظيماً لشأنه ، ودفعاً لقدره ، ألا ترى أن المرأة النفيسة في مالها ، وجمالها ، ودينها ، ونسبها ، لا يمكن الوصول إليها إلا بالمهر الكثير ، والتوسل العظيم ، وأن المناصب الجلية ، والرتب العلية كذلك في العادة ، وأن الذهب والفضة لما كانا رموس الأموال ، وقيم المتلفات شدد الشارع فيهما ، فاشترط المساواة والتناجز ، وغير ذلك من الشروط التي لم يشترطها في سائر العروض ، وأن الطعام لما كان قوام البنية الإنسانية منع الشرع بيعه نديئة بعضه ببعض ... لذلك كله شدد الشارع في النكاح ، فاشترط الصداق والشهادة ، وخصوص الألفاظ .

الوجه الثالث - أن الأصل في السلع والعروض الإباحة ، والأصل في العلاقة الجنسية التحريم ، حتى يكون عقد نكاح - والقاعدة أن الشرع يحتاط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الاحتياط في الخروج من الإباحة إلى الحرمة ؛ لأن التحريم يكون لمنع المفسد ، فيتعين الاحتياط للخروج منه ؛ فلا يقدم المسكن على إباحة محل فيه احتمال المفسدة إلا بسبب قوى ، يتطع بزوال تلك المفسدة ، أو يعارضها - أما ما الأصل فيه الإباحة ، فتمنع الإباحة عند طروء المفسدة بما يسر من الأسباب ... ولهذا القاعدة لم (١٦ - نظرية العقد)

يجزئ النكاح بكل لفظ ، بل بما نيه قرب من مقصود النكاح ؛ إذ هو خروج من الحرمه إلى الحل ، وجزاز البيع بجميع الصيغ والأفعال الدالة على الرضا بنقل الملك في العوضين ؛ لأنه خروج من الحل إلى الحرمه .

الوجه الرابع - عموم الحاجة إلى البيع ونحوه ، مع كثرة الوقوع والحصول ، وتكرر العقد عند كل حاجة ، إذ لا غنى للإنسان عن ما كل ومشرب وملبس ومسكن ومركب ، بخلاف النكاح ، فإنه قليل الحصول والتكرار من الشخص الواحد . والقاعدة في الشريعة السمحة التخفيف فيما يعم ويكثر ويتكرر ، والتشديد فيما لا يعم ولا يتكرر ^(١) .

النية والألفاظ

١٢١ - قد بينا أن قوام صحة العقود الرضا ، وأن الارادة هي العامل الأول في تكوين العقد ، وأن اللفظ مجبر عن هذه الارادة ، كاشف عنها ، ولكن أتناط الأحكام بتلك الارادة ، فيبحث عنها من غير تقييد باللفظ المسكون للعقد ؟ أم العبارة بظاهر القول . فيحتمر معلناً عن تلك الارادة من غير بحث فيما وراه للكشف عنها ، وتقصى أغوارها ؟ ولنضرب لذلك مثلاً يحجر المراد ويعينه : إذا طلق رجل زوجته طلاقاً كان مكملًا للثلاث التي يملكها ، فتزوجت بزوجه آخر لا لتدوم العشرة ، ويؤدم بينهما بحياة زوجية ، بل لتحل به الأول ، ويصح له أن يعقد عليها ، أيكون هذا زواجاً صحيحاً ، له كل أحكام الزواج الصحيح الذي لا يقبل فسخاً ؟ لاشك أننا إن نظرنا إلى ظاهر القول ، ولم نلتفت إلى ما وراه ، ولا إلى الدوافع والغايات ، فلا بد أن نحكم بأن النكاح صحيح له كل أحكامه وآثاره ؛ لأن الدوافع والغايات لم يكن في لفظ العقد ما يعارضها

(١) نقلنا هذه الوجوه بتصريف للتوضيح من الجزء الثالث من تهذيب الفروق ص ١٨١ ،

١٨٢ مطبوع على هامش الفروق للقرافي .

ويكشفها ، فهو نكاح غير مؤقت بمقتضى لفظه ، فلا سبب يوجب فساده .
وإن نظرنا إلى النيات المستترة ، والغايات المستكنة المتفق عليها بين طرفي العقد ،
حكماً ما بأنه عقد غير صحيح ؛ لأن العاقدین عقداه على نية الانفصال القريب ،
فهو على هذا عقد مؤقت ، أو بعبارة أخرى لم يرد به العاقدان نكاحاً
بمعناه الشرعي .

من الفقهاء من كان الغالب على فروعه وأصوله الأخذ بظاهر القول من
غير بحث عن النيات والأغراض والمقاصد إلا إذا دل عليها بلفظ يعانها في
العقد ، ومن الفقهاء من أخذ بالنيات والدوافع ، ويفسر ألفاظ العقد على
مقتضى ما تعطيه تلك النيات ، وما تسمى إتيه تلك الأغراض ، فهم لا يفهمون
لفظ العقد بمقتضى الدلالة اللغوية والعرفية فقط ، بل يفهمونه بمقتضى هذه
الدلالة مع غرض المتكلم ونيته ، ما ظهر منها وما بطن ، مادامت هناك قرائن
تكشف عنها ، وتعلنها .

١٢٢ - وأظهر من يأخذ بظاهر العقود وعباراتها المكونة لها من غير
نظر إلى النيات والأغراض الشافعي رضي الله عنه ، فهو لا يأخذ إلا بمقتضى
ظاهر الألفاظ في العقود وما تدل عليه . لأن أحكام الدنيا كلها نيطت بالظاهر
في الشريعة الإسلامية ، فالنيات أمور علمها عند الله ، ولا يجليها إلا يوم يكون
الأمر كله لله ، فالبحث عن النيات والمقاصد الخفية لا يتفق مع المبدأ العام
الذي يقول إن كل الأحكام النبوية تنفي عن الظاهر ، وإنما صل الله عليه وسلم
في أفضيته كان يقضى بمقتضى الظاهر ، وهو الذي أوحى إليه ، وإذا كانت
الأحكام كلها في الدنيا كذلك ، فالعقود كلها لا يؤخذ إلا بما تنطق به عباراتها
من غير نظر إلى النيات خيرة أو غير خيرة ، فإذا كان العقد صحيحاً بمقتضى
ألفاظه وما اشترط فيه ، وما اقترن به ، فهو عقد صحيح من كل الوجوه من
غير نظر إلى كونه ذريعة إلى ربا أو غير ذلك ، مادام العقد لم يقترن بربا ،

ولا بشئ يفسد، والنية يحاسب عليها الديان الذي لا تخفى عليه خافية، وهو بكل شئ محيط.

وكثيرون من الفقهاء قد أخذوا بألفاظ العقود محمولة على النيات مفسرة بها ما دامت قد قامت على تلك النيات قرائن ظاهرة، وشواهد قائمة، أما ما خفي واستسرتة النفس ولم تعلنه فلا يناط به شئ، لأنه لا يمكن العلم به، والله يقول «ولا تنف ما ليس لك به علم» وحجة هؤلاء في الأخذ بالأغراض إن قامت عليها بينات يمكن الاعتماد عليها أن ألفاظ العقود ما كانت لها قوة إنشاء العقود إلا لأنها اخبارات عن النفس، وما يجوز بها من معان، وما تنفعل به من رغبات، وما يخفى في ثناياها من نيات، فلا بد إذن لمسحتها من مطابقة خبرها للحقيقة، فإذا لم تكن الأخبار مطابقة للنيات والأغراض كانت أخباراً كاذبة، فتفقد ما يبط بها من تكوين العقد؛ وإذن فالألفاظ إذا لم تكن متطابقة مع النية والمقصد ومرى العاقد من العقد لا يندأ منها عقد، ولا يناط بها حكم.

١٢٣ - والنيات تنلس ويبحث عنها إذا وجدت أمارات لها كما أشرنا من قبل، وقد فصل ابن القيم ذلك الرأي تفصيلاً محكماً نذكره للقارىء، وها هو ذا: «المتكلم بصيغ العقود إما أن يكون قاصداً للتكلم بها، أو لا، فإن لم يقصد التكلم بها كالتائم والمجنون والمغلوب على عقله لم يترتب عليها شئ؛ لأن أقوال هؤلاء كلها هدر، كما دل على ذلك الكتاب، والسنة، والميزان، وأقوال الصحابة، وإن كان قاصداً للتكلم بها، فإما أن يكون عالماً بغاياتها متصوراً لها، أو لا يدري معانيها البتة، بل هي عنده كأصوات ينطق بها، فإن لم يكن عالماً بمعناها، ولا متصوراً له، لم يترتب عليه أحكامها أيضاً، ولا نزاع بين الأئمة في ذلك، وإن كان متصوراً لمعانيها، عالماً بمدلولها، فإما أن يكون قاصداً لها أو لا، فإن كان قاصداً لها ترتبت أحكامها في حقه ولزمته، وإن لم يكن قاصداً لها، فإما أن يقصد خلافها أو لا يقصد معناها ولا غير معناها،

فإن لم يقصد غير التكلم بها فهو الهازل، وإن قصد غير معناها، فإما أن يقصد ما يجوز له قصده أولاً، فإن قصد ما يجوز له قصده، ولم يكن حكم العقد الذي تدل عليه هذه الصيغة - لم تلزم أحكام هذه الصيغة بينه وبين الله تعالى في كل حال. وأما في القضاء، فإن اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم يلزمه أيضاً؛ لأن السياق والقرينة بينة تدل على صدقه، وإن لم يقترن بكلامه قرينة أصلاً، وادعى ذلك دعوى مجردة لم تقبل منه، وإن قصد بها ما لا يجوز قصده كالتكلم بتكحيت وتزوجت لا يقصد عشرة زوجية غير مؤقتة، بل يقصد تحليلها لمطالقتها الثلاث، وبعث واشترت يقصد الربا وما أشبه ذلك، فهذا لا يحصل له مقصوده الذي قصده، وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه فإن في تحصيل مقصوده تنفيذاً للمحرم، وإسقاطاً للواجب، وإعانة على معصية الله، ومناقضة شرعه، وإعانتته على ذلك إعانة على الإثم والعدوان، ولا فرق بين إعانتته على ذلك بالطريق التي وضعت مفضية إلى الإثم بذاتها كالربا الصريح، وبين إعانتته عليه بالطريق التي وضعت مفضية إلى غيره، واتخذها هو ذريعة، كمن يعقد عقد شراء ليكون ذريعة للربا؛ فالقصد إذا كان واحداً لم يكن اختلاف الطرق الموصلة إليه موجباً لاختلاف حكمه، فيحرم من طريق، ويحل بعيثه من طريق أخرى، فإن العارق وسائل، وهي مقصودة لخيرها، فأى فرق بين التوسل إلى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع، والتوسل إليه بطريق المجاهرة التي يوافق فيها السر الإعلان، والظاهر الباطن، والقصد اللفظ، بل سالك هذه الطريقة قد تكون عاقبته أسلم، وخطره أقل من سالك تلك، كما أن سالك طريق الخداع والمكر عند الناس أمقت، وفي قلوبهم أوضع، وهم عنه أشد نفرة من أتى الأمر على وجهه، ودخله من بابه» (١).

(١) منقول بتصرف وتوضيح قليل من أعلام الموقعين الجزء الثالث ص ١٠٦.

هذا ما ذكره ابن القيم لبيان مذهب الذين يأخذون بمقاصد العاقدين ، دون الألفاظ المجردة وخلصته تنحصر في ثلاثة أمور (أحدها) أن العاقد إن توافق مقصده مع ما تدل عليه في الشريعة الصيغة التي ذكرها معبرا بها ؛ ليتسكون العقد منها ، وفي هذه الحال تلزم العاقد كل أحكام العقد بلا مرأ ، ولا اختلاف نظر ، (ثانيها) أن العاقد إن قصد غير ما تدل عليه عبارة العقد ، ولكن تلك النية بقيت مستسكنة في النفس ، ولم تبرز في الوجود بقرائن تكشف عنها الغطاء . ففي هذه الحالة يدين بنيتة أمام الله ، وأما في القضاء فهو ملزم بأحكام العقد التي تؤخذ من ظاهر القول ، (ثالثها) أن العاقد إن قصد غير ما تدل عليه عبارته ، ووجدت قرينة تعلن مستور هذه النية ، وتكشف عنها الغطاء ، ولم يكن مقصوده أمراً تحرمه الشريعة ، بل تبيحه وتجوزة ، ففي هذه يعامل بما نوى وقصد أمام الله والقضاء ؛ كمن يعقد عقد كفالة ويشترط براءة الأصل ، ففي هذه الحال يكون عقد الكفالة عقد حوالة ؛ لأن النية التي أيدتها قرينة لفظية أو حالية أمر معتبر في القضاء ؛ إذ قامت عليه البيئنة ، وشهدت له القرينة . أما إذا كان ما نواه أمراً لم يبيحه الشارع كمن قصد بالشراء الربا على ما سنبين ، وقامت القرائن على ما قصد ، فقصد رد عليه ، وينسد عقده ، ولا يصح ، ولا تترتب عليه أحكام العقد الصحيح .

١٢٤ - قد بينا المنهيين للذين يؤخذان من مجموع فروع المذاهب المختلفة وأصولها بالنسبة لمقاصد العاقدين بجوار الألفاظ التي تعقد بها العقود ، ونريد هنا أن نذكر ما تميل إليه طريقة الحنفية . يظهر لي ، وكما تفيد الفروع المختلفة في مذهب أبي حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم أن هذا المذهب يميل في جملة إلى طريقة الشافعي ، وهي الأخذ بظواهر عبارات العقود من غير تحرر وتبع للنيات الحنفية ، والإرادات المستسكنة ، سواء أدلت عليها قرائن أم لم تدل .

(١) فتراهم يقولون فيمن تزوج امرأة ليحلها لزوجها الأول الذي طلقها ثلاثاً ، ونوى ذلك هو والمرأة ، ولم يسيرا إليه في العقد ، ولم يشترط ذلك فيه : إن النكاح صحيح ، وتحل لزوجها الأول إن طلقها بعد الدخول ، وانتهاء العدة ، بل إن العاقدين لو اشترطوا في عقد الزواج صراحة أن الغرض من الزواج أن تحل للزوج الأول ، قال أبو حنيفة إن النكاح ينعقد مع الكراهة ، والشرط ليس بلازم ؛ لأنه شرط فاسد ، والنكاح لا تفسده الشروط الفاسدة ، وقال الصاحبان إن النكاح يكون غير صحيح ؛ لأنه في معنى النكاح المؤقت ، ولورود الآثار الاستفيسضة بأن مثل هذا النوع من النكاح فاسد ، وهو سفاح لا نكاح^(١) .

ولاشك أن ذلك كله يدل على أن فقهاء الحنفية لم يأخذوا بالنية والغرض في هذه الجزئية ، وموطن خلافهم هو حال النص على الغرض في ضمن القول المنشئ للعقد ، أيعتبر ذلك النص ، أم يلغى ؟ وليس في اعتباره ، أخذ بالنية أو عدم أخذ بها .

(٢) وتراهم أيضاً جوزوا بيع العينة مع أن غرض المتبايعين فيه التحايل على إباحة الربا وإجازته واستساعته ، وصورة ذلك أن البيع أن اتفق اثنان على المدائنة بالربا ، ويوسطا في ذلك عيماً فيبيع المقرض للمقترض عيماً بأكثر من الدين الذي يريد إقراضه بمقدار الربا الذي يريده ، ويكون الثمن نسيئة ، ثم يبيع المقرض ، وهو المشتري العين لشخص ثالث بمقدار الدين من غير زيادة ، ويتسلم الثمن ، ثم يبيع الثالث العين للدائن ، وهو البائع الأول ، بالثمن الذي أخذها به ، ويتسلم الثمن ، فتتجمل المسألة إلى أن المقرض قد اقترض الدين وحسب عليه أكثر من قدره بمقدار هو ربا في الشريعة الإسلامية ، ولو كانوا يأخذون بالنيات والأغراض والمقاصد من غير أن يعنوا بظاهر الألفاظ ،

(١) راجع شرح الزيلعي على متن الكنز الجزء الثاني ص ٢٥٦ .

لحكموا بفساده ، نعم إن بعض الفقهاء كرهه ، فالإمام محمد كرهه ، وكان يقول : « هذا البيع في قلبي كأنشال الجبال ذميم ، اخترعه أكلة الربا »^(١) ولكن ذلك القول الحار من الإمام محمد ، لم يمنع من أن المذهب اجازته وتساويه صحيحاً .

نعم إن الحنفية حكموا بفساد بيع مما فيه من شبهة الربا ، وذلك مثل أن يشتري شخص شيئاً من الأعيان ، وقبل أن يسلم الثمن يبيعها للبائع بأقل من الثمن الذي اشتراها به ، فقد قالوا إن ذلك البيع فاسد ، ولكن ذلك لا لوجود نية الربا أو عدم وجودها ، بل لأن شبهة الربا^(٢) تفسد البيع ، ومن الغريب أنهم قالوا إن هذه الشبهة زائلة في بيع العينة مع وضوح الغرض ، والربا المقصود

(٣) وقد قالوا أيضاً في مهر السر ومهر العلانية إن العاقدين في الزواج إن اتفقا على مهر في السر ، ولم يوجب ذلك الاتفاق عقد ، ثم جاءوا وعقدوا على مهر في العلن فالمهر ارجب هو مهر العلانية ؛ لأنه هو الذي اقترن بالعقد ، وثبت به الالتزام^(٤) بل إنه إذا تعاقدا الزوجان على مهر في حضرة شهود ثم جردا الزواج بمهر أكبر للشهرة ؛ فالمعتبر الثاني عند أبي حنيفة ومحمد ، لأن الزيادة عن المهر الأول زيادة لازمة ، وقال أبو يوسف المعتبر الأول ؛ لأن الثاني ملغى فلا يلتفت إليه ؛ إذ العقد تم بالأول^(٥) . وترى من هذا أنهم

(١) راجع ابن عابدين الجزء الرابع .

(٢) ولهم في نوجيه الفساد نظر دقيق . قد بينه فتح القدير في الجزء الخامس ص ٢٠٧ ،

٢٠٨ .

(٣) وقد قالوا إن ذلك إذا لم يتفق الزوجان على أن الثاني كان هزلاً أو للسمعة فقط ، فإن اتفقا على ذلك كان الواجب هو مهر السر براضيهما ، لأن الثاني هزل أو في حكمه ، والهزل يؤثر في المعاملات المالية .

(٤) راجع في هذا فتح القدير الجزء الثاني ص ٤٢٤ ، وجمع الأنهر الجزء الأول

ص ٣٥٥ .

لم يلتفتوا إلا إلى ما تدل عليه ظواهر العبارات في العقود ، ولم يتتبعوا النيات والمقاصد والأغراض ، ويتعرفوها ، ويدينوا عليها أحكام العقود ؛ ولذا نقول إن مذهب الحنفية يقارب مذهب الشافعية في جعل الأحكام تابعة لما تدل عليه العبارات من غير تقصص المقاصد والنيات .

١٢٥ - وقد يقول قائل إن مذهب الحنفية قد اشتهرت في فروعه وأصوله قضية ثبت أنه يتجه إلى المقصد والغرض ، وهي تلك القاعدة الذهبية: « العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني » ، ونقول إن تلك القضية قد اشتهر بجوارها قضية أخرى أعمق في معناها ، وأدل على مرماها من تلك ، وهي أقدم نسبة منها ؛ وتلك القضية هي ما جاء في شرح الجامع الصغير : « المعتبر في أوامر الله المعنى ، والمعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ »^(١) وللتوفيق بين هاتين القضيتين نقول إن المراد من المعنى في القضية الثانية النية والغرض والمرمى الذي لم يقترن بالعقد عبارة تنبئ عنه صراحة ، والمراد بالمعنى في الأولى المدلول الذي يفهم من العبارات التي أنشئ بها العقد متضامة متلاصقة غير متنافرة بحيث يشترك كل جزء من العبارة في إنتاج ذلك المدلول ، ولذلك يسوق صاحب الأشباه في تطبيق تلك القضية : « العبرة بالمعنى ، لا باللفظ في العقود » أن الكفالة إذا اشترط فيها براءة الأصيل تكون حوالة ، وإن الحرالة إذا اشترط فيها مطالبة الأصيل تكون كفالة ، وأن الهبة إذا صرح فيها بالعوض عند تكوين العقد تكون بيعاً لا هبة وأن نكاح المطلقة البائنة ينعقد من مطلقها بلفظ الرجعة وأن الرجعة تتم بلفظ النكاح ، يسوق هذا في تطبيق تلك القضية ، كما يسوق في تطبيقها أيضاً عقد البيع بلفظ خذ وأخذت، والإجارة بلفظ هبة المنافع وتعليكها^(٢) .

(١) راجع حاشية الحموي على الأشباه ص ٣٢٠ .

(٢) الأشباه الجزء الأول ص ٣٢٢ .

ومن هذا كله يفهم أن المراد من قاعدة العبرة « للمعاني لا الألفاظ والمباني » هو أنه لا يلتفت في أحكام العقود إلى المدلولات اللغوية أو العرفية مجردة ، بل لا يعنى في الأحكام إلا بالمدلول الذى تدل عليه جملة العبارات فى العقد ، ويصح أن تكون مراداً للتكلم يدل عليه الكلام صراحة ، ولو عن طريق المجاز لا الحقيقة ، أما الدوافع والمقاصد والغايات والمرامى كأن يريد بالبيع التحايل على الربا أو يراد بالزواج إحلالها لمطلقها الثلاث ، وغير ذلك من المقاصد الأولى والغايات الباعثة ، والأغراض الدافعة فذلك ما لا تعرض له تلك القضية .

والخلاصة أن المذهب الحنفى فيما نعلم تتجه فروعه إلى المنهج الذى يتمسك بالفطرية العقود ، لا بالنيات والدوافع — والله سبحانه وتعالى أعلم .

الارادة وآثار العقود

١٢٦ — للارادة التأثير الأول فى إيجاد مجموع الالتزامات التى تنشأ عن العقد عند علماء القانون ، فكما أن إنشاء العقود فى القانون يرجع للارادة الحرة ، كذلك الآثار التى تترتب على العقد تنشأ بهذه الارادة ، فالعقد شريعة المتعاقدين فى القانون بالنسبة لآثاره وكل ما اشتمل عليه ، ما لم يكن مشتملاً على شيء يخالف النظام العام ، فكل ما ارتضاه العاقد من أحكام يكون صحيحاً ، واجب الوفاء ، ولو كان فيه عين فاحش عليه ، ولا عبرة بالتعادل بين العاقدين فيما يختمانه ويغرمانه بسبب العقد ، إنما العبرة بكون الالتزامات نشأت عن إرادة حرة لم يلبس عليها بغش أو تدليس ، فإذا توافرت تلك الارادة ثبتت الآثار التى ارتضاها العاقدان (١) .

(١) راجع كتاب نظرية العقد للأستاذ الكبير الدكتور السهوى بك ، وقد جاء فى هامش صفحة ١٠١ ما نصه « قد لحص ديموج نتائج نظرية سلطان الارادة فى ست : (أولاً) التعاقد ونوعه حرقى حدود النظام العام . (ثانياً) أثر الالتزام هو ما أراد للمتعاقدان . =

أما في الشريعة الإسلامية فالإرادة تنشئ العقد فقط ، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع ، لامن العاقد ، فالعاقد ينشئ العقد فقط ، ولكن لا ينشئ الآثار ، وتأثير إرادته في تكوين العقد وإيجاده ، لا في إعطائه أحكامه وآثاره ، وعلى ذلك تكون مقتضيات العقود كلها من أعمال الشارع ، لا من أعمال العاقد ؛ ولذا يقول الفقهاء عن العقود أنها أسباب جعالية شرعية ، وليست بأسباب طبيعية ، ويعنون بذلك أن تسبب العقود لآثارها ليست باعتبار ما اشتملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط ، بل لذلك ، ولأن الشارع جعل الأحكام الشرعية مترتبة على العقود ، فإفادة البيع نقل الملكية من البائع إلى المشتري ، واستحقاق البائع للثمن ، وغير ذلك من الأحكام ليس ذلك من ذات الإيجاب والقبول وما وراءهما من إرادة العاقدين ورضاهما وتوافق رغباتهما فقط ، ولكن لهذا ، ولأن الشارع جعل ذلك العقد طريقاً لثبوت هذه الآثار ، وتلك الأحكام ، وذلك بأمرين :

(أولهما) إذن عام من الشرع بجعل الرضا طريقاً لإنشاء الحقوق والواجبات ، وانتقالها ، وذلك في الأصل العام في قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » فإله سبحانه وتعالى جعل الأملاك باقية في سلطان أصحابها ، لا تنتقل منهم إلى غيرهم إلا بالتراضي ، فكان ذلك إذناً عاماً يجعل الرضا أساساً في العقود والالتزامات ، وكان ما يترتب على العقود من آثار وأحكام ، إنما هو مستمد من ذلك التقرير - الذي جعل الرضا أساساً للعقود المالية^(١) - ثم أوجب الوفاء بالعقود ، وتنفيذ أحكامها

= (ثالثاً) العبرة بالإرادة الباطنة ، لا بالإرادة الظاهرة . (رابعاً) يفسر القاضي العقد طبقاً لنية المتعاقدين الصريحة والضمنية . (خامساً) لا يجوز تعديل الالتزام إلا بإرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية . (سادساً) لا ينقض الالتزام إلا بإرادة العاقدين . (١) جاء في تهذيب الفروق ما نصه « أن الله سبحانه وتعالى تفضل علي عباده ، فيجعل كل واحد من حق الله تعالى وحق الآدميين موكولاً بما هو منسوب له ثبوتاً وإسقاطاً ، فما هو حق لله تعالى صرف لا ينسكن العبادة من إسقاطه والإبراء منه ، وما هو حق الآدميين =

في قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » فهذه النصين المكرمين
العامين ، قد جعل الشارع للعقود آثاراً والنزاهات تنشأ عنها ، وأساساً تقوم
عليها ، فهي بهذا كانت أسباباً في الالتزام بجملة الشارع كذلك ؛ وإذا كان
ذلك الجعل يتفق مع قضايا العقول ، فلأن كل ما في الشرع يتفق مع ما ينتج
العقل السليم .

(ثانيهما) إن الشارع جعل لكل عقد من العقود الشرعية أثراً له يثبت
إذا توافرت أركانه ، وتحققت شروطه ، وليس للعاقدة أن يفر من أحكام
العقد بعد انعقاده ، إلا إذا تنزل الطرف الثاني عن حقه في التمسك بها ، وتراضياً
على فك عقده ، والتخاوص من التزاماته ؛ وإذا كان لكل عقد شرعي آثاره
الخاصة ، ومقتضاه الذي قرره الشارع له ، سواء أراده العاقد أم لا ، فليس
للعاقدة أن يتخلص من ذلك المقتضى بشرط يشترطه ، قبل العقد أو في أثناءه
مالم يرد إذن من الشارع بذلك ، وإقرار منه له ، سواء أكان ذلك إذناً عاماً
شاملاً أم إذناً خاصاً بإقرار ذلك الشرط بعينه ، وكذلك ليس له أن يزيد
على المقتضى إلا بإذن من الشارع .

١٢٧ - وقضية أن آثار العقود لا تكون إلا بحكم الشارع ، وأن
مقتضياتها وأحكامها إنما يربتها الشارع ، وأن الإنسان عمله في عقد العقد فقط ،
وليس عمله في ترتيب أحكامه - قضية صرح كتب الفقه بها ، فبينتها كتب
الأصول ، وذكرتها كتب الفروع ، معللة بها الجزئيات الخاصة بالأحكام
المختلفة ، وقد جاء في كشف الأسرار على أصول نجر الإسلام البزدوى ما نصه :
« إن العطل الشرعية غير موجبة (١) بأنفسها ، فإن هذه العطل كانت موجودة

= بتسوية وتعليكه ونفضه لا ينقل الملك فيه إلا برضاهم ، ولا يصح الإبراء منه إلا بإسقاطهم ... »
الجزء الأول ص ١٩٧ هامش .

(١) المراد من موجبة مثبتة ، ويدخل في العطل الشرعية العقود ؛ ولذا جاء في الكتاب =

قبل ورود اشرع ، ولم تكن موجبة لهذه الأحكام . . وإنما الموجب للأحكام هو الله تعالى ، إذ له ولاية الإيجاب ، وهو قادر على أن يشرع الأحكام بلا علة ، ولكن إيجابه لما كان غنياً عن العباد ، وهم عاجزون عن درك شرع العلة التي يمكن لهم الوقوف عندها موجبات الأحكام في حق العمل ، ونسب الوجوب إليها فيما بين العباد تيسيراً ، فصارت العلة موجبة في الظاهر ، يجعل الله تعالى إياها كذلك ، أي موجبة لإبانتها ، وفي حق صاحب الشرع اعلام خالصة للعباد على الإيجاب ،^(١) ، ومن هذا المنحى يفهم أن العقود ، وهي داخلة في عموم العلة الشرعية ، كما دل على ذلك السياق من قبل ومن بعد ، لا تنبثق أحكامها بإرادة العاقدين ، بل بحكم الشارع وترتيب تلك الآثار عليها .

وهذه القضية تجرى على أقلام كتاب الفقه على اختلاف مذاهبهم ومناحي اجتهادهم ، وليس هذا عند الحنفية وحدهم ، فالنزالي يقرر أن الله جعل الحل الآهوال أسباباً ظاهرة من بيع وغيره ، ويبين أن نصب هذه الأسباب أسباباً ،

== قبل ذلك عند تعريف العلة « ويدخل في هذا الحد العلة الوضعية التي جعلها الشرع عللاً ، كالبيع الملك والذكاح للحل » .

() راجع كشف الأسرار الجزء الرابع ص ١٢٩١ ، ١٢٩٢ ، وقد جاء في الجزء الثاني منه ص ٦٧٨ في بيان السبب في أن الشارع ناط بعقود المعاملات أحكامها ما يخصه : « سبب شرعية المعاملات تعلق البقاء المقذور بمباشرتها . . . وبيانه ما ذكره المشايخ الثلاثة القاضي الإمام أبو زيد وشمس الأئمة وفضل الإسلام البرهوي رحمهم الله إن الله تعالى خلق هذا العالم ، وقدر بقاءه إلى قيام الساعة ، وهذا البقاء إنما يكون ببقاء الجنس ، وبقاء النفس . بقاء الجنس بالتناسل ، فشرع له طريقاً يتأدى به ما قدر الله عز وجل من غير أن يتصل به فساد ولا ضياع ، وهو طريق الأزواج بلا شركة ، فإن في التغالب فساداً ، وفي الشركة ضياعاً ، فإن الأب متى اشتبه يتعذر لإيجاب المئونة عليه ، وليس للأمم قوة كسب الكفايات في أصل الجلبه — وكذلك لا طريق لبقاء النفس إلى أجلها من غير إصابة الناس المال بعضهم من بعض . وما تحتاج إليه كل نفس لكفايتها لا يكون حاصلها في يدها ، وإنما تتمكن من تحصيله بالمال ، فشرع سبب اكتساب المال ، وسبب اكتساب ما فيه كفاية لكل أحد وهو التجارة عن تراض ، لما في التغالب من الفساد ، والله لا يجب الفساد » .

وجعلها علامات إنما دو بحكم الشارع ، فالشارع هو الذى شرعها ، وهو الذى أعطاهما أحكامها ، وناط بها آثارها^(١) .

ومثل ذلك جاء فى الموافقات للشاطبي^(٢) والفتاوى لابن تيمية^(٣) .

١٢٨ - وقد يقول قائل إن العقود اختيارية رضائية، وأساس الاختيار والرضا أن يكون للعاقدة اختيار حر لآثار العقد وأحكامه، فإذا جعلت الشريعة الإسلامية آثار العقود من اختصاص الشارع لا من عمل العاقدة، كان فى ذلك هدم لأصل الاختيار أو الرضا ؛ وقد أجاب عن هذا القول الشاطبي وغيره بأن موضع الاختيار والرضا فى إيقاع الأسباب بإنشاء العقود ، وإن ذلك مدى واسع للرضا ، وليس بالمدى القصير الضيق ، أما الآثار والأحكام فبترتيب الشارع حفظاً للعدل بين الخاق ، وصوناً للتعاملات عن دواعى الفساد ، ومنعاً للزور فى الصفقات ، وحسباً لمادة الخلاف بين الناس .

ولا عجب فى أن يكون السبب اختيارياً رضائياً من كل الوجوه ، والمسبب ليس بإرادة الشخص فقط ، فإن ذلك جار كثيراً فى أمور الحياة ، كمن يغشى امرأته مخاراً مريداً راعياً مشتتياً ، وهو كاره لأن يكون له منها ولد ، مع علمه بأن هذا يكون من ذلك كثيراً ، وكمن يلقى البذر فى الأرض ، والانبات ليس من عمله بل من عمل الرب ، ومع ذلك لم ينف هذا أن القاء البذر اختيارى رضائى من كل الوجوه ، وإذا كان ذلك واضحاً سائماً بالنسبة للأمور الحسية ، فهو كذلك فى الأمور المعنوية والقولية ، وعلى ذلك يكون معقولاً وسائماً أن تكون العقود الشرعية رضائية اختيارية فى كونها ، وآثارها من عمل الشارع الحكيم^(٤) .

(١) راجع المستصنى الجزء الأول ص ٩٣ .

(٢) راجع الموافقات الجزء الأول ص ١٣١ وما يليها .

(٣) راجع فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٣٦ .

(٤) راجع الموافقات للشاطبي الجزء الأول ص ١٥١ .

هذا هو الأصل العام ، ولكن من الفقهاء من أوجب الوفاء بكل شروط المتعاقدين غير الثابت تحرهما ، ولاشك أن هذا ناشئ عن عدم تشدد في الأخذ بذلك الأصل ، وإن لم تكن مخالفة لإذن الشارع في نظر هؤلاء .

١٢٩ - وإذا كانت هذه القاعدة يقرها الفقهاء عامة ويذكرونها في أصولهم ، فإن الحق والانصاف يوجبان علينا أن نقول أنهم جميعاً ليسوا سواء في التشديد فيها بالنسبة للعود المالية الخالصة ، فإنهم جميعاً ، وإن اتفقوا في التشديد في جعل آثار عقود الإنكحة من عمل الشارع مع احترام الشروط عند البعض ، قد اختلفوا تشديداً وتسهيلاً بالنسبة للعقود المالية ، فترى بعض الفقهاء كابن تيمية مع أنه ممن يقررون تلك القاعدة (١) ، يفهم من كلامه أنه يجعل لارادة العاقد في العقود المالية سلطاناً ؛ وذلك بتغليب القاعدة العامة التي وردت بها الشريعة المحكمة ، وهي وجوب الوفاء بالعقود ؛ وذلك بأن يؤخذ اشخص بكل ما تعهد به في العقد ، وبكل ما التزمه ، ولاشك أن في ذلك تقريراً لسلطان الإرادة في إيجاد الالتزامات الناشئة بالعقد ؛ وفوق ذلك فهناك القاعدة العامة الثانية التي قررها الشرع بإطلاقها الحكم ، وهي الإذن العام بجعل الرضا سبباً لنقل الحقوق وإسقاطها ، وفي الأخذ بهذه بإطلاقها تقرير لسلطان الإرادة في الالتزامات الناشئة بالعقود .

وفي الحق إننا إن أخذنا بتلك القواعد مجتمعة قاعدة الوفاء ، وقاعدة جعل الرضا سبباً لنقل الحق واستعادته ، وقاعدة أن الشارع هو المرتب للحقوق في العقود يتكون من المزج بينها أن العقود تتكون التزاماتها بإرادة العاقد ، ولكن ذلك بإعطاء الشارع ذلك الحكم لها ، وبما ألزم به المسكف من وجوب الوفاء بالعقود ، وعدم خسر العهود وذلك ما يفهمه كلام ابن تيمية .

(١) فهو يقول تقريراً لقاعدة أن آثار العقود من الشارع : « إن الأحكام النابتة بأفعالنا ، كالملك النابت بالبيع ، وملك البضع النابت بالإنكاح ، ونحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا » .

فقد جاء في كتابه العقود والشروط ما خلاصته : « إن العقود إنما رجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقاً ، إلا ما خصه الدليل ؛ على أن إرفاءها من الواجبات التي اتفقت عليها المالم والعقلاء جميعهم ، وأدخلها في الواجبات العقلية من قال بالوجوب العقلي (١) . . . والأصل في العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد ؛ لأن الله تعالى قال في كتابه : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، وقال : « فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه ؛ فدل على أنه سبب له ، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب ؛ فدل على أن ذلك الرصف سبب لذلك الحكم ، وإذا كان طيب النفس هو المبيح للصدائق ، فكذلك سائر التبرعات قياساً بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن ، وكذلك قوله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » لم يشترط في التجارة إلا التراضي ، وذلك يقتضى أن التراضي هو المبيح للتجارة . وإذا كان كذلك التبرع والتجارة ، فإذا تراضى المتعاقدان ، أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله « (٢) وترى من هذه العبارات ما يفيد أن الرضا له سلطان قوى في أحكام العقود وآثارها ، وإن كان ذلك السلطان مستمداً بإذن عام من الشارع الخبير بمصالح الناس .

ولكن إذا كان ذلك نظر ابن تيمية و بعض الحنابلة وبعض المالكية ، فليس هو نظر عامة أهل الفقه ؛ لأن عامة الفقهاء يذكرون أحكاماً خاصة لكل عقد ، ويبينون أنها مقتضاه ويعرضون شروط العاقدين على ذلك المقتضى الذي يقولون أنه بتقرير الشارع ، فما وافقه أقروه ، وما لم يوافقه كان موضع نظر ونقاش ، ولو أننا أخذنا بنظرية سلطان الرضا في أحكام

(١) الفائلون بالوجوب العقلي المعتزلة من علماء الكلام . أما الفقهاء عامة فيرون أنه لا وجوب إلا حيث يوجب الشارع .

(٢) التناوى الجزء الثالث ص ٢٣٩ .

العقود ، لسكان كل شرط صحيحاً لإلزام الوفاء ، مادام لم يخالف أمراً مقررأ في الشرع ، أو نصاً محفوظاً ، أو خبراً مأثوراً ، أو قاعدة مقررة مشهورة (١) .

١٣. -- ولو أردنا أن نحكم على صلاحية تلك الفسكرة للبقاء واتصالها بأصول الشرع ومصادره لحسبنا بأن يؤخذ بها جملة من غير تردد في النكاح ؛ فإن الأسرة لمكانها من الحرمة ، ولما يجب لها من الصيانة ، ولما تستلزمه من القرار والثبات كان الواجب أن يولى الشارع آثار العقد فيها ، ويرتب الأحكام التي تنشأ عنه ، وأن ذلك يدعو إليه الاجتماع ؛ فإن الأسرة يجب أن تقوم على دعائم من القرار والثبات . ولا يصح أن تسيطر فيها الرغبات ، ومن ورائها الشهوات والأهواء الهادمة لنظامها ، الناقضة لبنيانها ، المقوضة لأركانها ، وأن الأهواء إذا تحكمت في العلاقة الزوجية ، وجعلت واجبة الوفاء إذا اشترطت في عقد الزواج (٢) ، صارت الزيجات في البلاد الشرقية كتلك العقود التي تسمى زواجاً مدنياً ، وتسكث في أمريكا وأوروبا ، ويطنى سبلها في المدن اللاهية اللاحبة ، تبرم لساحة خاطفة ، وتنقض لمنها ، فلا أسرة أقيمت ، ولا بيت تسكون ولا ذرية أنبتتها الرعاية الأبوية ذاتاً حسناً ، وما أشبه ذلك الذي يسمى زواجاً مدنياً باتخاذ الأخدان في الجاهلية الأولى ، غير أن هذا فاحشة تنزوى استحياء ، وذلك فاحشة تعلن للأشهاد ، وتسير رافعة رأسها بين العباد .

(١) سنبين ذلك في موضعه عند الكلام على الشروط التي يشترطها العاقد ، وأثرها في العقود ، ولزوم الوفاء بها .

(٢) إذا جعلنا لإرادة العاقد في الزواج سلطاناً في آثاره ، واشترطت فتاة قاهرة ألا تقيم إلا في القاهرة ، ولو كان عمل زوجها في أقصى الصعيد لسكان ذلك للشرط واجب الوفاء وأي زواج ذلك الذي يكون أحد الزوجين مقياً في أقصى البلاد ، والآخر في أدناها !! وأي بيت يتكون من هذين الثريين !! ، وأي رعاية تكون لثمرة هذا الزواج !! ولأجل هذا لا نستطيع أن نأخذ برأى الإمام أحمد بن حنبل في وجوب الوفاء بكل شروط الزوجين . (١٢ - نظرية العقد)

هذا بالنسبة للزواج ، أما بالنسبة للعقود المالية ، فالذى نراه أنه يجب أن يكون لإرادة العاقدين سلطان فى تكوين آثارها ، لأنه لا خطر فى جعل هذا السلطان للإرادة مادام لم يخالف أمراً مقررأ فى الشريعة ثبت بقياس ، أو أثر مشهور ، أو نص قطعى ، فان الله سبحانه وتعالى قد أمر بالوفاء بالعقود والعهود ، ولاشك أن الوفاء بها تنفيذ لآثارها . والعدالة توجب أن يكون للشخص سلطان فيما ينفذه بمقتضى تعهده ، وبمقتضى العقدة التى عقدها ، وفرق بين النكاح والعقود المالية ، فإن الأيضاع الأصل فيها الحرمة ، وتحليلها يكون بتحليل الشارع المصرح ، فكان لا بد من أن يكون السلطان فى آثار النكاح للشارع نفسه . أما المعاملات المالية فهى من الأمور التى تسمى فى لسان الفقهاء الأمور العادية ، والأصل فى هذه الأمور الحل حتى يقوم الدليل على الحرمة ، ولاشك أن الإرادة فى الأمور التى تكون من هذه القبيل لها الشأن الأول بمقتضى الإذن العام فى جعل الرضا أساساً لنقل الحقوق وإسقاطها .

حرية التعاقد وما يجب الوفاء به

١٣١ - نقصد بحرية التعاقد إطلاق الحرية للناس فى أن يعقدوا من العقود ما يرون ، وبالشروط التى يشترطون غير مقيدين إلا بقيد واحد ، وهو ألا تشمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع ، وحرماها كأن يشتمل العقد على ربا ، أو نحوه مما حرمه الشرع الإسلامى ، فإلم تشتمل تلك العقود على أمر محرم بنص أو بمقتضى القواعد العامة المقرر التى ترتفع إلى درجة القطع واليقين ، فإن الوفاء بها لازم ، والعاقد مأخوذ بما تعهده به ، وإن اشتملت العقود على أمر حرمه الشارع فهى فاسدة ، أو على الأقل لا يجب الوفاء بالجزء المحرم منها .

وإن حرية التعاقد بهذا المعنى ليست أمراً متفقاً عليه بين فقهاء المسلمين ، بل هي موضع خلاف طويل ، وأن الأكثرية منهم لا يطلقون تلك الحرية إطلاقاً ، والقلة منهم هم الذين يطلقونها ، ويفتحون أبوابها على مصاريعها ، وذلك الخلاف مبناه الخلاف في التشديد والتساهل في جعل آثار العقود من عمل الشارع ، فقد قال الذين شددوا في جعل كل آثار العقود من الشارع ، أن الأصل في العقود المنع ، حتى يقوم الدليل على الإباحة ، ومع الإباحة وجوب الوفاء ، والذين تساهلوا وجعلوا لإرادة العاقدین سلطاناً في آثار العقود بمقتضى الإذن من الشارع بجعل الرضا ذا أثر في العقود ، جعلوا الأصل في العقود الإباحة ووجوب الوفاء بها ، حتى يقوم الدليل على المنع والتحریم .

وعلى القول الأول نكون مقيدین بعدد العقود التي تذكرها الكتب ، ووردت بها الآثار ، ودلت عليها المصادر الشرعية ، والأدلة الفقهية ، فلم يقم عليه الدليل فهو ممنوع ، والوفاء به غير لازم ، لأنه لا التزام إلا بما ألزم به الشرع ، فلم يرد دليل على وجوب الوفاء فلا وفاء ، فليس للناس إذن على هذا القول أن يعقدوا ماشاءوا من العقود ، إلا إذا وجد من الأدلة الفقهية ما يدل عليه ، ويوجب الوفاء به . أما القول الثاني فبمقتضاه يكون الناس أحراراً في أن يعقدوا ماشاءوا من العقود ، ويشترطوا من الشروط ما يرون فيه مصلحتهم إلا إذا قام الدليل على المنع ، فعندئذ لا يجب الوفاء .

١٣٢ - وقد استدل الذين أخذوا بالقول الأول (١) بأن الشريعة قد رسمت حدوداً ، وأقامت معالم لرفع الحق ، ولتسود المعاملة العادلة بين الناس بلا شطط ، ولم تترك أمر الناس فرطاً بلا ضوابط ولا حدود ، ولا قيود تمنع الظلم والغرر والجهالة المفضية إلى النزاع ، وكل عقد لم يرد به دليل مثبت له من الشرع ، أو لا يعتمد على أصوله الثابتة بلا ريب في ثبوتها فهو تعد

لحدود الشريعة ، وما يكون فيه تمدد لحدودها لا تقره ، ولا توجب الوفاء به .
وأيضاً فإن وجوب الوفاء إلزام من الشارع الحكيم ، ولا يصح أن نفتى في
أمر وندعي أن الشارع ألزم به ، إلا إذا ورد في مصادر الشريعة وأصولها
ما يدل على الإلزام ووجوب الوفاء . ومن ألزم في الشريعة الوفاء بأمر لم يرد في
مصادر ما يوجب الوفاء به فقد حرم حلالاً ، وأحل حراماً ، وذلك افتراء
على الله بالكذب ، وفعل أهل الجاهلية الذين كانوا يجرمون ، ويحلون من
غير علم من الشرع ولا سلطان مبین .

(٢) وقد استدل أيضاً لهذا القول بقول الرسول صلى الله عليه وسلم ومن
عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد ، فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده
الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عند آجاء النص بالإلزام به باسمه ، أو
بإباحة التزامه (٣) ، وأيضاً فقد ورد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف
خطيباً ، فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ، ثم قال : وأما بعد ، فما بال أقوام
يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط (٤) ليس في كتاب
الله فهو باطل ، ولو كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق ،
وإذا كان كل شرط يشترط ، ولم يرد به نص باطلاً ، فما لأولى كل عقد يعقده
العاقدان ، ولم يعلم من مصادر الشريعة أنها تقره ، وتلزم بالوفاء به .

وقد استدل الذين يرون أن الأصل في العقود الإباحة لا المنع ، وأن كل
عقد واجب الوفاء إلا ما قام الدليل على منعه (١) بما ورد في القرآن الكريم
من وجوب الوفاء بالعقود من غير تيمين ، فكل ما يصدق عليه أنه عقد ،
فهو واجب الوفاء بمقتضى نص القرآن ، وقد أثبت القرآن أن كل تجارة
يوجد فيها الرضا فهي مباحة تثبت لكلا الماقدنين حقوقاً مالية ، فكل ما يطلق

(١) راجع الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم الجزء الخامس ص ٣٢ .

(٢) ينسب المخالفون الشرط الذي ليس في كتاب الله بالشرط الذي يخالف نصاً

في الكتاب .

عليه اسم التجارة من العقود يجب الوفاء بما يشتمل عليه من التزام ، بالنص وكل ما يشبه التجارة واجب الوفاء أيضاً بمقتضى القياس عليها مادام قد تحقق مناط الجواز ، وهو الرضا ؛ لأنه علة الوفاء ، والمعنى الذى من أجله كان الإلزام والإلتزام فى العقود . وآيات القرآن الكريم الواردة فى وجوب الوفاء بالعهود كثيرة متضافرة فى المعنى ، ومبينّة أن الغدر ليس من الإسلام ونقيض أخلاقه وخروج عن مبادئه ، وليس العقد بين العاقدين إلا عهداً قد قيدت بأحكامه ذمتهما ، وهو غل فى أعناقهما ، فالوفاء به ، وتنفيذ موجباته من نوع الوفاء بالعهد ، والامتناع عن تنفيذ ما اشتمل عليه خيس فى العهد لا يتفق مع مبادئ الأخلاق التى يدعو إليها الدين ، ومع احترام العهود الذى يلزم به . وكيف لا يكون الوفاء فى العقود مطلوباً ١١٩ والآثار متضافرة عن الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، توجب الوفاء بالعهد ، وعدم خسر الذمة ، وتقييح الغدر ، وإيسر الامتناع عن تنفيذ ما أوجبه العاقد على نفسه كيفما كان عقده ، ومهما يكن وصفه ، وموضوعه إلا من باب الغدر ، فالوفاء بكل عقد واجب ، ولو لم يرد به نص ، مادام لم يشتمل على أمر حرمه الشارع ونهى عنه (١) .

(٢) وقد استدل أيضاً لإثبات أن الأصل فى العقود وجوب الوفاء بها إلا ما قام الدليل على ضد ذلك بأن العقود من الأفعال التى تسمى فى لسان الفقهاء بالعادات ، وليست من العبادات ، والعادات ينظر فيها إلى علالها (٢)

(١) راجع رسالة العقود والمروط لابن تيمية الجزء الثالث من الفتاوى ص ٣٣٣ ،

٣٣٤ ، ٣٣٥ .

(٢) عقد الشاطى فضلاً فى الموافقات يثبت فيه أن الأمور التى تعتبر من العادات لا من العبادات يتجه فيها إلى المعانى والعلل ، ويتوسع فيها ، ولا يقف المسكف عند النص ، بل يثبت الحكم فى كل ما يتحقق فيه علته ، ويثبت مناطه ، ولتقتبس منه قبة تضىء الموضوع ، فقد قال : « ان الأصل فى العادات الالتفات إلى المعانى لأمر : (أولها) الاستقراء ، فإننا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد ، والأحكام العادىة تدور معه حيثما دار : فترى الشىء مالمواحد يمنع فى حال لانهكون فيه مصلحة ، فإذا كان فيه مصلحة جاز كالدرهم بالدرهم إلى أجل =

ومعانيها لا إلى النصوص والآثار ، فليست عبادة يتعبد بها ، بل أحكامها معجلة بمصالح الناس ، وإقامة العدل بينهم ، ودفع الفساد ، فلا يقف المكلف عند النص ، بل كل ما يتحقق فيه العلة يتعدى إليه الحكم ، وقد ناط الشارع الحكيم نقل الحقوق وإسقاطها بالرضا ، فكل عقد يتحقق فيه الرضا ، وفيه نقل حق أو إسقاط حق ، فهو واجب الوفاء ، ولو لم يرد به نص صريح مبيح ، ملزم الوفاء به ، لتحقق العلة فيه .

(٣) وما يستدل به لهذا الرأي أيضاً أن كثرة الفقهاء ، وأن كثرة أصحاب المذاهب المشهورة يقررون أن الأصل في الأشياء والمعاملات العادية ، وما لا يتعلق بالأبضاع الحل لا الحرمة^(١) ، ولا شك أن عقود المعاملات المالية من ذلك الصنف ، فكان الأصل في الإقدام عليها الإباحة ، فباح للشخص

== متم في اليمين ، ويجوز في القرض ، يمتنع حيث يكون ربا ، ويجوز إذا كان فيه مصلحة راجحة ولم نجد هذا في باب العبادات مفهومًا كما فهمناه في العادات ... (والثاني) أن الشارع توسع في بيان العلل والحكم في تشريع باب العادات ، كما تقدم تنذره ، وأكثر ما علل فيها بأوصاف المناسب الذي إذا عرض للعقول تلقنه بالقبول ، ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيها اتباع المعاني ولا الوقوف مع النصوص ، بخلاف باب العبادات ، فإن المعلوم منه خلاف ذلك ، وقد توسع في هذا القسم مالك رحمه الله ، حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة ، وقال فيه بالاستحسان ونقل عنه أنه تسعة أعشار العلم .

(والثالث) أن الالتفات إلى المعاني قد كان معلوما في الفترات التي لم يكن فيها رسل ، واعتمد عليه العقلاء ، حتى جرب بذاتك مصالحهم ، وأعملوا كتابتها عند الجملة ، فاطردت لهم سواء في ذلك أهل المحكمة الفلسفية وغيرهم ، إلا أنهم تصرّوا في جملة من التفاصيل ، لجأت المشريعة لتتم مكارم الأخلاق ، فدل هذا على أن المشروحات في هذا الباب جاءت متممة لجرىان التفاصيل في العادات على أصول المهورات . ومن ههنا أقرت هذه الشريعة جملة من الأحكام التي جرت في الجاهلية ، كالدية والقسامة ... والقراض ... وأشياء ذلك مما كان عند أهل الجاهلية محمودا وما كان عندهم من محاسن العادات ومكارم الأخلاق التي تقبلها العقول ، وهي كثيرة ، اه المراد .

راجع المواقفات الجزء الثاني ص ٢١٤ .

(١) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث فصل العقود والشروط ص ٣٣٤ .

بمقتضى ذلك الأصل أن يباشر من العقود ما يرى فيه مصلحته ، وما يحقق رغبته ، وإذا كانت العقود كلها مباحة للشخص ، ولو لم ينص عليها ، ولم ترد في المصادر الفقهية ، فالوفاء بها لازم ؛ لوجود الإذن العام بجعل الرضا أساساً لإثبات الحقوق ، وأساساً لتقلها ، وأساساً لإسقاطها . ولوجود الإلزام العام بالوفاء بالعقود ، واحترام العقود ، وعدم الغدر ، ولقد فصل الشارع ما حرم ، فتحریم العقود التي لم يرد ما يدل على تحريمها تحريم ما أحل الله سبحانه وتعالى ، وتمهجم على شرعه من غير علم ولا سلطان مبین .

١٣٣ - هذه خلاصة موجزة أشد لا يجاز لأدلة الرأيين^(١) ، وحجج الفريقين ، ويقول ابن تيمية إن القول بالمنع ، حتى يقوم الدليل على الإباحة ، هو قول أهل الظاهر ، وكثير من أصول أبي حنيفة تغني عن هذا ، وكذلك كثير من أصول الشافعي ، وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد ، فإن أحمد قد يعلل أحياناً بطلان العقد بكونه لم يرد به أثر ولا قياس ، كما قاله في إحدى الروايتين في وقف الإنسان على نفسه ، وكذلك طائفة من أصحابه قد يعلون فساد الشروط بأنها تخالف مقتضى العقد ، ويقولون : ما خالف مقتضى العقد فهو باطل^(٢) ، اهـ . هذا ما حكاه ابن تيمية ، والمتنبع لعبارات الفقهاء في الكتب المذهبية المختلفة يصدق ما نقله ذلك السكاتب الفقيه العظيم ، وهنا يحول بالخاطر سؤال يبيلب النفس ، ويشير الحيرة ، أتذف الشريعة في نظر أولئك العلية من العلماء جامدة فتحكم بالبطلان على كل ما يجد في شئون المعاملات من عقود وشروط ؟

(١) من أراد الرجوع إلى أدلة الرأيين مفصلة فليرجع إلى الجزء الخامس من الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم ، وإلى كتاب الشروط والعقود في الجزء الثالث من فتاوى ابن تيمية .

(٢) كتاب الشروط والعقود من فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث من ٣٢٣ .

إن الصفقات التجارية قد اتسع أفقها ، وتشعبت أنواعها ، وتنوع بحسب
العرف التجارى ما يستلزمه العاقدون ، حتى وجدت عقود لم تكن ، وتفنى
الناس فى الشروط تفنينا باعد ما بين العقود ، وأصولها المذكورة فى كتب الفقه
ولو حكمنا ببطلان تلك العقود ، وفسادها تيمك الشروط لصار الناس فى حرج
وضيق ، ولشلت الحركة فى الأسواق ، ولتقطعت العلاقات التجارية بين الناس ،
ول لتقطعت الأسباب ، فلا تنمو ثروات آحاد الناس ، ولا تنمو ثروة
الجماعات !! ذلك ما يجول فى الصدور عند ما يقرأ القارىء أن جمهور الفقهاء
يحرمون العقود والشروط إلا ما نص عليه أو أثبتته المصادر الفقهية بشكل
عام ، ولكن القارىء الممعن فى تفهم ما يقرأ الذى لا يكتفى بالسطور ، حتى
يتغلغل فيها وراءها يرى أن ذلك الرأى الغالب على أولئك السابقين من أهل
الفقه ، لا يودى إلى تضيق المعاملات على الناس ، لأن الكثرة من أولئك الذين
منعوا الوفاء بالعقد ، حتى يقوم الدليل ، قد وسعوا فى الأدلة المثبتة لجواز
العقود ، حتى وسعت تلك الأدلة كل ما تجرى به المعاملات أو أكثره ، حتى
لا يكون الناس فى ضيق ، فأكثرهم يقرر بحدس أو كل الأصول الآتية :

(١) أصل المصالح المرسله فإنها تثبت أن كل ما فيه مصلحة غير محرمة
يحميه الشارع .

(٢) وأصل الاستحسان .

(٣) وقاعدة أن ما يجرى به العرف يقره الشارع ما لم يسكن
مصادمه لنص .

١٣٤ - هذه الأصول لو أخذنا بها أو ببعضها وطبقناها فى العقود لوجدنا
الأكثرين من الفقهاء قد فتحوا الباب ، ولم يضيقوا واسعاً على الناس ، وهم
يتقاربون بهذا ممن يقولون أن الأصل فى العقود الإباحة حتى يقوم الدليل ،

وبذلك تخف حدة الخلاف ويهون الفرق. ولنعرف كل أصل من هذه الأصول بكلمة ونشير إلى تطبيقه على العقود.

ولنبداً بقاعدة العرف وإقرار الشارع لما يجري به؛ فإن تلك القاعدة تفيد في موضوعنا هذا بنص صريح؛ وهي من جهة ثانية مقررة مشهورة في كتب الحنفية وفتاويهم. فالعرف أصل ثابت عندهم، فلقد صرح في المبسوط بأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص، وجاء في شرح الأشباه للبيري أن الأمر الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأن العرف يعتبر من الدلالات الشرعية اعتماداً على الأثر: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»،^(١) ولقد يذكر الفقهاء قوة العرف لاني لإثبات الأحكام الشرعية فيها لادليل له سواه، بل يذكرونه في مقام معارضته لغيره من الأدلة الشرعية وعدم معارضته، فيذكرون أن العرف لا يعارض النص، بل يسقط العرف بجوار النص، ولكن العرف يعتبر إذا كان الدليل الذي يعارضه قياساً^(٢)، ويذكرون في هذا المقام أن العرف عام وخاص، وأن العرف العام هو الذي يثبت في سائر البلاد، والعرف الخاص يثبت في بعضها دون بعض، وكلاهما له أثر في الأحكام، على حسب قوته، فالعرف العام لسكل البلاد يثبت أحكامه لسكناها والخاص ببلدة واحدة يثبت حكمه على تلك البلدة فقط^(٣). ولكن العرف الذي يصح أن يكون معارضاً لأدلة الفقه الأخرى، هو العرف العام^(٤) فقط، أما العرف الخاص، فهو لا يؤخذ به إلا فيما إذا لم يكن في موضوعه أي دليل فقهي سواه، ولقد أثبتوا بناء على أن العرف دليل

(١) راجع رسائل ابن عابدين الجزء الثاني ص ١١٥. والأشباه الجزء الأول ص ١٢٦

وما يليها.

(٢) رسائل ابن عابدين.

(٣) رسائل ابن عابدين الجزء الثاني ص ١٣٢.

(٤) رسائل ابن عابدين الجزء الثاني ص ١١٦.

شرعى ، وأن ما يثبتته العرف يقره الشرع ما لم يمكن نص يخالفه - صحة عقد الاستصناع ، لأن التعامل جرى به بين الناس كما أثبتوا صحة كل شرط ليس من مقتضى العقد ، ولم يرد به أثر ، وفيه منفعة لأحد العاقدين ، وجرى به عرف ، وجعلوا سبب الحكم بصحته جريان العرف .

ولم يكتف الحنفية بجعل العرف له ذلك الأثر ، بل جعلوا أحكام مذهب أبى حنيفة وأصحابه قابلة للتجديد ، بجعل العرف ذا أثر فى تغييرها ، بمعنى أنه إذا ثبت أن الحكم فى مذهب أبى حنيفة بمقتضى المروى الصحيح فى كتبه مخالف للعرف العام ، ولم يكن معتمداً على نص صريح ، صح للمفتى على مذهب الحنفية أن يخالف المنصوص عليه فى المذهب ، ولا يعتبر خارجاً فى فتياه عن نطاق ذلك المذهب الجليل ، فترى ابن عابدين يقول فيما إذا خالف العرف ما جاء فى ظاهر الرواية^(١) : « اعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح النص ، وهى الفصل الأول^(٢) ، وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأى ، وكثير منها يبنى عليه المجتهد على ما كان فى عرف زمانه ، بحيث لو كان فى زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولاً .

ولهذا قالوا فى شروط الاجتهاد أنه لا بد من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان ، لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو فساد أهل الزمان ، بحيث لو بق الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس . ولخالف قواعد الشريعة المبينة على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ، لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام ، ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة ، بناها على ما كان فى زمانه ؛

(١) هى الكتب التى روى فيها الإمام محمد مذهب أبى حنيفة وأصحابه .

(٢) أى الفصل الذى لا يعتبر فيه العرف ، لأنه يكون معارضاً للنص

لعلهم بأنه لو كان في زمنهم لقال ما قالوا أخذاً من قواعد مذهبه ، فمن ذلك إفتاؤهم بجواز الاستتجار على تعليم القرآن ونحوه ، لانقطاع عطايا المعلمين التي كانت في الصدر الأول ، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة لضاعوا وضاع عمالهم ، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة لضاع القرآن والدين ، فأفتوا بأخذ الأجرة عليه ، وكذا على الإمامة والأذان ؛ مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد من عدم جواز هذا الاستتجار وأخذ الأجرة عليه^(١) ويقول فيما يجب على المفتي الإفتاء به :

« فمذا كله وأمثاله دلالة واضحة على أن المفتي ليس له الجود على المنقول في كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان وأهله ، وإلا يضيع حقوقاً كثيرة ، ويكسر ضرورة أعظم من نفعه »^(٢) .

ومن هنا كله يستفاد أن العرف دليل شرعي عند الحنفية يثبت أحكاماً في كل موضع خلا من دليل غيره على حكم فيه ، بل إنه يعارض القياس ، ويعتبر دونه إذا كان عاماً ، وعلى ذلك نقول : إن كل العقود التي يقرها عرفنا الحاضر كشركات المساهمة ، وغيرها بما أوجده التعامل في العصر الحاضر هي عقود شرعية يقرها فقه أبو حنيفة ما دامت لم تخالف نصاً في الشرع ، ويكون هذا من تقرير حرية التعاقد ، وإرسالها غير مقيدة إلا بالعرف .

١٣٥ - ارجع رسالة : ولنتنقل بعد ذلك إلى الأصل الثاني الذي يفتح لنا الباب لحرية التعاقد وهو الاستحسان ، وقد أنكر ذلك الأصل الشافعي ، ومن نحائمه في الأصول والفروع ، وقال من استحسان فقد شرع ، يقصد

(١) راجع رسائل ابن عابدين الجزء الثاني ص ١٢٥ ، ١٢٦ .

(٢) الرسائل الجزء المذكور ص ١٣١ . وإنا نوصي كل طالب لفقهاء أبي حنيفة أن يقرأ

رسالة العرف منه ، فهي من أب الفقه وصميمه

بذلك أن من أفتى باستحسانه ، فقد جعل نفسه شارعا لا مجتهدا ، والشارع
في نظر الشريعة هو الله وحده ، ولكن أخذ بالاستحسان أبو حنيفة وأصحابه ،
وما لك حتى أنه يروى عنه أنه قال :

« تسعة أعشار العلم الاستحسان ، وقد اختلفت عبارات الفقهاء في بيان
حقيقة الاستحسان الشرعية ، فقال بعضهم إنه ما يستحسنه المجتهد بعقله من
غير أن يوخد نص يعارضه أو يثبت ، بل يرجع فيه إلى الأصل العام ، وهو
جريان المصالح التي يقرها الشرع ، وقال بعضهم إن الاستحسان هو الدليل
الذي ينقذ في نفس المجتهد ولا يقدر على إبرازه وإظهاره ، ولا يكون
في موضوعه دليل نافي أو مثبت ، وأحسن تعريف للاستحسان عند الحنفية ،
ما قاله أبو الحسن الكرخي ، وهو أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسألة
بمثل ما حكم به في نظائرها ، إلى خير ؛ لدليل أقوى يقتضي العدول عن الدليل
الأول المثبت لحكم هذه النظائر ، ويدخل في عموم هذا التعريف ما يقوله
بعض الفقهاء من أن الاستحسان هو القياس الحنفي^(١) ، وفي الحق أن تعريف الكرخي
يحتاج إلى بعض البيان . ولذلك نقول كلمة موجزة في بيانه ، وذلك أن القياس ،
(وهو الحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه لعلامة جامعة بينهما)
يقتضي الاطراد ، وشمول كل الجزئيات ، فهو يسرى بحكمه على كل أمر
تحققت فيه العلة التي من أجلها شرع الحكم ، وقد يكون في الاطراد والعموم
ما يؤدي إلى ضرر في بعض الجزئيات ، وفوات غرض الشارع ومرماه العام
إذا طبقنا القضية الكلية التي اقتضاها القياس ، فالمتبع لأحكام الشريعة يجد

(١) راجع في هذا المستصفي للفرالي الجزء الأول ص ٢٧٤ وما يليها ، وكشف الأسرار
على أصول نثر الإسلام الجزء الرابع ص ١١٢٣ . وقد عرف الاستحسان في مذهب مالك
بأنه الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي ، وقال ابن العربي في أحكام القرآن إن
الاستحسان هو العمل بأقوى الدلائل

مثلاً أنها بينت أن مبادلة التقدين تقتضى القبض فى المجلس ، وإلا لم يصح العقد . فلو عمنا مقتضى هذه القضية ، وقايسنا فى كل ما تحقق فيه علتها ما صح القرض ، ولكن عدم صحته يوقع الناس فى ضيق و حرج ، ويدى يؤدى إلى الشح ، وعدم معاونة الموسر للمعسر باعطائه وانتظاره إلى ميسرة ، وإن من أغراض الشارع العامة إيجاد أسباب التعاون ، ووصل أسباب المودة ، والتعاطف بين بنى الإنسان ، ولذلك شرع القرض ، وأبيح وأقر المتعاقدان عليه ، مع أنه فى مؤداه ليس إلا مبادلة تقدين ، قد فات فيها التقابض فى المجلس .

وهكذا يقال فى كثير من العقود التى كان أطراد القياس يوجب منعها ، وأجازها الاستحسان عند الحنفية ، كالمزارعة والمساقاة ولذلك يقول الشاطبى فى الموافقات : « إن مقتضى الاستحسان الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس ، فإن استحسن لم يرجع إلى مجرد ذاته وتشبيهه ؛ وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع فى الجملة فى أمثال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التى يقتضى فيها القياس أمراً ، إلا أن ذلك الأمر يؤدى إلى فوت مصلحة من جهة أخرى ، أو جاب مفسدة كذلك ،^(١) واقدم بالغ بعض فقهاء المالكية فى الاستحسان حتى قال إنه عماد العلم ، وإن المغرق فى القياس يكاد يفارق السنة .

من هذا يتضح معنى الاستحسان الذى يعده الحنفية والمالكية أصلاً من أصول الفقه الإسلامى ، وإنا لو طبقناه وسرنا سير الأقدمين فيه ، وفتحنا أبوابه فى العقود لوسع كل ما تقتضيه المعاملات من العقود التى لم يرد نص صريح قاطع بتحريمها كالعقود الربوية ، فما لم يكن العقد ربا صريح فالاستحسان متسع له ، لأن الاستحسان أصل يؤخذ به عند عدم معارضة النص القاطع . فما لم يوجد نص ، وكان فى أطراد القياس نفويت المقصد من

(١) راجع الموافقات الجزء الرابع من ١١٧

مقاصد الشارع العامة ، فلا استحسان يوجب مخالفة القياس إلى ما يحقق مقصد الشارع ورفع الحرج ، ولا شك أن في اطراد القياس منع عقود جرى تعامل الناس بها ، وإن لم ترد في الفقه الإسلامي حرجاً شديداً ، وتضييقاً على الناس في أمر لهم فيه متسع .

١٣٦ - المصالح المرسنة : ولنتقل بعد هذا البيان الموجز عن الاستحسان إلى الأصل الثالث الذي يوسع باب شرعية العقود ووجوب احترامها وهو المصالح المرسنة ، ويسمى في عرف بعض الأصوليين الاستصلاح ، وهو صنو الاستحسان ، وقريب منه في مرماه وإن كان هو أوسع شمولاً . ومنه الأخذ بكل أمر فيه مصلحة يتلقاها العقل بالقبول ، ولا يشهد أصل خاص من الشريعة بالغائها أو اعتبارها ؛ وإن الأخذ بذلك الأصل واعتباره أصلاً من أصول الفقه الإسلامي موضع خلاف بين الفقهاء ، والأخذون به أقل عدداً من الأخذين بالاستحسان والعرف ، فلم يأخذ به سوى مالك من الأئمة الأربعة ، وحمل عليه إمام الحرمين والغزالي حملة شديدة . وملخص الاحتجاج لرفضه ينتهي إلى ثلاثة أمور (أحدها) أن الأخذ بمبدأ المصالح ، ولو لم يشهد لها دليل خاص من الشارع يفتح باب الهوى والشهوة ، فيكون كل ما يشتهيه الشخص ويرغبه مصلحة يلجئ إليها حكم شرعي بالإباحة والإقرار ، وذلك يؤدي إلى المفساد والبوار .

(وثانيها) أن المصالح المرسنة تختلف باختلاف البلدان وباختلاف الأقاليم ، وباختلاف الأشخاص ، بل باختلاف أحوال الشخص الواحد ، فإذا جعلنا كل مصلحة تقتضي حكماً يناسبها ، فقد تناقض أحكام الشيء الواحد في الشريعة الإسلامية ، وتتضارب ، فيكون مرة حلالاً ، ومرة حراماً ، وذلك لا يجوز في الشرع .

(وثالثها) أن المصلحة التي تناط بها أحكام الشريعة هي المصلحة التي تكون فيها المحافظة على مقصود الشارع، ومقصود الشارع أن يحفظ على الخلق دينهم، وأنفسهم وعقولهم، ونسلهم، وأمواهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة، وما كان داخلًا في ضمن هذه الكلية فالحكم فيه قياسي، أما الحكم بمقتضى المصالح المرسله المطلقة عن التقيد بهذه الكليات الخمس، فهو تخييل وقد يكون هوى فلا عبرة به في نظر الشارع الإسلامي.

وقد أجاب الذين أخذوا بالمصالح المرسله، وعدوها أصلاً، عن الدليل الأول والثالث بأن المصلحة المرسله التي يعتد بها هي التي تكون ملائمة في الجملة لأغراض الشارع، وإن لم يشهد لها أصل خاص، وبذلك يتهدد الهوى والنشوى عن الشرع، والإفتاء فيه، ومن جهة ثانية، فالذي يفنى بالأخذ بالمصلحة المرسله هو المجتهد، وهو يوازن بين الغايات والمراجى الشرعية وقرب المصلحة منها وبعدها عنها، وفي ذلك حصانة المصلحة من غلبة الشهوة والهوى المؤديين إلى الفساد. وأجابوا عن الدليل الثاني (وهو أن الأخذ بهذا الأصل يؤدي إلى اختلاف الأحكام باختلاف الأشخاص) بأن هذا لا يعيب الشريعة، بل يدل على مرونتها، وفي تلك المرونة القوة وصلاحتها لكل زمان ومكان، ويقاؤها ودوامها؛ لأنها تحقق كل مصالح الناس، وترفع عنهم كل ضرر وضرار من غير أن تمس أصولها بتغيير أو تحريف.

هذه خلاصة موجزة أشد الإيجاز في بيان بعض أوجه النظر في ذلك الأصل، وإذا كان الآخذون به قلة بين الفقهاء فحسبهم أنه على رأسهم إمام دار الهجرة مالك رضي الله عنه. وإن في الأخذ بذلك الأصل فتحاً لباب التعاقد واحترامه إذا تحققت فيه مصلحة مهما تكن ما دامت متلائمة مع أغراض الشارع؛ أو غير منافية لمرامه.

هذه الأصول الثلاثة لو أخذنا بها كلها ، أو أخذنا ببعضها ، بل لو أخذنا بأحدها ، وهو العرف لكان وحده كافياً لفتح باب التعاقد على امصراعيه ، وإطلاق الحرية للمتعاقدين ، وما ساع لأحد أن يحكم بأن الفقهاء قد ضيقوا حرية التعاقد ، وغلقوا أبوابها فإن أقوال الفقهاء يجب أن تفهم على مقتضى أصولهم جميعاً ، باعتبارها وحدة متماسكة الأجزاء يتمم بعضها بعضاً ، ويكون منها بيان متناسق الأركان ، ثابت الدعائم . ولا يصح أن يؤخذ أصل من غير نظر إلى غيره ، فقد يكون فيه شدة يلفظها غيره من الأصول ، وقد يكون رخواً فيحتاج إلى أصل صلب يطوى عليه ؛ ليكون فيه نفع للعباد ، ودفع للفساد .

الشروط المقرنة بالعقود

١٢٧ - هذا جزء من حرية التعاقد ، وهو متمم لبحثها ؛ فإن الذين يفتحون باب التعاقد على امصراعيه غير مقيدية إلا بدليل من الشرع مانع يفتحون أيضاً باب الشروط في العقود ، فيجملون للعاقدين أن يشترط في أثناء تسكين العقد ما شاء من الشروط ، والذين يقيدون باب التعاقد ، ويستمسكون بمقتضيات العقود التي أقرها الشارع ، والآثار التي اعتبرها لا يعدونها ، لا يحترمون من الشروط إلا ما يتفق مع مقتضاها ، وقد ألمعنا إلى شيء من ذلك عند الكلام في حرية التعاقد ، وهنا نريد أن نفصل بعض التفصيل هذا الجزء ، فإن الإشارة إليه ليس فيها غناء عن بيانه :

إن الشريعة لا تعطى حمايتها لكل الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم بل تعطى تلك الحماية لما يلائمها من الشروط ، ونمنعها مما يخالفها ، ومثلها في ذلك المنع مثل القوانين الحديثة في معادمتها للشروط المخالفة للنظام العام . فهي لا تمنحها الحماية ، ولا تجيز للمحاكم رعايتها ، بل تعتبرها جريئة في كثير من الأحوال .

ولكن ما الضابط للشروط المحللة السائغة ، والشروط غير السائغة في الشريعة ؟ الذى يستنبط من أقوال الفقهاء أنهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة مذاهب : فذهب أكثر فقهاء الحنفية والشافعية ، والمالكية أن كل شرط يخالف الشرع الشريف . أو يزيد على مقتضى العقد الذى اشترط فيه من غير ورود أثر به - شرط لا يقره الشرع ولا يراه ، كأن تشترط المرأة فى الزواج ألا يتزوج عليها ، أو لا ينقلها من بلدها ، فقد قال هؤلاء الأئمة إن هذا الشرط لا يقتضيه عقد الزواج ، بل هو زائد على ما يوجب ذلك العقد من التزام ، فلا يقر ولا يلتفت إليه .

وأصول كثيرين من الحنابلة على أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على أنهى عنه ، وعلى عدم اعتباره ، فهو ملازم يجب الوفاء به من غير تقييد بمقتضى العقد ؛ وذلك لأن الناس عند شروطهم . وعليهم رعاية عقودهم ، وإن نكثوا وحاولوا التحلل من قيودها حملهم القضاء على الوفاء به ؛ ولذا أوجب الحنابلة الوفاء بالشروط التى تصحب عقد الزواج ، كأن تشترط المرأة ألا يتزوج عليها وألا ينتقل من بلدها أو دارها ، ويجوز لها فسخ النكاح إذا تزوج عليها ، وأجازوا اشتراط أن يأخذ البائع الجارية بثمنها الذى بيعت به إذا اشترط عند بيعها ألا يبيعها لغيره ، كما أجازوا اشتراط البائع سكنى الدار المبيعة سنة ونحو ذلك ، وهكذا نرى كثيرين من الحنابلة قد فتحوا باب الشروط فى العقود من غير قيد ولا شرط إلا شرطاً واحداً ، وهو ألا يخالف الشرط شيئاً فى كتاب الله سبحانه وتعالى أو فى سنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، أو يثبت من قواعد الشريعة العامة المنع فيه .

وقال الظاهرية إنه لا يعتبر من الشروط إلا ماورد النص بإثباته ، وقام الدليل على وجوب الوفاء به ؛ لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال تعاقدين وإرادتهما ، ولكن مما يرتبه الشارع على أقوالهم ، ويحكم (١٨ - نظرية العقد)

بأنه أثر لتصرفاتهم ، فما لم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التي يشترطها العاقدان لا يلتفت إليها ولا يحكم لهما بأثر ، ولا تنال قوة التنفيذ تحت سلطانه .

١٢٨ - وترى من هذا أن الخلاف في حرية الاشتراط عند التعاقد هو جزء من الخلاف في حرية التعاقد نفسها ، ثم إن الحنابلة والظاهرية يقران في هذا المقام على طرفي نقيض ، أولئك يبيحون كل شرط لم يثبت في الشرع نهى عنه ، وهؤلاء ينفون كل شرط إلا ما قام الدليل على إجازته ، ودلائل الفريقين لا تخرج عما سبقناه من استدلال في موضع النزاع في حرية التعاقد ؛ فلنكتف بما سبقناه هناك توخيّاً للإيجاز ، ومنعاً للتكرار .

وإنما مع ميلنا إلى طريقة الحنابلة في الشروط التي نشترط في العقود المالية ، وفتح بابها ، وإطلاق الحرية للمتعاقدين في اشتراط ما يريدانه من شروط فيها مادامت لا تدخل في عموم منهي عنه ، أو تخالف قاعدة مقررة في الشريعة ، نرى أن الرأي الوسط في الشريعة أن تقسم الشروط في كل العقود كما قسمها المشاطبي في موافقاته ، إذ قال : « الشروط مع مشروطاتها ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون مكملاً للحكمة المشروط وعاصداً لها بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال ؛ كاشتراط الكف والإمسك بمعروف ، والتسريح بإحسان في النكاح ، واشتراط الرهن والخميل والنقد أو النسيدة في الثمن في البيع ، فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعاً ، فإنه مكمل للحكمة كل سبب يقتضي حكماً . . فإنه لما كان غير الكف مظنة لعدم اللازم لأنفة أحد الزوجين أو عصبتهما ، وكانت الكفاة أقرب إلى التمام أحد الزوجين والعصبة ، وأولى بمجانس العادات ، كان اشتراطها ملائماً لمقصود النكاح ، وهكذا الإمسك بمعروف ، وسائر تلك الشروط المذكورة تجرى على هذا الوجه ، فثبتها شرعاً واضح .

(والثاني) أن يكون الشرط غير ملائم لمقصود العقد ، ولا مكمل لحكمته ، بل هو على الضد من الأول ؛ كما إذا اشترط في الشكاح ألا ينفق عليها ، أو شرط في البيع ألا يذبح بالمبيع ، أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض ، أو شرط الصانع على المستصنع ألا يضمن الشيء المستأجر عليه وإن تلف ، وهذا القسم لا إشكال في إبطاله لأنه مناف لحكمة السبب ، فلا يصح أن يجتمع معه ، فإن اشتراط الناكح ألا ينفق يناهض استجلاب المودة المطلوبة فيه ، وهكذا سائر الشروط ، إلا أنها إذا كانت باطلة ، فهل تؤثر في المشروطات ؟ هذا محل نظر .

(والثالث) ألا يظهر في الشرط منافاة لشروطه ، ولا ملامة ، وهو محل نظر ، أيلحق بالأول أم بالثاني من جهة عدم الملامة ظاهر أ ؟ والقاعدة المستمرة في أمثال هذا - التفرقة بين العبادات والمعاملات ، فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملامة ؛ لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني ، والأصل فيها ألا يقدم عليها إلا بإذن ؛ إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات ؛ فكذلك ما يتعلق بها من الشروط . وما كان من العبادات يكتفى فيه بعدم المنافاة ؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد ، والأصل فيها الإذن ، حتى يدل الدليل على خلافه^(١) .

هذه كلها أصول عامة إجمالية ، ولكل منذهب تفصيل لذلك الإجمال ، وفيه يختلفون . فالشافعية والمالكية والحنفية اتفقوا في الجملة على التمسك بمقتضىات العقود كما ذكرنا ، واسكتهم اختلفوا في التفصيل ، وتشعبت أقطارهم ، ولذا ذكر كلمة في تفصيل ذلك الإجمال في المذاهب الثلاثة .

(١) راجع بحث مشكلة الأوقاف للمؤلف المنشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة العدد السابع ص ٢٤٦ وما يليها والموافقات للشاطبي الجزء الأول ص ١٩٦ ،

١٣٩ - وتفصيل الكلام عند الحنفية أنهم يقسمون الشروط إلى صحيحة ، وباطلة ، وفاسدة ، وهذا التقسيم يعتمد على موافقة الشرط لمقتضى العقد الذى أقره الشارع ، والقواعد العامة للتشريعة ، وعلى ورود الأثر به أو عدم الورود ، ثم على إقرار العرف وعدم إقراره ، إن زاد الشرط على مقتضى العقد ، ولم يرد به نص من الشرع ، كما يدخل فى تقدير الشارع لتأثيره فى العقد كون فيه فائدة لأحد أو ليست فيه فائدة . هذه هى الأسس التى يعتمد عليها تقسيم الشروط فى العقود عند الحنفية إلى صحيحة وباطلة وفاسدة .

(١) فالشرط الصحيح هو ما يكون موافقاً لمقتضى العقد كاشتراط تسليم الثمن قبل تسليم المبيع .

(٢) أو ما يكون مؤكداً لمقتضاه كاشتراط تقديم كفيل معين بالثمن المأجول ، أو اشتراط رهن معين به ، فإن ذلك الشرط يؤكد استيفاء الثمن ، واستيفاء البائع للثمن مما يقتضيه عقد البيع ، فكل ما كان للاستيثاق من هذا الوفاة فهو مؤكد لهذا المقتضى .

(٣) أو يكون قد ورد به أثر من الشارع كاشتراط خيار الشرط مدته معلومة : فإن اشتراط الخيار مدة معلومة يكون للعاقدة حق الفسخ فيها - شرط ليس من مقتضى العقد ، وليس مؤكداً لهذا المقتضى ، وإن ورد الأثر به جملة سائفاً صحيحاً .

(٤) أو ما يجرى به عرف كمن يشتري ساعة ، ويشترط على البائع إصلاحها مدة معلومة ، فهذا الشرط صحيح ، عند الأئمة الثلاثة أبى حنيفة وصاحبيه ، وقال زفر إن الشرط فاسد ، ورأيه هو القياس ؛ لأنه زائد على مقتضى العقد ، وغير مؤكد له ، وفيه منفعة لأحد العاقدين ، فيكون فاسداً ، ولكن رأى الأئمة الثلاثة أنه يجب الأخذ بالاستحسان هنا ؛ لأن العرف

عما يخص القياس ، وقد جرى العرف بمثل هذا الشرط فيقر ، وما يجري به العرف تؤيده الشريعة ما لم يخالف نصاً أو أثراً قد ورد من الشارع الحكيم .

والشرط الصحيح يلتحق بأصل العقد ، ويستحق الوفاء على حسب قوة العتد نفسه ، ويصير جزءاً من مقتضى العقد ، فإذا اشترى شخص ساعة ، واشترط إصلاحها ، وساغ ذلك الشرط صار واجب الوفاء ، بحيث يلزم البائع بالإصلاح إذا امتنع ، وهكذا كل أنواع الشروط الصحيحة .

(ب) والشرط الفاسد ما كان غير موافق لمقتضى العقد ، ولا مؤكداً له ، ولم يرد به أثر ، ولا جرى به عرف ، وفيه منفعة لشخص سواء أكان أحد العاقدين أم غيرهما ، كمن يبيع سيارة ، ويشترط لنفسه الانتفاع مدة معلومة ، وكمن يبيع داراً ، ويشترط لنفسه سكنها مدة معلومة ، وكمن تزوج رجلاً على شرط ألا يخرجها من بلدها ، والشرط الفاسد إذا اقترن بعقد من عقود المبادلات المالية كالبيع والإجارة والقسمة أفسد العقد ، وإن كان العقد ليس عقد مبادلة مالية كالنكاح والهبة والحوالة والكفالة والرهن كان العقد صحيحاً والشرط لاغياً ، بمعنى أن العقد لا يؤثر فيه الشرط ، ولكن الشرط لا يجب الوفاء به .

وقد أحصى الفقهاء عقود المبادلات التي تفسدها الشروط الفاسدة فكانت هذه العقود : عقد البيع ، والإجارة ، والقسمة والصلح على مال ، والمزارعة والمساقاة^(١) ، وما عدا هذه العقود لا يعتبر عقد مبادلة ، فلا تفسده الشروط الفاسدة ، بل يصح العقد ويأخذ الشرط ، فمن تزوج على شرط ألا مهر ،

(١) قد ذكرت بعض الكتب من بين العقود التي تفسدها الشروط الفاسدة الرجعة والإبراء وعزل الوكيل ولكن الفواعل الفقهية توجب ألا تفسد هذه بالشروط الفاسدة ، لأنها ليست من عقود المعاوضات ، « راجع البحر الجزء السادس من ١٩٣ وما يليها ، والزيلعي الجزء الرابع من ١٣١ وما يليها فتح القدير الجزء الخامس » .

أو تزوجت على شرط ألا يخرجها من بيت أهلها يصح النكاح ، ويعتبر الشرط كأن لم يكن ، ويجب مهر المثل في الصورة الأولى ، وتلزمها الطاعة في الثانية ، ولا يعتبر الاشتراط بحال من الأحوال مانعاً من حق الزوج في الطاعة ، والإمساك بمعروف ، واسكن ما العلة الدافعة للفقهاء لأن يجعلوا الشرط الفاسد مؤثراً في صحة عقود المبادلة فيفسدها ، ولا يؤثر في غيرها فلا يفسده ؟ نرى عبارات الفقهاء تختلف في تعليل ذلك ، فمن المؤلفين من يذكر أن الشروط التي فيها منفعة زائدة على مقتضى العقد لأحد العاقدين أو لغيرهما من هو أهل للانتفاع مفضية إلى جهالة في العقود عليه أو في شيء يتعلق بالعقود ، وعقود المعاوضات تفسدها أية جهالة فاحشة في موضوعها ، أو في أي وصف يتعلق بذلك الموضوع ، هذا تعليل يجري على أقلام بعض الكتاب ، وفيه نظر ؛ لأن من الشروط ما يكون معيناً تعييناً وافياً كافياً لا يفضى إلى جهالة ، ولو كانت يسيرة تفتقر في عقود المعاوضات ، ولذلك عدل عن هذا التعليل أكثر الكتاب في الفقه ، واعتمدوا على تعليلين ذكرتهما الهداية : (أحدهما) أن في اشتراط شرط زائد على مقتضى العقد وجود عقدين في عقد واحد ، فمن باع داراً ، واشترط سكنها سنة ، فإن كان جزء من الثمن مقابلاً لهذه السكنى ، كما هو ظاهر الحال كان ذلك العقد بيعاً وإجازة معاً ، وإن كانت السكنى لا يقابلها جزء من الثمن كان العقد بيعاً وإعارة معاً ، وقد ورد الأثر بالنهي عن صفتين في صفقة ، (ثانيهما) أن الأثر قد ورد بالنهي عن بيع وشرط ، فيكل بيع مع شرط زائد على مقتضاه منهي عنه ، فيفسد العقد بسبب هذا النهي ، ويقاس على البيع كل عقود المعاوضات ؛ لأنها في معنى البيع ؛ إذ كل عقد من عقود المعاوضة يتضمنه في ناحية من نواحيها . ويضاف إلى هذين التعليلين ما جاء في فتح القدير والزيلعي من أن اشتراط منفعة زائدة على مقتضى العقد ربا ، وعقود المعاوضات تفسدها الشروط الربوية ، أما غيرها من العقود فلا يتصور

فيها الربا^(١) .

هذه تعليقات الفقهاء عن الحنفية التي ذكروها في بيان السبب في تأثير الشروط الفاسدة وإفسادها لعقود المعاوضات ، وعدم تأثيرها في غيرها ، وزجو أن نكون قد بينا وجهات نظرهم ، وإن كنا لانوافق على مسلكهم .

(ج) والشروط الباطل ، ما ليس موافقاً لمقتضى العقد ، ولا مؤكداً له ، ولم يرد به أثر ، ولم يجر به عرف ، وليس فيه نفع لأحد العاقدين ، ولا لغيرهما من هو أهل للانتفاع ، كمن يبيع سيارة ، ويشترط على المشتري ألا يستعملها إلا في أحوال خاصة ، أو في زمن معين ، وفي الجملة يقيد انتفاعه بها بأي نوع من أنواع التقييد ، فهذا الشرط ليس فيه نفع لأحد ، هو أهل للانتفاع ، فيكون باطلاً ، ولذلك يلغى ، ولا يؤثر في العقد بفساد أو بطلان ، سواء أكان العقد عقد معاوضة أم كان غير معاوضة^(٢) .

١٤٠ - هذا تفصيل موجز للشروط وأقسامها وأثرها في العقود في مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، ولنتكلم عن الشروط وأقسامها عند المالكية . والمتبع لفروعهم المستقرى استقرارها ، يرى أنهم يرون أن كل شرط لا يتفق مع ما يشترطونه لصحة العقد الذي اقترن به يكون مفسداً للعقد ، لأن العقد حينئذ لم يستوف شروط صحته ، فلم تثبت حقيقته الشرعية ، هذا أصل ، وهناك أصل آخر ، وهو أن كل عقد يناله الغرر والجهالة بسبب شرط من الشروط التي يشترطها العاقدون ، فإن ذلك الشرط يكون مفسداً للعقد ، إن تمسك به العاقد الذي اشترطه ، وإن لم يتمسك به وتنزل عنه صح العقد ولغا الشرط^(٣) .

(١) راجع فتح القدير الجزء الخامس ص ٢١٧ ، ٢١٨ وراجع الزيلعي الجزء الرابع

ص ٣١ ، ٣٢ .

(٢) راجع في هذا رسالة العقود والشروط لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك .

(٣) راجع بداية المجتهد ، ونهاية المتبدى الجزء الثاني ص ١٣١ .

وعلى هذين الأصلين قسموا الشروط إلى ثلاثة أقسام : (القسم الأول)
الشروط التي يشترطها أحد العاقدين وفيها منفعة له ، وليس فيها منع للعائد
الثاني من حق إعطائه له الشارع بمقتضى العقد ، كأن يشترط البائع لنفسه
سكنى الدار المبيعة مدة يسيرة ، هي شهر وقبل سنة ، ففي هذه الحالة لم يمنع
المشتري في الجملة من حق اكتسبه بمقتضى البيع ، وعلى ذلك يصح العقد
والشرط (١) .

(القسم الثاني) الشروط التي فيها منع لأحد العاقدين من حق
إعطائه له الشارع بمقتضى للعقد من غير أن يكون في الشرط جهة بر ، ومثال
ذلك أن يبيع شخص لآخر عيناً من الأعيان ، ويشترط عليه ألا يبيعها ،
ففي هذا منع له من حق إعطائه له الشارع ، إذ أعطاه الشارع بمقتضى البيع
ملكية مطابقة تعطيه التصرفات الشرعية كلها فيها ، فأبى حد لتلك التصرفات
هو منع من حق اكتسبه من العقد ، فيكون منافياً لمقتضى العقد .

(القسم الثالث) الشرط الذي يكون فيه بر كأن يبيع عقاراً ، ويشترط
على المشتري وقفه مسجداً تقام فيه الصلوات ، فإن كان التنفيذ مشروطاً فيه

(١) يظهر أن هذا القسم من الشروط لا يكون لازماً ، واجب الوفاء بالنسبة للأنكحة ،
بل إنه يكون غير مفيد للعقد ، ولكن يستحب الوفاء به ، ولا يجب ، ولذا جاء في مقدمات
ابن رشد مانعه « أما الشروط المطلقة في النكاح فمن أهل العلم من أوجبها ، وروى القضاء
بها ، وروى عن ابن شهاب أنه قال أدركت من العلماء من يقضون بها ، لتول رسول الله
صلى الله عليه وسلم : أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم بها الفروج والمعروف
المعروف في المذهب أنها لا تلزم ، لكنها يستحب الوفاء بها » ومن أمثلة تلك الشروط أن
يتزوجها ويشترط في العقد ألا يتزوج غيرها ، فالعقد صحيح ، والشرط غير لازم ، ولكن
الوفاء به مستحب . ولقد كان مالك رضي الله عنه ينهى الساقدين أن يشترطوا في النكاح شروطاً .
وقد قال رحمه الله : « أشرت على فاض أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط ، وألا
يتزوجوا على دين الرجل وأمانته ، وقد كتب بذلك كتاباً ، وصح به في الأسواق ، وعابها
هيباً شديداً » . راجع المقدمات الجزء الثاني س ٥٦ ، ٦٠ .

التعجيل صح العقد والشرط ، وإن لم يكن التعجيل مشروطاً فيه لم يصح ؛
للغرر الذي قد يفضى إلى التنازع في الزمن الذي يجب فيه إنشاء الوقت ،
أو البر .

هذا وقد انفرد الإمام مالك من بين الفقهاء برأى في الشروط التي تفسد
العقود ، وهو أن الشرط الذي يفسد العقد إن لم يتمسك به . مشروطه ، ينقلب
العقد صحيحاً لزوال سبب الفساد ، وقد خالفه في ذلك جمهور الفقهاء ، ووجهة
نظره في ذلك أن الفساد جاء بسبب الشرط لمعنى معقول فيه معلل به ، وهو
وجود الشرط المنافي لمعنى العقد ومقتضاه ، فإذا زالت تلك العلة التي أوجدت
الفساد زال معها .

١٤١ - هذه إشارة إلى أقسام الشروط عند مالك ، أما عند الشافعي ،
فتقسيم الشروط يتقارب جداً مع التقسيم الذي يذكره المؤلفون في مذهب
أبي حنيفة وأصحابه ، وقد ذكر ذلك التقسيم في فتح العزيز على وجيز حجة
الإسلام الغزالي رضي الله عنه ، فقد جاء فيه ما خلاصته : « الشرط
ينقسم إلى : (١) ما يقتضيه مطلق العقد ، كالقبض وجواز الانتفاع والرد بخيار
العيب في البيع وهذا شرط صحيح لا يضير ذكره ، ولا ينقص العقد إهماله .

(٢) وما لا يقتضيه العقد ولا يمكن فيه مصلحة للعقد نفسه ، كشرط الرهن
بالثمن المؤجل ، وتقديم الكفيل به ، وشرط وصف خاص في البيع ، ونحو
ذلك ، وه اشراط صحيح أيضاً يجب الوفاء به .

(٣) شرط ليس في مصلحة العقد ، ويورث غرراً يؤدي إلى التنازع
أو فيه منع لمقتضى العقد الذي أقره الشارع الإسلامي ، كشرط قرض مع
بيع ، وكشرط ألا يتصرف المشتري في المبيع ببيع ونحو ذلك من الشروط

التي تؤدي إلى نزاع ، أو فيها ما يمنع بعض ما جعله الشارع مقتضى للعقد ، وهذا النوع من الشروط غير صحيح ، وإقراره بالعقد يفسده .

(٤) وشرط ليس فيه نفع لأحد يستحق الانتفاع ، وهذا شرط لاغ لا يضر العقد ، ولا يفسده ، ولا يجب الوفاء به ، (١) .

وهذا التقسيم يتلاقى في أكثر نواحيه مع تقسيم الحنفية للشروط ، ولكن الشافعية أجازوا من الشروط في البيع ما لم يجره الحنفية ، فأجازوا البيع بشرط العتق ، وهم في ذلك يتفقون مع المالكية ، فإنهم يجيزون ذلك أيضاً ، وقد نوهنا إليه فيما مضى ؛ إذ ذكرنا أنهم يقولون إن الشرط الذي يكون زائداً على مقتضى العقد ، وفيه قرينة عاجلة يصح ، ويلزم ، والعتق قرينة بلا ريب .

١٤٢ - هذه هي المذاهب الثلاثة مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي رضي الله عنهم ، وهي تشترك جميعها في أنها تقيد باب الشروط بقيود تختلف اختلافاً يسيراً في السعة والضيق ، ولكنها تتقارب في جملتها . أما مذهب الإمام أحمد بن حنبل فهو أوسع رحاباً ، وأخصب جنباً بالنسبة للشروط ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ، إذ بينا أن الأصل عند أكثر الحنابلة في الشروط وجوب الوفاء بها إلا ما قام دليل من الشارع على عدم صحته ، ولذلك حكموا بصحة كل الشروط ، ولكنهم استثنوا نوعين منها حكموا بفسادهما ، لورود الأدلة الشرعية بذلك (أحدهما) كل شرط في عقد يتضمن إنشاء عقد جديد ، كأن يبيع عينا لامرأة بشرط أن تتزوجه ، أو يبيع شيئاً بشرط أن يعقد عقد صرف في الثمن ، فإن هذه شروط تتضمن عقداً جديداً ، وتدور

(١) ملخص من شرح الوجيز الجزء الثامن ص ٢٠٤ ، ٥ ، ٢ طبعة جامعة العلماء ..

الغبي عن صفتين في صفقة^(١) ، (ثانيتها) أن يشترط شرطاً فيه منع للعائد من الانتفاع بما أثبتته له من حقوق ، كالبيع بشرط ألا يهب ونحو ذلك ، فبذه شروط فاسدة قيل إنها تفسد العقد عند المتابلة . وفي رواية إنها لا تفسده ، وقيل إنها المنصوص عن أحمد ، فعلى ذلك يكون العقد صحيحاً ، والشرط لاغياً ، وقد ثبت ذلك بدليل شرعي ، وهو القياس على حديث بريرة المشهور الذي قال فيه النبي صلى الله عليه وسلم « ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، وقد تقدم .

هذه خلاصة اتجاهات الفقهاء في الشروط ، وإذا لاحظنا ما فيها من قيود في الجملة ، ورجعنا عند ملاحظة هذه القيود إلى القواعد التي ذكرناها في باب حرية التعاقد السابق ، وهي قاعدة احترام ما يجري به العرف ، وقاعدة الاستحسان ، وقاعدة المصالح المرسله أمكننا أن نأخذ من مذاهب السابقين بالنسبة للشروط طريقتاً وسطاً لا ترهقه القيود ، ولا تمنع فيه المصالح التي يراها الناس ، ولا يمنعها الشرع ، والله أعلم خبير .

(١) وبلاحظ أن المتابلة لا يعتبرون كل شرط زائد على مقتضى العقد ، وفيه منفعة لشخص صفتين في صفقة كالحفية ، بل إن ذلك خاسر بحال ذكر عندنا في عقد .

صيغة العقد ومقدار اتصالها باثاره

١٤٣ - الصيغة التي يكون بها العقد قد تكون منشئة له غير مؤخرة لآثاره وأحكامه ، بل توجد الآثار بمجرد تمامها ، وقد تكون منشئة للعقد في الحال ، ولكنها تؤخر أحكامه إلى المستقبل ، وقد تكون غير منشئة للعقد نفسه في الحال ، بل من شأنها أن تؤخر وجوده إلى المستقبل ، وعلى ذلك تكون للصيغة ثلاث أحوال ، ويسمى العقد في الأولى منجزاً ، وفي الثانية مضافاً إلى المستقبل ، وفي الثالثة معلقاً .

(أ) فالعقد المنجز ما كان بصيغة من شأنها أن تفيد وجود العقد وأحكامه في الحال ، أي بمجرد تمامها ، كالبيع والنكاح ونحو ذلك ، فانهما لا ينعقدان إلا بصيغ تفيد وجود العقد وأحكامه في الحال .

(ب) والمضاف إلى المستقبل ما كان بصيغة تفيد وجود العقد في الحال ، ولكن تفيد بذاتها أيضاً تأخر أحكامه إلى المستقبل ، كمن يعقد عقد إجارة دار لسكنائها على أن تبتدىء السكنى بعد شهر من وقت العقد ، وكن يقول لعبدته أنت حر غداً على اعتبار أن العقد قد ينشأ بإرادة منفردة ، فالعقد في هذه الحال ينشأ ، ولكن أحكامه كلها تؤخر إلى المستقبل ، وهو الزمن الذي يعين فيه ابتداء تنفيذ أحكام العقد ، ولذا لو اشترط في الإجارة المضافة إلى زمن مستقبل تعجيل الأجرة ، لم يلتفت إلى هذا الشرط ؛ لأنه يهدده ويلغيه إضافة العقد إلى المستقبل ، إذ تلك الإضافة تقتضي ألا يثبت شيء من أحكام العقد إلا بعد حلول ذلك الزمن الذي أضيف إليه ، وفي اشتراط تعجيل الأجرة تنفيذ وتتعجيل لأحكامه عن وقتها ، فلا يلتفت إليه .

والذا يقول الفقهاء إن العقد المضاف إلى المستقبل ينعقد سبباً في الحال ،

ولكن السببية لا تعمل عمالها إلا في المستقبل (١).

(ج) والعقد المعلق ما كان بصيغة ترتب وجود العقد على أمر يوجد في المستقبل ، كمن يقول إن جاء ابني من السفر سالماً تصدقت بكذا ، أو إن ثبت ما يدعيه إبراهيم على محمد بن دين فأنا الكفيل بأدائه ، أو إن بلغ ثمن قنطار القطن أربعة جنيهات فمحمد وكيل يبيع قطني ، ففي كل هذه الصور لم يوجد العقد في الحال ، بل الصيغة تفيد احتمال وجوده في المستقبل ، فلا يجب الصدقة إلا بعد حضور ابنه سالماً ، ولا تنعقد الكفالة إلا بعد إنبات الدين ، ولا تكون الوكالة إلا إذا بلغ ثمن قنطار القطن أربعة جنيهات ، وما لم يوجد أمر من هذه الأمور لم يوجد عقد ، وعلى ذلك يكون الفرق بين تعليق العقد وإضافته إلى المستقبل أن تعليق العقد يقتضي ألا يوجد ، حتى يوجد الأمر الذي رتب وجوده عليه ، فن قال لامرأته أنت طالق إن دخلت دار فلانة ، فلا يثبت طلاقه ، حتى يوجد الدخول ، أما إضافة العقد إلى المستقبل فتقتضي وجوده في الحال ، ولكن أحكامه هي التي تؤخر إلى المستقبل .

(٦) قد يبدى الرأي أن إضافة العقد كاشتراط الخيار فيه ، أو أن العقد المضاف كالعقد الموقوف ، لأن كليهما يتعقد في الحال ، وتؤخر الأحكام إلى الاستقبال ، إذ تؤخر في الموقوف إلى الإجازة وفي المشروط الخيار إلى سقوطه ، ولكن يفرق بين العقد المضاف وبين العقد الموقوف والمشروط فيه الخيار بأمرين (أحدهما) أن تأخير الأحكام في العقد المضاف يكون من ذات الصيغة المنشئة للعقد ، لا من أمر خارج عنها بخلاف العقد مع خيار الشرط والعقد الموقوف ، فإن تأخير الحكم فيها ليس ناشئاً عن الصيغة المنشئة ، ولكن من أمر زائد عليها في خيار الشرط ، ومن أمر خارج عنها في البيع الموقوف (ثانيهما) أن العقد المضاف أحكامه لا يمكن أن تثبت قبل الزمن المضاف إليه بجمار من الأحوال . أما العقد المشروط فيه الخيار ، أو الموقوف ، فإنه بإبطال خيار الشرط أو بإجازة العقد تكون الأحكام ثابتة من وقت العقد ، بمعنى أنها تثبت مستندة إلى وقت العقد وإنشائه ، أو على حد تعبير علماء القانون يكون له أثر رجعي ، لأن إبطال الشرط تقرير للعقد من وقت وجوده تقريراً تثبت معه كل أحكامه ، فتثبت من وقت العقد ، وإجازة العقد الموقوف كذلك . أما العقد المضاف فأحكامه لا تثبت إلا من وقت حلول الزمن المضاف إليه ، لأنه لا يوجد سبب لثبوتها قبل ذلك ، راجع فيها مرآة الأصول الجزء الثاني ص ٤٠١ ، ٤٠٢ .

فالعقد المضاف موجود بمجرد تمام الصيغة ، أما العقد المعلق فلا يوجد ، ولا ينعقد سبباً لأحكامه إلا بعد وجود الأمر الذي رتب وجوده عليه ؛ ولذا يقولون إن العقد المعلق قبل وجود الأمر المعلق عليه لأحكامه إسمائياً فقط ، وليس سبباً فعلياً ولا حقيقة ؛ لأن تأثيره في إثبات الأحكام لا يكون إلا بعد وجود الشرط المعلق عليه ، أما المضاف فهو مؤثر في وجود الأحكام وإثباتها ، ولكن يتأخر وجودها إلى الزمن الذي أضيفت إليه .

١٤٤ — والتفرقة بين العقد المعلق والمضاف هي مذهب الحنفية والمالكية ، أما مذهب الشافعي وأصحابه فلا يفرق بين العقد المعلق والعقد المضاف ؛ إذ كلاهما ينعقد سبباً في الحال ، ولكن تتأخر الأحكام إلى المستقبل في كليهما عند الشافعي ، لأنه موجود بمجرد وجود الصيغة ، والتعلق أثره فقط في تأخير الأحكام ، وظهور الآثار واستمرار الالتزام^(١) ، وقد استدلل الشافعي رأيه هذا بأمرين :

(أحدهما) أن الصيغة أتت فيها تمليق على شرط كقول الكفيل إن ثبت دين محمد على إبراهيم فأنا كفيل به ، الموجب للعقد فيها هو الجزاء أي الجواب ، فالواجب لعقد الكفالة في مثلنا عبارة : « أنا كفيل به » فهذه العبارة هي المنشئة لعقد الكفالة ؛

(١) وقد انبنى على هذا الخلاف في العقد المعلق بين الشافعية والحنفية خلاف في مسائل منها أن تعليق الطلاق على الزواج يصح عند أبي حنيفة ولا يصح عند الشافعي ، لأن الطلاق المعلق يوجد في الحال ، ولكنه يؤخره أثره إلى المستقبل ، وإذا كان يوجد في الحال فلا بد أن تكون المرأة صالحة له في الحال بأن تكون زوجة بالفعل ، والحنفية الذين قالوا إن العقد المعلق لا يوجد إلا عند وجود الشرط قالوا إن التعليق يصح ، لأن شرط الحلية يكون عند الانقضاء وهو وجود الشرط ، ومنها أنه يجوز الالتزام الذي أوجده العقد المعلق قبل وجوده عند الشافعي ، ولا يجوز عند أبي حنيفة وأصحابه ، فإذا قال شخص لله على لذر أن أتصدق بكذا إن نجح ابني في امتحانه ، يصح أن يتصدق قبل الامتحان ، ويجزئها عن الواجب بعد النجاح ، عند الشافعي ، ولا يجزئها عند الحنفية .

إذ لو صدرت من غير تعليق لأنشأت الكفالة في الحال ، ووجود الشرط بجوارها لا يزال كونها سبباً ، ولكنه يؤخر الحكم والأثر فقط ، لأننا لو قلنا إنه يزال كونها سبباً ما انعقدت كفالة بعد ذلك ؛ إذ لو انعقدت لكافة بغير سبب يؤثر في إنشائها ووجودها ، فقد أزال التعليق السببية بما يصلح لها من الصيغة ، وذلك باطل ، إذ من المتفق عليه أنها سبب يمتنع عند وجود الشرط المعلق عليه ؛ وإن قلنا إن الشرط لا يزال السببية ولا يؤخر الأحكام كان التعليق على الشرط أخوا ، وذلك باطل ، لأن للتعليق قصداً قصده المتكلم المذنب للالتزام بذلك القول ، وإذا بطل كونه الشرط يزال السببية وبطل كونه لا أثر له . فلم يبق إلا أنه لا يزال السببية ولكن يؤخر الالتزام ، وعلى ذلك يكون العقد المعلق منعقداً في الحال ، وحكمه يتأخر إلى وقت وجود الشرط .

(ثانيهما) أي العقد المعلق إذا صدر من صحيح سليم القوي ثم جن قبل حصول الشرط ، وحصل الشرط بعد ذلك وقع الالتزام المعلق ، ووجد ، فإذا قال صحيح سليم القوي تزوجته أنت طالق إن زرت فلانة ، ثم جن ، فزارتها بعد جنونه وقع الطلاق ، وهذا دليل على أن المعلق ينعقد سبباً بمجرد وجوده ، إذ لو كان انعقاده متأخراً إلى وجود الشرط ما انعقد في هذه الصورة ، لأن العاقد ليس أهلاً للانعقاد في وقته ، إذ المجنون ليس أهلاً لأن يصدر عنه العقد وقت جنونه .

وقد استدلك للحنفية بأمرين أيضاً (١) : (أحدهما) أن الجواب ليس هو وحده السبب في وجود الأحكام إذا اتصل بالشرط في الجملة المفيدة للتعليق ،

(١) اعتمادنا في هذه الأداة وأداة الشافعي على كتاب كشف الأصرار على أصول نثر

الإسلام الجزء الثاني ص ٥٩٤ وما يليها ، وقد تصرفنا في توجيهها .

بل يصير جزءاً من هذه الجملة لا يفيد وحده الفائدة ، وإنما يفيدها التركيب كله ، فإذا قال شخصان إن ثبت الدين كنت الكفيل بأدائه لا تكون عبارة كنت الكفيل بأدائه هي السبب في وجود الكفالة وأحكامها وحدها ؛ لأنها في هذه الحالة صارت جزءاً من تركيب ، والتركيب كله هو الذى ينعقد سبباً مقصوداً مؤدياً للمعنى المفهوم من مجموعه لا من أجزائه ، هكذا تقول اللغة وعلمائها ، وهكذا يقصد المتكلمون ، فقصر الدلالة على أحد جزئى الكلام ليس بما يتفق مع مقاصد المتكلمين ، ولا مع ما يقرره اللغويون ، وإذن يجب فهم الكلام على أساس أن الجملة الشرطية كل أجزائها متساوية في الدلالة على مضمونها ، مقدمها ونالها في ذلك سواء - والجملة الشرطية في مجموعها تفيد وجود الجزاء عند وجود الشرط ، فتفيد إذن وجود العقد عند وجود الأمر المعلق عليه ، فقبل وجود ذلك الأمر لم يوجد عقد .

(ثانيهما) أنه لا يمكن أن يقال إن العقد وجد وتأخرت أحكامه ؛ لأن تأخير الأحكام معناه تأجيلها إلى زمن تتحقق فيه وتثبت ، والحال عند التعليق ليست كذلك ، إذ الحال عند التعليق أن الأمر الذى علق العقد عليه قد يوجد ، وربما لا يوجد ، ففي حال وجوده لا مانع من أن نقول إن العقد وجد قبل ذلك ، وإن تأخرت أحكامه إلى حين وجود الشرط ، وإن كان في حال عدم وجوده ، بل التأكد من عدم وجوده أيسر العقد موجوداً وحكمه متأخراً ؟ وإلى أى زمن مع أنه من المؤكد أنه لا يحصل الأمر المعلق عليه ؟ ففي مثال الكفالة السابق إن لم يثبت الدين أيسر عقد الكفالة موجوداً وحكمها متأخراً إلى غير زمن ، وإلى غير غاية ؟ وإن قلنا إن العقد قد بطل فما الذى أبطله ، وما الذى سلبه معنى السببية التى ثبتت له ؟ لا مخلص من هذا إلا أن نقول إن عدم تحقق الشرط أزال وجود العقد ، وما علينا في قضايا العقل ، وبداهة الفكر أن عدم شيء يزيل شيئاً موجوداً حقيقاً ثابتاً ، إلا إذا كان

ذلك الموجود قد ارتبط وجوده وعدمه بوجود ذلك الشيء المعدوم ، وذلك يؤدي حتماً إلى أن نقول إن وجود الشرط هو السبب في وجود العقد ، وذلك ما لا يقوله الشافعي وأصحابه ؛ لأنهم يفرضون العقد موجوداً قبل وجود الشيء المعلق عليه .

١٤٠ - وليست كل العقود يجوز انعقادها بهذه الصيغ المختلفة ، بل بعضها يصح انعقاده بكل هذه الصيغ ، وبعضها لا ينعقد إلا بصيغة خاصة منها ، ولذا ذكر في كل صيغة ما ينعقد بها من العقود ، وما لا ينعقد ؛ وأساس الجواز والمنع فيها .

أما صيغة التنجيز ، فهي أهم صيغ العقد شمولاً ؛ لأن الأصل أن من يريد التعاقد يقصد إلى وجود العقد وأحكامه في الحال ، ولا يعتمد إلى تأخير أحدهما إلى لغاية قد تنفق مع مقتضى العقد الذي هو بصدد إنشائه ، وربما لا تنفق ، لذلك كانت العقود كلها تصح منجزاً ، ما عدا عقدين ؛ لأنهما في معنهما ومقتضاهما لا يكونان منجزين ، وهما عقد الوصية وعقد الإيصال^(١) ، فعنى هذين العاقدين لا يتفق مع التنجيز ، فإن أحكامهما لا يمكن أن تكون إلا من بعد الوفاة ، ولذلك لا يقبلان التنجيز أصلاً ، وغيرهما من العقود يصح أن يكون منجزاً من غير أي استثناء .

١٤٦ - أما الإضافة ، فالعقود تنقسم بالنسبة لانعقادها معها وعدم انعقادها إلى ثلاثة أقسام :

(١) عقود لا تكون إلا مضافة ، وهي عقود الوصية والإيصال ، فإن هذه العقود لا تكون إلا مضافة إلى ما بعد الموت ، ولا يمكن أن تكون

(١) الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، والإيصال إقامة الأب وصياً على أولاده من بعد وفاته ، أو إقامة الجد وصياً على أحفاده من بعد وفاته .
(١٩ - نظرية العقد)

أحكامها بحال من الأحوال متصلة بإنشائها ، وقد بينا ذلك ، غير أنها أحياناً تكون مع الإضافة معلقة على شرط وقد تكون غير معلقة ، ومثالها معلقة الشرط أن يقول شخص إن حكم لي بملكية هذه الدار فهي وصية بعد موتي لفلان ، ففي هذه الحال ، تكون ارضية معلقة على شرط ، وإذا تحقق ذلك الشرط ، ووجد العقد بمقتضى ذلك التحقق تؤخر الأحكام إلى ما بعد الموت ، وتكون مضافة إليه .

(ب) عقود لا تنعقد بصيغة مضافة ، وهي العقود التي تفيد تملك الأعيان في الحال ، وعقد الزواج ؛ وذلك لأن هذه العقود يمكن أن تكون آثارها وأحكامها متصلة بصيغتها ؛ وما أمكن ذلك فلا بد أن تكون الصيغة مفيدة له لأن تأخير الأحكام عن صيغتها إهمال لهذه الصيغة ، وإبقاء لها من غير عمل مدة من الزمان ، وذلك لا يجوز ، فما دام يمكن أن يتصل الحكم بالعقد وجب أن يتصل به ؛ ولأن هذه العقود وضعت شرعاً لإفادة التملك أو ما يشبهه في الحال ، فإذا كانت الصيغة غير مؤدية لذلك في الحال كانت غير محققة لهذا المقتضى فلا تدل على العقد ، فلا ينعقد العقد بها .

(ج) عقود يصح أن تكون منجزة ، ويصح أن تكون مضافة إلى المستقبل ، وهي عقود التملك التي لا يمكن تحقيق مقتضاها متصلة بصيغتها كالإجارة ، والإعارة ، والمزارعة والمساقاة ، فإنها تملك المنافع ، والمنافع لا تملك دفعة واحدة ، بل تتحقق ساعة فساعة ، فلا توجد إذن المنفعة المعقود عليها كلها متصلة بالعقد ، وإذا كان مقتضى هذه العقود كذلك ، وأنه لا يمكن اتصاله بصيغة إنشائها صححت مضافة إلى المستقبل ، ومن هذا القسم الذي يصح منجزاً ومضافاً إلى المستقبل عقود الإسقاطات كالعتق والخلع ، والطلاق

بشكل عام ، والإطلاقات (١) كالوكالة والقضاء ، والإدارة والإذن في التجارة ،
وعقود الالتزامات بما لم يكن لازماً كالكفالة والحوالة ، فإنهما يفيدان التزاما
في معنى التبرع لم يكن لازماً ، وصحت إضافة هذه العقود جميعها ؛ لأن
مقتضاها لا يوجد عقب إنشائها كاملاً .

١٤٧ - هذه هي أقسام العقود بالنسبة لانعقادها مضافة إلى المستقبل
وعدم انعقادها . والعقود بالنسبة للتعليل تنقسم إلى ثلاثة :

(١) عقود لا تقبل التعليل مطلقاً ، وهي تشمل كل العقود التي تفيد
التملك سواء أكانت عقود معاوضة أم عقود تبرع ، وسواء أكانت لتملك
المنفعة أم لتملك الرقبة كما يشمل عقود الزواج والخلع والرهن (١) .

وقد علل فقهاء الحنفية عدم قبول هذه العقود للتعليل بأن التعليل قار ؛
لأنه ترتيب وجود العقد على أمر غير موجود في الحال ، ولكنه محتمل الوجود
في المستقبل ، فكان إنشاء العقد المعلق احتمالياً صرفاً ، يحتمل للوجود ويحتمل
العدم ، وكلاهما متوقف على ما يتكشف عنه المستقبل ، فمن قال إن جاء ابني
من السفر سالمًا ، فقد وهبت لك كذا ، فقد جعل الهبة قابلة للوجود والعدم
على حسب ما يكشف عنه المستقبل ، وهو غيب وقت العقد ، وليس هذا إلا
قاراً ، وما كانت تلك العقود الباتة بشأنها وكونها ، والتي تفيد الالتزام بحقوق
وإنشاء أملاك تعقد مع القار .

وعلى ذلك فقهاء المالكية كما في الفروق بأن انتقال الأملاك يعتمد على

(١) معنى الإطلاق التمكين من تصرف ما كان للشخص ، وهذه العقود هي الأمانة
والوكالة والقضاء ، وكلها تمكين من تصرف كان ممنوعاً .

(٢) وما لا يصح تعليله أيضاً التقييدات ، وهي مقابل الإطلاقات ، كعزل الوكيل ،
والحجر على المأذون له في التجارة . وقد نص الفقهاء أيضاً على أنه مما لا يجوز تعليله الإبراء
مع أنه في ظاهره إسقاط ، ولكن عللوا عدم تعليله بأنه تملك لدين لمن عليه الدين فالمعنى
فهو داخل في قسم ما يفيد التملك من العقود .

الرضا بالعقد والتزاماته ، ومع التعليق على أمر غير موجود في الحال ، لا يتحقق الرضا بالعقد ، وآثاره وأحكامه ، ألا ترى أنه ترك الأمر إلى المستقبل وما يمكنه له ، فلم يثبت بذلك رضا بأمر مستقر ثابت ، وما بهذا تنتقل الأملاك ، وتثبت الحقوق (١) .

(ب) عقود لا تقبل التعليق بكل الشروط ، ولكنها تقبلها بالشرط المتعارف والشرط الملائم ، وهي عقود الكفالة والحوالة والإطلاقات كالإذن للصبي بالتجارة ؛ فهذه العقود تنعقد مع التعليق إن كان الشرط المعلق عليه متعارفاً ، أو كان ملائماً لمقتضى العقد ، بأن كان يعاون ذلك المقتضى ، وبوثقه أو بينه وبينه ملائمة تجعله غير متنافر معه . وقد فسر بعض الفقهاء الشرط الملائم الذي يصح التعليق عليه بأنه :

(١) ما كان شرطاً للزوم الحق نحو قوله إن استحق المبيع فأنا الكفيل بالثمن .

(٢) أو كان شرطاً لإمكان الاستيفاء مثل إن قدم زيد ولم يؤد فعلى ما عليه من الدين .

(٣) أو شرطاً لتعسر أو لتعذر الاستيفاء من الأصيل في الكفالة أو الحوالة ،

(١) وهذا نص ما جاء في الفرق : « لا يصح التعليق على الشرط بأن يقول إن قدم زيد فقد بعتك أو آجرتك ، بسبب أن انتقال الأملاك يعتمد الرضا ، والرضا إما يكون ممنجزاً ، ولا يجزم مع التعليق ، فإن شأن المعلق عليه أن يكون بحيث يعترضه عدم الحصول ، وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج وحصاد الزرع ، ولكن الاعتبار في ذلك بجنس الشرط ، دون أنواعه وأفراده . فلو حظ المني العام دون خصوصية الأنواع والأفراد ، لم يتصرف قليل . راجع الجزء الأول من الفروق ص ٢٢٩ . ويلاحظ أن مذهب مالك رضي الله عنه يميز التعليق في التبرعات : راجع (مقالة الشروط والعقود لأستاذنا الشيخ أحمد إبراهيم بك) وترى أن تعليل الفروق المذكور يقتضى العموم في كل أسباب انتقال الملك بالعقد .

كان غاب زيد المدين عن المصر ، أو أفلس ، أو أعجز عن أداء الدين ، فأنا الكفيل بالدين ، أو فالدين على ، ففي هذه الصور الثلاث يكون الشرط ملائماً لمقتضى العقد ، مناسباً لمعناه ، متفقاً أو معاوناً للغرض المقصود منه .

أما تعليق هذه العقود بالشروط غير الملائمة وغير المتعارفة فلا يصح ، فإن نجح ابني في الامتحان فأنا كفيل بأداء الدين ، فلا ينعقد عقد الكفالة ، لأنه لا صلة بين الشرط المعلق عاياه ومقتضى العقد .

والتعليق واضح في عدم جواز تعليق هذه العقود بالشروط غير الملائمة ، لأن الأصل في العقود على العموم أن تكون بعبارات جازمة لا تردد فيها ، لأنها تقوم على الرضا ، والرضا لا يسكون إلا مع الجزم واليقين ، ولأن التعليق يجعل العبارات غير منسجمة للعقود في الحال ، والأصل في العقود أن تكون بعبارات تدل على الإنشاء في الحال ، وقد بينا ذلك عند الكلام على الألفاظ في العقود ، ولكن الشرط الملائم في هذه العقود لما كان يتفق مع مقتضى العقد ، ويناسبه ويتلاقى معه جاز على طريق الاستثناء .

(ج) عقود يصح تعليقها بكل شرط ، سواء أ كان ملائماً لمعناها أم غير ملائم ، وسواء أ كان متعارفاً أم غير متعارف ، وذلك يشمل عقد الوصية والإيصاء ، وعقد الوكالة ، فإن هذه العقود يصح تعليقها بكل شرط ، وفي كل الأحوال من غير قيد ولا شرط . أما الوكالة فالأنها عقد غير لازم ، والعقد غير اللازم لا يجعل لكل واحد من العاقدين قبل الآخر حقوقاً لازمة مستقرة ، فساغ لهذا عقده بعبارات غير جازمة قاطعة كالعبارة المعاقدة بالشرط . والوصية والإيصاء عقدان تتأخر أحكامهما عن صيغتهما حتماً ، ولا يمكن إلا أن تكون الأحكام متراخية عن صيغتهما ، وهما أيضاً عقدان غير لازمين ،

لذلك صحها مع الصيغة المعلقة ، لأنه لا يتأخر مقتضاها الشرعى بذلك التعليق (١) .

محل العقد

١٤٨ - تكلمنا فيما مضى فى إنشاء العقد ، ومكوناته الحسية ، وما وضعه الشارع لها من خواص لسكى تلتج آثارها ، وتثمر ثمراتها ، فتكلمنا فى الرضا ، وما يطلبه الفقه الإسلامى فيه ، وتكلمنا فى العبارات الدالة على العقود ودلالاتها على ما تكمنه النفس ، ثم على حرية المتعاقدين فيما يتعاقق بما يريدانه من عقود وشروط ، بسطنا القول فى ذلك بمقدار ما يتسع له المقام ، وبمقدار ما واتتنا ملائسات الموضوع ، والآن ننتقل إلى المعقود عليه ، وهو لب العقد ، إذ هو المشبع لحاجات المتعاقدين ، وهو الغاية من العقد ، ومقصده البين :

قد اتفق الفقهاء المسلمون على حقيقةتين يجب توافرها فى المعقود عليه ، فإن لم تتوافرا لم يوجد العقد ، ولم يتسكون (إحداهما) أن يكون المعقود عليه قابلاً للحكم العقد ومقتضاه ، (وثانيهما) أن يكون خالياً من كل غرر يؤدي إلى تنازع ، ويفضى إلى خلاف ، أو يقضى إلى خدع أحد المتعاقدين ، بحيث لا يكون عليهما بالمعقود عليه على وجهه الصحيح . وقد اتفق الفقهاء على هذين

(١) بعد الفقهاء من التصرفات الشرعية التى تقل التعليق الإلحاق التى يحلف بها كإطلاق العتاق والالتزامات التى يحلف بها وهى الذنور نحو لله على إن شق ابني من مرضه هذا لأصدقين بكذا وكذا فإن هذين النوعين من التصرفات الشرعية يجوز تعليقها بكل شرط من تقييد بكونه ملائماً أو غير ملائم .

(تقريباً) اعتمادنا فى باب التعليق والإضافة على كشف الأسرار على أصول نثر الإسلام ص ٥٩٧ - ٦٠٦ ، ومرآة الأصول ، والبحر الجزء السادس فى متفرقات البيوع ، والزيلعى الجزء الرابع فى متفرقات البيوع ، وابن عابدين الجزء الرابع ، وجامع الفصولين الجزء الثانى وكتاب المعاملات ، والشروط والعقود لأستاذنا الشيخ أحمد إبراهيم بك .

الأصلين ؛ ولكنهم اختلفوا في تفصيلهما ، والشعبت آراؤهم في مدى ما يدخل في عمومهما من جزئيات . ولتسكك على الأصلين من غير أن نمس مواضع الخلاف إلا قليلا ، فإن للتفصيل موضعه في كل عقد ؛ ونحن هنا نتسكك على القواعد العامة من غير أن نهيم في التفصيلات .

فأما الأصل الأول ، وهو أن يكون المعقود عليه صالحاً لحكم العقد ، فعناه أن يكون المعقود عليه يمكن تطبيق مقتضى العقد عليه ، ويصلح لاستيفائه منه ، وعلى ذلك لا ينعقد بيع المسجد ؛ لأن البيع يقتضى نقل الملكية من مالك إلى مالك ، فينقل المبيع من ملك البائع إلى المشتري ، والمسجد لم يكن أولاً في ملك البائع ، إذ هو على حكم ملك الله سبحانه وتعالى ، وثانياً هو مرصود على حال خاصة تشبه حال ما يرصد للمنافع العامة أو هو من هذا النوع من الأموال ، فلا يقبل التملك ما دام على هذه الصفة ، وهي صفة لازمة له لا تنفص عنه عند الأكثرين من الفقهاء ، كما لا ينعقد البيع إذا كان المبيع مالا غير متقوم ، وكان أحد العاقدين مسلماً لعدم قبول المال غير المتقوم لحكم البيع إن تعين مبيعاً فيه ، وكان البائع أو المشتري مسلماً ، لأنه إذا كان البائع هو المسلم فملكته للمال غير المتقوم غير محترمة ، ولا يقرها الشارع ، فلا تنتقل منه إلى غيره ، وإذا كان المشتري هو المسلم لا يدخل في ملكيته ذلك النوع من الأموال ، وفي الحالين لا يقبل ذلك النوع من المال حكم العقد بين المسلمين أو إذا كان أحدهما مسلماً ، لعدم صلاحيته حينئذ لا نقتاله من مالك إلى مالك ، وعدم احترام الشارع للملكية .

ومثل ذلك عقد الإجارة إذا كانت المنفعة المعقود عليها لا يبيحها الشارع فلا تنعقد الإجارة إذا كانت المنفعة المعقود عليها نواح نأحة مثلاً ، لأن ذلك النوع من المنافع لم يبيحها الشارع الإسلامي ، فلا ينعقد العقد عليها ، لأنها غير قابلة لحكم عقد الإجارة ، إذ هو لا يستيف المنافع التي هي موضوعة ،

فإذا كانت محرمة ، لا يمكن استيفاؤها ، لا تكون قابلة للحسكه ، فلا يصح انعقاده عليها .

ومن هذا الأصل عدم انعقاد الكفالة إذا كان الدين غير قوى ، بأن كان يسقط بالأداء والإبراء وغيرهما ، وذلك لأن مقتضى عقد الكفالة أن يطالب الكفيل بالأداء ، ولا تسقط المطالبة عنه إلا إذا أدى أو أبرأه الدائن أو أدى الأصيل أو أبرأه من الدين . فإذا كان الدين يسقط بغير الأداء أو الإبراء كمضى مدة معينة أو النشوز أو الطلاق لم يكن قابلاً للحكم الكفالة ، وهو مطالبة الكفيل حتى يؤدي أو تبرأ ذمته ، إذ في هذه الحال يجوز ألا يطالب ، مع أن أحداً لم يؤد ولم يبرأ الدائن ذمة أحد .

ومما ينطبق عليه هذا الأصل عدم صحة النكاح إذا كانت المرأة زوجة لشخص أو معتدة لم تنقض عدتها ؛ لأنه في هذه الحالة لا يمكن تحقيق مقتضى هذا العقد ، إذ موضوع هذا العقد إيجاد حياة بين الرجل والمرأة تقوم على العشرة الحسنة ، والمودة وسكن النفس ، وتماثل الذرية وتعمدها بالرعاية الثنبت نباتاً حسناً ، وذلك كله يقتضى الفراغ من الأزواج فإذا كانت المرأة لا تزال مشغولة بزيعة سابقة أو تسكون هناك زوجية قائمة فلا يكون محل العقد قابلاً للحكم العقد : لأن مقتضى هذا العقد إباحة تلك الحياة ، فإذا كانت مشغولة بأخر الشارع ، فلا تتحقق الإباحة ، حتى تخلو من الأزواج .

١٤١٠ - وقد فرض أكثر الفقهاء أن المردوم لا يصلح أن يكون محلاً للعقد ، لأنه لا يقبل أحكام أى عقد ؛ لأن الأحكام والآثار أوصاف شرعية يقدرها الشارع في محل موجود ، إذ المردوم لا يقبل أوصافاً ذاتية وجودية ، فالملكية سواء أكانت ملكية عين أم ملكية منفعة معنى من المعاني يقتضى شيئاً موجوداً مستقراً ثابتاً يقوم به ، وعلى هذا الأساس المنطقي بن أبو حنيفة وبعض من الفقهاء الحكم بعدم صلاحية المردوم لأن يكون محلاً

العقد ، سواء أكان معدوماً ليس قريب الوجود ، أم كان معدوماً قريب الوجود على خطر الوجود والاحتمال ؛ غير أنهم ما حكموا ذلك الحكم معتمدين على هذا الفرض حتى وجدوا عقوداً كثيرة قد وردت الآثار من الشارع بصحتها مع أن محلها في ذاته معدوم وقت العقد ، وجدوا الشارع قد أقر عقد الإجارة مع أن المنفعة وهي محل العقد غير موجودة وقت العقد ، وأقر عقد السلم مع أن محل العقد ، وهو المبيع غير موجود وقت العقد ، والاستصناع مع أن المصنوع ، وهو محل العقد غير موجود وقت العقد ، وهكذا كثير من العقود ، فحكموا بأن هذه العقود غير قياسية ، ولسكنها عقود استحسانية أو على حد تعبير القانونيين عقود استثنائية ، ولسكن ذلك القول لا يستقيم ؛ لأن الاستثناء لا يكون بهذا القدر من العدد ، والاستحسان لا يكون على هذا النحو . بل الأولى تعديل القرض ، والنظر في هذا الحكم ، وهو أن المعدوم لا يصلح محل عقد — نظرة فاحصة كاشفة ، وتخصيص عمومته ليتسع لعدد من العقود أكثر مما وسع (١) .

وقد كان مذهب مالك أقل تمسكاً بشرطية وجود العقود عليه ؛ ليعتقد العقد ، فأجاز العقد على معدوم سيوجد إذا كان العقد عقد تبرع كالوقف والهبة ، ولم يجهز العقد إلا على موجود في عقود المعاوضات ، ولو كان سيوجد ؛ لأن ذلك يؤدي إلى الغرر والتمار في عقود المعاوضات ، بينما لا يؤدي إلى ذلك في عقود التبرعات ؛ لأن المتبرع غير ملزم فيها ، وما عليه من سبيل ، فيقبل منه التبرع بالموجود والمعدوم الذي سيوجد ، ويكون هذا وذلك منه سائغين (٢) .

(١) إننا لو خصصنا قضية عدم صلاحية المعدوم لأن يكون محلاً للعقد بعقود التمليك التي تقتضى القبض في المجلس كعقد الصرف ، وعقد الهبة لسكانت القاعدة مستقيمة لاستثناء فيها عند أبي حنيفة وأصحابه .

(٢) راجع رسالة الشروط والعقود ، لأستاذنا الكبير الشيخ أحمد إبراهيم بك .

١٥٠ - ويرى ابن تيمية أن المعلوم من حيث هو معلوم يصلح محلاً للعقود كلها ، وإذا عرض له عدم الصلاحية ، فليس ذلك لأنه معلوم ؛ بل لأن فيه غرراً وجهالة تقضى إلى نزاع أو قمار ، ولذا يقول : أن المعلوم في ذاته يصلح أن يكون محلاً للبيع مع اتفاق مالك وأبي حنيفة على عدم صلاحيته في الجملة . وهو يقول في ذلك : « ليس في كتاب الله ، ولا سنة رسوله ، بل ولا عن أحد من الصحابة أن يبيع المعلوم لا يجوز ، لا بلفظ عام ، ولا بمعنى عام ، وإنما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة كما فيه النهي عن بيع الأشياء التي هي موجودة ، وليست العلة في المنع لا الوجود ولا العدم ، بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر ، والغرر ما لا يقدر على تسليمه ، سواء أكان موجوداً أم معدوماً كالعباءة الأبق والبعير الشارد ، ونحو ذلك مما لا يقدر على تسليمه ، بل قد يحصل وربما لا يحصل ، وهو غرر لا يجوز بيعه ، وإن كان موجوداً ، فإن موجب البيع تسليم المبيع ، والبائع عاجز عنه ، والمشتري إنما يشتريه مخاطرة ومقامرة ، فإن أمكنه أخذه كان المشتري قد قرر البائع ، وإن لم يمكنه أخذه كان البائع قد قرر المشتري ، وهكذا المعلوم الذي هو غرر ، نهى عن بيعه لسكونه غرراً لا لسكونه معدوماً ، كما إذا باع ما يحمل هذا الحيوان أو ما يحمل هذا البستان ، فقد يحمل وربما لا يحمل ، وإذا حمل فالمحمول لا يعرف قدره ولا وصفه ، فهذا من القمار وهو من الميسر الذي نهى الله عنه ، ومثل هذا إكراه دواب لا يقدر على تسليمها أو عقار لا يمكنه تسليمه ، بل قد يحصل وربما لا يحصل » (١) .

وترى من هذا أن ابن تيمية يرى أن المعلوم يصلح محلاً للعقد ، بل يصلح محلاً لكل عقد حتى عقد البيع ، ويرى أنه إذا كانت قد وردت الآثار بعدم

(١) راجع القياس في الشرع الإسلامي ص ٤٠ .

جواز بيع أنواع من المعدوم فليست البتة في ذلك كونه معدوماً ، بل العلة كونه فيه غرر وجهالة تؤدي إلى قسار ، فالمعدوم الذي لا يصلح محلاً لبعض العقود في داخل باب الغرر الذي لا تصح معه العقود .

١٥١ - ولنتقل إلى الأصل الثاني الذي يمنع وجوده صلاحية الشيء لأن يكون محلاً للعقد ، وهو الغرر ، ومعناه أن يكون في المعقود عليه جهالة بحيث يصعب تعيينه ، أو يكون المعقود عليه متردداً بين حالين يتحقق في أحدهما تعيينه ، وفي الأخرى لا يتحقق ، فيكون غير معين كالعقد على الجمل الشارد في صحراء - عقد بيع ، فإنه يمكن العثور عليه فيستحق وجوده ، ويحتمل ألا يعثر عليه ، فلا يتحقق وجوده فيكون ثمة غرر ، فالغرر يرجع إلى الجهالة أما جهالة المعقود عليه وأوصافه ، أو جهالة حاله من الوجود أو العدم .

فإذا كان في المعقود عليه غرر من أى نوع كانت الجهالة لم يصلح أن يكون موضع عقد ، وذلك أصل متفق عليه لتضافر الآثار بالنهي عن الغرر ، وعن بيع وغرر ، ولأن الجهالة في المعقود عليه تفضي إلى نزاع بحيث لا يمكن الاتفاق ، ولأن المعقود إذا احتمل حالين ، ولم يستيقن بإحدهما عند العقد كان ذلك قراراً وميسراً ، فمن باع جملاً شارداً كان مقامراً ، لأنه إما أن يخسر إن عثر المشتري على الجمل ، إذ قد باعه بأقل من ثمنه موجوداً في يده وقت العقد ، وإن لم يعثر المشتري عليه كسب ؛ لأنه أخذ مالا في نظير شيء ثبت أنه غير موجود ، وكذلك الحال بالنسبة للمشتري .

والجهالات في المعقود عليه قسمان : جهالة فاحشة لا تغتفر ، ولا يصلح معها العقد ، وجهالة يسيرة ينعقد معها العقد ، فجهالة النوع كأن يقول بعنك حيواناً من غير أن يبين نوعه أهو من الجمال أم الشاء - جهالة فاحشة لا ينعقد

معها العقد ، أما جهالة الوصف من نحو جيد أو ردي . كأن يبيع قمحاً يبين
نوعه ولم يبين وصفه ، جهالة يسيرة ينعقد معها العقد .

وفي كون الجهالة يسيرة أو فاحشة يجرى تنازع الفقهاء فمثلاً إذا تباع
شخصان وكان محل البيع واحداً من ثلاثة أشياء يختاره المشتري من بينها على
أن يكون ذلك في مدة معلومة ، فبعض الفقهاء اعتبر ذلك جهالة فاحشة في
المعقود عليه ، فلم ينعقد العقد في نظره ، وبعضهم اعتبر هذه الجهالة يسيرة
بخلاف العقد ووجب على المشتري أن يختار أحد هذه الأشياء الثلاثة (١) .

١٥٢ - ولم يكن اختلاف الفقهاء فقط في نوع الجهالة أهي فاحشة
أم يسيرة ، بل اتسع أفق الخلاف إلى أكثر من ذلك ، فقال أبو حنيفة
والشافعي إن كل العقود لا تصح مع جهالة المعقود جهالة فاحشة . أما مالك
فقد قال إن بعض العقود تصح مع جهالة المعقود عليه جهالة فاحشة ، وبعضها
لا تصح ، وقسم العقود إلى ثلاثة أقسام :

(١) القسم الأول المعاوضات الصرفة التي من شأنها أن يقصد بها تنمية
المال كالبيع ، والشراء ، والإجارة ، والسلم ، وغير ذلك من عقود المعاوضات ،
والجهالة الفاحشة في المعقود عليه فيها تبطل العقد ، وذلك لأن هذه العقود
تجرى فيها المماكسات ، فلا بد من تعيين المعقود عليه تعييناً يلتقي معه كل
نزاع ، أو ما يؤدي إليه ، ولأنه إذا لم يكن المعقود عليه محقق الوجود معلوماً
بالخواص المعرفة له كان أحد العاقدين قد بذل مالا ، يقصد أن ينال عوضاً ،
ومع ذلك لم يعرف العوض ، ولم يستوثق من حاله ، فلم يكن ذلك عدلاً
ومساراة ، بل يكون ميسراً وقاراً .

(٢) القسم الثاني عقود هي إحسان صرف ، لا يقصد به تنمية المال

(١) راجع تهذيب الفروق الجزء الأول ص ١٧٠ .

كالصدقة والهبة ، والإبراء ، وهي تصح بالمعلوم والمجهول ، والمحقق الوجود وغير المحقق ، وذلك لأن الشارع حث على الإحسان فتوسع فيه بكل الطرق معلومها ومجهولها تيسيراً للمحسنين ، وتكثيراً للإحسان ، ولأنه لا ضرر يقع على العاقد الآخر ؛ لأنه لم يبذل شيئاً ، فن يوهب له جمل شارد إن عثر عليه فقد نال خيراً كثيراً ، وإن لم يعثر عليه لم يحصل له ضرر ، لأنه لم يبذل قليلاً ولا كثيراً . ولا شيء في ذلك يؤدي إلى المشاحة والخلاف ، لأنه ما على المحسنين من سبيل ، ويقول صاحب الفروق في ذلك : « وهذا فقه جميل ، ثم إن الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام ، حتى نقول : يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع ، بل إنما وردت في البيع ونحوه » ، فتقصر عليه وعلى ما يشبهه وهو عقود المعاوضات .

(٣) : القسم الثالث تصرفات لم يكن المال فيها جارياً بحرى المعاوضات الصرفة ولا بحرى البذل الصرف ، كالمهر في النكاح ، فالمال فيه ليس مقصوداً ، وإنما المقصود منه المودة والألفة والسكون ، ومن هذه الجهة يكون المال كالبذل . فتصح التسمية مع الجهالة ، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط المال بقوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم محسنين غير مسالخين » ، يكون كالعوض فيقتضى هذا عدم صحة التسمية مع الجهالة والغرر ، فلو جرد الشبهين توسط مالك رضى الله عنه وجوز بعض الغرر كتسمية حيوان وبيان جنسه من غير بيان وصفه ويحمل على الوسط ولم يحز الغرر الذى لا ضابط له (١) ، ولا وسط له يمكن الاعتماد عليه مثل البعير الشارد والعبد الأبق ؛ لأنه لا ضابط يمكن الاعتماد عليه ، وبه يزول الغرر .

(١) الفروق للقرافي الجزء الأول ص ١٥٠١٥١٦ وتهذيب الفروق للشيخ محمد علي

العاقبة

١٥٣ - كلام العاقدين هو ركن العقد المذكور له ، فهما المشتمان للعقد ، والشارع يرتب عليه الآثار ، على حد ما بينا فيما مضى ، ومن الناس من يعتبر كلامه لغواً في العقود ، فلا تمنعده به ، ومن الناس من يكون لكلامه أثر محدود في تكوين بعض العقود ، وهو مقيد بإرادة غيره ، ومن الناس من يكون كلامه مطلق الأثر في تكوين العقد ، لا تقيده إرادة غيره ، ولا تتعلق عقود عليها . وإن اختلف أحوال الناس ذلك الاختلاف يقوم على توافر عنصرين ، وعدم توافرهما ، وهما الأهلية ، والولاية . ولنتكلم على كل واحد منهما يسكامة تجلي معناه وتبين أقسامه ، وتوضح أحكامه مع الإيجاز .

الأهلية

١٥٤ - الأهلية معناها في الشريعة صلاحية الشخص للإلزام والالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن تلزمه حقوق لغيره ، وتثبت له حقوق قبل غيره ، وصالحاً لأن يلتزم بهذه الحقوق ، فإذا صار الشخص أهلاً لتبوت الحقوق المشروعة له ، وتبوت الحقوق المشروعة عليه ، وأهلاً لأن يلتزم بحقوق ينشئ أسبابها القولية ويوجدتها ، كانت عنده الأهلية بجزئها ، أو كان عنده ما يسمى في عرف الفقه أهلية الأداء .

وإذا كان أهلاً لأن تثبت الحقوق المشروعة له وعليه فقط ، من غير أن يكون أهلاً لأن ينشئ حقوقاً ويلتزمها ، وبعبارة أخرى من غير أن يكون أهلاً للمعاملة بين الناس ، كان عنده جزء من الأهلية ، ويسمى ذلك الجزء أهلية الوجوب ؛ فأهلية الوجوب إذن هي صلاحية الشخص لأن تثبت له أو عليه الحقوق المشروعة ، وأهلية الأداء تتضمن فوق ما تقدم صلاحية الشخص

للمعاملة واستعمال الحقوق. إثباته له والتصرف فيها ، فلا شك أن أهلية الأداء لا تثبت من غير أهلية الوجوب ؛ إذ هي من لوازمها ، فلا يكون الشخص صالحاً للمعاملة وإنشاء أسباب الالتزامات ، وأسباب الحقوق ، إلا إذا كانت قد ثبتت له الصلاحية اثبات الحقوق ، المشروعة له أو عليه ، فأهلية الأداء يدخل في ضمنها بطريق التضمن أهلية الوجوب ، فلا تثبت أهلية الأداء لشخص من غير أن تثبت له أهلية الوجوب ، وقد تثبت أهلية الوجوب من غير أن تثبت أهلية الأداء^(١).

١٥٥ - وعلة أهلية الوجوب التي تتحقق بوجودها وتنتفي بعدمها ، هي وجود الإنسان ، فالإنسان بمجرد وجوده تتحقق له أهلية وجوب كاملة أو نافضة سواء أكان بالغاً أم صبيّاً ، وسواء أكان رشيداً أم غير رشيد ، وسواء أكان ذكراً أم أنثى ، وسواء أكان حراً أم عبداً^(٢) . وإن تلك

(١) على ذلك تسكون العلاقة المنطقية بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء العموم والخصوص المطلق ، كالعلاقة بين الحيوان والإنسان ، لأن الأفراد الذين تثبت لهم أهلية الوجوب يدخل في عمومهم من تثبت لهم أهلية الأداء ، فكل من عنده أهلية أداء عنده أهلية وجوب ، ولا عكس ، فأهلية لوجوب أعم أفراد ، إذ قد يوجد من عنده أهلية الوجوب ، وليس عنده أهلية الأداء ، ولا يوجد من عنده أهلية الأداء ، وليس عنده أهلية الوجوب ، (٢) يلاحظ الفارسي ، كتاب نظرية العقد للأستاذ الكبير الدكتور المشهور بك (مع دقته) تسامحاً في التعبير في الأهلية في نقطتين (احدهما) أنه في النبذة رقم ٣١٧ عرف أهلية الوجوب تعريفاً ناقصاً فذكر أنها صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق ، ولم يذكر العنصر الآخر ، وهو صلاحيته لأن تكون عليه حقوق ، وذلك نقص ، ولقد ذكر الأمثلة كلها لأهلية الوجوب من هذا القبيل مع أنه نقل في النبذة ٣١٨ تعريف أصول الفقه وتعريف فتحي زغلول باشا ، وهما فييدان العموم ، وليس فيهما نقص (الثانية) أنه اعتبر الرق معدماً لأهلية الوجوب في القوانين التي اعترفت بالرق ، مع أن الشريعة الإسلامية من القوانين التي لم تمنع الرق . والرقيق فيها غير فاقده أهلية الوجوب فله أن يتزوج بإذن سيده ويطلق ، وإن جنى الفحص منه ، وإن أترف ضمن ، وتلزمه الديون وتؤخذ من كسبه إن كان كسوباً ، ويبيع فيها إن لم يكن كسوباً ، وهذا كله لا يكون إلا إذا كان عنده أهلية وجوب وإن لم تسكن كأهلية الحر .

الأهلية تستمر له إلى أن يموت ، ويقول بعض الفقهاء إنها تستمر له إلى أن تؤدي عنه ديونه بعد الوفاة .

ولقد فرض أكثر الفقهاء أمراً اعتبارياً مسموهُ الذمة ، تتعلق به تلك الأهلية ، وتتصل بها الواجبات ، ويكون محلاً لثبوت الالتزامات ، فالذمة أمر تقديري اعتباري ، فرض موجوداً ليكون محلاً للدقون وسائر الالتزامات والتكليفات ، وبعبارة عامة إن الذمة يقدر وجودها ليكون الإنسان صالحاً للإلزام والالتزام ، وليس ذلك بأمر غريب في قضايا الشرع والقانون ، فكثير من الأمور الشرعية والقانونية أمور تقديرية فرض الشارع وجودها ، فالملك في الأشياء المملوكة ليس أمراً محسوساً وموجوداً حقيقياً ، ولكنه شيء مفروض مقدر ، وكذلك الرق والحرية أمران مقدران ، وليس بصفات ذاتيتين للأحرار والعبيد ، وإنما مؤدى الملك والحرية والرق هو تعلق أحكام مخصوصة تقدر هذه الأمور محالها ، وكذلك الزوجية بين الزوجين أمر مقدر فرضه الشارع ، وتعلقت به أحكام خاصة ، وعلى هذا النحو فرض أكثر الفقهاء الذمة ، لتكون محلاً للحقوق المشروعة التي تجب على الشخص ، والحقوق التي تجب له ؛ وذلك لأن تلك التكليفات لا يصلح العقل محالها ؛ لأن أهلية الوجوب تثبت للمجنون وللصبي في المهد ، بل للحمل المستكن ، متى ثبت وجوده ييقن ونزل حياً ؛ فإنه يوصى له ، ويوقف عليه ، ويستحق في الغلات ويرث ، وكل هؤلاء لا عقل لهم ، فلم يبق إلا أن نفرض أمراً يتاط بالإنسانية نفسها ، فكان الذمة ؛ وإن قيل يقدر العقل فيهم لوجود الاستعداد وتناط به الحقوق والواجبات رد عليه بأن تقدير العقل موجوداً فيهم لا يقل بعداً عن فرض الذمة وتقديرها .

ويرى بعض العلماء أنه لا حاجة -- إلى فرض الذمة وتقديرها ؛ إذ يكفي أن الشارع مكن البدان من الاستيفاء من المدين ، وأمر الشارع وتمكينه مما

مناط الإلزام والالتزام^(١) ولقد رد عليه صاحب كشف الأسرار رداً عنيفاً، وإنا لنرى أن الأمر في شأنها أقل من أن يكون موضع خلاف، إذ الخلاف فيه خلاف لا جداء فيه ولا أثر، ولا ثمرة له، بل هو خلاف فلسفي يمد من ملح العلم، لا من لبه وصلبه.

١٥٦ - ذكرنا فيما مضى أن الإنسان تثبت له أهلية من وقت وجوده إلى موته، وإن الأهلية بنوعها خاصة بغير الإنسان لا تثبت لغيرهم، ولكن ترى جهات خاصة يثبت لها حقوق، ويدخل وليها باسمها في تصرفات كجهات بيت المال وجهة الأحماس والمدارس، فهل تثبت أهلية الوجوب لهذه الجهات؟ لا شك أن القانون الحديث يفرض أن لهذه الجهات وما شابهها شخصية معنوية، فالشركات والمؤسسات التي ترصد فيها الأموال للجهات العامة، سواء أكانت بطريق الوصية أم بغير طريقها، لها في القانون شخصية معنوية يعترف بها ويقرها أكثر القانونيين، وعلى ذلك تكون لها أهلية وجوب باعتبار هذه الشخصية. أما الشريعة الإسلامية، فلم يكن فيها ما يسمى الشخصية المعنوية، ولذلك كان إثبات أهلية وجوب البيت المال والوقف موضع نظر في الشريعة، ولا نجد عبارة ثابتة في كلام الفقهاء تفيد أن للوقف ونحوه أهلية وجوب، بل نجد مثلاً أن بعض الفقهاء يصرح بأن الوقف لا ذمة له، فيجوز في تنقيح الحامدية ما نصه: «المصرح به أن الوقف لا ذمة له، وأن الاستدانة من القيم لا تثبت الدين في الوقف؛ إذ لا ذمة له، ولا يثبت الدين إلا على القيم، ويرجع به على الوقف، وورثته تقوم مقامه في الرجوع»^(٢). وهذا نص يفيد أن المعروف عند الفقهاء أن الوقف لا ذمة له، وإذا لم يكن للوقف ذمة

(١) راجع الأهلية وعوارضها لأستاذنا الجليل أحمد إبراهيم بك.

(٢) تنقيح الحامدية الجزء الأول ص ٢٢٢.

تحمل فيها الحقوق والواجبات ، وأن المسئول هو القيم عليه ، فليس له إذن أهلية وجوب ، ويجرى مثل ذلك في بيت المال ونحوه ؛ ولكن من جهة ثانية نرى أن حقوقاً تثبت لهذه الجهات ، وتصرفات تعقد معها يتولاها الناظر ، وليس لشخصيته أثر فيها ، بدليل أنه إذا عزل أتمها من يخلفه في القيام عليها ؛ وهذه التصرفات الشرعية لا يمكن تخريجها إلا إذا فرضنا للوقف وما يشبهه ذمة منفصلة عن ذمة الناظر ؛ فمثلاً من المقرر فقهياً أن الإجارة تبطل بموت المؤجر أو المستأجر ، ومع ذلك إذا مات ناظر الوقف ، وكان قد آجر أرض الوقف أو دوره لا تبطل الإجارة ؛ لأنهم فرضوا أن المؤجر ليس هو الناظر ، والسكن المؤجر هو الوقف نفسه ، وأن الناظر كالوصى على اليتيم ، قولى هو الإجارة بالنيابة عن الوقف ، وإذا كان كذلك فلا بد من اعتبار أن للوقف ذمة تتبعها أهلية وجوب ، لأننا اعتبرناه مؤجراً من جهة ، ولأننا اعتبرناه كالمجور عليه من جهة ثانية ، والمجور عليه له ذمة ، وأهلية وجوب بلا نزاع ، ونرى غير ذلك أن الفقهاء يقررون أن كل تصرف سائغ شرعى يدخل فيه اوقف ، تلزمه كل التزاماته ، ولو عزل الناظر الذى تولاه ، ومن ذلك مثلاً ما جاء في تنقيح الحامدية : « للمسجد وقف فأذن الناظر الحصرى أن يكسو المسجد ، ويكون ثمن الحصر من ريع الوقف ، ففعل وعزل الناظر ثم تولى ناظر ، وهو إلى الآن ناظر ، والناظر الأول لم يتناول من ريع الوقف شيئاً ، فهل يلزم الناظر الثانى تخليص حق الحصرى ؛ لأن حقه معلق بريع الوقف ، أم يلزم الناظر الأول ؟ الجواب يلزم الناظر الثانى تخليص حق الحصرى ، ودفعه له من ريع الوقف ، ولا يلزم ذلك الناظر الأول حيث عزل ، (١) .

وهكذا ترى كثيراً من الحقوق والواجبات تلزم جهة الوقف كما تلزم جهة

(١) الكتاب السابق ص ٢٢٣ .

بيت المال ، فثبت لهما حقوق وعليهما واجبات ، ولذا نرى أن أمثل السبيل أن نفرض لهما شخصية معنوية كما فرض القانون ، وأن نجعل الوقف كالمؤسسات ، وأن نقدر لهما أهلية وجوب ؛ لأن مناطها متحقق ، وهو الصلاحية لثبوت الحقوق والواجبات . ولا مانع من أن تثبت مع أهلية الوجوب الذمة ؛ لأنها أمر تقديري اعتباري ، ولا مانع في أن تفرض في جهات البر والخير ، كما فرضت في الإنسان ، ما دام كلاً بما له حقوق ، وتلزمه التزاماً ، يدفع إليها ناموس التعامل بين الناس ، ونظام التبادل الاجتماعي والاقتصادي .

١٥٧ - وأهلية الوجوب تكون ناقصة ، وتكون كاملة ، فهي كاملة في كل مولود بمجرد ولادته ، وناقصة في الجنين ، فالجنين له أهلية وجوب ناقصة ، ونقصها لسببين :

(أحدهما) أنه يحتمل الحياة والبقاء ، فقد يولد ميتاً ، فيكون في حكم العدم ، ولا يثبت له شيء من الحقوق ، وقد يولد حياً فيكون له حق الإنسان ، وقد كان مع هذا الاحتمال في الوجود لا يصلح لأن يكون محلاً لإثبات الحقوق مطلقاً ، ولكنه لما كان موجوداً فعلاً أو حكماً ، وإن لم تتحقق حياته الإنسانية في ظاهر الوجود ثبت له بعض الحقوق ، ولم يكن كالإنسان الحي في ظاهر الكون .

(ثانيهما) أنه يعتبر وهو في بطن أمه جزءاً منها ، إذ يتحرك بحركتها ، ويعطيه الشارع بعض ما يلحقها من أحكام ، فيحقق بفتحها إن كانت أمة ، ولكنه جزء على استعداد للانفصال كاملاً مستقلاً بحياته ، فاعتباراً لهذين الوجهين ، كونه جزءاً من أمه وصلاحيته للانفصال عنها ، وحياته مستقلاً دونها . أعطاه الشارع بعض الحقوق دون بعضها الآخر .

وعلى ذلك يكون الجنين في بطن أمه أهلية للوجوب ناقصة ، فلا تلزمه

حقوق أخيره قط ؛ لأن ثبوت الحق على الشخص يكون بفعل منه أو بالتزام يلتزمه هو بعبارة ، أو بعبارة من له الولاية عليه ، ولا شيء من ذلك يتصور بالنسبة للجنين ، فليس له فعل يوجب عليه ضماناً أو لا يوجب ، ونسبت له عبارة تنشئ حقوقاً ، وليس له ولي شرعى ينشئ عليه حقوقاً بعبارة ، ولكن يثبت له بعض الحقوق ، فثبت له الحقوق التي لا تحتاج في وجودها إلى قبول ، فيثبت له الميراث ، وتثبت له الوصية ، وتثبت له غلات الوقف إذا كان شرط الواقف يدل على ذلك ، ويثبت له النسب ، ولا يقبل النفي إذا حصل إقرار ، وذلك كله لأن هذه الحقوق لا تحتاج إلى قبول ، أما الحقوق التي يحتاج ثبوتها إلى إيجاب وقبول ، فلا تثبت له ، لأنه لا يوجد من يتولى عنه صيغة القبول ، فلا تعقد الهبة له ، لأنها تحتاج إلى قبول ولا ولي للجنين يتولى عنه القبول ، فلا يثبت له ذلك الحق .

فالفقه الإسلامى كما ترى لا يجعل للجنين ولياً أو وصياً ، ولكن المادة الثالثة من قانون المجالس الحسبية جعلت للجنين وصياً يقيده المجلس الحسبى ، حتى لا تصح الغلات ، ولا تفسد الأملاك التي تثبت له . والشريعة تعتبر الأمين الذى يكون تحت يده مال الجنين قائماً مقام الوصى ، فلأما من اعتبار الوصى الذى يعين بحكم تلك المادة هو الأمين الذى أوجبت الشريعة أن يكون تحت يده المال الموقوف للأهل بمقتضى أحكام الميراث ولا تتغير الصفة بتغير المسمى (١) .

(١) الرقيق لا تثبت له ملكية الأموال ما لم يكن مكاناً ، بل العبد وما ملكت يده سيده ، ولا يرث ، ولكن للرقيق حقوق غير مالية ، فله أن يتزوج بإذن سيده . وإذا تزوج فله أن يطلق ، وتلزمه نتائج أفعاله الجنائية فيقتضى منه ، وإذا أتلف مالا يستوفى أولاً من كسبه إن كان كسوباً ، ثم من رقبته . ويصح الإقرار من العبد ، وإذا أقر بما لزمه ووجب عليه الوفاء ولكن لا يؤخذ بهذا الإقرار إلا بعد عتقه ، فلا يؤخذ سيده بإقراره =

١٥٨ - وأهلية الوجوب المالية تثبت كاملة بمجرد ولادة الإنسان ، حتى إن وليه أو وصيه أو اشترى له شيئاً بمجرد ولادته حياً لزمه الثمن ، ووجب أداءه من ماله الخاص ، فالإنسان بمجرد وجوده في الحياة تكون له أهلية وجوب كاملة بالنسبة للأموال ، أما التكاليف العبادية أو الاعتقادية والعقوبات ، فلا تجب عليه إلا بالبلوغ ، وتكون مع أهلية الأداء الكاملة على ما سنبين .

وعلى ذلك نقول إن أهلية الوجوب تكون كاملة بالنسبة للحقوق المالية الخاصة ، ولو لم تثبت معها أهلية الأداء ، وتثبت أهلية الوجوب مجردة عن أهلية الأداء للصبي غير المميز ، وللمجنون ومثله المعتوه غير المميز^(١) . فهؤلاء تثبت لهم أهلية الوجوب كاملة في الأمور المالية ، ولكن لا تثبت لهم أهلية أداء قط ، فتثبت لهم كل الحقوق المالية كاملة من غير أن يثبت - ق المعاملات ، ويتولى عنهم القوامون عليهم هذه المعاملة .

(١) ودمتهم صالحة لقبول كل الالتزامات التي تجيء ثمرة للتصرفات الشرعية التي يقوم بها أولياؤهم ، ويحيزها الشارع لهم ، ويتقيدون بها ، وليس لهم إذا رشدوا أن يتخلوا من تبعاتها ما دامت قد صدرت من الأولياء في حدود ولايتهم ، وكان من شأنها أن تلزم القاصرين ، فأئمان الأعراض التي عقد عليها باسمهم تلزمهم ، وتجب في مالهم ، ومهور الزيجات التي

= لأن الإقرار حجة قاصرة ، وكل هذا يدل على أن للعبد ذمة ، وأهلية وجوب ، ولكن نقصها عارض الرق وذلك لأجل حق سيده على رقبته .

(١) الجنون مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها ويصعبه اضطراب وهياج غالباً ، والعته مرض يمنع الشخص من إدراك الأمور على وجهها أيضاً ، ولكن يصعبه هدوء . وكثير من الفقهاء يعتبرهما نوعاً واحداً .

يعقدها لهم أولياؤهم كذلك ، وفي الجملة كل الالتزامات المالية التي تنشأ بأسباب يتولاها باسمهم الأولياء والأوصياء عليهم تكون لازمة ، وتحمل في ذمتهم ، وتؤدي من أموالهم ، فإن رشدوا قبل الوفاء وجب عليهم الوفاء ، وكذلك تلزمهم نفقة الزوجية ؛ لأنها من مقتضى العقد الذي تم باسمهم ؛ إذ النفقة من آثار عقد الزواج ، وثمره من ثمراته ويقول نثر الإسلام البزدوي في أصوله : إن نفقة الزوجية تلزمه ، لأن لها شبهة بالأعواض ، لأنها جزاء الاحتباس ، وعوضه . ونحن نختار مذهب الشافعي الذي يرى أن نفقة الزوجية صلة مستحقة بالعقد ، وثمره من ثمراته (١) ، ومن مقتضاه ، ومهما يسكن توجيهها فهي واجبة على الصغير غير المميز ، والمجنون والمعتوه غير المميز .

(ب) ويثبت في ذمتهم كل ما هو من مثونه المال ، ومغارمه ، فيجب في أموالهم الخراج والعشر ؛ لأن الخراج في أصل شرعته مثونة لحماية الأموال والأعراض والأنفس ، والدفاع عن البلاد ، كما هو لإنشاء القناطر والترع ونحو ذلك ، وكذلك العشر ، فهما مثونتان للأموال ، هذا على المسلم ، وذلك على غيره ، ويجبان في مال هؤلاء القاصرين ، لهذا ولأن جانب المثونة في العشر أكثر أثراً من جانب العبادة . وهناك واجبات مالية تختلف في تغليب كونها عبادة أو مثونة مالية ، فمن قال إنها عبادة قال إنها لا تجب على الصغير والمعتوه غير المميزين والمجنون ، ومن قال إنها مثونة أو غلب فيها جانب المثونة قال إنها تثبت في ذمتهم ، وتجب في أموالهم .

(١) فصدقة الفطر غاب بعض الفقهاء فيها جانب المثونة فجعلها واجبة في أموال هؤلاء ، وغلب آخرون فيها جانب العبادة ، فمنع ثبوتها في مال هؤلاء ، فأبو حنيفة وأبو يوسف أوجباها في مال هؤلاء القاصرين ، تغليباً لجانب المثونة ، ومحمد وزفر لم يوجباها في أموالهم تغليباً لجانب العبادة .

١١٠ راجع أصول نثر الإسلام وعليه كشف الأسرار الجزء الرابع من ١٤٦٠ .

(٢) وكذلك كان موضع خلاف بين الفقهاء زكاة الأموال ، فالشافعي ومالك وأحمد رضى الله عنهم رجحوا جانب المالية فيها ، فأوجبوها في أموال القاصرين ، وأيدوا كلامهم ببعض الآثار ، وأبو حنيفة وأصحابه رجحوا فيها جانب العبادة ، والقاصر غير مكلفها .

(ج) وتلزمهم أيضاً الصلوات التي تشبه المئونة المالية ، وهي نفقة الأقارب ، فهذه صلة القرى ، ولكنها ليست عبادة خالصة ، بل هي مئونة مالية أوجبها النظام الاجتماعى وأيدته الشريعة ، فالأسرة وحدة اجتماعية متعاونة متآزره متضافرة ، ومن واجب التآزر أن يدفع غنيا عن فقيرها غائلة الجوع ، وأن يسد رمقه ، فكان من مئونة الغنى وتكليفاته أن ينفق ذوى اليسار من الأسرة الواحدة على ذوى العسرة ، وإذا كان ذلك مئونة للمال ، فهو يتبعه مهما يكن حامله ، رشيداً أو غير رشيد ، صغيراً أو كبيراً ، بجنوناً أو عاقلاً ، وبذلك تقوم الأسرة على بنيان من التعاون متين الدعائم .

(د) الغرم المالى فيلزمه أيضاً ضمان ما يتلفه من أموال ، لأن ضمان المتلفات يسكون بالمال يعوض المتلف له ، وذمته صالحة لوجوب كل ما هو مالى ، وليس من قبيل العبادة ، ولأن المقصود ليس فعلاً يقوم به ، بل المقصود مال يعوض المفقود ويربح الخاسر ، فيثبت المالى فى ذمته ، ويؤديه عنه من ماله وليه أو وصيه .

وهكذا كل أمر مالى يسكون القاصر ذمته فيه كذمة الرشيد ما دام لم يغلب فيه جانب العبادة ، ويؤدى عنه وليه أو وصيه كل ما يثبت فى ذمته (١) .

(١) اعتمدنا فى الكلام فى أهلية الوجوب على شرح المنار فى باب المحكوم عليه وعلى مرآة الأصول الجزء الثانى باب المحكوم عليه أيضاً وعلى كشف الأسرار على أصول بشر الإسلام الجزء الرابع ص ١٣٥٧ وما يلىها ، وعلى كتاب الأهلية وعوارضها لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك .

أهلية الأداء

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

١٥٩ - قد بينا فيما مضى أن أهلية الأداء هي أهلية المعاملة بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لاكتساب حقوق بتصرفاته القولية ، وإنشاء حقوق لغيره بهذه التصرفات ؛ فأول أثر إذن لثبوت أهلية الأداء صحة التصرفات القولية ، بمعنى اعتبارها أسباباً منشئة للحقوق للشخص وعليه ، فمن كانت عبارته سالحة لأن تكون سبباً لثبوت الحقوق له وعليه ، فعنده أهلية أداء ، ومن لم تكن عبارته سالحة لتلك السببية ، فهو فاقد أهلية الأداء ، ولا شك أن الصبي غير المميز ، والمجنون ، والمعتوه غير المميز ، وهم الذين ذكرنا أن أهلية الوجوب ثابتة كاملة لهم ، هؤلاء فاقدو أهلية الأداء ؛ لأن عبارتهم ملغاة ساقطة لا تصلح سبباً لإنشاء حقوق لهم أو لغيرهم ؛ إذ العبارة التي تنشأ بها التصرفات الشرعية هي العبارات المقصود معناها التي يفهم قائلها المراد منها في عرف الناس ، والأثر الشرعي لها في الجملة ، لا على وجه التفصيل ، فيفهم أن البيع يقتضي خروج المبيع من ملك البائع ، واستحقاقه للثمن ، ووجوب دخوله في ملك المشتري ، ووجوب الثمن عليه ، وأولئك الذين فقدوا التمييز لا يتم هذا القصد في عباراتهم ، فتكون ملغاة ، ولا تصلح سبباً شرعياً لإثبات هذه الحقوق .

١٦٠ - وغير هؤلاء ثبت لهم أهلية أداء كاملة أو ناقصة ، فكل يميز عنده أهلية أداء ؛ إذ مناط هذه الأهلية هو العقل ، فحيثما وجد العقل ومعه التمييز توجد أهلية الأداء ؛ وذلك لأن التمييز يجعل الشخص يفهم القصد من عباراته ، ويدرك ثمراتها ، فتكون عبارته سالحة لإنشاء الحقوق له وعليه ، ولقد جعلوا حد التمييز أن يكون الشخص عارفاً لمعاني الألفاظ الدالة على العقود ، فيفهم مثلاً أن البيع سالب ، والشراء موجب بمعنى أن البيع يسلب ملكية المبيع من البائع ، والشراء يدخل المبيع في ملك المشتري ، ولا يتصور

التمييز من دون السابعة وأهلية الأداء تسكون كاملة وناقصة تبعاً لكمال العقل ونقصانه .

فأهلية الأداء تثبت كاملة للبالغ العاقل الرشيد الذي لم يحجر عليه لاي سبب من الأسباب ، ومن كان كذلك كان حراً في التصرف في أمواله يتصرف فيها بالطرق الشرعية التي يراها غير مقيد بأى قيد ، لأن العقل والرشد كافيان لتقييد تصرفاته بالمصالح ، فالمفروض فيه أنه لا يتصرف تصرفاً إلا عن روية وتفكير وتقدير وتدبر ، وهو أدري بما فيه مصلحته ، وليس ثمة مانع يمنعه إلا حق غيره في الاستمتاع بحريته وحقوقه كاملة ، كما يستمتع هو .

أما ناقص الأهلية فهو من كان عنده أصل التمييز ، ولكن لم يكن عنده كمال العقل ، إما لعدم بلوغه السن التي جعل بلوغها اشارة لكمال العقل ، وإما لنقص بين في العقل مع وجود أصل التمييز ، وإما لأن العقل قد كمل ، والسن قد بلغت حدودها ، ولكن في تصرفاته ما يدل على نقصان تدبيره المسالى ، والأول هو الصبي المميز ، والثاني هو المعتوه المميز ، والثالث السفهية ويلحق به ذو الغفلة ، فهؤلاء جميعاً ناقصو الأهلية ، لأن أصل التمييز عندهم ، ولكن ينقص م كمال العقل وحسن التدبير ، ولنتكلم عن كل واحد بكلمة موضحة له ، ثم لنبين أحكامهم جملة (١) .

١٦١ - الصبي المميز -- وهو الذي بلغ سنّاً أصبح يميز فيها بين معاني ألفاظ العقود في الجملة ، ويعرف المراد منها عرفاً ، ولا يتصور التمييز في سن دون السابعة ، فالسابعة هي الحد الأدنى للتمييز ، وقد يتجاوزها الشخص ، ولا يميز مادام لم يعرف معاني العقود ، ومقتضياتها في عرف الناس وبالإجمال ، هذا هو حد التمييز الأدنى . أما نهاية الصبا ، فقد انفقت كلمة الفقهاء على أنها

(١) تفسير القرطبي الجزء الخامس ص ٣٧ .

ببلوغ الحلم ، غير دفع الأموال وأهلية الأداء الكاملة لا تتم . مجرد بلوغ الحلم باتفاق الفقهاء ، بل إن الأهلية تتم بأمرين ، وهما بلوغ الحلم أو بلوغ النكاح ، والرشد ، وذلك هو مدلول قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً ، فادفعوا إليهم أموالهم ، فدفع المال أو أهلية الأداء السكامة مشروطة بشرطين لا بد من تحققهما : وهما بلوغ النكاح ، وإنباس الرشد ، فالأول يتوافر مآلاً ، لا يعطى الصبي ماله : بل لقد ذهب سعيد بن جبير والشعبي والضحاك إلى أنه يعتبر يتيماً ما لم يؤنس رشده ، فقد جاء في تفسير القرطبي « قال سعيد بن جبير والشعبي : إن الرجل ليأخذ بلحيته وما بلغ رشده ، فلا يدفع لليتيم ماله ، وإن كان شيخاً ، حتى يؤنس منه رشده . وهكذا قال الضحاك : « لا يعطى اليتيم ، وإن بلغ المائة سنة ، حتى يعلم منه إصلاح ماله » .

وإذا لم يكن حلم كان البلوغ ببلوغ خمس عشرة سنة للجارية والغلام عند أكثر الفقهاء وهنهم صاحباً أبي حنيفة ، وعند أبي حنيفة ببلوغ سبع عشرة سنة للجارية وثمانى عشرة للغلام . وعند مالك يبلغ بسبع عشرة سنة من لم تكن عنده إحدى إمارات البلوغ .

هذا هو جز في حقيقة البلوغ واختلاف العلماء فيه ، أما الرشد فالمتبع لكلامهم يرى أن المراد به القدرة على تدبير الأمور المالية ، واستغلال الأموال استغلالاً حسناً ، فهذا ابن عباس وغيره يفسر الرشد بأنه صلاح العقل وحفظ المال . وإذا كان الرشد هو القدرة على تنمية الأموال واستغلالها ، وحسن القيام عليها ، وتدبير شؤونها فهو لا بد أن يختلف باختلاف تعقد الحياة ، وتشعب مسالكها ، واختلاف طرائقها ، وكلما كانت الحياة الاجتماعية ساذجة . يرة لم تتسع الحاجات فيها ، ولم تتشعب أبواب الرزق ، ولم تختلف مناهجها - سهل على الشخص تدبير ماله . فإذا كان ماله أرضاً زراعية ، كان القيام عليها بحريتها وإلقاء البذر ، ورجاء الثمار من الرب ،

فتجود عليه السماء بالغيث ، أو الأنهار بالجودي ، حتى إذا انحسر عنها الماء قليلاً بذر بذره ، ورجا من العناية ثمره ، وهكذا تسود السهولة كل أسباب الرزق ، فليس من الغرابة أن ينال الفتي رشده في الخامسة عشرة أو قبلها أو بعدها بقليل . أما إذا كانت الحياة متسعة الأفق ، عريضة الجوانب ، متشعبة المسالك ، تحكمها نظم اجتماعية واقتصادية متشابهة ، لا يدركها الفتي إلا بعد نضج ودراسة ، كان لا بد إذن أن تتأخر سن الرشد ، وأن تتباعد عن سن البلوغ .

وإذا كانت الأهلية الكاملة لا تتم إلا بعنصرين البلوغ والرشد ، وقد حكمتنا بتأخر الرشد عند ما تمتعقد منادج الحياة ، وأسباب الرزق ، فلا بد إذن بمقتضى كلام الفقهاء أن يستمر الفتي ناقص الأهلية أمداً غير قصير ، حتى يرشد ، ويستحق أن يدفع ماله إليه ، وهو في هذه المدة يختبر الوقت بعد الآخر ؛ ليستفيد من تجارب الحياة ، ويعلم القوام عليه مقدار ما وصل إليه من علم بها وبشئون المال .

ولقد كانت آراء الفقهاء متسعة الأرجاء واسعة الرحاب ، فلم يعينوا للرشد سناً خاصة وإن عينوا للبلوغ سناً ، نعم إن أبا حنيفة جعل نهاية سن الحجر ونقص الأهلية ، وهي خمس وعشرون سنة ، ولكن وجهة نظره في ذلك لم تكن تعيين سن رشد ؛ بل لأنه يرى هو وزفر والنخعي أنه لا يصح أن يحجر على الحر البالغ إذا بلغ مبلغ الرجال ببلوغ الخامسة والعشرين ، ولو كان أقسق الفساق ، وأشدهم تذييراً لماله ، مادام عاقلاً ليست عنده لوثة جنون ، ولا اختلاط عنه ، ولكن جمهور الفقهاء خالفوهم . وقرروا أن يستمر الشخص ناقص الأهلية حتى يبلغ رشده ، ويستطيع القيام على ماله وتديره وتسييره^(١) .

(١) سنيين الخلاف في ذلك عند الكلام على السفيه .

١٦٦ - ولقد نهجت القوانين الحديثة منهج الشريعة في أنها اعتبرت بلوغ الرشد هو المناط لكمال الأهلية وما دام الرشد لم يتوافر فالشخص ناقص الأهلية ، ولقد جاء في شرح القانون المدني للرحوم أحمد فتحي زغلول باشا نبذة قيمة في هذا المقام هذا نصها : « المولود يولد فاقد الأهلية (١) ويبقى كذلك إلى أن يبلغ سن التمييز ، ثم يدخل في دور جديد هو دور التمييز ، إلا أن عقله وماسكاته لا يزالان غضين ، فلا يقوى على تقدير الأفعال التي تصدر عنه ، أو يعتمد فعلها تقديراً صحيحاً ، ثم هو لا يصل إلى هذه المرتبة إلا بعد أن ينضج قوته العاقلة ، ويكون له بعض الخبرة ، حتى يؤمن على إدارة أمواله بنفسه . ومعلوم أن بلوغ هذه المرتبة لا يتم للجميع بصورة واحدة ، ولا في زمن واحد ، بل هم يختلفون في ذلك اختلافاً كبيراً ، إلا أن منافع الناس وضرورة الأمن في المعاملات والحاجة إلى وضع حد تنقضي إليه حال الإنسان ، ويخرج بلوغه من دور التردد إلى دور العمل ، كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذي يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجر ، وتم له الأهلية . والشرائع مختلفة في تقدير هذا الزمن ، فمنها ما جعله اثنتي عشرة سنة للأثني ، وأربع عشرة للذكر ، كما فعل الرومانيون في البداية ، مذ كانت الأمة في نشأتها الأولى ساذجة الأخلاق ، قليلة العدد ، أيام كانت المراقبة شديدة في تربية الأولاد ، والروابط العائلية قوية كافية لتمايتهم ، وتدارك ما قد يفرض منهم من الأعمال قبل استفحال الضرر ، فلم يكن ممن باعث يحمل الشارع على الإبطاء بمنح الأهلية الكاملة ، والولد محوط بهذه العنايةات كلها . فلما ازدحم المجتمع بأهله ، وكثر المال ، وتنوعت الرغبات والمطالب وتشعبت أعمال الإنسان ، وامتدت أطماعه إلى أبعد من داره وعشيرته ، ووهن رباط العائلة بضعف تلك المؤثرات ظهرت مضار التعجيل بإقرار الأهلية ، واضطر الشارع

(١) يقصد أهلية الأداء

إلى تأجيل زمانها فجعله خمساً وعشرين سنة ، ومن الشرائع ما وقعت عند الحادية والعشرين ، ومنها ما اقتصر على تسع عشرة سنة^(١) .

وقد كان القانون المصرى يسير على اعتبار سن كمال الأهلية ثمانى عشرة ، ولكن لوحظ أن الفتى أو الفتاة فى هذه السن يكن غراً غير عالم بشئون الدنيا وإدارة الأموال ؛ لأنه يكون لا يزال عاكفاً على تلقى دروسه ، منقطعاً عن إدارة أمواله ، غير متفرغ لها ، فرفعت السن إلى إحدى وعشرين على حسب القانون الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، وقد جاء فى المذكورة الإيضاحية لهذا القانون خاصاً برفع سن الرشد ما نصه : « ومن التعديلات المهمة التى أدخلها المشرع رفع السن التى تنتهى فيها الولاية والوصاية من ثمانى عشرة سنة إلى إحدى وعشرين سنة ، وهذا التعديل دفعته إليه التجربة ؛ فإن الاختبار دل على أن سن الثمانى عشرة المحدودة الآن لبلوغ الرشد وانتهاء الوصاية غير كافية بالنظر إلى الأحوال الاجتماعية الحاضرة ، فإن غالب الشباب يكونون فى دوز التعليم حين بلوغهم هذه السن ، ولذلك يكونون بطبيعة الحال قليلي الخبرة بالحياة العملية . أضف إلى ذلك ما يحيط بالشباب الصغير من دواعى الإغراء بالإسراف والتبذير ، وقد شوهد فى كثير من الأحوال أن شباناً رفعت عنهم الوصاية ، وسلمت إليهم أموالهم عند بلوغهم ثمانية عشر عاماً ، فبددوها كلها أو معظمها فى قليل من الزمن ؛ ولهذا رأيت الوزارة رفع السن التى تنتهى ببلوغها الوصاية من ثمانى عشرة سنة إلى إحدى وعشرين » .

ولقد أخذ هذا القانون الجديد بمبدأ اختبار القاصر فى وقت الحجر عليه ونقصان أهليته للأداء والمعاملة ، وهو مبدأ القرآن الكريم ؛ إذ يقول تبارك وتعالى : « وابتوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ، فلقد نص ذلك القانون على القاصر متى بلغ ثمانى

(١) شرح القانون المدنى ص ٢٨ ، ورسالة عوارض الأهلية للأسقاذ احمد ابراهيم بك .

عشرة سنة ولم يمنع من التصرف في ماله جاز للوصي أن يسلم أمواله ليتولى بعض إدارتها ، فيكون له قبض دخله ، والتصرف فيه ، والتأجير لمدة سنة أو أقل . وزراعة أرضه ، والقيام بما يلزم للعقارات من أعمال الحفظ والصيانة ، ويعتبر راشداً في هذه التصرفات قاصراً في غيرها ، فإذا أساء التصرف فيما أعطيه منه منع من كل تصرف وليس له أن يطلب الإذن بالتصرف قبل مضي سنة من تاريخ المنع^(١) .

١٦٣ - وخلاصة القول ، أن الصبي المميز ناقص الأهلية ، والحد الأدنى للتمييز سبع سنوات ، والشريعة قد جمعت البلوغ أمارات خاصة ؛ فإن لم تتحقق تلك الأمارات ، فبالسن ، ولم تجعل الشريعة مطلق البلوغ سبباً في كمال أهلية الأداء بل أهليته لا تكمل في الشريعة إلا بالسن وإيناس الرشد ، ولم يعين الفقهاء سناً لإيناس الرشد ، ولكن القوانين الحديثة عينت سناً تخالفت الشريعة في ذلك ، ولكن لم تتجاف عن معناها ومرماها .

١٦٤ - السفية : السفية^(٢) هو من لا يحسن القيام على تدير ماله ، فينتفخ في غير مواضع الإلتحاق والحجر على السفية موضع خلاف كبير بين العلماء ، وقد تضاربت فيه أقوالهم ، وللسفية حالان : إحداهما أن يبلغ

(١) راجع المواد ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١ ، ٣٢ من قانون المجالس الحسبية الصادر في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ .

(٢) جاء في تفسير القرطبي السفية المهمل الرأي في المال الذي لا يحسن الأخذ لنفسه ، ولا الإصطاء منها ، شبه بالثوب السفية ، وهو الخفيف النسيج ، والبذاء اللسان يسمى سفياً ، ولا تكاد تنفي البناء إلا في جهال الناس ، وأصحاب العقول الحقيقية ، والعرب تطلق السفه على ضعف العقل تارة وعلى ضعف البدن أخرى ، قال الشاعر :

نحسب أن تسفه أحلامنا ويجهل الدهر مع الحالم
وقال ذو الرمة :

مشين كما اهترت رياح تسفمت أعاليها من الرياح الزوام
فكأنه يجسسل السفه الشرعي إما مأخوذ من الثوب السفية بمعنى المهمل ، ولما من الضعف في العقل ، والخفة فيه ،

الشخص سفياً ، وقد اتفق العلماء على أنه لا يعطى ماله ، بل يمنع منه عملاً بقوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ، ولكن اختلفوا في موضعين في هذه الحال (أحدهما) أن كثرة العلماء على أن ماله لا يدفع إليه ، ويمنع من كل التصرفات القولية ، فليس له أن يقر بحق لغيره . ولا أن يبيع ولا أن يشتري ، ولكن روى عن أبي حنيفة أنه يقول إن ماله لا يسلم إليه ، ولكن عقوده ، وكل تصرفاته القولية صحيحة كتصرفات غيره من العقلاء ، لأن أهليته تكمل بمجرد البلوغ عنده ، ومنع المال لسكياً يتمكّن من تنفيذ تصرفاته التي تسوء عقباها ، ولأن المنع وحده تأديب وزجر ، وفيه الكفاية ، ولكن روى أيضاً عن أبي حنيفة أن الشخص إذا بلغ سفياً استمر الحجر عليه ، فمنع من ماله ، ولا تنفذ تصرفاته فيه وذلك هو الراجح . (الموضع الثاني) أن كثرة العلماء على أن الشخص إذا بلغ سفياً استمر الحجر عليه ، حتى يرشد ، فما لم يرشد لا يمنع الحجر عنه . ويستمر ناقص الأهلية ، ولو بلغ أرذل العمر ، لأن علة نقص الأهلية هو نقص العقل ، وعدم القدرة على إدارة شؤنه المالية ، فما بقيت هاتان الحقيقتان أو إحداهما فالحجر مستمر ، لبقاء علته وداعيه ، وقال أبو حنيفة أن الشخص إذا بلغ خمسة وعشرين سنة دفع إليه ماله ، ولو كان سفياً مادام عاقلاً ، لأنه ببلوغ الخامسة والعشرين لا ينفع فيه زجر ولا تأديب ، ورحم الله أبا حنيفة ، فقد روى عنه أنه قال : « إذا بلغ الخامسة والعشرين احتمل أن يكون جداً فأنا أستحى أن أحجر عليه ، ، وفي الحق أن الأصل عند أبي حنيفة أن الشخص متى بلغ عاقلاً كملت أهليته ، ولكن إن كان سفياً لا يسلم إليه مال خشية أن يكون ذلك السفه بفعل الصبا ، وحرارة الشباب الباكر ، فمنع من ماله تأديباً وتربية ، وبعد الخامسة والعشرين لاموضع للتربية . فليسلم إليه ماله ، وليقض الله أمراً كان مفعولاً ، ويؤيد فكرة أبي حنيفة من حيث التفرقة بين حال الشباب قبل الخامسة والعشرين وبعدها ما يذكره علماء النفس وعلماء التربية وعلماء الأخلاق من أن العادات

النفسية والحلقية تسكون في دور التسكون ، وتسكون مرنة رخوة قبل الخامسة والعشرين ، وأكثر مرونة قبل العشرين ، وبعد الخامسة والعشرين تتسكون العادات ، وتتخذ لها مجارى في النفس ، ويصعب جد الصعوبة تغييرها ، فإذا كان الفتى لم يبلغ الخامسة والعشرين وهو سفيه مبدع ذال ، متناف له ، فمضى أن يكون التأديب مغيراً لتلك العادة المرنة ، ولسكن بعد الخامسة والعشرين يصعب تغييرها . فليترك حبله على غاربه .

١٦٥ - هذه حال السفة الأولى ، وهي بلوغ الشخص سفيهاً . أما الحال الثانية فهي بلوغه رشيداً ، ثم سفيهاً بعد ذلك . والحجج فيها موضع خلاف بين العلماء أيضاً فن العلماء ، وهم الأئمة أيضاً من قال : إنه يصير ناقص الأهلية بالنسبة للتصرفات المالية الخالصة . ومن الفقهاء من قال إنه لا يحجر عليه بحال من الأحوال ، ومنهم أبو حنيفة على مقتضى أصله في فقه هذه المسألة ، ومعه زفر بن الهذيل . وبعض العلماء من نقم المذاهب الأخرى .

ونرى من هذا السياق أن أبا حنيفة استمسك بعدم الحجر على السفيه واعتبره كامل الأهلية ، سواء أعرض له السفيه بعد بلوغه رشيداً ، أم بلغ سفيهاً على النحو الذي علمته في الحال الأولى ، فالأصل عنده أن السفيه ليس سفيهاً في نقص الأهلية ، وقد استدل مذهبه هذا بما يأتي :

(١) عموم القرآن الكريم في آياته الخاصة بالعقود ، من مثل « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ومن مثل : « وأوفوا بالعهد ؛ إن العهد كان مسئولاً » ومن مثل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تسكون تجارة عن تراض منكم » وغير ذلك مما ورد في آي الله تعالى حثاً على الوفاء بكل التزامات العقود ، ومثل ذلك ما ورد في الحديث من الأمر بالإهداء والصدقات والهبات من مثل قوله صلى الله عليه وسلم : « تهادوا تحابوا » ، ففي كل هذه الآيات والأحاديث الخطاب عام لكل المسلمين ،

ولا شك أن المبذرين والسفهاء داخلون في عموم المؤمنين من غير خلاف بين علماء المسلمين ، فهم مطالبون بالوفاء بعقودهم ، وعدم النكث في عهودهم ، سواء أكانت هبات وهدايا ، أم عقود مبادلة ما دام قد تحقق مناط العقود المالية ، وهو التراضي ، فتنى تحقق فقد وجب الوفاء بالعهد ؛ فلو قلنا بعد هذا أن المبذر لماله بعض عقود باطل وبعض عقود غير نافذ فمعنى ذلك أن الوفاء بها غير مطلوب ، ويكون ذلك تخصيصاً من عموم الأمر بالوفاء ، ولا يصح أن يكون تخصيص تلك النصوص الصريحة القاطعة في دلالتها إلا بمثلها ، ما هو قطعي في دلالته ، ونسبته إلى الشارع الإسلامي ؛ فالتمسك بذلك لا يصلح تخصيصاً ، ولم يرق من النصوص الذرائعية ما هو قاطع في دلالاته أو من الأحاديث ما هو صحيح لا ريب في نسبه ، وإذن فيك كل عقود المبذر لماله يجب الوفاء بها ، فلا يصح الحجج عاين ، وأهميته كاملة .

(ب) روى قتادة عن أنس بن مالك أن رجلاً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبتاع ، وفي عقده ضعف ، فأتى به أهله نبي الله صلى الله عليه وسلم ، فقالوا يانبي الله احجر على فلان ؛ فإنه يبتاع ، وفي عقده ضعف ، فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم ، فنهاه عن البيع ، فقال يانبي الله إني لا أصبر عن البيع . فقال رسول الله ﷺ : إن بعث فقل ها ، وها ، ولا خلافة ، ولك الخيار ثلاثاً . وروى عن ابن عمر رضي الله عنه أن رجلاً ذكر لرسول الله ﷺ أنه يندع في البيع فقال النبي ﷺ إذا بايعت فقل لا خلافة فدل هذا على أن الرجل الذي يغيب في البياعات ، وهو من نوع السفهاء بلا ريب لا يمنع من التصرف في ماله ، ولو كان يمنع لأجاب النبي ﷺ أهل الرجل إلى ما طلبوا ، ولما لم يجهم ، بل طلب إلى الرجل أن يمتنع مختاراً عن البيع ، ويستترشد بغيره ، فلما بين له عدم استطاعته ذلك أرشد إلى أنه يشترط لنفسه خيار ثلاثة أيام ، يتروى فيها ويتدبر ، ويراجع من يشاورهم في أمره . ولو كان

جزاء الغبن ، والخدع في البياعات وهي من السفه أو الغفلة - المنع ونقصان الأهلية لمنعه النبي ﷺ من التصرفات بعد أن ثبت الوصف الموجب للمنع والحجر ، ولكنّه لم يفعل ، فدل ذلك على أن السفه أو الغفلة كلاهما لا يوجب نقصان أهلية ولا حجراً من التصرفات .

(ج) أن الشخص يبلوغه عافلاً سفياً أو غير سفياً قد بلغ حد الإنسانية المستقلة والشخصية المنفردة بشؤونها ، فأى منع له من التصرف أذى لإنسانيته ، وإهدار لأدميته ، فن الكرامة التي يستحقها الإنسان بمقتضى كونه إنساناً أن يكون مستقلاً في أمواله وإدارتها ، ينال الخير من تصرفاته الحسنة ، ويتحمل مغبة تصرفاته السيئة ، وبالسكوبة والنهوض ، والعثرة والوقوف تصقل نفسه ، ويستفيد تجربة واختباراً ، ولا يصح لأحد أن يقول إن من مصلحته الحجر عليه ، فإن الحجر في ذاته أذى لا يعده أذى للحجر الكريم ، إذ لا شيء ألم للنفس والروح من اهدار الأقوال ، وتقريب الإنسانية من مرتبة البهائم التي تنفق بما لا تعقل ، فلتهرب كل أمواله إسرافاً وبداراً . ولكن لتبقي له نفسه ، ولتبقى له آدميته فالمال غادورائح ، وأما جروح النفس فليس لها التئام . ولقد عهدنا من الشارع الإسلامي أنه يحترم الكرامة الإنسانية ، فإله يقول : « ولقد كرّمنا بني آدم في البر والبحر ، ورزقناهم من الطيبات (١) » ، ولا يصح أيضاً لأحد أن يقول : إن مصلحة الجماعة في الحجر على سفائها في الأموال ، لأن من مصلحة الجماعة أن تذيق الأموال إلى الأيدي التي تحسن استعمالها بدل

(١) يوفق الجصاص بين قول أبي حنيفة بعدم الحجر على السفه ، وقوله تعالى : « ولا تبذر تبذيراً » بأن الآية في ذم التبذير والنهي عنه ، وليس كل فعل مذموم أو منهي عنه مقتضياً للحجر والمنع ، فالإنسان منهي عن ترك زرعه وشجره من غير سقي ، وترك دوره وعقاره من غير تعبير ، فلو أنه ترك زرعاً وغرسه من غير ماء ، ودوره يأكلها الخراب ما أجزه أحد على ذلك ، وما حجر عليه لأجلها فالنهي والذم شيء ، والحجر شيء آخر ، ولا يصح أن يرتب أحدهما على الآخر من غير دليل .

أن تبقى آسنة في أيدي من لا يحسنون القيام عليها ، ويقام غيرهم لحراستها وصيانتها فقط ، إن من مصلحة الجماعة أن تنتقل الأموال من الأيدي الخاملة إلى الأيدي العاملة ، لكي يمكن ابن الإنسان أن يكشف عن كل ما في الأرض من كنوز ، ويستدر أكثر ما في هذا العالم من خيرات ، فإذا وصل المال إلى يد رعنا لم تستطع امساكه ، فلتترك لتلقفه يد أخرى تستطيع المحافظة عليه واستغلاله ، فمنع السفهاء من التصرفات ليس فيه إذن مصلحة للناس ، ولا مصلحة للسفهاء أنفسهم ، إذ هو أذى لإنسانيتهم وإذا كان أبو حنيفة قد استحيا أن يحجر على ابن الخامسة والعشرين ، فذلك دليل على مقدار علو شأن الإنسانية في نظره رحمه الله .

(د) أن السفية غير محجور من عقد الزواج بأجر المثل ، وغير محجور من الطلاق ، وذلك رأى من يحجر عليه في الأمور المالية ، وهو كلام غير منطقي ، كيف يكون حراً في الزواج والطلاق والعتاق ، ويكون مقيداً في الأموال ، إن الزواج أخطر شأنًا ، ويحتاج إلى رأى ، وهو يتصل بحياة الإنسان فيشقيها أو يسعدها ، فكان أحرى بالمنع ، فإذا نفذ باتفاق الفقهاء فبالأولى العقود المالية تنفذ ؛ لأن خطرها أقل ، وشأنها عند الله والناس أهون ، وسوء المنع فيها أقل من سوء المنع في الزواج إن لم يحسن التصرف فيهما . ثم إن جواز الزواج والطلاق دليل على كمال الأهلية ، وصلاحية العبارة للعقود ، والالتزامات من غير توقف على إرادة أحد ، فلا وجه إذن المنع في المال ، بل ليس من المنطق ، ولا من الفقه أن ينفذ عقده في الزواج ولا ينفذ كلامه في عقد إجارة حانوت ، أو ما يشبهه ، إن ذلك لعمري في القياس غريب (١) .

(١) كما استدل به لأبي حنيفة أيضاً أن إقرار السفية بما يوجب حداً أو قصاصاً جائز ، ويحدويقتض من مقتضى هذا الإقرار ، فكيف يسوغ إقراره ، وينفذ عليه الحد الذي يسقط =

١٦٦ - هذه أدلة أبي حنيفة ومن رأى رأيه في عدم جواز الحجر على السفينة ، وأن العاقل البالغ ليس لأحد عليه ولاية خاصة . أما أدلة الفقهاء الذين أجازوا الحجر على السفينة فتتلخص فيما يلي :

(ا) قوله تعالى : « ولا تؤنوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم ، وقولوا لهم قولا معروفا ، وقوله تعالى : « فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو ، فليمل وليه بالعدل » فدللت الآية الأولى على أن السفينة لا يسلم إليه ماله ، بل ليس له من التصرف في ماله إلا أن يرزق ويكسى ، أما وسائل التنمية والحفظ والصيانة فليست له ، ولكن لغيره ، وتأييد هذا المعنى بالآية الثانية ، لأنها فرضت أن السفينة ولياً هو الذي يتولى إنشاء صيغة عقد المدائنة واملاءه عند الكتابة . ولو كان للسفينة أن يتصرف في أمواله تصرف الراشدين ما كان له ولي يتولى عنه ، وما أمر الله وليه أن يتولى الإملال بقوله فليمل وليه بالعدل . وإذا كان السفينة لا يعطى ماله ، ولا يتصرف فيه ، وله ولي فهو ناقص الأهلية ، وحجور عليه .

(ب) ما روى من أن عبد الله بن جعفر بن أبي طالب أتى الزبير بن العوام ، فقال إني ابتعت بيعاً ، ثم أن علياً يريد أن يحجر علي ، فقال الزبير إني شريكك في البيع ، فأتى علي عثمان بن عفان فسأله أن يحجر علي ابن أخيه عبد الله بن جعفر فقال الزبير أنا شريكك في البيع ، فقال عثمان : كيف أحجر علي رجل شريكك الزبير ! فدل هذا على أن الحجر على السفينة قضية معروفة عند الصحابة ، وهي من الشريعة ، وإلا ما طلبها علي لابن أخيه ، وهو من نعلم علماء وفقهاء وتقى من

بالشبهات بهذا الإقرار ومع ذلك لا يؤخذ بإقراره بحاله ، وهو أهون شأننا وأقل خطراً ، ولا يسقط بالشبهة ، هذا غير منطوق .

عولم يستنكر أحد من الصحابة طلبه ، فلم ينكره الزبير ، ولم ينكره عثمان ،
وإن كان كلاهما قد رأى أن عبد الله لا يستحق حجراً (١) .

وروى أيضاً أن عائشة بلغها أن عبد الله بن الزبير قال عنها وقد باعت
بعض رباها ، فقال لثنتين وإلا حجرت عليهما ، فقالت لله على أن لا أكله
أبداً ، فهذا يدل على أن ابن الزبير وعائشة قد رأيا الحجر ، وعائشة مكانها
من العلم والفتيا مكانها (٢) .

(ج) أن مصلحة السفينة المالية في منعه ، فإن ترك وشأنه ضاع ماله ،
وكان كلا على الناس ، وأن سبب الحجر فيه متحقق ، فإن السبب في الحجر
على الصغير الخشية من ضياع ماله ، وضياع المال في السفينة أوضح ، لأن
تقديره (٣) محقق لا زيب فيه ، وإذا كان سبب الحجر ذلك وهو متحقق
فيه ، فلا بد أن يتحقق أثره ، وهو الحجر بالفعل . هذا ومن مصلحة الناس
أن يحجر على سفائهم ، لأنهم أن أضاعوا أموالهم كانوا عالة على الجماعة
تطعمهم وتكسوهم ، أو يعيشون فيها فساداً ، ولا يتركون عامراً إلا خبروه ،
ولا قائماً إلا هدموه .

١٦٧ - هذه أدلة الفريقين ، وزجو أن نسكون قد حكيناها على وجهها ،
وقد اختلف محمد وأبو يوسف في ابتداء الحجر على السفينة أمن وقت تحقق
وصف السفينة ، أو من وقت حكم القاضى به ؟ قال الأول محمد وقال الثاني

(١) رد أبو حنيفة هذا بأن المراد من السفهاء في الآية الأولى الصغار ، لأن آل للعبد
الذكرى ، والمذكور هم اليتامى ، فهم الصبيان وكذلك المراد بالسفهاء في الثانية . ولا دليل
يعين أنهم المبذرون .

(٢) لو سلم كل ما يدل عليه الأثران ما تجاوز أنه رأى صحابي ، ورأى الصحابي فيا
للرأى فيه مجال ليس بحجة .

(٣) يخرج رأى أبي حنيفة في الأهلية على أن العلة في نقصان أهلية الأداء عند الصغير
هو العجز بسبب الصبا ، وذلك لا يتحقق في السفينة ، إذ هو ليس بعاجز .

أبو يوسف^(١) ، فالحجر عند محمد يبتدىء من وقت إسرافه في أمواله وتبذيره فيها ، وكل تصرف مالى من وقت تحقق وصف السفه عرضة للإبطال ، إذ قد صدر باطلا ، ولو لم يحكم القاضى بالسفه ، أما عند أبى يوسف فالحجر يبتدىء من وقت الحكم ، وكل تصرف قبله هو سائغ نافذ لا مجال للطعن فيه . وقد استدل محمد لرايه بأن علة الحجر هى السفه والتبذير فى ماله ، فحينما وجدت العلة وجد معها ما كانت علة فى وجوده ، فلا حاجة إذن إلى قضاء القاضى ، لأن القضاء ليس هو السبب ، ولا شرطاً فى السبب ، ومن جهة ثانية فالحجر بسبب السفه كالحجر بسبب العته ، كلاهما علة للحجر والمنع من التصرفات ، ولو كان مع العته تمييز .

وقد ثبت الحجر على المعتوه بمجرد وجود العته ، فثبتت الحجر على السفهية بمجرد وجود السفه بذلك القياس الذى استوفى شروطه ، والجامع بينهما أن الحجر لمعنى فى نفس الحجر عاينه ، لا لشيء خارج ، ففى تحقق ذلك المعنى تحقق الحجر .

ووجهة نظر أبى يوسف أن الحجر على السفهية أمر يحتاج إلى نظر ،

(١) رأى مالك والشافعى كأبى يوسف فقد جاء نى أحكام القرآن للقرطبى ما نصه : « اختلف العلماء فى أفعال السفهية قبل الحجر فقال مالك وجميع أصحابه غير ابن القاسم : إن فعل السفهية وأمره كل جائز ، حتى يضرب الإمام على يده . وهو قول الشافعى وأبى يوسف . وقال ابن القاسم أفعاله غير جائزة ، وإن لم يضرب الإمام على يده وقال أصبغ إن كان ظاهر السفه وأفعاله مردودة ، وإن كان غير ظاهر السفه ، فلا ترد أفعاله ، حتى يحجر عاينه الإمام . واحتج سحنون لقول مالك بأن قال : « لو كانت أفعال السفهية مردودة قبل الحجر ما احتاج السلطان أن يحجر على أحد . وحجة ابن القاسم ما رواه البخارى من حديث جابر أن رجلاً أعنى عبداً ليس له مال غيره ، فرده النبى صلى الله عليه وسلم ، ولم يكن حجر عليه . قبل ذلك » .

واستلال وترجيح بين أود متعارضة ، وذلك أن في المسألة ضررين ، كلاهما محقق ثابت بلا ريب في وجوده . (أحدهما) ضرر الحجر وإهدار الحرية وعدم اعتبار بعض تصرفاته وعقوده ، وذلك نقصر في آدبيته ، و(ثانيهما) ضرر السرف والتبذير ، وإلقاء المال ذات اليمين وذات الشمال من غير هدى ، فكان لا بد من الموازنة بين الضررين ، وترجيح أحدهما على الآخر بنظر غير متحيز ، لا يحابي ولا يداجي ، وذلك يكون بالقضاء الذي يكون فيصلا بين حالين حال الإطلاق وحال التقييد ، ومرجأ لأحد الضررين ، وإحدى المصالحتين ، وأيضاً فإن حقيقة السفه غير محسوسة لا يختلف فيها العقلاء ، بل إن السفه أمر تقديري اعتباري ، يختلف العقلاء الراشدون حوله ، فقد يرى بعض العقلاء تصرفاً ، فيحكم بأنه سفه وتبذير ، ويراه عقلاء آخرون فيحكمون بأنه حكمة وتبذير ، فكان هذا الاختلاف بين الناس في حقيقة السفه داعياً لأن نحتاج إلى مرجح لأحد النظيرين على الآخر ، ولأحد التقديرين ، وذلك يكون بالقضاء العادل .

وإننا لو قررنا أن الحجر يبتدىء من وقت ثبوته ، وعدنا بالنقض على كل تصرف حصل من وقت حدوث السفه ، لسكان في ذلك ضرر محقق بكثير من الناس عاملوه قبل أن تتبين لهم حقيقة أمره ، وخصوصاً أن سفه السفه لا يثبت بتصرف واحد ؛ بل بعدة تصرفات يتبين من مجموعها سفهه ، فلا يثبت السفه بتصرف فردي يثبت فيه سوء تقديره ، وقد يكون أول النادمين عليه ، فإذا جعلنا وجود السفه كافياً للحكم ، فسيقع ضرر بلا ريب على كثيرين من عاملوه على اعتبار أنه كامل الأهلية رشيد ، فلا بد إذن من أمانة شاهدة معاملة بسفهه ليكون الناس على بينة من أمره ، وذلك يكون بحكم القضاء وإعلامه .

ثم إن الحجر بسبب السفه أمر مختلف فيه بين العلماء ، من حيث إقراره وعدم إقراره ، فأبو حنيفة كما علمت لا يقره ولا يسيغه ، فكان من الفقه وتحقيقاً للعدالة ألا يكون حجر في مسألة إلا بعد قضاء القاضي ، ليسكون قبضاً ترجيحاً لأحد القولين ، وأخذنا بأحد الرأيين على بينة وهدى ، ونظراً إلى مصلحة الناس في كل مسألة يشملها ذلك الخلاف .

٩٦٨ - ويشبه السفه في الخلاف والأحكام ذو الغفلة وهو الذي لا يتدى إلى التصرفات الراجحة فيخزن في المعامضات لسهولة خدعه ، وأبو حنيفة لا يحجر عليه جرياً على أصله ، وأخذنا بطريقته من أنه لا يحجر على بالغ عاقل إلا إذا عرض له ما آف عقله ، فأعجزه عن تدبير أمره فيحجر عليه دفماً لضرر العجز ، أما مذهب الصاحبين والشافعي ومالك وأحمد فالخبر عليه صيانة لماله ، ونظراً له ، وحديث منقذ بن حبان الذي يخن في البياعات حجة في هذا الباب ، وفي الواقع أن ذا الغفلة يتشابه مع السفه في تصرفاته من حيث فساد التقدير وسوء التدبير ، وإتلاف الأموال ، وإن كان السفه يتصد إلى الإتلاف بسبب سوء رأيه ، وعدم بعد نظره ، وذو الغفلة لا يتصد إلى الإتلاف . ولكن سوء الرأي كان سبباً في التلاف والضياع ، ولذلك تشابهت أحكامهما ، ولو عدهما باحث نوعاً واحداً ما جاني الصواب وما بعد عن التحقيق ، فهما في الحكم سواء ، وفي المعنى متقاربان جداً .

وقد يعبر عن ذي الغفلة بالضعيف^(١) ، ولعله المراد من الضعيف في قوله

(١) جاء في تفسير القرطبي في تفسير هذه الآية : « الضعيف هو المدخول العقل - الناقص العقلية - العاجز عن الإملاء » . وهذا التفسير يشمل المعنوي ، وذا الغفلة . وقد جاء في القرطبي في هذا الموضوع أيضاً « اختلف العلماء فيمن يندفع في البيوع لقله خبرته ، وضعفه فهل يحجر عليه ؟ فقال بالحجر عليه أحمد واسحق ، وقال آخرون لا يحجر عليه . والقولان في المذهب (مذهب مالك) والصحيح الأول ، لهذه الآية ، وأقولهم في

تعالى ، وإن كان الذى عليه الحق سفيراً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو
فأيممل واية بالعدل .

١٦٩ - ومن قاصرى الأهلية المعتوه ، وذلك أن العته يعد شعبة من
تقص العقل ، فإن الذى أصيب فى عقاه إن كان مغلوباً بحيث لا يعقل قط كان
فاقد الأهلية ، وهو المجنون عند الإطلاق ، وإن كان يعقل بعض الأمور ،
فدشبهه بعض كلامه كلام العقلاء ، ويشبهه بعضه كلام المغلوبين المختلطين كان
معتوها ، فالمعتوه على هذا لا يكون إلا مميزاً (١) ، لأنه إن كان غير مميز بل
كان مغلوباً لا يميز شيئاً ما كان معتوها ، بل يكون مجنوناً . ولكن الفتاوى
الهندية أن تفرض أن العته قسم مقابل للمجنون ، فالعته عندها أحياناً يصحبه تمييز ،
وأحياناً لا يصحبه تمييز ؛ فإن كان لا يصحبه تمييز فالمعتوه فاقد الأهلية كالمجنون ،
وإن كان يصحبه تمييز فالمعتوه قاصر الأهلية كالصبي المميز ، وربما كان من
كلام الزيلعى ما يفيد هذا .

ولكن أكثر الكتب تسير على غيره ، فتفرض أن المعتوه لا يكون إلا
مميزاً فإن فقد التمييز فهو مجنون على ما بيننا ، وهذا اختلاف فى التمييز ،
وليس بخلاف فى التفكيك ، فلا تتغير به الأحكام ، ومهما يسكن من شيء ،
فالمعتوه المميز ، كالصغير المميز فى كل الأحكام . وهو قاصر الأهلية ،
بالنسبة للأداء .

١٧٠ - وما تقدم كله يستخلص أن قاصرى الأهلية هم الصبي المميز ،

الحديث : « يا بنى الله .. احجر على فلان » يقصد بالحديث حديث منقذ بن حبان الذى
ذكرناه فى النبذة رقم ٧ ، وقد سبق دليلاً لأبى حنيفة فى عدم الحجر على السفه ، لأن
النبى صلى الله عليه وسلم لم يجبهم إلى الحجر .

(١) هذا ما تثير عليه الهداية ، وكالدين بن الهمام ، ونظر الاسلام البرزوى وغيره .

والمعتوه المميز ، والسفيه وذو الغفلة على الخلاف فيهما ، وأن نقص أهلية الأداء لا يمنع أن تثبت أهلية الوجوب كاملة ، فيثبت كل الحقوق التي أثبتناها للصبي غير المميز والمجنون ، ويتولى المعاملة بها الولي أو الوصي ، وكذلك لا يثبت من الواجبات على قاصر الأهلية إلا ما يثبت على الصبي غير المميز والمجنون ، فلا يثبت عليهم إلا المغارم المالية الخالصة ، أو ما كان فيه المال غالباً على ناحية العبادة ، ولا يثبت وجوب العبادات ولا العقوبات . بيد أن السفيه وذو الغفلة يعتبران من هذه الناحية كاملة الأهلية فيجب عليهم كل التكليفات الشرعية من عبادات وغيرها ، وتلزمهم العقوبات كاملة ، لأنهم مؤاخذون مكفون كل التكليف ، لم يسقط عنهم بسبب السفه أو الغفلة شيء منها ، أما الحجر عليهم فلمنعهم من إنفاق أموالهم في غير وجوهها ، حفظاً لهم ، وصيانة لأموال المسلمين من أن تذهب إسرافاً ونداراً ، أما الواجبات المالية التي أوجبها الشارع سواء أكانت عبادة أم غرماً ما لا أم منونة للمال أم صلة قربي أم بمقتضى عقد سائغ تولاه القوامون عليهم ، فهم مطالبون به ، لأن التكليف يوجب كل ذلك ، بخلاف الصغير المميز والمعتوه المميز ، فقد سقط عنهم التكليف ، فلا يطالبون بما هو عبادة (١) .

(١) الصبي المميز غير مكلف العبادة بافراق الفقهاء ، أما المعتوه المميز فقد اختلف في سقوط العبادات عنه ، وقد بين ذلك الاختلاف صاحب كشف الأسرار ، فقال : « يوضع عن المعتوه الخطاب (أي التكليف) كما يوضع عن الصبي ، فلا تجب عليه العبادات ، ولا تثبت في حقه العقوبات ، كما في حق الصبي ، وهو اختيار عامة المتأخرين . وذكر القاضى أبو زيد رحمه الله في التقويم أن حكم العته حكم الصبي إلا في حق العبادات ، فإنما لم نسقط لوجوب التباطؤ في وقت الخطاب ، وهو البلوغ بخلاف الصبي ، لأنه وقت سقوط الخطاب . وذكر صدر الإسلام مشيراً إلى هذا القول راداً عليه قائلاً : إن بعض أصحابنا ظنوا أن العته غير ملحق بالصبي ، بل هو ملحق بالمرض ، - حتى لا يتم وجوب العبادات ، وليس كما ظنوا . بل العته نوع جنون ، فيمنع وجوب أداء الحقوق جميعاً ، إذ المعتوه لا يقف على عواقب الأمور ، كصبي ظهر فيه قليل عقل ، وتحقيقه أن نقصان العقل لما أثر في سقوط الخطاب عن الصبي كما أثر عدمه في حقه أثر في سقوط الخطاب بعد البلوغ أيضاً ، كما أثر =

١٧١ - أما أهلية الأداء فهي موضع النقص ، وموضع التفصيل ، وذلك أن قاصر الأهلية يعتبر من ناحية أهلا للأداء ، ومن ناحية ثانية يفرض فيه العجز عن الاستقلال بالتصرفات وإدارة أمواله ، وللأئمة هنا أنظار مختلفة يترتب على اختلافها اختلاف في الأحكام ، فأبو حنيفة يرى أن نافي الأهلية أهل لحكم التصرفات ، إذ يتولاها الولي ، وتلزمه آثارها ، وهو بما عنده من عقل ، وإن لم يكن كاملاً أهل لما شرة التصرفات ، فاجتمع عنده قبول ذمته للالتزام الذي ينشأ بالتصرف ، وصلاحيته عبارته لأن تنعقد بها التصرفات ، وكان مقتضى ذلك أن تنفذ كل تصرفاته من غير رأى ولي أو وصي ، ولكن لو حظ فيه عجز بسبب عدم نضوج تفكيره ، وكال عقله ، فرؤى ضم رأى الولي إليه ، فيما يباشره من التصرفات غير الضارة وأن يقوم بما لا يباشره مما تكون فيه مصلحته ، وقد انبنى على هذا النظر أن الصبي المميز إن باع بغير فاحش وأجازه الولي أو الصبي نفذ البيع مع أن الولي لو باشره منفرداً ما جاز ، لأن أبا حنيفة لاحظ أن الصبي إذا تولى التصرف ما تولاها بإناابة من وليه ، بل تولاها بولايته الخاصة ، فلما انضم إليه رأى الولي كان ذلك دفعاً للعجز في تصرف ناقص الأهلية ومثل ذلك يقال في المعتوه المميز والسفيه وذى العفلة في غير موضع الخلاف ، وأبو يوسف ومحمد يريان أن قاصر الأهلية له عبارة تنعقد بها العقود ، ولكن لعجزه عن معرفة عواقب الأمور ، ورعاية مصالحه بسبب نقص عقله الذي أوجب نقص أهليته كانت الولاية في العقود وسائر التصرفات المالية للولي ، فإن باشرها قاصر الأهلية

عنده في السقوط بأن صار مجنوناً ، لأنه لا أثر للبوغ إلا في كمال العقل ، فإذا لم يحصل السكاه بحدوث هذه الآفة كان باوغ وعنده سواء هـ . وإذا كان سقوط العبادات موضع خلاف عن المعتوه ، فيصح إذن أن نقول إن من الأقوال من يجعل المعتوه كالسفيه وذى العفلة بالنسبة للواجبات التي تثبت في الذمة ، لأنه لا فرق إلا في العبادات . وقد سقط ذلك الفرق عند بعض الفقهاء .

يكون بطريق وكالة عن الولي ، وإن تولى من غير إجازة ترقب على إجازته
لا لسد النقص ، ولكن لأن ولاية العقد للولي لاله ، فهو لا يملك إلا
ما يملكه الولي ، وعلى ذلك إذا باع أو اشتري ناقص الأهلية بغبن فاحش
لا يصح عقده ولا يملك الولي أو الوصي إجازته ، لأنه لا يملك ذلك ،
فلا يملك بالأولى الإذن به ، ولا إجازته . والشافعي رحمه الله
رأى أن ناقص الأهلية بالنسبة للعقود والتصرفات التي للولي حق
مباشرتها يكون كفاقد الأهلية ، وذلك لأن الشارع إذ أعطى
الولي حق مباشرة التصرفات ، قد حكم بعجز المولى عليه عنها ، فلا يكون
صالحاً لمباشرتها بنفسه ، ولا تنفذ ولو أجاز الولي ، لأن عبارته تصير غير
صالحة لعقد هذا النوع من التصرفات التي حرم منها ، إذ لو صحت بعبارته
لكان ذلك حكماً بقدرته عليها مع أن الشارع قد حكم بعجزه عنها ، فمن
التناقض أن يكون عليه ولي فيها ويجوز أن يباشرها بنفسه . وقد ترتب على
ذلك أن يبيع الصغير ، وسائر ناقصي الأهلية وشراهم ونحوهما من العقود
التي حجر عليهم فيها لا تنعقد ، ولا تكون موقوفة على إجازة الولي .

كما لا يصح الإذن لناقص الأهلية بالتجارة ، لأن عمود التجارة كلها
أعطيت للولي فهي مساوية منه ، فليس له قدرة عليها ، وليس من شأن الإذن
أن يخاق في ناقص الأهلية قدرة حرهما ، ولا أن يجعل فيه أهلية سلبها .

ونرى من هذا أن ناقص الأهلية عند الحنفية عبارته تصح بها العقود
والتصرفات ، ولذا يصلح أن يكون وكيلاً عن غيره ، ولكن كل حقوق
العقد الذي ينعقد بمقتضى الوكالة ترجع إلى الموكل . ولقد صرح الفقهاء بذلك
بالنسبة للصغير والمحتوه ، أما ذو الغفلة والسفيه فهما بلا ريب ذو عبارة تنعقد
العقود بها ، لأن الحجر عليهم للصحة والنظر لهم . ولقد جاء في كشف
الأسرار كناية في أهلية السفيه نقلها لِدَقْتِهَا وهذا نصها : « السنه لا يوجب

خللا في الأهلية ، لأنه لا يخل بالقدرة ظاهراً لسلامة التركيب ، وبقاء القوى الغريزية على حالها ، ولا باطناً لبقاء نور العقل بكال ، إلا أنه يكابر عقله في عمله ، فلا جرم يبقى مخاطباً بأمانة الله عز وجل فيخاطب بالأداء في الدنيا ابتلاءً ، ويجازى عليه في الآخرة ، وإذا بقي أهلاً لتحمل أمانة الله عز وجل ، وجوب حقوقه بق أهلاً في حقوق العباد ، وهي التصرفات بالطريق الأولى ؛ لأن حقوق الله أعظم ، فإنها لا تحمل إلا على من هو كامل الحال ، ألا ترى أن الصبي أهلاً للتصرفات ، مع أنه ليس بأهل لإيجاب حقوق الله عز وجل ، وتحمل أمانته ، فمن هو أهلاً لتحمل أمانته أولى أن يكون أهلاً للتصرفات ، أهلاً . فالسفيه بالرأب أهلاً لأداء الحقوق والواجبات ، واسكن منع من التصرفات المالية رعاية لمصلحته ، وحفظاً لأمواله ، وحمل له على الجادة .

١٧٢ - وإذا كان ناقص الأهلية له عبارة تمنعها التصرفات ، والتصرفات بالنسبة له عند الحنفية تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

(١) تصرفات نافعة نفعاً محضاً ، بحيث لا يكون ثمة ضرر فيها أقط كقبول الهبة ، وقبول الكفالة .

(٢) وضارة ضرراً محضاً بحيث لا يكون فيها أى نفع مالى له كالإعتاق ، والهبة والطلاق .

(٣) وتصرفات تقبل الضرر ، والنفع .

فأما القسم الأول ، فينقصد وينفذ من ناقص الأهلية ، لأن عبارته صالحة لإنشاء العقود وسائر التصرفات ، ولذلك صلح وكيله عن ذيره كما بينا ، ولما كان ذلك النوع من التصرفات نافعاً له نفعاً محضاً لا ضرر فيه ، كان من المصلحة تنفيذه بالنسبة له ، ولم يكن فى حاجة إلى إجازة ولى أو وصى ، لأن الرفض لا يصح ، وهو ضرر به ، فلا حاجة إذن لهذه الإجازة . وفى تنفيذ هذه التصرفات من غير إجازة الولى ، والحكم بصحة كلامه النافع له نفعاً

محضاً من غير اعتماد على أحد - منافع معنوية كبيرة ، إذ بذلك يبرن على التصرفات النافعة ، ويدرك المنافع والأرباح ، ومضار الغبن والخسران ، ويهتدى إلى أبواب المعاملة المالية بالتجربة من غير أن يلحق ماله نقص .

وأما التصرفات الضارة به ضرراً محضاً من غير نفع مالى ظاهر ، كالهبة والوصية والإعتاق (١) ، فإنها لا تنعقد من ناقص الأهلية ؛ لأن هذه التصرفات تضر به ، وعبارته إنما تساغ فيما فيه مصلحة له ، أو فيه احتمال تلك المصلحة ، فلم تصلح عبارته ؛ لإنشاء ذلك النوع من التصرفات ، إذ هي تنشئ عليه التزاماً من غير أن يكون له فيه فائدة واضحة ، أو من غير أن يتعهد الطرف الآخر له في نظير ذلك بشيء ، وعلى فرض أن عبارته تصلح لإنشائها ، فهي تكون محتاجة إلى أن يضم رأى الولى فيها إليه ؛ أو إلى إذن الولى بها ، وليس فيها مصلحة محتملة حتى يضم الولى رأيه إلى القاصر ، أو يأذن بالتصرف وولاية الولى للنظر والمصلحة ، فلا يصلح أن تقر عملاً فيه مضرة من غير احتمال نفع ، لهذا لا تنعقد من ناقص الأهلية التصرفات الضارة ضرراً محضاً إلا ما سنبينه من الاستثناء فيما يأتي :

وأما التصرفات المحتملة للنفع والضرر كالبيع والشراء والشركات ، والإجازات والنسكاح (٢) وغير ذلك ، فهي تنشأ وتنعقد بعبارته الصغير ، ولكن تكون موقوفة على إجازة الولى أو الوصى ، أما انعقادها بعبارته ؛ فلأن عبارته صالحة لإنشاء التصرفات ، إذ يتوافر فيها الفصد إلى معانى العقد ، وفهم معانى الألفاظ التى تنعقد بها العقود . وفوق ذلك في تصحيح عبارته فائدة تعويده التجارات ، وتمريسه بها ، والظفر بالكسب وإشعاره بمضاضة الخسارة بعدم إجازتها . وأما حاجة تنفيذ هذه التصرفات إلى إجازة الولى

(١) سنين فيما أن بعض هذه التصرفات يجوز من السفه ، وذى الغفلة .

(٢) سنين أن النسكاح يجوز من السفه وذى الغفلة .

والوصى ؛ فذلك لأن في عقله نقصاً ، وفي رأيه ضمناً ، ويخشى عليه مغيبة تصرفه ، وفساد تدبيره ، وعدم تقديره العواقب ، فكان لا بد من رأى الولى ، لتنفيذ هذه العقود ؛ فإن أجازها نفذت ، وإن لم يجزها بطلت ، والشرط في الإجازة أن تكون إجازة معتبرة صحيحة ، بأن يكون التصرف نفسه بما يملكه الوصى ، فإن كان لا يملكه لم تكن إجازته معتبرة ، كأن يكون ناقص الأهلية تدبى بعض عقاره ، وارصى لا يملك بيع العقار ، فأجازته له تكون غير معتبرة ، لأن من لا يملك إنشاء تصرف لا يملك الإذن به ، ولا يملك إجازته ، ولذا إذا باع الصغير عقاراً والوصى عليه لا يملك البيع ، فإن عقده في حكم العقد الباطل ؛ لعدم صلاحيته للتنفيذ .

١٧٣ — هذه الأقسام الثلاثة المذكورة تعم العقود كلها بالنسبة للصغير المميز والمعته ، فكل تصرفاتهم الشرعية تسرى عليها أحكام هذه الأقسام ، أما بالنسبة لذى العفلة والسفيه فإنها تسرى فقط على تصرفاتهم المالية الخالصة ماعدا الوصية والوقف . وإن الأمر يحتاج إلى بعض التفصيل بالنسبة لهما فنقول :

التصرفات قسمان^(١) تصرفات لا تقبل النقص والفسخ ، وهى التى تظهر أحكامها بوجود ثبوت أسبابها ، وهى التى لا يفسدها الهزل ، كما بينا عند الكلام فى الرضا ، كالنكاح والطلاق ، والعتاق وهذه تصح من ما ؛ وذلك

(١) خالف الشافعى فى صحة العتق من السفیه ، فقال إنه لا يصح ، ولكن صاحبى أبى - نيفة قال إن العتق منه يصح ، ولكن على العبد أن يسعى بقيمته ، لأن العتق تضمن إسقاطاً للرق ، وإتلافاً لمقدار من المال فإسقاط لرق يرول ، ولكن يبقى المال لازماً ، لأن المال موضوع العتق ، وهناك آية أخرى تقول لا يستعبد العبد العتق . وإذا عقد عقد زواج وجب أجر المال بشرط ألا يزيد عن المسمى ، وزوجه صحيح ، ولو كان يتزوج كل يوم أربعاً وبطلقن ساعة زواجه منهن ، لأن الزواج خارج عن نطاق العتق ، والمال تابع .

لأن الفقهاء فرضوا عبارات السفية وذى الغفلة كعبارات الهازل لأن الهازل يخرج كلامه على غير نهج العقلاء لقصد اللعب بالعبارات بعدم إرادة ما وضعت له لغة وشرعاً ، فسكذلك السفية يخرج كلامه على غير نهج العقلاء ، لا يتباع الهوى ، ومكابرة العقل ، لا لتقصان العقل في ذاته ، ولكن لسوء الرأى والتدبير وغلبة الهوى والشهوات الجاحجة على العقل المنسكرك وإطفاء نوره .

وللزواج جانب مالى وإن لم يكن مقصوداً لذاته ، ولذا يصح من السفية وذى الغفلة الزواج ، ولكن لا يلزم إلا مهر المثل بشرط أن لا يتجاوز المسمى ، والواجب أدائه بمقتضى ذلك الزواج هو الأقل من المسمى ومهر المثل ، وذلك لأن الزواج باكثر من مهر المثل إسراف وتبذير ، فيدخل في ضمن مواضع الحجر ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى قد قرر الفقهاء أن الزواج في ذاته لا يؤثر فيه الهزل ، ولكن تسمية المهر للهزل أثر فيها ، والمقرر فقها ، أن ما لا يؤثر في صحته الهزل يصح من السفية ، وما يؤثر الهزل في صحته فهو موضع حجر السفية وذى الغفلة ، فالقاعدة تسير في مداها ، ولا استثناء فيها .

أما التصرفات التى تقبل النقص والفسخ كالبيع والشراء والإجارة والمزارعة ، أو ما يعبر عنه فى لسان الفقهاء بأنه ما يصح أن تتراخى آثاره عن أسبابه ، أو ما لا يصح مع الهزل ، فهذا النوع هو موضع الحجر ، وتجرى فيه الأقسام الثلاثة التى ذكرناها ، إذ يكون السفية وذو الغفلة فيه كالصبي المميز والمحتوه ، غير أنه استثنى من ذلك تصرفان قد قال الفقهاء إنهما يجوزان من السفية وذى الغفلة ولا يجوزان من الصغير والمحتوه ، وهما الوصية بالثلث فى غير سبيل فسق بحيث يصح أن توجد من أهل الصلاح والتقوى ، كالوصية فى سبيل بر للمساكين أو للفقراء ، أو لبعض قرابته غير الوراثين أو نحو ذلك ، لسكن وصيته لأهل الفسق والمجون كوصيته لمغنية أو راقصة ، أو نحوهما فلا تصح .

وثانيتها : الوقف على النفس ومن بعده على ذريته . وقد كان القياس
 ألا تمنع وصيته ولا وقفه ؛ لأنهما تصرفان يعدان من باب الهبات والصدقات ،
 وذلك لا يمنع من ذى الأهلية القاصرة ، ولكن استحسنت الفقهاء صحة الوقف
 والوصية ، لأن الوقف على نفسه ، ومن بعده على ذريته ثم على جهة بر لا يعد
 إتلافاً للمال ، بل إنه صيانة له من أن تقع العقارات تحت سلطان الإسراف
 والتبذير ، من غير ضرر يلحق بالورثة في ذلك التصرف ، فهو يعد احتياطياً
 من سوء العقبى يفعله كثيرون من الراشدين ، وأما الوصية فجازت لأنها
 تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، وإذا كانت على طريق ما يفعله أهل
 الصلاح لا يضره منها شيء ، بل يناله النفع الأخرى من غير ضرر
 ذنبوى^(١) .

ولقد لحسن الإمام محمد الفرق بين السفية وذى الغفلة وبين الصبي المميز
 والمحتوه في أربعة أمور نقال : والمحجور^(٢) بمنزلة إلا في أربعة :

أحدها : أن تصرف الوصى في مال الصبي جائز ، وفي مال المحجور
 عليه باطل .

والثاني : أن اعاق المحجور وتدييره وطلاقه وفكاحه جائز ، ومن
 الصبي باطل .

(١) اعتمدنا فيما كتبناه في الأهلية القاصرة على أصول فخر الإسلام الجز . الرابع باب
 الأهلية وعوارضها ، وكذلك شرح المنار والتقريب والتجريد الجزء الثاني باب الأهلية
 وعوارضها وأحكام القرآن للجصاص تفسير قوله تعالى « وإن ن الذي عليه الحق سقيماً أو
 ضعيفاً » في المجلد الأول وأحكام القرآن للقرطبي الجزء الخامس تفسير قوله تعالى « ولا تؤنونا
 السفهاء أموالكم » والزيلعي خامس باب الحجر وفتح المدير سايم باب الحجر ، وابن
 عابدين خامس ، والبجر الثامن ، والأشبهاء والنظائر الجزء الثاني في الحجر ، ورسالة الأهلية
 وعوارضها لأستاذنا أحمد إبراهيم بك .

(٢) المحجور المراد به السفية .

والثالث : المحجور عليه إذا أوصى بوصية جازت من ثلث ماله ، ومن الصبي لا تجوز .

والرابع : جارية المحجور عليه إذا جاءت بولد ، فادعاه ثبت نسبه منه ، ومن الصبي لا يثبت .

١٧٤ - هؤلاء الذين ذكرناهم يعتبرون قاصري الأهلية ، وغيرهم من المميزين يعدون كامل الأهلية ، وبعبارة عامة يعتبر كامل الأهلية كل بالغ عاقل حر رشيد كما بينا ، سواء أ كان ذكراً أم أنثى ، وسواء أ كان صحيحاً أم مريضاً ، ما دامت قواه العقلية سائمة ، غير أن المرأة اختصت ببعض الخلاف في أهليتها لإنشاء العبارة التي ينعقد بها عقد الزواج ، والمريض اختص ببعض الأحكام لتعلق حق الورثة والدائنين بماله ، ولنخص كل واحد منهما بكلمة :

أهلية المرأة في الشريعة الإسلامية

١٧٥ - تعطى الشريعة الإسلامية المرأة من الأهلية ، سواء أ كانت أهلية وجوب أم أهلية أداء ما تعطيه الرجل ، فهما فيها على سواء عند جمهور الفقهاء ، فثبت للمرأة من الحقوق المالية وغيرها ما يثبت للرجل ، ويجب عليها مثل ما يجب عليه ، ولها الحق في المعاملة ، ومباشرة الأسباب التي تنشئ التزامات وتوجب حقوقاً لغيرها ، ما دامت عاقلة عيزة رشيدة ، فلها ذمة صالحة لكل الالتزامات ، ولها إرادة مستقلة تنشئ بها تصرفات يقرها الشارع . بيد أنه بالنسبة لأهليتها الأداء ، وهي أهليتها المعاملة ، ومباشرة التصرفات الشرعية يجب ملاحظة أمرين :

أحدهما : أن الفقهاء اختلفوا في صلاحية عبارتها لإنشاء عقد النكاح ، مع اتفاقهم جميعاً على أن لها الحرية المطلقة في اختيار الأزواج ، لا تحمل على زوج ، ولا يفرض عليها رجل حياتها فرضاً من غير رضاها ، ولا تعضل عن الزوج الكف . فإن أساء أولياؤها ، وعضلواها عن اختارت رفع القاضى ذلك الظلم ، ودفع عنها هذا الإيذاء ، وأمكنها من الزواج ممن ارتضته مادام من الأكفاء لها ، ولكن الاختلاف ليس في حرية الاختيار ، بل في كون النكاح ينعقد بعارة النساء أو لا ينعقد ، فجمهور الفقهاء على أن النكاح لا ينعقد بعارة المرأة ، وإن كان لابد من رضاها مادامت بالامة رشيدة ، وخالف أبو حنيفة وبعض أصحابه^(١) الجمهور ، وقال إن النكاح ينعقد بعارة المرأة الرشيدة ، لأنه حقها أولاً وبالذات ، ولها السلطان المطلق عليه ما دامت لم تسمى إلى أولياؤها باختيارها غير الكفاء ، ولكن مع ذلك يقرر

(١) وقد روى عن الإمام محمد أن الولاية شركة بين الولي والمرأة الرشيدة ، بمعنى أنه إن زوجها توفقت على إجازتها ، وإن زوجت نفسها توفقت على إجازته .

الحنفية أن المستحسن أن يتولى الأولياء عنها الصيغة من غير إلزام ، فإن تولت هي الصيغة فعلت غير المستحسن ، وما عدت ولا ظلمت ، ولا تجنت ، ولا أمت ، وكلامها نافذ ، لأنه في حدود سلطانها ، ولكل فريق من الفقهاء وجهة هو موليا :

فوجهة نظر أبي حنيفة : (ا) ورود الآيات السكرية بإضافة الزواج إليها ، ذلك قوله تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد ، حتى تنكح زوجاً غيره ، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله » ففي هذه الآية السكرية أضاف الله سبحانه وتعالى النكاح إليها ، وهو حدث ، والحدث يضاف إلى فاعله ، بإضافته إليها دليل على اعتبار الشارع للعبارات الصادرة عنها الملائمة للحدث ، ولقد أضاف الله النكاح إليهما تين (إحداهما) في قوله : « حتى تنكح زوجاً غيره » (الثانية) في قوله « أن يتراجعا » فلا يصح أن يشك في أن تلك الإضافة دليل على اعتبار ما صدر عنها نكاحاً يقره الشارع ، وإلا ما سماه نكاحاً ، وما سمي ما كان بينها وبين زوجها الأول بعد طلاق الثاني تراجعاً ، وعوداً للقديم ، ومن جهة ثانية قد جعل هذا الفعل منها غاية للتجريم وإنهاء له ، ولا ينهى تحريم الشارح إلا أمر يعتبره الشارع مجزئاً بعد ذلك التحريم ، ومنها أنه ، وذلك لا يكون إلا إذا اعتبر الشارع النكاح الصادر عنها المضاف إليها شرعياً من كل الوجوه .

ومن الآيات السكرية التي أضيف النكاح فيها إليها أيضاً قوله تعالى : « وإذا طلقتم النساء ، فليمن أجهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أرواجهن » وقد أضاف النكاح هنا إليها ، فدل على أنه يعتبر إن أنشأته وأوجدت

عباراته ، وفوق ذلك في الآية لالة أخرى على أن الولاية لها كاملة ، وليس الأولياء عليها سلطان إن اختارت من الأكفاء ، لأن في الآية نهيًا للأولياء عن منعها من الزواج بالأكفاء ، إذ فيها نهي عن العضل ، وهو التضييق الظالم ، وذلك يكون بمنعها من زواج الكفاء ، والنهي عن شيء يثبت أنه غير حق ولا يرضاه الشارع ، فهي الأولياء إذن عن المنع دائل على أن المنع ليس من حقهم ، ولا يسوغ لهم ، وذلك يدل على أن المرأة كامل الولاية في اختيار الأكفاء .

(ب) ما ورد من الآثار المشبهة أن المرأة تملك نفسها وأن ليس لأحد عليها من سلطان في أمر الزواج ما دامت لم تختار من يتعير به ذوها ، من مثل قوله عليه الصلاة والسلام « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم من لا زوج لها ، وقوله عليه السلام « ليس للولي مع الثيب أمر » . وذلك بل لا ريب يدل على أن نكاح الثيب بنفسها معتبر من الشارع صحيح عنده ؛ ولو كان زواجها لا يجوز إلا بالولي ، لكان له أمر معها ، وذلك ينافي الحديث .

(ج) أن الولاية على الحر لا تثبت إلا للضرورة ؛ لأنها تتنافى مع الحرية ، إذ مقتضى الحرية أن يكون الشخص مستقلاً في أموره مديراً لكل شئونه ؛ لا يجد من سلطانه في شأن نفسه إلا أن يمتد تصرفه إلى غيره بضرر يناله ؛ ومنع انعقاد النكاح إلا بعبارة الأولياء ولاية تثبت من غير ضرورة إليها ، وتتنافى مع حرية البالغ الرشيد من غير حاجة ماسة ، ولا يحتاج بثبوت تلك الولاية قبل الرشد ؛ لأنها كانت للعجز بسبب نقصان المدارك ، ولا عجز بعد البلوغ والرشد فتثبت كاملة ، ويصح النكاح بعبارة النساء . ومن جهة ثانية قد قرر الفقهاء إلا من شد بأن لها ولاية كاملة على مالها ، فتثبت كاملة بالنسبة لزواجها ، ولا فرق بين الأمرين ، ومناطق كمال الولاية واحد فيهما ؛ لأن مناطق كمال الولاية البلوغ من الرشد ، وقد ثبت كمالها في المال ؛

فيثبت في الزواج أيضاً ، هذا ومن جهة ثالثة قد ثبت للفتى بمجرد بلوغه عاقلاً ولاية عقد الزواج بنفسه ، فيثبت للفتاة بمجرد بلوغها عاقلة ، بطريق القياس عليه ، ولا فرق بين الذكر والأنثى بالنسبة للزواج ؛ فإذا كان الزواج خطيراً ، فهو خطير عليهما ، وإذا كان في الزواج احتمال ضرر بالأولياء ، فهذا الاحتمال ثابت بالنسبة للفتى ؛ لأن الأولاد من خضراء الدمن يجر الأمرة عاراً ، ويحلب لها شناراً ، فلا معنى لمنع انعقاد النكاح من النساء ، وإجازته من الفتيان ، إلا التفضيل من غير سناد يعتمد عليه^(١) .

١٧٦ - هذه وجهة نظر أبي حنيفة وبعض أصحابه في صحة انعقاد النكاح بعبارة المرأة الرشيدة إذا اختارت كفتاً ووجهة نظر الجمهور في منع انعقاد النكاح بعبارة النساء :

(١) أن الله سبحانه وتعالى أضاف الإنكاح إلى الأولياء في قوله تعالى «وانكحوا الأيامى منكم ، والصالحين من عبادكم وإمائكم ، فالنكاح إذا أضيف للمرأة في آي القرآن الحكيم فباعتبار أن آثاره ترجع إليها وإلى زوجها ، ولا ترجع إلى الأولياء أحكامه ، بل الذي يرجع إليهم منه إما العار وإما الفخار ، وأما الإنكاح وهو إحداث عقد النكاح فقد أضيف إلى الأولياء ، وهو نص في إحداث عقد الزواج ، ومثل ذلك قوله تعالى «ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا» في مقابل «ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن» فلما كان الفعل متعلقاً بتولي صيغة العقد للرجل أضيف النكاح وأثره إليه ، ولما كان الأمر متعلقاً بتزوج المشركين من نساء مسلمات ، لم يجعل الخطاب للنساء بل لأولياتهن بالنهي لهم عن الإنكاح بأن يعقدوا للنساء اللاتي في ولايتهن عقداً على مشرك ، وفي كل هذا كانت إضافة الصيغة للرجل ،

(١) قد اعتمدنا في بيان هذه الأدلة على أحكام القرآن للجصاص الجزء الأول ، وأحكام القرآن للقرطبي الجزء الثالث ، والزيلمي الجزء الثاني ، والبداية الثاني ، والفروق القرآني الثالث .

مع أنها كانت تتعاق بالمرأة، ولا تتعاق بغيرها، فإذا كانت الإضافة تكون لمن له الولاية، فالولاية للرجل، وأبصر في القرآن كله عبارة تخص بالإنكاح إلى المرأة.

(ب) ما ورد في الآثار من أنه صلى الله عليه وسلم قال: «إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوه تكن فئنة في الأرض وفساد كبير»، ومن أنه قال صلى الله عليه وسلم: «أبما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل، وإن دخل بها فلمهر لها بما أصاب منها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من ولي له، أخرجه الترمذي وقال فيه حديث حسن، وحديث ابن عباس: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، وغير ذلك من الآثار، وكما يتأدى إلى معنى واحد، وهو أن النكاح لا يعقد بعبارة النساء، بل الذي يتولى الصيغة، وإنشأه الرجل.

(ج) إن النكاح عظيم الخطر، بعيد الأثر، عميق الغور في حياة الرجل والمرأة، يربط أسرتين، ويؤدم به بين شخصين بحياة سعيدة، إن سعدا به، وهو بالنسبة لأسرة المرأة إما أن يجر خزيا، وإما أن يجلب شرفا، فأسرة المرأة ينقصها زواج فتياتها من الخسيس، والرجل لا ينقصه ولا ينقص أسرته أن يتزوج من الخسيسة؛ لأن عقدة النكاح بيده يصلها إن أسعدته، ويفصمها إن أشقته؛ لذلك كان لا بد من اشتراك أولياء المرأة معها في الرأي، ولا يصح أن تنفرد دونهم لأن عقبي الزواج لا تعود عليها وحدها، بل تتعدى إليهم إما بالاطمئنان والقرار، وإما بالآلم والعار، ولا يصح إذن أن تقاس حالها على حال الرجل الرشيد، لأن زواجه لا يتعدى ضرره أو سعاده إلى غيره إلا برشاش قليل، لا يجلب ذلا، ولا يتبع عزاً.

ثم إن معرفة أحوال الرجال، ومكنون نفوسهم، وخفايا شئونهم،

لا تتم إلا بالممارسة والمخاطبة ، وتقصى أحوالهم والاتصال بهم . ومعرفة
كفائهم للمرأة في الزواج تستدعى كل هذا ، وهي لا تتم للمرأة التي تفر في
بيتها ، وتسكن إلى أهلها ، بل حتى التي تغشى الأسواق ، ولا تمنع عن مخاطبة
الرجال ، بل لا تتم هذه المعرفة إلا للأقران والمعاشرين والمخاطبين ، ومن
السهل على الرجل أن يتعرف بهم ويستقصي أخبارهم ، وله من هدوء النفس
والاطمئنان ما يجعله يوازن ويقايس ، حتى يصل إلى اليقين الجازم ، أو الظن
الراجح . أما المرأة فقد تدفعها غراتها أو سذاجتها ، أو الرغبة الجارحة إلى
أن ترى حسناً من ليس بالحسن ، وكفئاً من ليس بالسكينة ، وكثيراً ما يحدث
ذلك عندما يطاق الحمل على الغارب . فكان من مصلحتها أن يشترك غيرها
معها في ذلك الأمر الجليل الذي يمتد إلى حياتها كلها فيسعددها أو يشقيها .
ولا بد إذن من أن يكون وليها معها في عقد زواجها .

وإن عقد الزواج عقد ينظر إليه الإسلام ، بل كل الشرائع نظرة تقديس
فليس كالصفاق في الأسواق وما يشبهه من العقود ، لأنه يتعلق بالأبضاع
والأنساب ، وحفظ النوع الإنساني على أكمل وجه ، فكان لا بد أن يحوطه
الشارع بيمض الأمور الشكلية ، فجعل الإعلان أساساً لانعقاده ، وكذلك
جعل من تقديسه ألا يتولى عبارته إلا الرجال ، وعرف الناس في كل الأعصار
يسير على هذا ، ومن يخالفه ينظرون إليه نظراً إلى من يشد في تصرفه ،
ويخرج عن الحد الذي ينبغي لذلك العقد من التقديس والتقدير ، ولقد قال
ابن تيمية في هذا المقام ما نصه : « أمر بالولي والشهود ونحو ذلك مبالغته في
تمييزه عن السفاح ، وصيانة للنساء عن التشبهه بالبغايا ، حتى شرع الصوت
بالدف والوليمة الموجهة لشهرته ، ولهذا جاء في الأثر : المرأة لا تزوج نفسها ،
فإن البغى هي التي تزوج نفسها ، وأمر فيه بالإشهاد أو بالإعلان أو بهما
جميعاً » (١) .

(١) الجزء الثالث من فتاوى ابن تيمية في بحث العقود والشروط . وقد استخلصنا =

١٧٧ - هذا هو الأمر الذي اختلف فيه الفقهاء بالنسبة لسكال أهلية المرأة من حيث العقود ، وليس الاختلاف في إجبارها ؛ لأن أحداً لم يجر إجبار البالغة الرشيدة ، إنما الخلاف في أن لها أن تنفرد بإنشاء صيغة الزواج دون الأولياء أولاً ، وبعبارة أدق ، أتصلح عبارتها لإنشاء عقد النكاح أم لا . أما إجبارها فليس لأحد عليها من سلطان فيه فلها أن ترفض من تشاء ، ومن تختاره إن كان كفوفاً وأمتنع الأولياء عن العقد كان ذلك ظلاماً منهم وعضلاً ، فترفع الأمر إلى القاضي ليتولى هو إنشاء صيغة العقد أو يندب غيره ، فهو ولي من لا ولي له ، وقد تنحى هؤلاء عن ولايتهم بظلمهم فيتولى هو دونهم .

أما الأمر الثاني ، فهو اختلافهم في كمال ولايتها المالية ، وهو اختلاف أقل ذكراً من الأول ، وأهون خطراً ، بل يروى أنه موضع إجماع لا خلاف فيه ، ولكن الأصح رواية الخلاف ، وجمهور الفقهاء على أن المرأة البالغة الرشيدة لها الحرية التامة في كل مالها ، ليس لأحد عليها من سلطان ، سواء أكان ولياً أم زوجاً ، لأن الرجل والأنثى بالنسبة للأموال سواء ، وخالف الجمهور مالك رضى الله عنه في رواية عنه ، وكانت مخالفته للجمهور في موضعين .

أحدهما : بالنسبة للبكر البالغة ، فهو يرى أن الحجر يستمر ولو بلغت عاقلة ، حتى تزوج ويدخل زوجها بها ، وهى بذلك مخالفة للسلام ؛ لأنه يرى أن رشدها لا يتم إلا بذلك ؛ لكونها في حال بكارتها محجوبة ، لاتعاني الأمور ، ولا تبرز للناس . والفقى حاله غير حالها ، فإنه يتصرفه وملاقاته للناس من أول نشأته إلى بلوغه يحصل له الاختيار ، ويكمل عقله بالبلوغ .

هذه الأدلة من بداية المجتهد الجزء الثاني وأحكام القرآن للقرطبي الجزء الثالث ، والفروق الجزء الثالث ، والبدائع الجزء الثاني .

إن أونس منه الرشد ، فيحصل الفرض ، ، ويتم مقصد الشارع . ويستمر الحجر على الفتاة ما لم تنزوج إذا كانت ذات أب أو إذا كانت يتيمة ، فالوصي يستمر قائماً على مالها حتى تنزوج أو تعنس ، وعماد مالك في مخالفة الجمهور أنه لم يعتبر البكر رشيدة ولا مؤنساً رشدها ، والله قد ناط ولاية المسال بابتناس الرشد ، في قوله تعالى : « فإن آنستم منهم رشداً ، فادفعوا إليهم أموالهم » ولا حجة له سوى هذا ، ولذا لا يعد قوله راجحاً ، بل روى عنه الموافقة لجمهور أهل الفقه في هذا ، لأن الفتي والفتاة في السلطان على المال سواء .

الموضع الثاني : أن مالكا يرى أن المرأة المتزوجة الرشيد لها أن تعقد صفقات في مالها ، فلها أن تعقد كل عقود المبادلات ، ولا يمكن ليس لها التبرع من مالها بغير إذن زوجها بأكثر من الثلث ، وهو رواية عن الإمام أحمد رضى الله عنه ، وعماد هذا القول أنا ، روى أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي بحلي لها ، فقال لها صلى الله عليه وسلم : « لا يجوز لامرأة عطية ، حتى يأذن زوجها ، فهل استأذنت كعباً ؟ فقالت نعم . فبعث إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال هل أذنت لها تصدق بحليها ؟ قال نعم ، فقبله ، ولأن للزوج بعض الحق في مالها ؛ إذ العادة أن المهر يزيد وينقص تبعاً لزيادة مالها ونقصه ، فله بهذا الاعتبار فيه نوع من الحق ، فصارت كالمريض في تعلق حق الورثة بماله .

وهذه كما نرى حجج لا تقف أمام عموم النصوص التي جاءت بشأن الولاية والأهلية وشمولها للذكر والأنثى على سواء ، والحديث الذي يعتمد عليه ينكره أكثر العلماء . ولقد رد ابن حزم على مالك رداً قوياً مظفراً في المحلى . جاء فيه : « أما قول مالك فلا نعلم له متعلقاً لا من القرآن ولا من السنن ، ولا من رواية سقيمة ، ولا من قول صاحب ولا تابع ، ولا أحد

قبله إلا رواية عن عمر بن عبد العزيز ، قد صحح عنه خلافها ، ولا من قياس ، ولا من رأى له وجه ، ثم يرد قياس المرأة على المريض ، ويثبت بطلانه بوجوه .

أحدهما : أن المرأة صحيحة ولا يصح قياس الصحيح على المريض .

وثانيها : أنه لا علة تجمع بين المرأة الصحيحة والمريض ، ولا شبه بينهما .

وثالثها : أنه لا تشابه بين حكم تبرع المرأة في زعمهم ، وتبرع المريض لأن المريض ممنوع من أكثر من الثالث ، أما المرأة فيصح أن تبرع ثلثاً بعد ثلث (١) .

وفي الحق أن رأى مالك رضى الله عنه رأى متهافت لا يعتمد على سناد قوى من نص ، ولا مصلحة مرسله ، ولا استحسان مستقيم ، ولا قياس يقوم على مناط محكم منتج (٢) .

(١) راجع المحلى الجزء الثامن ص ٣١٣ ، ٣١٤ .

(٢) هذه صفحة من صفحات الشريعة الإسلامية قد أعطيت فيها المرأة - بية كاملة ، بينما أكثر الشرائع الأوروبية لم يعطها تلك الحرية ، في الزواج والمعاملات المالية ، فالشريعة الفرنسية لم تعط الفتاة ولا الفتى حرية اختيار القرين قبل الخامسة والعشرين للفتى والحادية والعشرين للفتاة فلا يجوز زواجهما من غير رضا الولي قبل هذه السن ، وبعد هذه السن إلى الثلاثين لا بد من الاستئذان . وأين هذا مما أعطته الشريعة للزوجين من حرية الاختيار في الزواج . وأما في المعاملات المالية فالشريعة كما ترى أعطت المرأة حرية كاملة في إدارة أموالها باتفاق الفقهاء وشذ مالك رضى الله عنه في تقيدها بالثلث في التبرعات ، فلا تبرع عنده بأكثر من الثلث ، أما الشريعة الفرنسية التي يقدها القانونيون في مصر ، فالمرأة المتزوجة ناقصة الأهلية في المعاملات المالية ، فلا تستطيع أن تدير مالها الخاص بها ، ولا الأموال التي تكون شركة بينهما وذلك على حسب ما يقضيه الزواج بينهما ، بل إدارة أموال الشركة للزوج فيها مطلق الحرية ، وليس لها من إدارتها إلا ما يأذن به . وإدارة أموالها أيضاً لا تكون إلا بإذنه ، فالمتزوجة عندهم لا تدير أموالها مهما تسكن بالغة عاقلة رشيدة تحمل أرقب الألقاب العلمية ، ويجلس للاستماع إلى دروسها بآلة العلم . ولو كانت =

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس المريض مرض الموت

١٧٨ -- لقد قرر الفقهاء أن حق الورثة والدائنين يتعاقب بأهوال المريض مرض الموت ، الدائنون ليستوفوا ديونهم ، والورثة ليسلم لهم حقوقهم في الثلثين ، واسكياً يؤثر أحد الورثة على غيره بأكثر مما أعطاه الله ، فقد فرض الله الفرائض ، وقسم الموارث بقسمته العادلة ، لهذا كان المريض ممنوعاً من كل تصرف يؤدي إلى الإضرار بالدائنين أو بالورثة ، كل فيما له من حق ، بيد أن له حقوقاً تتعلق بماله ، وحاجات تقضى منه ، وضرورات تدفعه إلى الأخذ ، فوجب إذن مراعاة حاجاته الشخصية ، ومراعاة حقوق الدائنين والورثة . ولذا كانت عقودهم وسائر تصرفاته الشرعية خاضعة لهذين العاملين ، فإن كان تصرفه من حاجاته الخاصة أو يتصل بها كان خارجاً عن دائرة المنع ولو كان يمس حقوق الدائنين والورثة ، وما لا يعتبر من الحاجات الشخصية ، وفيه مس بحقوق الدائنين والورثة ، فهو محل المنع ، حتى يجيز الدائنون أو الورثون . هذا إجمال للنظرية العامة لتصرفات المريض ، وهو إجمال لا يغني عن التفصيل ، بل لا بد من التفصيل لتستبين النظرية بمحدودة الأجزاء ، واضحة المعالم .

وقبل أن نخوض في تفصيل المجمع نبين حقيقة مرض الموت :

= كاتبة لها شباة قلم تخفض وترفع ، فقد نسي قانونهم الأمل ! على أنه ليس للمرأة المتروجة أن تصرف في حرمها ببيع أو شراء أو رهن أو هبة بهوض أو بغيرهوض ، إلا إذا كان معها زوجها في النقد أو أجاز لها ذلك كتابة . لا إذا كانت تاجرة محذفة وليس لها أن تخاصم أمام القضاء من غير إذن زوجها في شأن من شئون مالها ، ولو كانت قبل زواجها محامية تنفرد عن الحقوق وتحميها . ومع ذلك لازال من مفاهمهم ومن عبيدتهم في الشرق من يزعم أن الشريعة الإسلامية تجعل المرأة بمنزلة الرقيق ، والصرائم الأوروبية تجعلها بمنزلة الخ !!

١٧٩ - إذا أردنا أن نعرف مرض الموت تعريفاً فبين به حقيقةً وماهيةً أو خواصه وأوصافه نجد أنفسنا أمام سبيل من التعريفات المختلفة للفقهاء ، غير أن المتبع لهذه التعريفات المختلفة في عباراتها ، المتضاربة في ظواهرها ، يجد معنى لا يختلفون فيه، وهو أن مرض الموت يجب أن يتحقق فيه أمران: (أحدهما) ، أن يكون مرضاً يحدث منه الموت غالباً ؛ (وثانيهما) أن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلاً به^(١) ، فلا تسكاد تجدد اختلافاً بين الفقهاء في أن هذين الأمرين لا بد من تحققهما لكي يتحقق وصف الشخص بأنه مريض مرض الموت ولكن اختلاف التعريفات إنما يدور حول الامارات والأوصاف الظاهرة التي يثبت بها أن المرض مشتمل على الوصف الأول ، وهو إحداثه للموت غالباً ، فمن قائل إن من أماراته أن يكون الشخص صاحب فراش ، وهو الذي لا يقوم بجوانحه في البيت كما يعتاده الأصحاء ، ومن قائل إن علامته ألا يخطو الشخص ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره ، ومن قائل إن أماراته ألا يقدر على الصلاة قائماً ، ومن قائل إن أماراته أن يعجز الشخص عن الإشراف على مصالحه خارج الدار إن كان ذكراً ، وإن كان أنثى يعجز عن رؤية مصالحها داخل الدار^(٢) ، وهكذا تختلف تعريفات الفقهاء ، لاعتد اختلاف في حقيقة مرض الموت، ولكن للاختلاف،

(١) الأهلية وهو مرضها لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك . وقد جاء في معنى ما قلنا في ابن عابدين مانعه في بيان أن كون المريض صاحب فراش ليس بشرط : « وفي نور العيت قال أبو الليث كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضاً بل العبرة للغلبة ، لو القالب من هذا المرض الموت ، فهو مرض الموت ، وإن كان يخرج من البيت ، وبه كان يقنى الصدر الشهيد ، ثم نقل عن صاحب المحيط أنه ذكر في الأصل مسائل تدل على أن المرط خوف الهلاك غالباً لا كونه صاحب فراش » .

(٢) ولقد أخذت بحكمة الاستنباط العليا الشرعية بذلك في بعض أحكامها ، فقد حصل ملاق وادعى أنه في مرض الموت ، ولكن ثبت من وثيقة الطلاق أن المتوفى انتقل إلى دار الأذن ، فأخذ من هذا أنه لم يكن مريضاً مرض الموت . راجع حكم المحكمة العليا الصادر في ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٤ .

في أماراته ، ولكن المعنى المقصود في مرض الموت أن يكون الشخص في حال يغلب فيها الهلاك ، ويتوقعه هو ، وتكون تصرفاته لخوف الموت المتربص المرصود .

١٨٠ — ولقد لاحظت بعض المحاكم الأهلية ذلك المعنى ، وجعلته مناط تقديرها ، لأن منعه من التصرفات هو خشية أن يكون تصرف ذلك التصرف لإيثار بعض الورثة أو بعض الدائنين أو حرمان الدائنين من ديونهم^(١) ، وهذا نظر دقيق ؛ بل هو روح الفقه في مرض الموت ، ولذا عبر في الأصل عن محمد بأن مرض الموت هو الذي يخاف فيه الهلاك فالمناط هو خوف المريض الهلاك ، ولذا وجب أن تكون كل عناية القاضى الذى ينظر في أمر يتعلق بتصريف دفين فيه بصاحبوره في حال المرض — في البحث

(١) وقد جاء في أسباب أحد أحكام محكمة الاستئناف الأهلية مانعه : « ومن حيث إن هذه الحال النفسية وما اعتري إبراهيم بك من الانزعاج بسبب اشتداد الحالة المرضية عليه في أكتوبر سنة ١٩١٠ ، ولا زالت تشدد حتى وفاته في ١٧ فبراير سنة ١٩٢١ هي تلك الحال التي جعلته يتجرد وهو في سن الأربعين من التصوج الحقيقى جسما وعقلا وإدراكا وإحساسا من كل ما يملك أطيافا ومنقولات وديونا . وهو أكبر مظهر من مظاهر اليأس من الحياة ، والفنوط منها ، حيث اعتقد أنه لا بد مائت بما نزل به من اشتداد المرض ، وخطورة الحالة ، وهذا التصرف في ذاته والمخروج به عن كل ما يملكه أكبر دليل يقطع في التبدليل على مرض الموت ، ويستحيل أن يصدر مثل هذا التصرف ، ويتجرد الإنسان كل التجرد مما يملك إذا كان في حالة اعتمادية ، وفي حالة من بسيط ، ولكن إذا استندت به وطأة المرض ، وشعر بديب الهلاك إلى جسمه تراه عندئذ اليأس وخرج عن الحياة بما تلبه عليه رغباته ، وهي متأثرة بمؤثرات مختلفة يرجع بعضها للمرض ، وبعضها الآخر لمن حوله » حكم محكمة الاستئناف الصادر في ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ — وراجع مجلة القانون والاقتصاد « بحث الأستاذ الجليل الدكتور كمال بك مرسى المنشور في السنة الثامنة العدد الثالث » ولقد جاء مثل ذلك في حكم آخر في أسبابه « وحيث أن أحمد أودى . كان موظفا ، وكان في ريعان شبابه ، وله أمل في الحياة وفي الرقى ، فشخص هذه حاله لايه كمن أن يجرد نفسه مما يملك يده إلا إذا كان يشعر بدنو أجله ، فأراد أن يؤثر بنته على باقي وراثته . » استئناف ٦ مايو سنة ١٩٣١ وراجع بحث المريض مرض الموت المتوه عنه آفأ الأستاذ الجليل محمد كمال بك مرسى .

عن الأمارات والشواهد التي تدل على حال المريض النفسية ، ليعلم أهي حال
يأس من الحياة صدر التصرف تحت تأثيرها ؟ أم هي حال اطمئنان وقرار
نفس ، ورجاء في الحياة ، وأمل فيها قد استغرق النفس واستولى عليها ، لأنه
إذا جعل القاضى كل عنايته في تعرف ذلك ، فقد صار على سميت الفقه ،
وروحه ولبه ومعناه في مرض الموت ؛ إذ المناط كما بينا في تقييد تصرفات
المريض مرض الموت هو الخشية من أن يكون قد تصرف فيما تصرف ،
لينال من حقوق الورثة أو الدائنين ما يقيدهم من بعد الوفاة .

ولأن المناط الذي كان سبباً في شرع الأحكام المتعلقة بالمريض ، هو
خوفه الموت كما بينا — ألحق بالمريض كل الأصحاء الأقوياء الذين يكونون
في أحوال تجعلهم يتربصون الموت ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء ،
والموت على الحياة ، والهلاك على النجاة ، ومن هؤلاء :

(أ) المقاتلة إذا التحمت الطائفتان ، ولم تستتب الطائفة القاهرة والطائفة
المقهورة . أو استبان القاهر وكان من المغلوبين ، ففي هذه الحال يكون
الشخص في حكم المريض مرض الموت ؛ لأنه يتربص الموت في كل آن ،
أو لا يدري أيقع على الموت أم يقع الموت عليه ، فإن تصرفاً فيه
ما يمس حقوق الدائنين أو الورثة ثم مات في هذه الحال كان تصرفه موقوفاً
على إجازتهم إلى غير ذلك مما يستبين في بيان سائر أحكامه .

(ب) من قدم للقتل ، سواء أ كان بسيف الجلادة أو فاصصاً أو حذاً
أم بسيف ظالم عدواناً ، فهو في حال يتربص التلف والهلاك ، قد غلب عليه
اليأس على الحياة ، فهو كالمريض وإن لم يسكنه .

(ج) من ركبوا البحر فتموج بهم واضطرب ، واصطفق بالأذى ،
وجاءهم الموج من كل مكان ، وظنوا أنهم أحيط بهم ، وجاءتهم العواصف ،

حتى غالب عليهم أن لا منجاة لهم مما هم فيه في هذه الحال يسكنون كالمريض ؛
وإن لم يسكنوا مرضى .

(د) المحبوس أو الأسير إذا عرف الحابس الظالم بقتل المحبوسين ،
وكذلك إذا جرى العرف بين الأسيرين بقتل الأسرى ، فلا من ولا فداء ،
بل قتل للرقاب وحصص للأرواح . ففي هذه الحال أيضاً يكون المحبوس
والأسير ، كالمريض مرض الموت ، وهذا رأى أبى حنيفة وابن أبى ليلى وأحمد ،
وأحمد قولى الشافعى . ويروى أن الحسن البصرى كان يرى أن المحبوسين في
حبس الحجاج يسرى عليهم ذلك . لأن كانوا يزجون في غياباته ، فلا نعلم
نفس ما أخفى لها من حياة أو موت ، فيروى أن الحجاج لما حبس إياس بن
معاوية قال الحسن البصرى : ليس له من ماله إلا الثلث ، لأن من دخل سجن
الحجاج ما كان يرجو له الحسن حياة (١) .

(هـ) الحامل إذا أثقلت ، وصار لها ستة أشهر ، فإنها إذا وصلت إلى
هذا الحد صارت تتوقع الولادة من وقت لآخر ، والولادة حال تكون المرأة
فيها بين الخوف والرجاء ، وبين الحياة والموت ، فرمما كانت المرأة تخشى
الموت فيها فتتصرف تصرفات يكون فيها ضرر ورثتها أو دائمتها ، وقد
أخذ بهذا سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وقتادة ، ومالك ، وخالفهم إبراهيم
النخعي ، ومكحول ، ويحيى الأنصارى ، والأوزاعي ، والثوري ، وأبو حنيفة
والشافعى ، وقالوا إنها تتصرف تصرف الصحيح ، حتى تكون في المخاض ،

(١) كان الحجاج طاغية من طغاة الدنيا عاتياً قاتياً ، يروى أنه لما هلك وجد في سجنه
عشرون ومائة ألف سجين لا يعرفون ذنوبهم . ولقد مر على صرغاه في السجن مرة فجاءوا
إليه يشكون ويضرعون ، فقال « اخشوا فيها ولا تسكلمون » ولقد كان رأى الحسن البصرى
فيه يتفق مع ما عرف عنه من قسوة ، يروى أن رجلاً قال يوم مات الحجاج : امرأته طالق
ثلاثاً إن دخل الحجاج الجنة ، ثم راجع نفسه ، فاستفتى الحسن . فقال له : اذهب وارجع
امرأتك ، إن دخل الحجاج الجنة لا يضرك الزن ، فلا عجب بعد ذلك إذا رأى الحسن ن من
دخل حبس الحجاج لا يرجو الحياة ، فيكون كالمريض مرض الموت وإن لم يسكنه .

ففي هذه الحال تكون كالمريض ، وذلك لأنها قبل ذلك لا تتوقع الموت ، ولا ترقبه بسبب الحمل ، بل المعتاد الغالب المعروف أن الحامل تغلب الأمل على الخوف ، وأحياناً تكون مدة الحمل مدة استبشار وسرور ، وليس من المعتاد أن تلد لسته أشهر ، وإنما حتى قبيل الولادة المعتادة تكون في حال [سرور وآمال فيمن ترجوه لها قرّة عين ، حتى إذا دخلت في المخاض وأصابها آلامه ، وهي مبرحة شديدة ، فقد يعروها اليأس من شدة الألم ، ويعروها انقباض النفس بما يميضها من ضروبه ، ففي هذه الحال ، يصح أن نقول إنها تخاف الموت وتتوقعه ، فقد تتصرف حينئذ تصرفات تضر بالداننين أو بالورثة فتكون كالمريض في أحكامه .

وقال لزهري والحسن البصرى والشافعي في القول الثاني له أن الحامل في تصرفاتها كالصحيح ولو كانت في المخاض ، لأنها لا تتوقع الموت ، بل الاعتماد والألف والرغبة في الولد تجعلها دائماً ترجح الأمل على اليأس ، والرغبة في الحياة ، وبشرى الولادة وتوقعها تبعد عنها ففكرت الموت ، وإن كانت في أشد الآلام .

(و) المبارز إذا تقدم للقاء مع القرن ، ففي هذه الحال يكون في حال يخاف منها الهلاك غالباً ، فيكون كالمريض ، وتكون تصرفاته التي تمس الوارث أو الدائم مظنة الإضرار بها فتوقف على إجازتهما (١) .

١٨١ - وهناك أمراض يمتد زمنها ويطول كالسل ، والسرطان ، والشلل والجذام والبرص ، ونحو ذلك من الأمراض التي يطول أمدّها ،

(١) اعتمدنا في تعريف مرض الموت على ابن عابدين الجزء الثاني ، والزيلعي الثاني ، وفتح القدير الثالث ، والمنفى السادس ، وبحث الأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسي ، بك المنشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة العدد الثالث .

فهو يسكن الشخص في مرض الموت مهما يطال أمد الأمراض ؟ قد أجاب الفقهاء عن ذلك بأنه إن طال مدة المرض ، وأصبح لا يخاف الموت منه كاشمل بأن تقادم وألف من غير أن يخاف الموت بسببه ، ففي هذه الحال يسكن المريض كالصحيح ؛ لأن المناط ، وهو خوف الموت الذي جعل ظن المضرة يتسرب إلى تصرفاته — لا وجود له ؛ ولقد اختلفوا أيضاً في أمارات المرض الذي إذا تقادم أصبح لا يخاف الموت منه ، فمنهم من قال إنه هو الذي لا يتزايد يوماً بعد يوم ، بل يستمر على حال واحدة ، كاشمل ، ومنهم من قال إنه هو الذي يرجى البرء منه بالتداوى ، كبعض أنواع الفالج ، ومنهم من قال إنه ما يستمر سنة فأكثر ، وقد سار على هذا كثيرون من الكتاب في الفقه ، واختارته المجلة العدلية مع تقييده ، فالمادة ١٥٩٥ نصها ما يأتي :

« مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور ، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة ، سواء أكان صاحب فراش أم لم يسكن ، فإن امتد مرضه ، ومضت عليه سنة ، وهو على حال واحدة ، كان في حكم الصحيح وتسكن تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشهد المرض ، وتغير حاله . ولكن لو اشتد المرض وتغيرت حاله ، ومات قبل مضي سنة تعدد حاله ابتداء من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت ، اهـ . وترى أن المجلة اشترطت لاعتبار الشخص صحيحاً ألا يزداد المرض وهذا رأي بعض الفقهاء . فهؤلاء يرون أن المريض إن امتد سنة لا يعتبر الشخص فيه صحيحاً بمجرد الامتداد سنة ، بل الشرط في كونه لا يخاف الموت منه ألا يزداد يوماً عن يوم ، أما ما دام يزداد يوماً عن يوم ، فهو مرض موت ؛ لأن المريض فقد الرجاء .

وفي الحق إنه يجب أن يجعل الأخبار أهل الخبرة المقام الأول في تقدير قوة

تأثير المرض وامتداده ، كما تجب ملاحظة الحال النفسية كما بينا ، فإذا أخبر الطبيب شخصاً بأن عنده مثلاً سرطاناً لا يرجى برؤه فإنه يصبح في حال نفسية ترتقب الموت آنأ بعد آن إن لم يسكن أخبره الطبيب برجماء العلاج أو بأن أمامه فسحة من الوقت لظهور آثاره ، فإذا قرر الطب الأ رجاء في الحياة ولا في العلاج ، ولم يعين مقداراً من الزمن لقوة تأثير المرض في الحياة ، والمرص يزداد من وقت لآخر ، ولم يثبت على حال واحدة ، فالمرضى مترقب للموت ، فتسكون تصرفاته مظنة الإيثار أو الإضرار ، فلا يعتبر كالصحيح مهما يتناول المرض ، لأن تصرفه الذي يمس الورثة أو الدائنين مظنة أن يسكون الدافع إليه إيثار بعض الورثة أو الإضرار بالدائنين^(١) .

١٨٢ - إلى هنا انتهينا من بيان حقيقة مرض الموت . والآن ننتقل لبيان القواعد التي تقوم عليها أحكام تصرفات المريض مرض الموت ، وقد أشرنا إليه بالإجمال آنفاً .

يقرر الفقهاء أن المريض مرض الموت له أهلية وجوب ، فالحقوق تثبت له ، وتثبت عليه كاملة غير منقوصة ، وما يسقط من بعض الواجبات الدينية عنه ، فإنما سببه عدم القدرة البدنية عليه ، فلا تجب عليه مثلاً الصلاة من قيام إن كان عاجزاً عنه ، وليس مناط عدم وجوب مثل هذا كون المريض مرض الموت ، بل المناط العجز البدني عنه . ولو لم يمت الشخص من مرضه هذا . وعبرة المريض مرض الموت صالحة لسكل العقود والتصرفات . لأنه عاقل رشيد كل الرشد . ما دام خالياً من العته والسفه فله أهلية أداء كاملة . وكان مقتضى هذا ألا يحجر عليه في أي تصرف يتصرفه . وألا يتوقف أي عقد من عقود على إجازة غيره ، ولسكن مرض الموت يؤدي إلى الموت ، وينتهي به ،

(١) اعتمدنا في تعريف الامتداد على ابن عابدين الخامس في أول الوصايا ، والثاني في طلاق المرض مرض الموت ، وفتح القدير الثالث في طلاق المريض مرض الموت ، والبدايع في أحكام العدة ، وبحث الأستاذ الجليل كامل بك مرسى في مجلة القانون والاقتصاد .

والموت يوجد حقيقتين ثابتتين لاجمال للشك فيهما : إحداهما العجز المطلق ،
وثانيتها خلافة الوارث عن الميت فيما كان يملك من الأموال . والعجز يجعل
ذمة الميت غير صالحة لقيام حقوق غيره بها ، فتصير الديون التي كان لغيره
قبله متعلقة بماله . كما يثبت بالخلافة حق الوارث في الأشياء التي تركها الميت ،
لهذا يثبت بالموت حق الغرماء والورثة في التركة ، ولما كان المرض الذي أفضى
إلى الموت هو سببه العادي . صار حق الغرماء والورثة متعلقاً بالتركة من وقت
حدوث ذلك المرض ، لأن الحقوق تضاف إلى أسبابها ، وبيان ذلك أن
الموت إذا اتصل بالمرض صار المرض موصوفاً بأنه يميت ، إذ الموت يحدث
بضعف القوى شيئاً فشيئاً . وترادف الآلام وقتاً بعد وقت . وكل جزء من
المرض مضعف لبعض القوى ، وكل وقت يمر بالشخص مريضاً هو جزء
من الطريق الذي ينتهي بالموت ، فكان الموت إذن مضافاً إلى المرض من وقت
نزوله بالمريض . وصارت مجموعة أحوال المرض وأطواره وتدرجه من احتمال
القوى الإنسانية له إلى تخاذلها عن احتمالها بمنزلة جراحات متفرقة أدت إلى
الموت ، وعلى هذا يكون الموت قد ابتدأ يذب في الجسم من وقت حلول
المرض به . وابتدأ العجز من ذلك الوقت ، كما ابتدأت خلافة الوارث فيما
يملك المريض من ذلك الوقت أيضاً ، وإذن فقد ابتدأت ذمة لانتصالح لتعلق
الديون بها . فصار حق الدائنين متعلقاً بالأموال ، لا بها كما أوجبته الخلافة
التي ابتدأت بدبيب الموت في جسم المريض ، فيتعلق حق الوارث بماله
أيضاً . وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء أن حق الغرماء في استيفاء ديونهم ،
وحق الورثة في خلافة المريض فيما يملك يتعلقان بأمواله من وقت مرضه ،
فيكون حينئذ قد تعلق بمال المريض مرض الموت حق الدائنين وحق
الورثة (١) .

() راجع في هذا المعنى كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام الجزء الرابع من

١٨٣ - بيد أن الحقين يختلفان في معنى التعلق ، فحق الدائنين الغرض من تعلقه بالمال التمكن من الاستيفاء ، وإذا تعلق حق الدائن بمال المريض بمعنى لاصورة بمعنى أنه لم يتعلق بأعيان الأموال وذواتها ، ولكنه تعلق بماليتها أى مقدار ما فيها من مالية ، وهو قيمتها التي يقو بها به المقومون ، ولذا يصح للورثة بعد موت مورثهم أن يستخلصوا التركة من ديونهم ، ويؤدوا الدين للدائنين ؛ كما يصح لهم أن يشتروا بعض أعيان التركة بقيمتها ، ويجبر الدائنون على قبوله ، ولو كانت حقوق^(١) الدائنين متعلقة بذوات التركة ماساخ للورثة أن يأخذوا ويؤدوا الدين بغير رضاهم .

أما حق الورثة فهو لأجل خلافهم عن المريض ويكون بعد الديون ، وقد اختلف فقهاء الحنفية اختلافاً نظرياً في تعلق حق الورثة بمال المريض إذا مات من مرضه . أهو حق الملكية من كل وجه بظهور أن المرض مرض الموت ، أم حق الملكية من وجه دون وجه ، أم هو حق الإرث لاحق الملكية ؟ بعض المتقدمين من فقهاء الحنفية قال إن حق الوارث حق ملكية من كل وجه ، ويتبين ذلك الحق بظهور أن المرض مرض الموت . وقال آخرون من المتقدمين أيضاً أن حق الورثة ملكية من وجه قبل الموت ، لأنه إذا مات المريض ثبت الملك مستنداً إلى وقت ثبوت المرض . فقبل الموت كانت الملكية ثابتة من طريق الاستناد أو ما يعبر عنه الفقه الحديث بالأثر الرجعي ويسمى ذلك المتقدمون حق ملكية من وجه ، هو وجه الاستناد . والفرق بين هذا الرأي وسابقه أن الرأي الأول يقول إن ظهور كون المرض مرض الموت كشف عن حقيقة كانت مستورة قبله ، وهي أن الأعيان ملك الورثة . أما الرأي الثاني ، فيقول إن الموت هو سبب الملكية بالخلافة عن المورث ، ولكن الملكية تثبت مستندة إلى أول ظهور أعراض الفناء ، وهو وقت حلول المرض ومهما يكن من خلاف دقيق بين الرأيين ، فهما متحدان

(١) راجع فى هذا كشف الأسرار الرابع ص ١٤٣١ .

في أن الحق الثابت للورثة في أموال المريض حق ملكية - هذا مذهب المتقدمين في حق الوارث ، أما مذهب المتأخرين فهو أن حق الوارث ليس حق ملكية ، ولكنه حق في الإرث والخلافة ، وليس حق ملك بل الملك يستمر لصاحبه ، ولكل وجهة نيتها ترميها للموضوع :

استدل للمتقدمين في ادعائهم أن حق الوارث حق ملكية على النحو السابق . بالحديث وبالإجماع ، أما الحديث ، فهو قوله صلى الله عليه وسلم : « إن الله تصدق عليكم بثلك أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم » أي تصدق باستبقاء ملككم في ثلك أموالكم زيادة على أعمالكم ؛ أخبر عن مئة الله سبحانه وتعالى على عباده بأنه استبق لهم المال في ثلك أموالهم ، ليكون وسيلة إلى الزيادة في أعمالهم بالصرف في وجوه الخير ، وآخر أعمارهم وقت مرض الموت ، فدل هذا على زوال ملكهم عن الثلثين ، إذ لو لم يزل لم يكن لمن بالتصدق عليهم بالثالث . إذ لا يكون التصديق بالثالث إلا حيث منعوا من غيره ، وبذا فهم الصحابة والفقهاء جميعاً ، وإذا كان المريض قد زال ملكه عن الثلثين ، فإنه يؤول إلى وراثته ، لأنهم خلفاؤه في أمواله ، ولأنهم أقرب الناس إليه .

ولقد روى أن أبا بكر رضى الله عنه قال لعائشة ابنته وأم المؤمنين وهو في مرض موته : لقد كنت نحلتيك جاد عشرين وسقاً من مالى بالعالية ، وإنك لم تكوني حزته ولا قبضته . وإنما هو اليوم مال الوراثة^(١) فدل هذا بصريحه على أن حق الوراثة في مال مورثهم المريض هو حق الملكية . واقد كان مثل هذا مما لا يفتى فيه بالرأى ، فلا بد أنه سمعه من الرسول صلى الله عليه وسلم .

(١) جده معناه قطعه وقدره ، والوسق مقدار حمل بعير ، فالعنى وهبتك مقدار عشرين حمل بعير ، ولكن لم تقبضيه ، فلم ينتقل الملك اليك . وأنه مالك الوراثة لأنه مريض . استدل بهذا الأثر على أمرين (أحدهما) أن الهبة لا تتم إلا بالقبض ، لأنه قال إنك لم تقبضيه ، فلم تملكه ، و (ثانيهما) أن أموال المريض مرض الموت ملك لورثته ، وليس له إلا الثلث .

وأما الإجماع فهو إجماع الصحابة والفقهاء من بعدهم على أن تبرع المريض مرض الموت لا ينفذ في أكثر من الثلث في حق الأجنبي ، وتبرعه للوارث لا ينفذ في شيء إلا بإجازة الورثة ، حتى كان للورثة أن يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضاه ، فدل عدم النفاذ على زوال المالك ، وإذا زال يزول إلى الورثة على ما قد بينا .

هذه أدلة المتقدمين في ادعائهم أن الملكية للورثة تثبت من وقت ظهور مرض الموت . وأن حقهم هو هذه الملكية . وأما دليل المتأخرين الذين يقولون إن حق الورثة ليس حق ملكية ، واسكنه حق الميراث والخلافة فقط . ولا يصير حق ملكية إلا بالموت بالفعل فهو الإجماع على أن المريض إن تبرع بأكثر من الثلث نقض تبرعه بعد موته ، فقولهم إنه ينقض دليل على أنه انعقد وأبرم وكانت له كل الآثار في حال الحياة ، وهذا يدل على أنهم ما كان لهم في حياته الحق في الملكية ، وإنما حقهم في الميراث وثبوت الملكية بعد الوفاء .

وهناك دليل آخر معقول ، وهو أنه لو كان الوارث غير أهل الميراث وقت مرض الموت ، ثم يصير أهلاً عند الموت فقد اتفقوا على أنه يكون وارثاً ، ويكون له كل حقوق الوارثين ، فلو كان حق الورثة في الملكية وقت مرض المريض وقبل موته ما كان لهؤلاء الذين ورثوا ولم يكونوا أهلاً للميراث (كعبد أعتق أو غير مسلم أسلم) حق في الميراث ؛ لأنه ملك باق الورثة أيضاً . ولو كان الحق حق ملكية ما كان لهؤلاء الحق في نقض ما تبرع به مورثهم ، ولسكن ثبت أن لهم الحق ، ولا يمكن أن يكون حق ملكية وإذا لم يصلح حق الملكية تفسيراً لحقهم فهو حق في الميراث بشرطه ، وذلك كاف لإثبات كل هذه الحقوق التي للوارث (١) .

(١) اعتمدنا في هذا الخلاف وأدلتنا على البدائع الجزء الثالث ص ٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٢ وقد استنبطنا بعض هذه الأدلة من ثنايا السطور استنباطاً .

وإن اعطاء الوارث حقاً في مال المريض حال حياته ؛ إنما هو فرض وأمر اعتباري ؛ لسكى يستقيم منطق الأحكام ، وتنسق المبادئ الفقهية ، إذ كان له الحق في إجازة بعض التصرفات التي تصرفها الميت في مرض موته ، ولا تنفذ إلا بإجازته مع صدورهما في حياة صاحبها ، فإنه إذا كان له ذلك بعد الوفاة فلا بد أن يفرض له حقاً حال الحياة ، حتى يمكن أن يعود بالنقض على هذه التصرفات ؛ ويجب أن يقدر ذلك الحق بأقل الصور التي يتصور معها ثبوت حق الإجازة بعد الموت ، فيسكتفي في ذلك بفرض حق الإرث له في حال حياة المورث ، لأن الأور الفرضية لا تفرض إلا بمقتدار الضرورة الفكرية التي تضطر الباحث إلى فرضها ؛ ليستقيم منطق الأحكام ، وتأخذ المبادئ بعضها بحجز بعض .

١٨٤ - وحق الورثة سواء أكان حق مالك كما يقول المنتقدمون أم حق للورثة فقط كما يقول المتأخرون يتعلق بشئى التركة فقط أما الثلث فهو حق خالص للمريض مادام لم يكن عليه ديون ، فإن كانت عليه ديون ، فحق الدائنين مقدم ، وحق الورثة في ثلثى الباقي بعد إيفاء الدين ، والمريض له ثلث الباقي بعد الدين ، لأنه لا تركة إلا بعد وفاء الدين . أما قبل وفاته فالحق للدائنين ، وقد بينا أن حقهم متماق بمالية التركة لا بذواتها . بمعنى أنه إن سلمت لهم قيمة التركة من الورثة ، فليس لهم أن يطالبوا بما وراء ذلك . أما حق الورثة فقد قال الصحابان أنه متعلق أيضاً بمالية التركة لا بأعيانها سواء أكان ذلك بالنسبة للأجنبي أم بالنسبة للوارث ؛ ولذلك يصح عندهما أن يبيع المريض مرض الموت لوارثه بمثل القيمة . لأن ذلك لا يضر بحق الورثة ؟ إذ سلم لهم حقهم ، وهو قيمة الجزء المبيع من التركة . وقال أبو حنيفة يتعلق حق الورثة بالمالية بالنسبة لتصرفات المريض لغير الورثة ، أما بالنسبة لتصرفه مع الورثة فحقهم متعلق بالمالية وذات التركة

أو كما يعبر الفقهاء متعاقب بالأموال صورة ومعنى . وذلك لأن حقهم في تصرف المريض مع غير وارث سببه أن يضموا سلامة ثلثي التركة لهم ، وثلثا التركة يقدران بالقيمة ، فصار الحق متعلقاً بقيمة التركة ، أى بمعاها أو بماليتها لا بصورتها وأعيانها . أما حقهم في منع تصرفه مع الوارث فسببه أن يضموا أنه لم يؤثر بعض الورثة على بعض ، لأن الله وزع الموارث في كتابه ، وكل من قصد غير ما في كتاب الله تعالى رد عليه قصده ، وأن الإيثار كما يكون بالمحابة بأموال يقدمها ، يكون بأعيان يختارها له ، ولو أعطاه إياه بقيمة ، نفسية أن يكون قد حابه بأن اختار له عيون ماله ، ولو باعها له بقيمة ، أو أكثر جعل للورثة حق في أعيان التركة وذواتها ، بالنسبة للوارث ، وذلك لتسكون الأحكام الفقهية بالنسبة للورثة بعضهم مع بعض تسيير على نظام منطقي واحد ، إذ أن أحد الورثة لو أراد أن يختص بإحدى أعيان التركة بقيمة لا يتم له ذلك إلا برضا الورثة ، لذلك إذا أراد المورث في آخر حياته ، وقد تعلق بالتركة حق الإرث أن يختص أحد ورثته ببعض أموال التركة بقيمة كان لابد من رضا باقي الورثة ، وبهذا تبين أن حق الورثة بالنسبة لتصرف المريض مع بعضهم متعلقاً بالتركة صورة ومعنى (١) .

وحق الورثة وحق الدائنين إنما يتعلقان من التركة بالجزء الذي يكون بعد قضاء حاجات المورث في الحياة ، وما يلزم لتجهيزه بعد الوفاة (٢) ، فحق التداوى ، وما يلزمه من حاجات شخصية وما يتطلبه من طعام وفرش وغير ذلك لا يصح أن يمنع منه ؛ لأن حقه في قضاء مصالحه من ماله قبل كل حق سواه ، وليس لأحد عليه من سبيل فيه .

(١) راجع كشف الأسمار الجزء الرابع ص ١٤٢٩ ونقل في شرح السراجية أن حق الورثة متعلق بالمالية ، لا بعين التركة ، وأطلق ولم يفرق بين حال التصرف مع الأجنبي ، وحال التصرف مع الوارث ، ولم يذكر خلافاً ص ١٣ ، ١٤ .

(٢) راجع شرح السراجية .

١٨٥ - إلى هنا بينا حق الدائن والوارث في مال المريض ، وحق المريض في ماله ، وانتقل إلى آثار هذه الحقوق كلها في تصرفات المريض ، فترى أحياناً حقه يغلب في التصرف فيجوز ، وأحياناً ترى حق الدائنين في استيفاء ديونهم يغلب فيمنع ، وإن لم تكن عليه ديون مستغرقة للتركة يغلب حق الوارث في حماية ثلثيه من تبرعات تتجاوز الثلث إليهما ، ولذا يكون الحجر على التصرف الذي يظن أنه يمس الدائن والوارث ، وليس فيه سد حاجة شخصية المريض ، فتللك الدائرة هي وضع الحجر ، والمنع ، وهي دائرة مرنة غير واضحة الحدود والمعالم ، ولقد كان ذلك دافعاً لأن تجعل الشريعة أكثر أحكام المريض الاحتياط ، واتخذت الشبهة في بعض هذه الأحكام ذريعة للمنع ، كما سترى في الإقرار للوارث ، ونحو ذلك ، وخلاصة القول في التصرفات الممنوعة والتصرفات غير الممنوعة من تصرفات المريض ؛ أن التصرفات الجائزة التي لا تحتاج إلى إجازة الورثة هي التصرفات التي لا تعد من التصرفات المالية وإن جاء المال فيها تبعاً ، والتصرفات المالية التي تكون إشباعاً لحاجة من حاجاته الحيوية ، والتصرفات التي لا تمس رأس مال التركة ولكن تمس منافعها أو أرباحها .

١٨٦ - وعلى ذلك تنفذ تصرفاته الآتية ، ولا تحتاج إلى إجازة الورثة بعد وفاته :

(١) النكاح ؛ فينعقد النكاح من المريض نافذاً غير متوقف على إجازة أحد ، ولو مات في مرضه هذا ما كان لورثته أن يتعرضوا لزوجته بنقض^(١) ، ويشيت لزوجها مهرها بشرط ألا يزيد عن مهر المثل ، فإن زاد أخذت الزيادة . حكم التبرع ، وإن مات وهي زوج له فالزيادة حكم الوصية للوارث على ما

(١) جامع الفصولين الجزء الثاني ، في أحكام المرضى .

ستعلم ، وإذا تزوجها بمهر المثل أو أقل منه أو لم يسم شيئاً ثبت لها ما سمي أو مهر المثل ، ويكون ديناً عليه في حكم ديون الصحة ، وهي التي تثبت عليه في صحته أو في مرضه ببينة صحيحة ، ولم تثبت بإقراره منفرداً . وإنما جاز نكاحه ؛ لأن النكاح من التصرفات التي لا يعد المال فيها مقصوداً ، وقد ذكرنا أن تصرفاته غير المالية تثبت كلها من غير حاجة إلى إجازة أحد قبل الوفاة أو بعدها ، وكما يصح زواجه يصح طلاقه وتطابق امرأته غير أنه إن طلقها بانناً من غير رضاها تستحق ميراثها ويعتبر فاراً غير أن استحقاق الميراث مقيد بموته في العدة عند أبي حنيفة وأصحابه ، ومقيد بعدم زواجها بغيره قبل موته ، عند أحمد وابن أبي ليلى وغير مقيد بشيء عند مالك ، وقال الشافعي لا تستحق الميراث (١) .

(ب) شراء الأدوية وحاجاته التي لا يستغنى عنها ؛ سواء أكانت من أجنبي أم من وارث ما دام لم يكن هناك محاباة في الشراء بأن اشتراها بقيمتها أو ببغبن يسير يتغابن الناس به عادة ، وفي شراء ضروراته من الوارث اضطربت عبارات الكتب ، ولكن الصحيح أن شراؤه ما يلزمه من وارثه صحيح ما دام لا محاباة فيه ، وقد جاء في جامع الفصولين ما نصه : « إن مريضاً لو اشترى من وارثه بمعاينة الشهود ثمنه جاز كشرائه من أجنبي ، والوارث يخالف الأجنبي في الإقرار . أما فيما ثبت عياناً فهما سواء ، ولم يذكر خلاف ؛ فهذا دل على جواز شراء المريض من الوارث عند الكل (٢) . ومن هذه العبارة يستفاد أن مطلق شراء من الوارث يصح مادام خالياً من المحاباة ، ويثبت الثمن ديناً على المريض إذا كان الشراء بمعاينة شهود ، وبذلك يختلف عن الإقرار بالدين للوارث (٣) .

(١) راجع كتاب الأحوال الشخصية للطول لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك .

(٢) راجع جامع الفصولين الجزء الثاني في بيع المريض مرض الموت .

(٣) قد رأينا كثيراً من كتاب الشريعة في عصرنا يذكر أن أحكام الشراء من

الوارث كأحكام البيع منه من كل الوجوه ، وذلك لا يخلو من تسامح .

(ج) الاجازة والإعارة؛ فيملك المريض أن يؤجر لغيره ، وأن يعير الأعيان تركته لغيره ، وليس لورثته بعد موته أن يهودوا على إجازته فينتقضوها ، وعلى من أعار له عيناً مدة أن يطالبوه بعوض ما انتفع ، وذلك لأن له التصرف المطلق في المنافع ؛ إذ حق الورثة متعلق بأعيان التركة وحق الدائنين متعلق بقيمة هذه الأعيان على نحو ما بينا ، فليس حق واحد من الفريقين متعلقاً بالمنافع ، فالمنافع خالصة لصاحب الأموال . ومن جهة ثانية فالمقرر عند أبي حنيفة وأصحابه أن العقود على المنافع تبطل بمجرد موت أحد العاقدين^(١) ، فإذا مات المريض في مرضه فقد بطلت من تلقاء نفسها إيجاراته وإعاراته ، فالعقود على المنافع إذن لا تمس حقوق الورثة في حال من الأحوال في مذهب الحنفية ، فلا حاجة إلى إجازتهم ومثل الإجارة والإعارة المزارعة والمساقاة ؛ لأن هذه كلها عقود على المنافع وهي سائغة له لا يتصل بها حجر .

(د) عقود الشركة ، فإذا عقد شركة مع غيره ، فالعقد صحيح ولو كان فيه غبن عليه بالنسبة للربح ؛ لأن حقوق الورثة والدائنين تتعلق برؤوس أموال الشركة ، ولا تتعلق بأرباحها ، إذ أرباحها كمنافعها لصاحبها ، إلا إذا تسلمها أو دخلت ملكيتها في ذمته ، ففي هذه الحال تصير جزءاً من رؤوس أموال التركة ، وقبل ذلك فهي غيب ، وإن عقد الشركة في ذاته لا يضير الورثة في شيء ؛ لأنه بمجرد وفاته يبطل العقد ؛ لأن عقود الشركات جميعاً تتضمن التوكيل ؛ لأنه يكون كل واحد من الشريكين وكيلاً عنه وبموت أحدهما ينعزل الحي عن وكالة الميت ، فيبطل عقد الشركة المتضمنة للوكالة . وعلى ذلك إذا ضارب المريض بأن دفع جزءاً من ماله لغيره ليعمل فيه ، ويكون الربح بينهما مناصفة

(١) خالف أبو حنيفة بقية الأئمة ، فقد قرروا جميعاً أن عقد الإجارة لو ارت كعقد البيع ، لأنه عقد لازم والعقود اللازمة لا تبطل بموت أحد العاقدين . والقانون المدني على هذا في إجارة الأشياء ، إلا ما استثناء منها .

مثلاً صححت المضاربة وكان الربح مناصفة ، ولو كان في ذلك غبن على المريض ؛ لأن ذلك ربح ، ولا حق للدائنين أو الورثة في الربح قبل دخوله في ملك المريض . ولقد جاء في جامع الفصولين ما خلاصته : « مريض دفع ألفاً إلى شخص على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهما نصفان فربح ألفاً فوات ، وأجر مثل العامل أقل من حصته في الربح ، وعلى المالك دين محيط فللمضارب نصف الربح يبدأ به قبل دينه ؛ لأنه متبرع بمنفعة ماله ، إذ الربح ليس بمتولد من ماله ، وله أن يتبرع بمنفعة ماله ، إذ حق الغرماء والورثة لا يتعلق بالمنافع . وإذا لم يسم للمضارب شيئاً . فله أجر مثله يضرب مع الغرماء ، إذ حقه يجب ديناً بسبب لاثمة فيه . وكذا كل مضاربة فاسدة يجب فيها أجر » (١) .

(هـ) الخلع فالخلع من المريضة صحيح ، ولو ماتت في مرض موتها ، ولكن بالنسبة لبطل الخلع بحيث أن تكون قد آثرته من بين ورثتها به ، ومن جهة ثانية يعتبر تبرعاً من فاحية ، فيأخذ حكم الوصية على ماسدين ، ولذلك إذا ماتت في العدة كان الذي يستحقه الخلع الأقل من هذه الأمور الثلاثة .

١ - ميراثه منها لو كانت زوجاً له .

٢ - ثلث تركتها .

٣ - بدل الخلع المذكور في الخالعة فيأخذ أقل هذه الأمور الثلاثة مقداراً . وإن ماتت بعد العدة استحق الأقل من ثلث التركة وبدل الخلع أى أنه يأخذ بدل الخلع بشرط ألا يزيد عن ثلث التركة (٢) .

(١) وتراه فرق بين ما إذا كان المضارب قد اشترط مقداراً شائناً من الربح ، وبين ما إذا كان قد استحق أجره ، فالأول يسكون حقه أسبق من الدائنين لأن حقه متعلق بعينه الربح ، والثاني يسكون حقه ديناً ، فيسكون كسائر الديون .
(٢) راجع جامع الفصولين الجزء الثاني في أحكام المريض ، وكتاب الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك .

١٨٧ - هذه هي التصرفات التي لا يرد عليها الحجر إلا بالقبود وفي الأحوال التي ذكرناها ، أما التصرفات المالية الخالصة التي تمس رأس مال الشركة بالنقص فتلك هي موضع الحجر ، وموضع المنع بالقدر الذي لا يضار معه دائن ولا وارث ، ولا يصادم أهلية المريض من حيث ثبوت أصلها ، فهو يثبت بمقدار ما يدفع الضرر عن المحتمل أن يناله الضرر ، بإعطائه الحق بإجازة التصرف ، إن كان التصرف يمس حقه وإن كان لا يمس حقه فهو بمنجاة من رفضه ، أو إجازته ، واشترط لثبوت هذا الحجر أمران :

أحدهما : أن يكون التصرف قد صدر في مرض يغلب فيه الهلاك ، كما بينا .

وثانيهما : أن يموت الشخص في مرضه هذا ، وعلى ذلك إذا تحقق أحد الأمرين دون الآخر بأن صدر التصرف من الشخص في المرض ، وقبل أن يتحقق الثاني وهو الموت ، فما لإحد على تصرفه من سبيل ، لأن تحقق كون المرض مرض موت لم يتم ، ولا حجر قبل أن تبين ذلك . فإذا مات الشخص في هذا المرض تحقق الأمر الثاني ، فيثبت المنع مستنداً إلى وقت المرض بأن تعرض كل التصرفات التي صدرت من ذلك الوقت على الوارث أو الدائن إذا كانت تمس ما لهذا من حق استيفاء الدين ، وما لذلك من حق الإرث ، ويسكون المريض في هذه التصرفات كالفضولي ، ولهو لاء أن يجيزوها فتمضى ، أو لا يجيزوها فتبطل ، وفي حال إجازتها تسكون صحيحة مستندة في صحتها إلى وقت صدورها وإذا لم يجيزوها بطلت .

ولقد قسم الفقهاء أقوال المريض التي تمس الدائنين والورثة إلى قسمين أقوال إخبارية تثبت حقوقاً مالية ، وهي إقرارات المريض ، والثاني تصرفات إنشائية تثبت حقوقاً مالية لم تكن ثابتة من قبل .

١٨٨ - وحكم إقرار المريض أنه إن كان لأجنبي كان صحيحاً ، غير أنه يتأخر عن استيفاء الديون التي تكون ثابتة من غير إقرار ، وهي الديون التي تسمى ديون الصحة ، وهي تشمل الديون الثابتة قبل المرض بإقراره في صحته ، أو التي ثبتت بعد المرض بحجج وبيانات ، أو التي باشر أسبابها وقت المرض وعيافته شهود كقرض اقترضه أو ثمن أشياء اشتراها ، أو مهر نكاح عقدته في مرضه ، أما ما ثبت من الديون بإقرار المريض في مرضه فإنه يسمى دين المرض ، ويكون متأخراً في الأداء عن ديون الصحة .

وإن كان الإقرار بدين لو ارث فلا ينفذ إلا إذا صدقه الورثة ، لأنه عسى أن يسكون ذلك الإقرار لإيثار ذلك الوارث بهذا المقدار من التركة ، والوارث الذي لا يصح الإقرار له هو من قام به سبب الإرث عند الإقرار ، وكان وارثاً بالفعل عند الوفاة ، فإذا أقر لامرأة لم تسكن زوجها له ثم تزوجها نفذ إقراره ، لعدم قيام سبب الإرث عند الإقرار ، وإذا أقر لأخيه ، وله ابن يحجبه عند الإقرار ثم مات ذلك الابن قبل أبيه ، فورثه الأخ المقر له لم ينفذ الإقرار ، وقال أحمد بن حنبل إن الوارث الذي لا يصح الإقرار له هو من كان وارثاً وقت الإقرار لو مات ساعتها المقر ، سواء استمر إرثه إلى الوفاة أم لم يستمر ، لأن العبرة في ذلك هو في صدور الإقرار مصحوباً بالتهمة ، ولا يسكون ذلك إلا إذا تحققت التهمة وقت الإقرار بأن كان وارثاً بالفعل ساعتها ، وعلى ذلك لا ينفذ الإقرار لأخيه إذا كان وارثاً له وقت الإقرار ثم جاء له ابن يحجبه من الميراث وقت الموت ، لأن الإقرار إذا أبطل فالتهمة ، ووقتها هو وقت صدوره ، فيصدر باطلا .

١٨٩ - وحكم التصرفات الإنشائية المالية أنها إن كانت لا تقبل انتقاص ولا يرد عليه الفسخ كالعتق ، فهي تصدر من المريض في حكم المعلقة على الموت ، فهي تبطل الموت غير نافذة أو في حكم غير الموجودة ، بمعنى أنه أن أعتق عبداً ثم مات يتبين بالموت أنه ما كان يسوغ الإعتاق ، فيعطى عتقه

في حال الحياة حكم الإعتاق المعلق على الموت، فيعتق العبد بعد الموت ، ويسعى بقيمة للدائنين إن كانت التركة مستغرقة ، ويسعى بما تزيد قيمته به عن ثلث التركة إن لم تكن التركة مستغرقة . وإنما أعطيت تلك التصرفات حكم التصرفات المعلقة ، لأنها لا تقبل النقص ، فإذا فرضنا ما نافذة في الحياة ثم جعلنا للورثة إبطالها بعدم الإجازة بعد الوفاة ، فقد فرضنا ما قابله للفسخ ، وذلك لا يتفق مع الوصف الشرعي الذي أعطاه الفقهاء إياها ، ففرض ما يتفق مع ذلك الوصف ، وهو كونها معلقة .

وأما التصرفات المالية التي تقبل الفسخ كالمطبة والوصية والبيع والشراء والصدقة والوقف ، فإنها من المريض ذات أحكام مثعبة ليس موضع بيانها هنا ، بل عند بيان أحكام هذه العقود في أبوابها في كتب الفقه فليرجع إليها هنالك مفصلة ، ولكننا هنا نذكر القواعد التي يعود إليها التفصيل ، مع ملاحظة أن تلك الأحكام لا تكون إلا بعد الوفاة أما في حال الحياة فهي صحيحة ، وها هي ذى القواعد :

(١) هذه التصرفات إن كانت وارث لا تنفذ إلا بإجازة الورثة ، سواء أكانت تبرعاً صرفاً ، أم عقد مبادلة فيه محاباة أم مبادلة لا محاباة فيها تط ، بيد أنه يلاحظ أمران :

(أولهما) أنه إذا كان التصرف بيعاً بالقيمة بلا محاباة يسيرة أو كثيرة فقد أجازها الصحابان ، ولو لم يجز الورثة ، وأبو حنيفة لم يجزه ، وأساس الخلاف ما بيناه فيما مضى من أن أبا حنيفة يقول إن حق الورثة تعلق بأعيان التركة بالنسبة للوارث ، ففي إعطائه عيناً منها ولو بالقيمة فيه معنى الأيثار والوصية ، ولا وصية لوارث ، والصحابان قالوا إن حق الوارث ، متعلق بالقيمة والمالية . وبالبيع بمثل القيمة سلم حق الوارث ، فلا وجه لتوقف البيع على إجازته .

(ثانيهما) أنه إن كان النصرف وفقاً يخرج من الثلث ، فإن كان لوارث ، فإن أصل الوقف ينفذ ، ولكن لا تصرف الغلة للوارث إلا إذا أجاز الورثة وتصرف هم على حسب الميراث إذا لم يجزوا ، ويستمر الحكم كذلك ما دام الوارث حياً ، فإذا انتقل الاستحقاق إلى غيره كانت الغلة له ، ولم يكن للورثة شيء ؛ لأن محاباة الوارث بقدر استحقاقه في الوقف ، فشاركوه فيه أو أجازوه ، وإذا انتقل الاستحقاق لغيره ، لم يكن لهم فيه أى حق . لعدم المحاباة . والوارث الذى لا تصح محاباته هنا هو الوارث فى باب الوصية ، وهو الوارث بالفعل عند الوفاة .

(ب) إذا كان التركة مستغرقة بالديون ، وفيها سداد لسكل الديون أو لم يكن ، فحق الدائنين فيها أن تسلم قيمتها لهم فكل تصرف من المريض لا يمس هذه القيمة ، فهو نافذ ، وإن لم يجزوه . وعلى ذلك لا تنفذ تبرعاته إلا إذا أجازوها . وكل بيع أو شراء فيه غبن ولو كان يسيراً ، لهم حق فسخه إلا إذا زاد المشتري أو نقص البائع بما يزيل الغبن . لأن حقهم متعلق بالقيمة ، فيجب أن تسلم لهم . وإذا باع أو اشترى بلا غبن أصلاً لم يكن لهم أن ينقضوه ، لأن حقهم متعلق بالقيمة والمالية ، كما بينا ، وقد سلمت لهم ، فلا وجبة لاهتراضهم ، ولا لنقضهم ما أبرم .

ويلاحظ أن حق الدائنين مقدم على حق الورثة ، فلا شأن للورثة بالتركة ما دامت مستغلة بالدين ، بيد أنهم إذا أرادوا استخلاصها بقيمتها ، وكانت مساوية للدين أجبر الدائنون على أخذ القيمة وتسليم التركة . وأن كانت قيمة التركة أقل من الدين لم يكن للورثة استخلاصها بقيمتها إلا برضا الدائنين . لأن لهم الحق فى استيفاء ديونهم كاملة . وعساهم يبقون العين فى أيديهم . حتى يستطيعوا بيعها فى وقت تدلو فيه قيمتها ، ويسكون فيها وفاء بدينهم .

(ج) إذا لم تسكن التركة مستغرقة بدين بأن لم تكن مدينة أصلاً ، أو كانت

مدينة بدين غير مستغرق ، وقد استوفى منها ، فن حق الورثة أن يسلم لهم ثلثا قيمة التركة بعد الدين ، فشكل تصرف المريض سواء كان تبرعاً أم مبادلة يمس هذين الثلثين ، فللورثة منعه ، حتى لا يمس حقهم في الثلثين ، وعلى ذلك فكل تبرع لأجنبي سافح ، مادام في حدود الثلث ، وكل عقد مبادلة مع أجنبي بيع أو شراء نافذ من غير حاجة إلى إجازتهم إذا لم تسكن فيه محاباة أصلاً أو كانت فيه محاباة يتسع لها ثلث التركة ، فإن كانت تزيد المحاباة عن الثلث ، فللورثة الحق في منع التصرف حتى تزول الزيادة التي سمت الثلثين اللذين يجب أن يسلمها لهم .

هذه هي القواعد التي ترجع إليها تصرفات المريض مرض الموت الإنشائية التي تقبل النقص والفسخ ، وهي الأصل في هذا الباب ، وقد بناها معتمدة على أصولها التي اشتقت منها ، فارجع إليها .

أهلية المريض مرض الموت في القانون المدني المصري

١٩٠ - مما تقدم يتبين أن الشريعة الإسلامية ما حدث من عقود المريض مرض الموت وتصرفاته لمعنى في عقله أو في أهليته من حيث هو كامل رشيد، ولكن للمحافظة على حق الدائن والراوث، ليتمكن الدائنون من استيفاء ديونهم، ولكيلا يتمكن هو من تضييع حق الورثة في تركته سيراً وراء رغبة دافعة لا يثار بعض الورثة مخالفاً بذلك أحكام الإرث، أو اندفاعاً وراء محبة أو شهوة، بإعطاء من لا يستحق أكثر مما له هو بحكم الوصية، أو تدفيعه مغاضبة بعض الورثة بمحاولة حرمانه من ميراثه بمدهوته. ولقد كان نظام التوريث للمصريين^(١) خاضعاً للشريعة الإسلامية، يستمد أحكامه منها؛ بينما المعاملات المالية كلها خاضعة للقانون المدني المستمد في جملة من الشريعة الفرنسية، فلم يكن من الانسجام بين قوانين الدولة أن تكون أحكام التوريث مستمدة من الشريعة الإسلامية، وأحكام تصرفات المريض مرض الموت المالية خاضعة لأحكام القانون المدني الفرنسي؛ إذ ذلك يفك عروة التماسك بين القوانين المصرية، فيهدم بعضها بعضاً، ويكون الشارع المصري كمن يهدم بيده ما يبنيه باليد الأخرى، إذ يستطيع الشخص أن يتحال من قيود الميراث وهو في مرض موته، بإيعات صورية أو غير صورية يعقدها، أو هبات يعطيها من يشاء، ويحرم بها من يشاء، ويقسم تركته أوزاعاً. حتى لا يصل إلى إوارث غير المحدود إلا القليل، أو لا يصل إليه قليل ولا كثير، فيهدم بذلك نظام التوريث المستمد من الشريعة الإسلامية، إذ يتقيد بها الشخص

(١) يلاحظ أن المحاكم الشرعية مختصة بالنظر في تركات غير المسلمين، وما يتعلق بها من وصايا وتوريث، وتقتضي في ذلك بمقتضى القانون الإسلامي إلا إذا حصل اتفاق من الورثة على التقاضي أمام المجالس المالية. وذلك بمقتضى المخط الهابوني العالى الصادر في ١٨ فبراير سنة ١٨٥٦.

أمام المحاكم الشرعية ، ثم يجد انطلاقة من قيده في ظل القانون المدني ، فيعقد ماشاء ، ويمنع من يشاء من ورثته تحت حمايته ، لذلك كان من انساق المشرع المصري أن كانت الوصايا خاضعة لأحكام الشريعة ، وأن تكون أحكام تصرف المريض مرض الموت مستمدة أيضاً من الشريعة ، لتستطيع أن تحمي أحكامها ، فتمنع المتمولين من قيود التوريث فيها أن ينطلقوا إلى الظلم ، وقصد ما لم يشرعه كتاب ولا سنة .

٣٩١ - وكان مقتضى هذا أن تكون كل أحكام تصرف المريض مرض الموت مستمدة من الشريعة ، ولما لم يذكر حكم تصرف المريض مرض الموت مستأنساً بالشريعة ، قابساً قبسة منها إلا في البيع في المواد ٢٥٤ ، ٢٥٥ ، ٢٥٦ . وهذا نص هذه المواد الثلاثة :

المادة ٢٥٤ - لا يتخذ البيع الحاصل من المورث ، وهو في حالة مرض الموت - لأحد ورثته ، إلا إذا أجازته باقي الورثة .

المادة ٢٥٥ - يجوز الطعن في البيع الحاصل في مرض الموت لغير وارث إذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع .

المادة ٥٦ - فإذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع ألزم المشتري بناء على طلب الورثة إما بفسخ البيع أو بأن يدفع للتركة ما نقص من ثلثي مال المتوفى وقت البيع ، وللمشتري المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين .

هذه نصوص القانون التي تتعلق بتصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني المصري ، وقد أجمع شراحه على أن المصدر التاريخي لهذه المواد هو الشريعة الإسلامية ، إذ ليس لهذه المواد نظير في الينبوع الذي استقى منه القانون المصري مواده ، وهو القانون الفرنسي . وهي من جهة ثانية تتحدد في الجملة مع أحكام الشريعة الغراء . بيد أنه ينبغي لنا أن نلاحظ ملاحظتين

في موضعين اختلفت حولها أنظار شراح هذا القانون ، وتضاربت حولها أحكام المحاكم وقتاً طويلاً . (أحدهما) ما نراه بآدى الرأى من أن المادة ٢٥٥ تختلف عن أصلها الشرعى ؛ لأن الحكم الفقهي لا يجعل البيع لأجنبي موضع طعن للوارث إلا إذا كان فيه محاباة تجاوزت الثلث ، فلورثة حيلة الحق في الطعن ، لكي يسلم الثلثان لهم ، وهما حقهم في الميراث . أما المادة ٢٥٥ فقد جعلت لهم بظاهرها الطعن في البيع إذا كان المبيع نفسه قد تجاوز الثلث ، ولو كان البيع بمثل القيمة ، أو بعين يسير ، ولا تشتت لجواز الطعن أن تكون فيه محاباة تجاوزت الثلث كما هو حكم الشريعة الغراء . وقد اختلفت في هذا أنظار الشراح ، فمنهم من قال إن القانون المدني خالف في هذا الشريعة ، ولا مانع من أن يخالف الشارع ما جعله مصدراً تاريخياً لجزء من القانون ؛ فهو يتخير من ذلك المصدر ما يراه أصح ، ولقد رأى الشارع المصرى أن يحتاط في هذا المقام فجعل للوارث الحق في الطعن في أى تصرف يسمح بخروج عين من أعيان التركة تتجاوز قيمتها ثلث التركة ، وعسى أن يكون البيع صورياً ، ولم يقبض البائع ثمناً ، ورأى فريق آخر أن تخرج تلك المادة تخرج الشريعة ؛ لأنها مجملة ، والشريعة هى التى تفصل ذلك المجمال ، بل أنها إذا اقترنت بالمادة التى تليها يجب أن تفسر بأحكام الشريعة ؛ لأن المادة التى تليها وهى المادة ٢٥٦ جعلت مدى طعن الورثة ينتهى إلى تخيير المشتري بين فسخ البيع ، أو يدفع لهم ما يتم به ثلثا التركة لكي يسلم لهم الثلثان ، وإذا كان هذا مدى الطعن ، فعنى هذا الطعن ومغزاه هو أن يقرأ كد الورثة سلامة الثلثين بمقتضى القانون ، وذلك هو حكم الشريعة نفسه ، ولئن كانت العبارة فيها اضطراب أو ابهام ، فالأصل التاريخى يزيله أو يفسره . وقد ذكر الرأىين المرحوم فتحى زغلول باشا ، فقد جاء فى شرحه تعليماً على حكم المادة ٢٥٥ ، ٢٥٦ ما نصه : « هذا الحكم أشد من مأخذه ، وهو الشريعة الغراء ؛ لأنها لا تقضى بالفسخ أو التمسك إلا إذا كان البيع بغير فاحش ،

وكان المبيع (١) زائداً على ثلث مال البائع والسبب فيه كراهة القانون ببيع المريض لأجنبي ، هذا هو ظاهر النصوص ، وهناك مذهب ثان يقول بعدم وجود خلاف بين القانون والشريعة في هذا الموضوع ، وأن الأول جرى على حكم الثمانية ، فنص في المادة ٢٥٥ على جواز الطعن ، وبين حكمه في المادة ٢٥٦ ، فقرر أنه لا ينتج لإفساخ البيع في الكل أو تكلمة ما نقص عن ثلثي المال بخيار المشتري ، فلو باع المريض كل ملكه ، ولم يكن هناك غبن ، فلا وجه للإفساخ ، أما إذا وجد الغبن ، ونقصت به قيمة الثلثين ، فالتكلمة أو الإفساخ .

وعندنا أن الرأيين واردان وأن إيجاز القانون ، وعدم تدقيقه في اللفظ عند نقل هذا الحكم من أصله هو الذي أدى إلى هذا الخلف ، وإن كانت قواعد التفسير تقضي بترجيح الرأي الأول ؛ لأن عدول القانون اللاحق عن قيد مشروط في سابقة ترك لهذا الشرط ، وإطلاق للحكم ، كما لا يخفى ، (٢) .

ويرى حملى عيسى باشا في كتابه البيع أن التفسير الأول هو الصحيح ، ويعمل ذلك بأن الشارع المصرى احتاط بالنسبة للبيع الأجنبي خشية أن يكون البيع هبة أخذت صورة البيع ، لأن من الصعب معرفة القدر المتبرع به إذا أقر اليافع ، وهو مريض في عقد بيع بمحاباة أنه قبض جميع الثمن ، وليس لديهم من الإثبات ما يتمسكون به من بيان أنه ما تسلم ثمناً ، وأن عقده تبرع في صورة بيع . فأعطاهم القانون حق الطعن مطلقاً إذا زادت قيمة المبيع عن ذلك التركة ، فإذا طعنوا في أصل البيع ، وألقى عبءه لإثبات تسليم الثمن على

(١) صوابها أن الثمن نفسه يسكون زائداً على ثلث مال البائع ، فزيادة المبيع عن الثلث أو نقصه ليست موضع النظر إنما موضع النظر هو زيادة الثمن عن الثلث .

(٢) شرح القانون المدنى هامش صفحة ٢٢٨ ويبحث تصرفات المريض مرض الموت المنشور بمجلة ألقانون والاقتصاد في السنة الثامنة للأستاذ الجليل محمد كامل بك مرسى .

المشتري ، وثبت بالبيّنات والحجج أن الثمن وصل إلى المريض ، أو أنه قد وصله ما يجعل الثلثين سالمين للورثة أجزى البيع ، وإلا خير المشتري بين الفسخ أو سد النقص في الثلثين ، وفي الحلق إن ذلك يسكون تنفيذاً لفكرة الشريعة من طريق غير طريقها في الترافع (١) .

وكما اختلف الشراح ذلك الاختلاف اختلفت المحاكم أيضاً فمنها من أخذ برأى حلمى عيسى باشا ، وهو يؤيد الرأى الذى يقول إن القانون سلك مسلكاً يخالف مسلك الشريعة في المحافظة على سلامة الثلثين للورثة . ومنها ما أخذ بالرأى الذى يفسر المواد بما يتفق مع طريقة الشريعة في المحافظة على حق الورثة بتوقف البيع على إجازتهم إذا كان في البيع غبن فاحش زاد مقداره عن الثلث ، ومحكمة الاستئناف من هذا الرأى (٢) .

١٩٢ - هذا هو الموضوع الأول الذى كان موضع ملاحظة على مواد القانون الخاصة بمرض الموت . أما الموضوع الثانى ، فهو أن القانون لم يذكر من تصرفات المريض مرض الموت إلا البيع ، ولم يتصد لسواه ، فلم يذكر شراء المريض ، كما لم يذكر إرثه ، وإقراراته سواء أكانت لوارث أم

(١) استخلصنا هذا المعنى من كتاب البيع للأستاذ حلمى عيسى باشا في جاع فيه: إن الشارع أراد أن يتخذ لنفسه طريقاً آخر غير طريق الشريعة الإسلامية في اعتبار القدر الجائر المبرع به ، وهو النظر للمبيع لا للثمن فإن الشرعيين يعتبرون القدر الجائر به في الثمن هو الذى يأخذ حكم الوصية ، فأراد واضح القانون المصرى أن يجعل المبيع هو الذى تسرى عليه هذه الأحكام ، فإن كان المبيع لأجنبى يخرج من ثلث التركة نقد ، وإلا جاز للبائى أن يلزم المشتري بفسخه أو برد قيمة ما نقص من ثلثى مال المتوفى ، وهذه طريقة أكثر مطابقة للعمل ، وموافقة لمذهب في الهبة الموصوفة بببيع ، فإن من الصعب معرفة القدر المبرع به إذا أقر البائى في عقد بيع عجاجة ، أنه قبض جميع الثمن ولا يمكن التصريح من جانب آخر للورثة بإثبات ذلك بشهادة الشهود ، لأن فيه مخالفة لقواعد الإثبات ، راجع كتاب البيع من ٣٠٧ .
وبحث الأستاذ الكبير محمد كامل بك مرسى المنشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة .
(٢) راجع بحث الأستاذ كامل بك مرسى المنشور عنه .

لأجنبي ، فهل يرجع فيها للشريعة بالقياس على البيع ، ولأن أحكامها ذات صلة كبيرة بالميراث ، والميراث يحكم فيه بمقتضى الشريعة ، ولأن إقراراته وإبرامه تأخذ حكم الهبات . ويحكم فيها بمقتضى الشريعة في الجملة ؟ اختلفت المحاكم في ذلك أيضا فبعض المحاكم فقصر الحكم على مورد النص ، واعتبر التصرف الذي أعطى فيه المريض حكما خاصا في القانون المدني هو البيع ؛ فيقتصر عليه ، لأن المريض كامل الأهلية ، فلتصرفاته أحكام كاملة الأهلية ، ولأن النص على البيع جاء على خلاف القياس ، وما يجيء على خلاف القياس لا يعمل النص فيه ، ولا يقاس عليه غيره ، ولو أراد الشارع أن يأخذ بكل أحكام المريض مرض الموت التي اختصته الشريعة بها لنقلها جملة إليه ، ولم يقتصر على بعضها ، فاقتصره على بعضها دليل على أنه ما أراد غير ما اختاره ، وما قصد غير ما نقله ، فإذا توسعنا فيها وأعطينا تصرفات المريض كل الأحكام التي أعطيتها في الشريعة كان ذلك تحميلا للنصوص ما لا تحتل ، وكان فوق ذلك مجافاة لقصد الشارع في تخصيص ما ذكره بتلك الأحكام .

وبعض المحاكم يرى أن تقييد تصرف المريض مرض الموت بما لا يضر بالوارث يجب ألا يقتصر على ما نص عليه في القانون بل يعدوه إلى تصرف تتحقق فيه المضارة بالوارث ، وخصوصا فيما نص عليه الفقه الإسلامي ، وذلك ؛ لأن النص على تقييد بيعه الغرض منه تقرير القاعدة الشرعية العامة التي تقضى بعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت التي تضر الورثة وتعطيها حكم الوصية ، فقصر النص على البيع لا يمنع شمول ما عداه ، لأنه لم يرد نص سالب مانع من تعميم الحكم على كل التصرفات التي تضر بالوارث كالإقرار لأحد الورثة في حال المرض ، ولا بيعة سوى الإقرار من المريض ، وكالشراء من وارث بمحاباة ، أو الشراء من الأجنبي بمحاباة تجاوزت الثلثين ، هذا والنص مطلق ، فما من نص في القانون إلا وله علة باعثة عليه ،

وحكمة دافعة إليه ، والعلة هي بلا ريب منع الضرر الواقع على الوارث من تصرفاته سواء أكانت إنتزاعية أم إجبارية ، ولا يتصور أن الشارع أنى بنص من غير علة له ، وإلا كان عابثاً . وإن هذه العلة تتحقق في غير البيع للوارث بأكثر مما في البيع أحياناً ، فهي واضحة في إقراره لوارث بمال لم تقم عليه أى بيعة ، ولم يوجد عليه أى دليل سوى هذا الإقرار ، فهو يدخل في المنع بدلالة الأولى لوضوح العلة فيه أكثر من البيع . هذا ولم يوجد نص في القانون بين أحكام تصرفات المريض مرت الموت في غير البيع ، ولا جائز أن نقول إن أحكام الصحيح تشملها ؛ لأنه باتفاق فقهاء الشريعة قد حدد من تصرفاته بما يحفظ للورثة حقوقهم ، ويعتبر الفقهاء أن المرض عارض من عوارض الأهلية يرد عليها بالتقييد ، فلا تطبق عليه النصوص الخاصة بالصحيح ، لأن هذا حرمة مطلقة في التصرفات إذا لم يتعلق بها حق غيره أما ذلك فحرمة مقيدة ، لتعلق حق الورثة بماله . وإذا كان القانون لم يأت بنصوص تميز سائر تصرفات المريض مرض الموت فالقضاء مأمور بتطبيق قواعد العدل والإنصاف بمقتضى المادة ٤٩٠ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، وليس أعدل من إحاطة المورث ، وهو في مرض الموت بسياج يمنعه من إصدار تصرف يضر بمصلحة بعض الورثة (١) .

١٩٣ - هذا وإن تناول المحاكم الأهلية بدرجاتها تصرفات المريض مرض الموت في أحكامها جعله موضع بحث واستنباط ونقص في الفقه الحديث ، فالتسع نطاق البحث فيه ، وكثير التفتنن في تحليل أحكامه ، والكشف عن مدفون آراء الفقه الإسلامى فيه وتبج دقايقه ومراميه ، فاستفاد الفقه القديم حياة جديدة ، وجرى فيه دم غرير أمد الفقه الحديث ، وهكذا كل

(١) استغلنا أدلة الربيقيين من المحاكم بما ساقه الأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسي بك من أحكام في بحث المريض مرض الموت المنزه عنه سابقاً .

موضوع يتناوله التطبيق الحر . وبأخذه بالعمل الفسكح المستقيم ، فلقد كان تشعب الأنظار وتضارب الآراء واحتكاكها مضمينا للجوانب الموضوع من نواحيه الفقهية والقانونية والمصلحية . وكل كان موقفاً في اتجاهاته ، لا يبعد عن سمات الشريعة وطريقها إلا في القليل النادر جداً (١) والنادر لا يعطى حكماً ، ولا يظفى على ما في الكثير مما يوجب الشاء والإطراء .

(١) ومن ذلك القليل النادر ما جاء في أحد أحكام محكمة الاستئناف من « أنه إذا أوصى شخص لأحفاده بمقدار نصيب والدهم المتوفى في تركته ، فلم يبعد موته نفس الحقوق التي لكل أولاد ذلك الجد ، وعليهم نفس الواجبات ، ومن هذه الحقوق أن يميزوا أو يتمتعوا عن لجازة البيع الصادر من جددهم لباقي أولاده في مرض موت جددهم . وقد ألفت المحكمة حكم المحكمة الابتدائية الذي قضى باعتبار أولاد ابن المتوفى موصى لهم . لا ورثة ، واعتبار البيع الصادر عن الجد مدولاً عن الوصية في المقدار البيع » راجع في هذا بحث الأستاذ كامل بك مرسى . وعندى أن هذا لا يؤيده فقه ، ولا يعتمد على قانون ، بل يناقضه الفقه الإسلامي ، والقانون المصري ، ولكن يلاحظ أن اندائرة التي أصدرته فيها عضوان إنجليزيان والثالث مصري .

رَفَعُ

- ٣٧٩ -

عبد الرحمن النجدي
السيد النبي الفروي

الولاية

١٩٤ - تسكلمنا فيما مضى على أحد العنصرين اللازمين لتنفيذ العقد ، وهما الأهلية والولاية ، فتكلمنا في أهلية الوجوب ، وأهلية الأداء في حال فقدها ، وفي حال قصورها ، وقلنا أن كلاهما بالبلوغ والرشد ، ثم تسكلمنا في أهلية المرأة وأهلية المريض مرض الموت . ومناط الأهلية اللازمة لصحة العقد أن تكون عبارة العاقد صالحة لأن يقصد بها معاني العقد ، فمعنى الأهلية في العقود متوجه إلى صلاحية العبارة في ذاتها لأن تمنعدها العقود والتصرفات أو لا تمنعده ، فإذا انعقدت العقود بعبارة شخص كان عنده أهلية أداء كاملة أو قاصرة ، وإن لم تكن عبارته صالحة لأن تمنعدها العقود لم تكن عنده أهلية أداء أصلا .

هذه هي الأهلية ، أما الولاية فعناها أن يكون للعاقد ساطة تمكنه من تنفيذ العقد ، وترتيب آثاره عليه ، وتلك الساطة قد تكون بالإصالة ، وقد تكون بقيام الشخص على شؤون غيره بولاية شرعية أعطياها له الشرع الشريف ، كولاية الأب على ابنه ، وولاية الجد على حفيده ، أو بوصاية من أبي الشخص أو جده ، أو القضاء ، وقد تكون تلك الساطة بتوكيل صاحب الشأن وإنايته ، كما في التوكيل بالبيع والشراء والنسكاح ونحو ذلك . ومن هذا يتبين أن ولاية العاقد على العقد تسكون لأحد أسباب ثلاثة :

(١) الإصالة فيها بأن يكون متولى العقد هو صاحب الشأن فيه ، وذلك يكون لكامل الأهلية إذا عقد لنفسه فكامل الأهلية يثبت معه حتما الولاية التامة على شؤون نفسه ، فالبالغ الماقل الرشد له الولاية التامة على شؤونه وعقوده وتصرفاته لا يجد منها إلا ما يتعلق بحق الغير .

(٢) أن يكون للشخص ولاية على غيره بولاية شرعية يعطيها له الشارع، وهي لا تكون إلا للأب أو الجد أبي الأب^(١) أو بوصاية من قبل الأب أو الجد أو القاضى ، وهذا النوع من الولاية يثبت فى عقود فاقد الأهلية أو ناقصها لهؤلاء الأقارب أو للوصى الذى يعينه الأب أو الجد أو القاضى ، ولهذا النوع من الولاية ترتيب ، وللولى أو الوصى فيه تصرفات حدها الشارع ملاحظاً مصلحة المولى عليه المادية والمعنوية ، وموضع تفصيل هذا فى الأحوال الشخصية ، فليرجع إليه هنالك .

(٣) أن تكون ولاية الشخص على العقد بتوكيل من صاحب الشأن ، ويتبين ذلك فى الوكالة وأحكام العقود بسببها .

وإذا عقد الشخص ، وعنده أهلية أداء ، ولم تكن له ولاية لعدم وجود سبب من أسباب الولاية السابقة ، فهو فضولى ، فالفضولى من يتصرف تصرفاً أو يعقد عقداً ليست له ولاية عليه .

وقد بينا سبب الولاية الأول فى الكلام على أهلية الأداء ، ولنترك الكلام على السبب الثانى ؛ لأنه مفصل فى الأحوال الشخصية ، وبيانه هناك أليق وأنسب ، فلنتكلم على السبب الثالث ، وعقود الفضولى .

(١) وتكون فى النكاح للأب والجد ، وسائر العميات .

العقد بالوكالة عن صاحب الشأن

١٩٥ - الوكالة عقد بين شخصين من مقتضاه أن يقوم أحدهما مقام الآخر فيما يملكه من تصرف معلوم ، فالعقد بمقتضى الوكالة يختلف عن العقد بمقتضى الولاية الشرعية أو الوصاية ؛ إذ أن الذي عقد لأجله العقد له سلطة في إقامة العقاد مقامه في الوكالة ، إذ الوكيل يتولى ولاية العقد بالاستعداد من ولاية الموكل الذي يعقد . وفي الوصاية والولاية الشرعية لا يستمد العقاد السلطة من عقده ، بل يستمدها من اعتبار الشارع له نائباً عن القاصر الذي يعقد عنه ؛ لأن القاصر ما أعطاه سلطة ، وليس له في إقامته إرادة ، بل الذي أعطاه تلك السلطة هو الشارع .

١٩٦ - والقانون الروماني لم يكن يعرف العقد بمقتضى الوكالة إلا في قيام الابن أو العبد مقام رب الأسرة في إثبات حقوق له ، فاعترف بتولى هذين عقوده بالنيابة على شرط أن تتحقق تلك النيابة في إثبات كونه دائماً صاحب حقوق ، لا مديناً تثبت عليه الحقوق والالتزامات ، ثم تدرج هذا القانون بعد ذلك ، فاعترف بعقود يتولاها الوكيل عن غيره معتبراً الوكالة ، على أن تنحصر آثارها في أن يكون الموكل مديناً تثبت عليه الحقوق ، ولا تثبت له بمقتضى تصرفات الوكيل عنه حقوق قط ، فلم يعط القانون الروماني في أي عصر من عصوره الموكل الحق في أن يطالب من عقد معه وكيله بحكم العقد وحقوقه ، بل يتولى ذلك الوكيل ، وإن أعطى ذلك القانون في آخر أدواره من عقد معه الوكيل الحق في مطالبة من وكله بحقوق العقد عليه (١) .

(١) راجع نظرية العقد للأستاذ الدكتور السنيوري بك هامش صفحة ٢٠٨ ، ٢٠٩ .

فما خلت الفقه الحديث من بعد القانون الروماني اعترف بالوكالة وأسائها، بيد أنه لا زال القانون الفرنسي لا يميز التوكيل في عقود الزواج والبنى، والإقرار بالبنوة الطبيعية والوصية، وحيث لا يجوز الأخذ بأقوال وكيل، كذلك لا يجوز الأخذ بأقوال رسول في هذه المسائل أيضاً (١).

١٩٧ - أما الشريعة الإسلامية فقد اعترفت بالوكالة كاملة، وجعلت كل عقد أو تصرف شرعي له آثار برتبها الشارع عليه تجوز فيه الوكالة، فكل ما يجوز للشخص من التصرفات الشرعية والعقود له أن يوكل فيه، ولم يستثن شيء من العقود، ولا التصرفات إلا الأعمال التانونية التي اشترط الشارع أن يتولاها ذو الشأن بنفسه (٢) كاستيفاء القصاص من الجاني؛ فإن الشارع قد جعل لوليّه سلطاناً فيه دون سواه، فلا يقبل التوكيل فيه. وبقيّة التصرفات والعقود الشرعية تقبل فيه الوكالة، وقد ذكر صاحب الهداية ضابطاً لما تجوز فيه الوكالة من العقود، فقال: «كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه، جاز أن يوكل غيره به»، فالشريعة كما ترى أوسع الشرائع رحاباً وحرية في الوكالة أجازتها في كل عقود التجارة، وفي عقود الأنسكحة، وسائر التصرفات كإيقاف والإعتاق والطلاق والخلع وغير ذلك مما يملكه الشخص، ويمكنه الإجابة فيه بحكم الشارع، وذلك لأنه قد وردت الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم بأنه وكل غيره في عقود مالية، ولم يعرف أن هذه خصوصية له فتسكون عامة، كما ثبت أنه وكل عمرو بن أمية الضميرى في تزويجه عليه السلام من حبيبه وهي بالحبيشة، بل لقد ثبت أن الأمة الإسلامية قد أجمعت على جواز الوكالة في الجملة، لأن الحاجة داعية إليها، فإن من الناس

(١) راجع نظريّة العقد للأستاذ الدكتور النهوري بك هامش صفحة ٢٠٨، ٢٠٩.

(٢) ومثله الشهادة، فإن الإنابة فيها لا تصح، وكذلك العيّن. وغير ذلك من المسائل

التي لا يقبلها الشارع إلا من الشخص نفسه.

من لا يمكنه فعل كل ما يحتاج إليه بنفسه ، فاحتاج إلى وكيل يقيمه مقامه كما أن من الناس من لا يحسن البيع والشراء ، ولا يمكنه الخروج إلى الأسواق ، وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه ، وقد يحسن ولا يتفرغ له ، وربما لا تليق به التجارة لسكونه امرأة ، أو بمن يتغير بنوعها ، ويحط ذلك من منزلته ، فأباحها الشارع دفعاً للحاجة وتحصيلاً لمصلحة الإنسان ، (١) .

١٩٨ - والوكيل ينال الولاية على العقد من الموكل ، كما ذكرنا ، ولذا يجب أن يكون الموكل ذا أهلية العقد الذي يعقده وكيله بتوكيل منه فيه ؛ لأنه يستمد القوة منه فيه ، وينفذ العقد بتمكين الموكل منه ، فيجب أن يكون هو أهلاً له ؛ إذ فائدة الشيء لا يعطيه لغيره ، والضابط في ذلك أن كل من صح تصرفه في شيء بنفسه ، وكان التصرف مما يقبل النيابة صح أن يوكل فيه أى شخص سواء أكان رجلاً أم امرأة وسواء أكان مسلماً أم غير مسلم ، ومناط الضابط كما ترى امتلاكه للتصرف بنفسه فيما يوكل فيه ، فما لا يملكه بنفسه لا يملك التوكيل فيه . وعلى ذلك لا يصح التوكيل من المجنون ، والصبي الذي لا يعقل أصلاً ؛ لأن العقل من شرائط أهلية الأداء ، فليس عند هؤلاء أهلية أداء ، فلا يملكون التصرفات بأنفسهم ، وكذلك لا يصح التوكيل من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعقاق والهبة ونحوها ، ويصح توكيله بالتصرفات النافذة منه كقبوله الهبة لأنه بما يملكه بنفسه بدون إذن وليه ، فيملك التوكيل فيه إلى غيره ؛ وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كإيجار والإجارة ، فإن كان مأذوناً بالتجارة يصح منه التوكيل فيها ؛ لأنه يملكها بنفسه بمقتضى ذلك الإذن ؛ وإن لم يكن مأذوناً ينحصر توكيله في العقود القابلة للنفع والضرر موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه (٢) ، والسفيه وذو الغفلة يجوز توكيلهما في كل ما يملكانه بأنفسهما

(٢) البدائع الجزء السادس ص ٤٠ .

(١) المغنى الجزء السادس ص ٢٠٣ .

من غير توقف على إذن القائم على شئونهما ، فيصح منهما التوكيل بالتكاح والطلاق والوقف على النفس والذرية ومن بعدهما على الفقراء ، والوصية بما لا يزيد عن الثلث إذا كانت على غير وصايا أهل الفساد ، وهكذا .

هذاما يتعلق بما يجب توافره في الموكل ، أما الذي يجب توافره في الوكيل ، فليس هو كمال الأهلية بل صلاحية عبارته لأن ينعقد بها عقود ، بأن يكون ذا قصد معتبر في إنشاء مطلق عقد ، ولذلك يجب توافر شرط واحد فيه ، وهو أن يكون عاقلاً سواء أكان بالغاً أم غير بالغ ، وسواء أكان رشيداً أم سفياً ، فيصح أن يكون الصبي المميز وكيلاً عن غيره ؛ لأن عبارته صالحة لأن تنعقد بها العقود ، وهو يفهم معانيها في الجملة ، ولكن عقود الضارة به لا تنفذ عليه رعاية لمصلحته ، ورحمة به خشية أن يؤذيه ضعف الصغر ، والعقود التي تقبل الضرر والنفع احتاجت إلى إذن الولي ليجتمع رأيهما . وقد خالف الشافعي رضي الله عنه في صحة التوكيل للصغير ، وذلك هو مقتضى قاعدته القائلة : إن كل شيء حبر على الصغير فيه لا ينعقد إذا تولاه هو ، وقد حبر الصغير المميز عن العقود ، فلا تنعقد منه لنفسه أو لغيره ، وقد بينا ذلك فيما مضى .

أما أبو حنيفة وأصحابه فيسيرون على مقتضى قواعدهم ، وهو أن الحبر على الصغير المميز ليس لعدم صلاحية عبارته للعقود ، بل لحفظ أمواله ، وعجزه عن إدارتها بمقتضى صغره ، فضم إليه من يعينه ويهديه ويربيه ، وهو الولي أو الوصي . ولقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سنية قالت إن أوليائي عيب يا رسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «ليس فيهم من يكرهني» ثم قال لعمر بن أم سلمة قم فزوج أمك مني ، فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولقد قالوا إنه كان في ذلك الوقت صبياً^(١) ميمراً ، ولم يكن قد بلغ الحلم ، فدل هذا على صحة إقامته

(١) البدائع الجزء السادس ص ٢٠ .

وكيلا في النكاح ، والنكاح أخطر العقود ، وأبدها أثراً في حياة العاقدين .

١٩٩ - والوكيل إذا تمت وكالته يعقد العقود التي يعقدها بعبارة هو ، لا بعبارة الموكل ، وإرادته هي العنصر الداخلة في تكوين العقد بتلاقيهما مع إرادة العاقد الآخر ، وليست إرادة الموكل هي العنصر المكون ، وهذا ما تصرح به كتب الحنفية ، وتنطق به العبارات المأثورة عن فقهاءهم . فقد جاء في الزيلعي ما نصه : « الوكيل أصل في العقد ؛ لأن العقد يقوم بالكلام ، وصحة كلامه باعتبار كونه آدمياً عاقلاً ، وقضيته أن يكون الحاصل بالعقد واقعاً له ، غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائباً في حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده ، ومثل ذلك جاء في البدائع وفتح القدير وغيرهما ، وهذا يدل على أن ذلك هو مذهب أبي حنيفة ، فالوكيل إذن على هذا المذهب يعقد بإرادته لا بإرادة موكله ، وما عساه يكون عيباً في الرضا يتعلق بإرادته هو لا بإرادة الموكل ، فأكرامه يفسد العقد ، كما أن هزله يفسده أيضاً إذا كان من العقود التي يؤثر فيها الهزل والإكراه ، وله شرط الخيار لنفسه ، وله الرد بخيار العيب ، وله خيار الفسخ إذا تبين أن العقد حصل فيه غلط بأن عقد على أساس أن المعقود عليه موصوف بوصف مرغوب فيه ، وتبين أنه موصوف بغيره ، لأن كل هذه الأمور تتعلق بالرضا ، والعبارة في الرضا هو رضا العاقد ، وهو الوكيل هنا .

٣٠ - وإذا كان العاقد يعقد بإرادته المستقلة ، وهي العنصر الداخلة في تكوين العقد لا إرادة الموكل ، فهل حكم العقد وحقوقه ترجع إلى الوكيل ؟ وقبل الإجابة عن هذا السؤال نوضح الفرق بين حكم العقد وحقوقه : حكم العقد المراد به هنا الأثر المترتب على العقد الذي يثبت لسلك من العاقدين قبل الآخر ، وحقوق العقد كل ما اتصل بتنفيذ أحكام العقد ، (٢٥ - نظرية العقد)

والتسكين له كلا العاقدين بما أعطاه له العقد وضمن سلامة المعقود عليه ، وأنه وفق الأوصاف التي وصف بها ؛ ولذا يمد من حقوق العقد في البيع تسليم المبيع ، وقبض الثمن ، والرد بخيار العيب ، وخيار فوات الوصف المرغوب فيه ، وضمن رد الثمن إذا تبين أن المبيع لم يكن ملكاً للبائع وقت البيع وغير ذلك ، أما حكم البيع فهو ثبوت ملكية المشتري المبيع . واستحقاق البائع للثمن المذكور في العقد .

وبعد هذا التقريب الذي يتميز به كل من حكم العقد وحقوقه فبين إلى من يرجع حكم العقد وحقوقه في العقود التي يتولاها الوكيل . اتفق الفقهاء على أن حكم العقد يرجع إلى الموكل ، سواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، أم أضافه إلى موكله ، لأن الوكيل ما عقد لنفسه . بل عقد لغيره ، فهو ماتولاه أصيلاً ، بل تولاه نائباً عن غيره ، ومقتضى هذه النيابة التي لا بست العقد ولم تمارقه أن تكون أحكام العقد الأصيل لا للوكيل ، وإلا كان عاقداً لنفسه لا لغيره ، وما يكون وكيلاً ، بل يكون أصيلاً ، وذلك غير الفرض .

أما حقوق العقد فهي ترجع إلى الوكيل إذا أضاف العقد إلى نفسه ، وكان العقد بما تصح إضافته إلى الوكيل بحيث لا تتمع إضافته^(١) إلى الوكيل أن تتول

(١) يشبه العقد الذي يضاف إلى الوكيل لا إلى الموكل نظرية الشخص المستعار في القوانين الحديثة ، أو نظام الأصيل المستور في القانون الإنجليزي ، وقد جاء في كتاب نظرية العقد لأستاذنا السهوري بك ما نصه : « في هذا النظام يتعاقد النائب باسمه شخصياً مع الغير ثم يظهر بعد ذلك أنه أراد التعاقد نيابة عن الغير ، وبالرغم من أنه لم يذكر ذلك وقت التعاقد ، ومن أن الغير الذي تعامل معه إنما كان يتعامل معه بصفته الشخصية لا بصفته نائباً ، فإن الأصيل المكتوم بعد أن يظهر تكون علاقته مع غير الذي تعاقد معه النائب علاقة مباشرة ، وسرى في حقه العقد الذي باشره نائبه . مادام هذا العقد لم تكن فيه شخصية العاقدين محل اعتبار . وما دام يثبت أنه كان يستوى لدى الغير الذي تعامل أن يتعامل معه أو مع غيره ، وهذا النظام الإنجليزي هو في الواقع مرحلة إلى الأمام في نظام الاسم المستعار الذي تعرفه القوانين الألمانية والقوانين الألمانية ، فإن هذا النظام الأخير لا يميل إلى علاقة مباشرة بين =

أحكامه إلى الموكل ، وبيان ذلك أن العقود قسمان عقود لا تضاف إلى الوكيل قط ، بحيث لو أضيفت إليه صار العقد من كل الوجوه إليه ، كعقد النكاح والهبة والقرض والإعارة ، وهذه العقود قسمان : (أحدهما) عقود لا تراخي أسبابها عن أحكامها ، وهي عقود النكاح والخلع وما يشابهها من العتاق والطلاق ، وهذه لا يمكن أن تضاف إلى الوكيل ، لأن أسبابها تتم فوراً بآثارها ، فلم تقبل أن يكون سببها للوكيل ، وأثرها للموكل ؛ بل يجب أن يكون كلاهما لشخص واحد ليتم الاتصال بين السبب والأثر ، فلم تصح إلا مضافة للموكل ، وليس للوكيل فيها إلا النطق بصيغة العقد ، ولذلك قالوا إن الوكالة فيها سفارة ، وليست وكالة حقيقية ، إذ الوكيل فيها ليس إلا سفيراً ومعبراً ، وما ذلك شأن الوكيل المطلق . (ثانيهما) عقود لا تتم إلا بالقبض ، وهي الهبة والصدقة والإعارة ، والقرض ونحوها ، وهذه يكون الوكيل فيها أيضاً سفيراً ، لأن أركيل يجب أن يضيفها إلى الموكل ، ولأن القبض جزء متمم للعقد ، وقبضه لا يكون قبض أصالة ، إذ الملك وهو الحكم ثابت للموكل فيجب إذن أن يكون نائباً في القبض وهو جزء العقد ، فيكون نائباً فيه كاه ، فلا بد أن يضيف العقد إلى الموكل ، ويكون أيضاً سفيراً ومعبراً ، بخلاف البيع وأخواته في ذلك ، فإن الوكيل فيها مستقل بإنشاء العقد ، فإن أضافه إليه لم يمنع هور أحكامه للموكل ، إذ قالوا إن الحكم يثبت في البيع ونحوه للوكيل ، ثم ينتقل للموكل ، على ما سنبين ، وذلك كاه غير متمحقق في العقود التي لا تتم إلا بالقبض .

وبعد بيان هذه الأقسام نقول إن العقود التي لا تكون مضافة إلى الوكيل

= الأصيل والغير بل يتوسط بينهما النائب ، وترجم كل منهما عليه دون أن يرجع أحد منهما على الآخر أما النظام الإنجليزي ، فيسج بهذا الرجوع ه اه . والشريعة في أنها جعلت الحكم في العقود المضافة إلى الوكيل يرجع إلى الموكل والحقوق ترجع إلى الموكل قد أخذت أصلها من النظرتين جعل الحكم فيه للأصيل والحقوق ترجع للوكيل .

ترجع الحقوق والأحكام فيها إلى الموكل ، لما بيننا من أن الوكيل فيها يتولى كل شيء بوصف كونه نائباً ، فهو في الحقيقة سفير ومدير ، أما العقود التي تضاف إلى الوكيل ، وليس من خواصها ما يمنع هذه الإضافة ، فإن حكم العقد يكون للموكل ، وحقوقه تكون للوكيل ، ولا نذكر كتب الخلاف الفقهي خلافاً في هذه المسألة . ولما كتب الحنفية يذكر فيها خلاف الشافعي (١) وتقول إنه يرى أن حقوق العقد كأحكامه ترجع في هذا النوع من العقود إلى الموكل ، وتذكر حجته في ذلك كون الحقوق لا تنفصل عن الأحكام ، فلا تكون آثار العقد وأحكامه لشخص ، بينما حقوقه تكون لآخر ، إذ الحقوق تابعة للحكم ملازمة له ، فإذا ثبت حكم العقد لشخص ، فلا بد أن تتبعه لوازمه وتوابعه ، وهي الحقوق . وأيضاً فإن حقوق عقود المعاوضات التي تصح إضافتها إلى الوكيل تماثل عقود النكاح وأحواله التي يعقدها الوكيل غير مضيفها لنفسه في حكم الوكالة ، إذ الوكيل في كليهما لا يعقد لنفسه ، بل يعقد لغيره ، وقد جعلنا الحقوق تعود إلى الموكل في هذه ، فسلكنا الحقوق في تلك تعود إلى الموكل ، ولا فرق بينهما .

(١) يعقد الأستاذ المشهور بك مقابلة بين مذهب أبي حنيفة ، ومذهب الشافعي ، فيقول إن مذهب أبي حنيفة يقرب من القانون الروماني ، ومذهب الشافعي يقرب من القانون الحديث ، ونحن نقر رأيه في قرب مذهب الشافعي من القوانين الحديثة ، ولكن نخافه كل المخالفة في قرب مذهب أبي حنيفة من القانون الروماني . وذلك ١ - لأن القانون الروماني حتى آخر أدواره لم يجهل الموكل دائماً قط إلا في قيام الابن أو العبد مقام رب الأسرة . بينما مذهب أبي حنيفة يجعل الموكل دائماً باعطائه حكم العقد ، وحقوقه فيما لا يضيفه الوكيل إلى الموكل .

٢ - ولأن أبا حنيفة أهمل ما قد الآخر حق مطالبة الوكيل ، لأنه أمامه ضامن لأحكام العقد ، إذ لا علم عنده بالأصيل في حالة عدم إضافة العقد إليه .

٣ - ولأن جعل الحقوق للوكيل إنما هو في حال واحدة ، وهي ما إذا أضاف العقد إلى نفسه وذلك كما قلنا يشبه نظرية الشخص المستعار أو الأصيل المستور في القوانين الحديثة . والحقوق والأحكام ترجع إلى الموكل فيما يضيفه الوكيل إليه ، فلا قرب بين مذهب أبي حنيفة والقانون الروماني إلا إذا كان القرب يقاس بالثبوت والاصح والأصيل لا بالأذمة والأشبار .

ويستدل الحنفية لرأيهم ، وهو رأى أكثر الفقهاء بأن الوكيل هو العاقد حقيقة ؛ لأن عقده كإلزامه القائم بذاته حقيقة الصادر عنه ألفاظاً وعبارات مقصودة مفيدة لمعنى العقد ، فلا يصح أن ينسب العقد إلى الموكل ، لأنه ليس فاعلاً له ، والوكيل لم يضيفه إليه ، إذ لم يتكلم بعجالة يستفاد منها أنه في عقده حاك لإرادة الموكل ، وملق تبعات العقد عليه ؛ فلا بد إذن أن تكون حقوق العقد وتوابعه التي بها يتم تنفيذ أحكامه ، ويتمكن كل من طرفيه من حقه - راجعة إلى الوكيل ، لأن العاقد الآخر لم يعرف سواه . وكان مقتضى هذا أن يثبت الحكم أيضاً للوكيل ، ولكن الشرع جعل الحكم يثبت للموكل لأن العقد ، وإن لم يكن صادراً عنه ، ولم يضاف إليه ، قد صدر بأمره وإنابته ، فكان الحكم له لهذا المعنى ، وكان في عقد الوكيل الذي يباشره من غير أن يضيفه إلى الموكل حقيقتين شرعيتين لا بد من اعتبارهما معاً :

الحقيقة الأولى : أن الوكيل يعتبر هو العاقد ، وأن العاقد الآخر لا يعرف سواه ، فالعهدة والضمان اللذان أوجبهما العقد يكونان موجهين إلى الوكيل .
الحقيقة الثانية : أن الوكيل ما عقد إلا لتنفيذ الأمر الموكل ، وإعمالاً لإنابته عنه ، فجعل الفقهاء آثار الحقيقة الشرعية الأولى في أن كانت ضمانات تنفيذ العقد ، وسائر حقوقه على الوكيل (١) . وجعلت الحقيقة الثانية آثار

(١) جاء في الوفاة ما يفيد أن حقوق العقد التي تكون في جانب العاقد تكون لازمة على الوكيل لا يستطع تتخلى عنها . أما الحقوق التي تكون في جانب الموكل فليست بلازمة على الوكيل ، فقد جاء في الوكالة بالبيع والشراء « يجب أن يعلم أن الحقوق نوعان حق للوكيل ، وحق يكون على الوكيل ، فالأول كقبض المبيع والمخاصمة في العيب والرجوع بمن مستحق (إذا كان وكيل المشتري) في هذا النوع للوكيل ولاية هذه الأمور ، لكن لا تجب عليه ، فإن امتنع لا يجبره الموكل على هذه الأفعال ، لأنه متبرع في عمل . بل يوكل الموكل بهذه الأفعال . وفي النوع الآخر يكون الوكيل مدمى عليه ، للمدعى أن يجبر الوكيل على تسليم المبيع (إن كان وكيله بالبيع) وتسليم الثمن (إن كان وكيله بالشراء) »

العقد للموكل ، وإنما جعلت الحكم للموكل ، وأعملت حقيقة النيابة بالنسبة له ؛ لأن الوكيل ، وإن عقد هو العقد لا يتصرف بولاية نفسه ، بل بولاية مستفاد من الموكل . فمن وكل شخصاً ببيع عين فولاية بيع العين مستفاد من الموكل ، فالحكم يكون له ؛ إذ بالبيع تخرج العين من ملكيته بهـسته الولاية المستفاد منه ، ويحل محله استحقاق الثمن ليمعنى المعاوضة ، فسكان من إعمال حقيقة النيابة الشرعية أن يكون أصل الحكم للموكل . ويردون استدلال الشافعي بقياس ما يضيفه الوكيل إلى نفسه على ما لا يضيفه ، بأن الوكيل فيما يضيفه العاقد إلى الموكل قد أرشد العاقد الثاني إلى من ترجع تبعات العقد إليه ، فسكان كالسفير والمهبر . وبذلك يخالف من كل ضمانات العقد وتبعاته .

هذا ويقررون أن الوكيل إذا لم يكن من أهل الضمان بأن كان محجوراً عليه ولو أنه عيز لا ترجع الحقوق في أي عقد إليه ؛ لأن رجوع الحقوق إليه ضمان وكفالة ، وهو لا يملك أن ينشئ الكفالة ؛ لأنها تبرع والتبرعات لا تنقذ منه ؛ لذلك كانت الحقوق في العقود التي يتولاها بالنيابة عن غيره ترجع إلى الموكل ، ولو أضاف العقد إلى نفسه .

ولقد قال بعض الفقهاء أن الوكيل إذا كان محجوراً عليه غير مأذون بالتجارة وأضاف العقد إلى نفسه ؛ وكان العاقد الآخر لا يعلم أنه محجور عليه ، وأنه يتولى العقد بالنيابة عن غيره ، فله الخيار إما أن يبقى العتد أو يفسخه ؛ وذلك لأن شرط عقود المعاوضات ، وهي التي يجهوز أن يضيفها الوكيل إلى نفسه -- الرضا ، وقد اختلف الرضا هنا ، لأن العاقد ما أقدم على العقد إلا وهو يعلم أن تبعات

ومن هذا يتبين أن رجوع الحقوق إليه من جهة الضمان ؛ فهو ضامن لحقوق العقد بالنسبة للعاقد الآخر الذي لا يعلم بالموكل . وغير ضامن لحقوق العقد بالنسبة للموكل . لا قدر أثر العقد ، وإن كانت له ولاية على هذه الحقوق .

العقد ترجع على من عقد معه ، فإذا تبين أنها ليست له فعلى ذلك أن الرضا لم يكن على أساس صحيح بتحويل ليس من جانبه ، فيكون له الفسخ كالفسخ بخيار العيب . ولكن المروى في ظاهر الرواية أنه لا خيار للعاقدة مع الوكيل المحجور عليه ، لأن الجهل هنا ليس بعذر ، إذ كان يمكنه التحري ، والعلم ، وخصوصاً إذا كان الوكيل صبيّاً أو سفهياً اشترى الحجر عليه ، فكان عليه أن يتحرى أعقد المحجور عليه بإذن عام في التجارة فترجع الحقوق إليه . أم بتوكيل من مالك خاص فترجع الحقوق إلى الموكل ، وما دام لم يتحرى فالجهل تقصير منه ، فلا يكون حجة على غيره ، حتى يسوغ له فسخ العقد بمقتضاه .

٢٠١ - ذكرنا فيما مضى العقود التي تكون الحقوق فيها راجعة إلى الموكل ، وهي العقود التي تضاف إليه . ووضح فيها رجوع الحكم وتوابعه للموكل ؛ لأن العقد مضاف إليه بأحكامه وتوابعها . أما إذا كان العقد مضافاً إلى الوكيل ، فوضح أن الأحكام والتوابع تكون له ؛ لأن الإضافة إليه ، وهي تقتضي أن تكون الأحكام أيضاً مضافة إلى الوكيل ، إذ الإضافة معناها نسبة العقد بكل آثاره إليه . وامكن الفقهاء يقولون إن الحكم يكون للموكل للمعنى الذي ذكرناه آنفاً ويختلفون في طريقة ثبوت الحكم له مع أن الإضافة لغيره ، وهو الوكيل ، وهو اختلاف نظري ، ولكنه يعطينا فكرة الفقهاء في ساطة الوكيل في العقود التي يضيفها إلى نفسه ، فنذكره هنا ؛ ولأنه يبين رأى الفقه الإسلامي في نظرية الشخص المستعار ، في الفقه الحديث ، أو الأصل المستور كما يسمى في الفقه الإنجليزي .

يختلف الفقهاء في طريقة انتقال الحكم إلى الموكل مع أن ظواهر الأمور كلها تجعل العقد أحكاماً وحقوقاً للوكيل إذا أضيف إليه ، على ثلاث طرق : الأولى طريقة أبي طاهر الدباس ، وهي أن الحكم يثبت للموكل بطريق الخلافة عن الوكيل بمعنى أن الأصل أن يثبت كل شيء للوكيل بمقتضى إضافة

العقد إليه ، ولكن بمقتضى النيابة التي صار له بمقتضاها سلطان في العقد ، يخالف الموكل الوكيل في أحكام العقد ، ويثبت الحكم ابتداء الموكل ، ولتقرب ذلك بمثل نضربه وذلك أن العبد لا يملك ، بل هو وما ملكت يده لسيده فإذا استولى العبد على شيء مباح يكون المثلئ ابتداء سيده بطريق خلافته للعبد في ذلك الملك ، فكذلك إذا اشترى الوكيل ، فإن ملكية المبيع تثبت ابتداء للموكل بطريق أنه يخلف الوكيل في هذه الملكية بمقتضى الوكالة ، فالأصل إذن بمقتضى هذه الطريق أن الملك كان يثبت للوكيل ، ولما ثبتت ابتداء للموكل بطريق الخلافة عن الوكيل ، ونرى أن الفقهاء بمقتضى هذا التحليل لا يجعلون الحكم يثبت أولاً للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل ، بل يثبت من أول الأمر للموكل ، كما ثبتت الملكية بمجرد استيلاء العبد على المباح لسيده بطريق الخلافة عنه وأكثر فقهاء الحنفية يأخذون بهذا القول . وقال عنه صاحب الهداية أنه الصحيح ، وبمثل هذا جاء في المغني وذكر أنه منذهب أحمد والشافعي (١) .

الطريقة الثانية طريقة أبي الحسن السرخسي ، وهو يرى أن الملك يثبت أولاً للوكيل ثم ينتقل ثانية إلى الموكل بمقتضى إعمال النيابة ، لأن العقد صدر عن الوكيل ، ولم يثبت نسبه إلى الموكل فكان منسوباً بكل أحكامه وتوابعها للوكيل أولاً . ثم بعد صدوره يلاحظ أمر خارجي وهو النيابة عن الموكل ، وبمقتضاها يثبت الحكم للموكل ، ويتقرر له ، وقد قال الفقهاء مع ترجيحهم لطريقة أبي طاهر الدباس أن كلام السرخسي هو الأصل ، وهو مقتضى إسناد العقد إلى الوكيل .

الطريقة الثالثة طريقة القاضي أبي زيد ، وقد نقلها عنه الصدر الشهيد فقد قال إن القاضي أبا زيد خالفهما ، وقال : الوكيل نائب في حق الحكم ، أصيل

(١) راجع المغني الجزء السادس ص ٢٦٢ .

في حق الحقوق ؛ فإن الحقوق تثبت له ، ثم تنتقل إلى الموكل من قبله ، فوافق أبا الحسن في الحقوق ، ووافق أبا طاهر في الحكم (١) ، والحق أن أبا زيد قد خالف في هذا ما قرره الاثنان من أن الوكيل يثمي العقد بعبارته ، وأنه منسوب إليه حكماً وحقاً ، ولكن ثبت الحكم ابتداء بخلافة الموكل عند الدباس ، وبغير الخلافة ، بل بالانتقال بعد الثبوت للوكيل عند السكرخي فجاء القاضي أبو زيد وقرر أن الحكم ينسب من أول الأمر للوكيل بطريق النيابة لا بطريق الإصالة ، وإذا كان هو فيه نائباً ، فهو للموكل من أول الأمر بطريق الإصالة . لا بطريق الخلافة ، ولا بطريق الانتقال ، أما الحقوق ، فقد وافقهما في أنها تثبت للوكيل بما تضمنت الإضافة إليه من كفالة وعهدة .

٢٠٢ - هذه خلاصة أقوال الفقهاء النظرية في ثبوت الحكم للموكل دون الحقوق في العقود التي يضيفها إلى نفسه ، والآن نريد أن نختم تولى العقود بمقتضى الوكالة بالتنبيه إلى أمرين :

أحدهما - أن الوكيل في العقود التي يتولاها بمقتضى الوكالة مقيد بما قيده به الموكل لا يسوغ له أن يخالف إرادته ، ولا أن يعقد على شيء غير ما وصفه له ؛ لأنه يستمد الولاية في العقود التي يعقدها بالوكالة منه ، فإن خالف ، فلا ولاية له على ما عقد بمقتضى هذه الوكالة ، وعلى ذلك إذا خالف الوكيل وعقد عقداً غير مقيد نفسه بما قيده به الموكل ، فإن أمكن جعل العقد له حكماً وحقاً فهو له ، كأن كان وكيلاً بشراء شيء غير معين ولكن مقيد بوصف فاشترى غير هذا الموصوف ، وأضاف العقد إلى نفسه ، فالشراء له ، لأن الحاكم لا يتجه إلى الموكل في هذه الحال إذ لا ولاية بمقتضى الوكالة ، فيكون الحكم له كالحقوق من أول الأمر .

(١) راجع تكملة فتح القدير الجزء السادس ص ١٩ .

وإن لم يمكن جعل العقد له كأن يكون وكيلاً ببيع ، ففي هذه الحال يكون العقد من قوفاً على إجازة الموكل الذي خولفت إرادته ، فإن أجازته نفذ ، وإن لم يجزه بطل .

الأمر الثاني - أن الوكيل لأجل أن تكون عقودة صحيحة يجب أن تستمر أهلية الموكل للأداء قائمة ، حتى ينتهي العقد ، لأن أهلية الموكل ليست شرطاً لإنشاء الوكالة فقط ، بل هي شرط لبقائها أيضاً ؛ إذ الركيل إذا خرج عن الأهلية سقطت ولايته على العقود ، فتبطل كل ولاية تستمد منها ، وولاية الوكيل مستمدة من ولاية الموكل ، فيجب أن تبقى أهلية هذا لتبقى ولاية ذلك ، وعلى ذلك إذا جاز الموكل أو حجر عليه وشمل الحجر التصرف الذي وكل فيه بطلت الوكالة ، وكذلك إذا مات لأن الموت يجز كل ، فلا أهلية أداء منه قط .

الفضولي

٢٠٣٣ - الفضولي^(١) هو من يتصرف تصرفاً شرعياً ليست له ولاية

(١) هذا هو الفضولي شرعاً ، وفي اللغة قيل هو اسم لكل شخص يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي منه كالأجنبي بزواج أو يديم ، ولم يرد في النسبة إلى الواحد ، وإن كان هو القياس ، لأنه صار بالقلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالأنصاري والاعرابي هكذا في النهاية لابن الأثير . وجاء في فتح القدير : غلب في الاشتغال بما لا عنيد ، وبما ولاية له فيه ، وهو كما ترى نسبة إلى الفضول على القياس ، لأن الفضول ، والفضل الزيادة . وقد غلبت كلمة الفضول في التعبير عن الزيادة التي لا خير فيها ولقد جاء في المغرب : علمت جمه على ما لا خير فيه ، حتى قيل :

فضول بلا فضل ، وسن بلا سنا وطول بلا طول ، وعرض بلا عرض

وهل ذلك تكون نسبة الفضولي إلى الجرم ، لأن زيادة الفضول الذي يتعرض للملابسة زيادة لا خير فيها ، واصل ذلك من أسباب مخالفة القياس بالنسبة إلى الجرم .

عليه كمن يبيع مالا يملك من غير ولاية أو وكالة ، و كمن يشتري لغيره شيئاً لم يوكاله في شراؤه ، وليست له عليه ولاية الشراء و كمن يؤجر مالك غيره وهكذا من العقود وسائر التصرفات التي يتصرفها الشخص في شيء من غير ولاية أو وكالة فيها ، فيعتبر فضولياً في تصرفه .

والعقد الذي يتولاه الفضولي يكون موقوفاً على إجازة صاحب الشأن إذا كان له مجيز ، كأن يبيع الفضولي عقاراً لشخص رشيد أو تقاصر له أب يرعى شؤنه أو يعقد الفضولي نكاح امرأة على رجل قبل أن يرجع إليها ويستأذنها فتنبيهه ، ففي كل هذا وأشباهه يكون عقد الفضولي موقوفاً على إجازة ذي الشأن فإن لم يكن للعقد مجيز لم ينعقد أصلاً كالخلع عن صغير مجيز ، فإن الخلع لا يملكه الصغير ولا يملكه الولي أو الوصي أيضاً ، فلا ينعقد العقد ؛ لأنه لا فائدة من انعقاده مع توقف نفاذ حكمه ، إنما التوقف يفيد إذا كان هناك من يملك إجازة العقد ، وإعطاء الفضولي صفة الوكالة ، وإخراجه عن حد الفضول .

واعتبار عقد الفضولي منعقداً موقوفاً بالنسبة لأحكامه على إجازة من له حق الإجازة إن وجد — هذا قول أبي حنيفة ومالك وأحمد في رواية عنه . وخالف الشافعي وقال إن تصرفات الفضولي لا تنعقد ، بل تصدر باطلة (١) ، وتولد عبارات عقده ميتة ، وثمره هذا الخلل تظهر في حال الإجازة ، فإنه إذا أجاز من له حق الإجازة إجازة معتبرة يعتبر العقد قد وجد بالعبرة التي عقد بها الفضولي ، وتسكون الإجازة اللاحقة كالإذن السابق ، ولا حاجة

(١) جاء في المجموع في تصرف الفضولي مانعه : « إن مذهبنا المشهور بطلانه ، ولا يقف على الإجازة ، وكذلك الوقف والنكاح وسائر العقود ، وبهذا قال أبو ثور وابن المنذر في أصح الروايتين عنه وقال مالك يقف البيم والعمران والنكاح على الإجازة . فإن أجازته من عقد له صح ، وإلا بطل .

لإنشاء العقد بصيغة جديدة ، وهذا عند من يقول إن العقد منعقد موقوف .
أما الشافعي الذي يقول إنه لم ينعقد أصلاً ، فالإجازة عنده لا تلحقه ؛ لأن
العبارة ولدت ميتة ، والإجازة لا تحييها .

٢٠٤ - ووجه نظر الشافعي في قوله إن عقد الفضولي باطل غير
منعقد أصلاً : (١) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لحكيم بن حزام :
« لا تبع ماليس عندك »^(١) فهذا يدل بمقتضى ما فيه من نهى على أن يبيع الإنسان
مالاً يملك لا ينعقد لأنه لا ينعقد صحيحاً تصرف صدر فيه نهى من الشارع
الحكيم ؛ إذ النهى يقتضى الفساد ، والفساد لم ينعقد على مذهب الشافعي
كما سنبين .

(٢) وأن أساس انعقاد الولاية الشرعية على العقد ، فالولاية كالأهلية
شروط لصلاحيته العبارة لعقد العقود ، ولا ولاية إلا بأن يكون العاقد ذا شأن
في العقد ، أو تكون له نيابة عن صاحب الشأن بولاية أو وكالة ؛ وذلك لأن
شروط انعقاد العقد أن يكون العاقد قادراً على تمكين العاقد الآخر من كل
أحكام العقد بالنسبة له . فإذا لم تكن عنده هذه القدرة الشرعية لم ينعقد
عقده ، ويصير كبيع غير مقصور التسليم ، وبيع الطير في الهواء ، والسمك
في الماء ، والوحش في الغلاة ، ولا شك أن الفضولي الذي يتصرف من غير
ولاية له ليست عنده القدرة الشرعية التي يستطيع بها تنفيذ أحكام العقد ،
فلا ينعقد إذن كما لم ينعقد العقد في الأمثلة التي سبقناها .

(١) وقصة هذا الحديث ما قاله حكيم بن حزام فقد قال : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا أبا عبد الله يسألني الرجل يسألني من البيه ماليس عندي ، أتباع له من السوق ، ثم أبيع منه ، قال لا تبع ماليس عندك » . ولقد ساق المجموع أحاديث أخرى تأييداً لرأى الشافعي أمنا أنه صلى الله عليه وسلم قال : « لا تطلق إلا فيما تملك ، ولا تعق إلا فيما تملك ، ولا يبيع إلا فيما تملك ، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك » .

هذه وجهة نظر الشافعي في قوله ، ووجهة نظر الحنفية والمالكية ،
والحنابلة في بعض الروايات ما يأتي :

(أ) ما روى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى عروة البارقي
ديناراً ليشتري به شاة تكون أضحية فاشترى شاتين بدينار ، وباع إحداهما
بدينار ، فجاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم بشاة ودينار ، فأقره عليه السلام
ودعاه بالبركة في بيعه ، فكان لو اشترى تراباً ربح فيه ، ولا شك أنه في بيعه
إحدى الشاتين كان فضولياً ؛ فلو كان هذا البيع لم ينعقد ما أقره النبي عليه
السلام وما استحل لنفسه الدينار ، بل لأمره بإعادته لصاحبه ، ورد الشاة ؛
لكنه أقره وأجازه فدل هذا على أن عبارة هذا الفضولي ما كانت من لغو
القول ، وما كان عقده باطلاً ، وإذن فعبارة الفضولي تنعقد بها التصرفات
والعقود ، وذلك هو المطلوب ، وهو النتيجة المقررة عند الحنفية ، ومن
ذهبوا مذهبهم .

(ب) أن تصرف الفضولي تصرف صدر عن أهله في محله ، فيجب القول
بانعقاده ، وبيان ذلك أن الحنفية ومن ذهبوا مذهبهم يرون أن انعقاد العقد
يكفي فيه أن يكون محله قابلاً لحكمه شرعاً ، وأن يكون العاقدان ذوي أهلية
للعقد بأن تكون عبارتهما مما ينعقد بها هذا العقد ، ولو لم تكن لأحدهما
ولاية على العقد بأن لم يكن له قدرة شرعية عليه ؛ وذلك لأن صحة الانعقاد
قوامها صحة التعبير ، والعاقل ولو فضولياً يجب حمل عبارته على معناها ، اعتباراً
بالإصلاح الذي لا ضرر منه على غيره ، وملا لحال العاقل على الإصلاح ،
وفعل الخير ، وفي الحكم بانعقاد عقد الفضولي مصلحة له بعدم إلغاء عبارته ،
من غير ضرر يلحق غيره ؛ إذ العقد سيموقف على إجازته ، وفيه فوق ذلك ،
ترجيح لاحتمال المصلحة على عدم احتمالها ، وإن الظاهر من حاله أنه قصد
بفعل الفعل منفعة من عقد عنه ، وأنه يغلب أن تكون هناك صلة تربطها

بجعلته يتبرع له بمقدد عقده يراه في مصلحته ؛ ليوفر له مزاينة البحث والطلاب ،
ويوجهه إلى البديل المطلوب من غير كلفة عليه ، فإن رأى صاحب الشأن أن
الحال كذلك أجاز ، وإن لم يجده كما ظن الفضولي أو أساء الظن به لم يجز من
غير ضرر يلحقه ؛ وفي الحق أن الحنفية ومن وافقهم اعتبروا الحكم بانعقاد
عقد الفضولي من باب التعاون^(١) الذي أمر الله به في قوله تعالى : «وتعاونوا
على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان» ففرضوا أن الفضول
ما عقد إلا لمصلحة أخيه ، وسارع من غير إذنه الصريح خشية أن نفوته ،
فاعتبروا عقده منقداً ؛ إذ لا ضرر في ذلك ، وهناك ضرر محقق في عدم
اعتباره منقداً ؛ لأنه اعتبار كلام الماقل لغواً ككلام المجنون ، وذلك
ضرر محتوي يلحقه من غير مصلحة لغيره ، وهناك أيضاً احتمال ضرر
بصاحب الشأن ؛ لأنه عسى أن يكون فيه منفعة ويخشى الموت ، فإن اعتبرنا

(١) مما يدل على أن قول الحنفية بانعقاد عقد الفضولي يقوم على أساس التعاون بين
الناس ما جاء في البدائع والزيلعي في كتاب البيع ، وما جاء في فتح القدير في البيع أيضاً ولتنقل
ما جاء في هذا الأخير مع طوله منصرفين بعض التصرف ، فقد قال رحمه الله في درجة الشافعي
بأنه لا قدرة شرعية للفضولي : «قولك لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية إن أردت الانعقاد على
وجه النفاذ سلمناه ولا يضر ، وإن أردت لا انعقاد على وجه التوقف إلى أن يرى المالك
مصلحته في الإجازة فيجوز فعله أو عدمه فيبطله - فذلك ممنوع ، ولا دليل عليه ، بل الدليل
دل على ثبوت الانعقاد ، لتحقق المصلحة لسلك من الماقد الفضولي والمالك والمشتري من
الفضولي من غير ضرر ولا مانع شرعي . . . أما تحقق ما ذكرنا فإن المالك يمكنه بثبوت طلب
المشتري ووفور الثمن ونفاق سلمته وراحته منها ووصوله إلى البديل المحبوب . ويمكن
المشتري وصوله إلى حاجة نفسه بالاستيلاء على المبيع ، والفضولي بصون كلامه عن الإلغاء
والإهدار ، بل يحصل له الثواب إذا تولى الخير لله تعالى وإفانته أخيه والرفق به . ولما كان
هذا التصرف خيراً لسلك من جماعة عباد الله من غير ضرر كان لإذن في هذا العقد ثابته
دلالة ، إذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلاً . . . لا يقال فإذا ثبت
الإذن دلالة ينبغي أن ينفذ العقد ، لأننا نقول الثابت دلالة ما لا ضرر فيه ، وذلك هو لانعقاد
موقوفاً على رأى المالك ، فيثبت بهذا القدر ، فأما نفاذه بلا رأيه فبغير ضرر به ، إذ ربما
لا يريد بيعة فيثبت الضرر ، أو يتصرف من فتح القدير الجزء الخامس من ٣١٠

العقد غير منعقد احتياج ذو الشأن إن رأى المصلحة فيه إلى إنشاء عقد من جديد ، وقد يجوز ألا يستطيع ذلك لذهاب العاقد أو لعقده مع غيره ، وذلك بلا ريب ضرر محتمل من غير احتمال نفع ؛ فيسكان إذن من المصلحة التي لا ضرر فيها اعتبار عقد الفضولي منعقداً ، وتوقفه على إجازة صاحب الشأن .

٢٠٥ - هذه أدلة الفريبيين ، وبعد هذا نختم القول ببيان إجازة صاحب الشأن تصرف الفضولي . لقد قال الفقهاء الذين قرروا أن تصرفه منعقد ، إن إجازة تصرفه تجعله كالوكيل ، فيعتبر للتصرف كأنه صدر عن وكيل وقت صدوره ويصير للفضولي كل أحكام الوكيل ، فتتعلق به الحقوق إن كان العقد مما تتعلق حقوقه بالوكيل ، وتتعلق الحقوق بالموكل إذا كان العقد لا تتعلق فيه الحقوق بالموكل ، كالهبة والنكاح . ولأن الإجازة تجعل الفضولي وكيلاً ، له كل ولاية الوكيل في العقد الذي تولاه - قال الفقهاء إن الإجازة اللاحقة تكون كالإذن السابق . ولكن لأن الإجازة من شأنها أن تقلب التصرف من تصرف موقوف إلى تصرف نافذ ، وتنقل الفضولي من وصف الفضول إلى وصف الوكيل ، قالوا أيضاً إن للإجازة حكم إنشاء العقد .

ولذلك اشترطوا لصحة الإجازة أن يكون الفضولي حياً ذا أهلية ولو نائبة^(١) ، لأن الإجازة تنقله إلى صفة الوكيل ولا يصلح للوكالة إلا من كان حياً غير فاقد الأهلية ، واشترطوا وجود العاقد الآخر ؛ لأن أحكام العقد تنفذ بالأسبة له بعد أن كانت موقوفة ، فاحتاجت الإجازة إلى وجوده ليكون ثمة من ينفذ في شأنه الحكم الذي لم ينفذ قبلها ، واشترطوا أيضاً وجود المعتقد عليه ، أيكون قابلاً للحكمه الذي ينفذ بعد أن لم يكن .

(١) يجب أن يلاحظ أنهم لا يشترطون وجود الفضولي حياً عند إجازة النكاح الذي عنده ، لأن الإجازة لا ترفع إلى مرتبة الوكيل الذي ترجع الحقوق إليه ، بل ترفعه إلى مرتبة السفير والمبرر ، والتعبير قد تم عند صدور عبارة الفضولي .

ويلاحظ أن العقد قبل الإجازة غير لازم ؛ فالفضولي أن يفسخه ، وللعاقدين الآخر أيضاً أن يفسخه ، أما العاقد الثاني فلأن العقد بالنسبة له كأنه لم يتم ، إذ قد صدر عنه أحد شطري الالتزام ، أما الشطر الثاني فلم يتقرر ولم يثبت ، فيجوز أن يستمر ، ويعطى قوة الركن بالإجازة ، ويجوز ألا يعطى قوة الركن بالرفض ، وكذلك للفضولي أن يفسخ العقد إذا كانت حقوقه ترجع إليه بالإجازة كعقد البيع والإجازة ، وكان ذلك له منعاً لحقوق العقد التي تلزمه به بالإجازة ، إذ تنتقل صفته إلى صفة وكيل ترجع حقوق العقد إليه . أما إذا كان ما عقده الفضولي من العقود التي لا ترجع فيها الحقوق إليه على فرض أنه وكيل ، لأن الوكيل فيها سفير ومجبر كعقد الدكاح فليس للفضولي قبل الإجازة أن يفسخ العقد ؛ وذلك لأنه مجبر محض أى كناقل عبارة فبالإجازة تنقل العبارة إلى المالك ، فتصير الحقوق منوطة به ، لا بالفضولي فلا يلحقه بالإجازة ضرر تعلق الحقوق به .

٢٠٦ - وحكم عقد الفضولي في الهوانين الحديثة يتقارب من حكم عقده في الشريعة الإسلامية على مقتضى مذهب أبي حنيفة ومن أخذ به ، فهو موقوف على إجازة صاحب الشأن ، فإن أجاز نفذ ، وإن لم يجز بطل ، ويسمى هذا النوع من العقود الذي يصح بالإجازة العقود الباطلة بطلاناً نسبياً ، ولقد ذكرت المادة ٢٦٤ حكم بيع الفضولي ، وهذا نصها :

« بيع الشيء المعين الذي لا يملكه البائع باطل . ، وإنما يصح إذا أجازه المالك الحقيقي » فالقانون يعتبر بيع الشخص مالا يملك باطلاً ، ولكن ليس معنى ذلك صدور العبارة مئة غير قابلة للحياة ، بل معناه أنه يتوقف في وجوده وجوداً له أثر قانوني على إجازة صاحب الشأن ، وذلك موافق للشريعة إلى حد كبير .

وإن فقهاء القانون ينظر إلى تصرفات الفضولي بعطف ، ويفرضون فيه فيه حسن النية ولذا يكون في مرتبة تقارب مرتبة الوكيل في التصرفات النافعة ، ويعاملون ذلك بما علل به الفقهاء وهو التعاون بين الناس ، وفرض أنه صديق ولي أراد نفع صاحبه ، لا فرض أنه عدو أراد إيذاه (١) .

(١) جاء في كتاب الإرادة في العمل القانوني في تصرف الفضولي ما معناه : « إن من المقرر اجتماعياً أن يتعاون الناس على العمل للمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة ، وإن المصلحة الخاصة إن اتسع شمولها تجوزت إلى مصلحة عامة . وعلى ضوء هذا ينظر إلى تصرف الفضولي ، ويتكون أساس التقدير فيه : إذا لم يكن الفضولي أكان من المسكن أن يفعل رب المال في ماله ما فعله الفضولي أم لا ، هبني أملك منزلاً ، وكنت على سفر طويل ، فجاء أحد الناس ليستأجره أو ليعتقه أيكون من المصلحة أن يتولى الصديق لجارته أو ببيعة بطريق الفضول ، أم يترك الفرصة وقد سنحت ، وهبني كنت مقبلاً إذ حضر الطالب أ كنت أوجب أم أرفض ؟ إن الفضولي يجب أن ينظر إلى تصرفاته على هذا الأساس » راجع ص ٩ ٣ وأنت ترى أن هذه نظرية الشريعة على مقتضى المذاهب الثلاثة ، ولذلك جعلت تصرفه موقوفاً .

(٢٦ - نظرية المتد)

تولى العاقد الواحد صيغة العقد عن الجانبين

٢٠٧ - ذكرنا فيما مضى أن الشخص قد يتولى إنشاء التصرفات التي تنشأ عنها التزامات بإرادة منفردة ، أما العقود التي لا تتم إلا بتوافق إرادتين ، مظهرهما الإيجاب والقبول ، فإن الأصل فيها أن يتعدد العاقد ، ليتحقق وجود الإرادتين ، والربط بين الكلامين ، ولأن الأصل أن الشخص الواحد ليس له قدرة شرعية إلا في شطر العقد الذي يتكون بشطرين ، وفي اعتبار العقد منعقداً بعبارة تحميل لها قوة الشطرين ، وإعطاء الجزء حكم الكل . بيد أن النيابة قد ماغت في العقود ، فجاز أن يتولى شخص العقد بالنيابة عن غيره ، سواء أكانت تلك النيابة منشؤها الولاية الشرعية على فاقدي وقاصري الأهلية ، أم كان منشؤها وكالة انفاقية . ويجوز في هذه الحال أن يكون الشخص وكيلاً عن عاقدين يريدان أن ينشأ عقداً بينهما ، أو ولياً على شخصين ، ويرى من المصلحة أن يعقد بينهما عقد زواج أو بيع أو نحوهما ، أو وكيلاً من جانب وولياً من جانب ، ففي هذه الحالة تكون عبارته طاوية في ثناياها معنى عبارتين بلا ريب ، فهل الشارع الإسلامي يقر عقداً ينشأ بهذه الصفة ويعطيه أحكامه وآثاره التي قضت لنوعه ؟

٢٠٨ - لقد أجاز فقهاء الحنفية أن يتولى شخص واحد طرفي العقد في النكاح ؛ فيجوز أن يكون العاقد واحداً ينشأ بعبارته منفردة عقد النكاح ، وأن يعقد به عقده ، فتثبت آثارها كلها به ، وذلك يكون إذا كانت له ولاية العقد من الجانبين ، بأن كان أصيلاً من جانب ووكيلاً أو ولياً من جانب آخر أو وكيلاً عن الجانبين ، أو ولياً على الجانبين كجد زوج إحدى حفيداته من أحد أحفاده إذ لم يكونا أخوين وكانا يتييمين أو وكيلاً من جانب وولياً من جانب . ففي كل هذه الصور أجازوا للشخص الواحد أن يعقد العقد بعبارة

وتكون قائمة مقام عبارتين ، واكن خالف في ذلك زفر والشافعي رضى الله
عنهما ، وحجتهم في ذلك أن عقد النكاح يفيد نوعاً من التمليك ، ولا يتصور
أن عاقداً واحداً يكون مملوكاً ، وقابلاً للتمليك معاً ، إذ التمليك نسبة تقتضى
طرفين ، بل كل عقد لا يتم إلا بإرادتين يقتضى طرفين قابلاً وموجباً ،
ولا يعقل أن يقوم شخص بالصفتين ، لأن كل واحدة تقابل الأخرى ،
ولا تجتمع معها ، هذا ومن جهة أخرى فالنكاح يشبه البيع ، وكما أن البيع
لا يتولاه العاقد الواحد عن الطرفين كذلك النكاح (١) .

واستدل للحنفية بما يأتي :

(١) قوله تعالى : « ويستفتونك في يتامى النساء اللاتي لا تؤتوهن
ما كتب لهن ، وترغبون أن تنكحوهن ، فقد نزلت هذه الآية في ياتمة في
حجر وليها ، وهي ذات مال ، ووجه الاستدلال بها أن قوله تعالى : « لا تؤتوهن
ما كتب لهن ، وترغبون أن تنكحوهن ، خرج مخرج العتاب على عدم إعطائهن
ما كتب الله لهن عند الرغبة في نكاحهن ، وذلك العتاب لا يكون له محل
إلا إذا أمكن تحقيق رغبة ولى اليتيمة في نكاحها مع عدم إعطائها ما كتب
لها بسبب ذلك النكاح ، وإنما يكون ذلك إذا كان الأولياء أن يزوجهن
من أنفسهن ؛ لأن النكاح لا ينعقد نافذاً من اليتيمة ، بل نكاحها إلى وليها ،
فإذا كان لنفسه تولى من الجانبين ، فالعتب لا موضع له إلا إذا أجز أن
ينكحها الوالى نفسه بعبارة ، وتقوم مقام الاثنتين ، وهذا دليل

(١) القياس صحيح في نظر الشافعي ، لأنه رضى الله عنه يرى أن حقوق العقد في البيع
والشراء ونحوهما لا ترجع إلى الوكيل ، بل ترجع إلى الموكل . وإذا كان لا فرق بينهما في
إرجاع الحقوق ، فقد سوى بينهما في هذا أيضاً ، وإن كنا نرى أن التسوية كانت تقتضى
أن البيع يكون كالنكاح في أن كليهما يصح أن يعقده طرف واحد .

على أن صاحب هذه الشريعة يجهز أن يعقد العاقد الواحد النكاح نائباً عن الطرفين .

(٢) ما رواه البخارى من أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم : أتجهلين أمرك لى ؟ قالت نعم . قال تزوجتك ، فمقد بلفظ واحد . وعن عمبة بن عامر أنه قال عليه الصلاة والسلام لرجل : أترضى أن أزوجك فلانة . قال نعم . وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلاناً قالت نعم ، فزوج أحدهما من صاحبه ، وكان بمن شهد الحديبية روى هذا الحديث أبو داود (١) .

(٣) أن النائب فى باب النكاح ليس بعقد عقده بوصف كونه نائباً على أن ترجع الحقوق إليه ، بل الحقوق والأحكام تضاف إلى من يعقد عنه ، سواء أ كانت تلك النيابة بولاية شرعية أم بوكالة اتفاقية ، بل هو كما يقول الفقهاء ، سفير عن العاقد ، ومعبّر عنه ، وإذا كان معبراً عنه صارت عبارته كعبارة من يتكلم عنه ، فصار كلام العاقد الواحد الذى يتولى عن الجانبين ككلام شخصين وعبارته الواحدة تطوى فى معناها عبارتين ، إذن تطوى فى مضمونها إيجاباً عن أحدهما ، وقبولاً عن الثانى ، فسكان المرأة قالت على لسانه زوجته نفسى ، والرجل قال على لسانه أيضاً قبلت زواجها .

وهذا المعنى لا يتأتى فى البيع وأشباهه من العقود التى ترجع فيها الحقوق إلى الوكيل ، ويصح أن تضاف صيغة العقد إليه ، ولذا لا يتولاها العاقد الواحد عن الجانبين (٢) .

(١) راجع الزيلعى الجزء الثانى ص ١٣٢ .

(٢) راجع فى هذا الدليل البدائم الجزء الثانى ص ٢٣٢ . والزيلعى الجزء الثانى ص ١٣٢ والهداية وفتح القدير الجزء الثانى ص ٤٢٦ . ومقتضى هذا التعليل أن كل عقد يكون حقه راجعاً إلى الموكل ولا يرجع إلى الوكيل ، يصح أن يعقد عاقد واحد عن الجانبين ، وهذا يشمل النكاح وكل العقود التى لا تتم إلا بالقبض ، كالهبة والرهن وغيرها .

٢٠٩ - ما سبق كله إذا كان العاقد الذى تولى عن الجانبين له ولاية العقد من الجانبين بالأولى يكون فضولياً عن أحدهما ، ولا ينعقد العقد بعاقد واحد يكون ذا ولاية عن أحدهما وفضولياً بالنسبة للآخر ، فإذا كان وكيلاً أو أصيلاً أو ولياً بالنسبة لأحد العاقدين ، وفضولياً بالنسبة للآخر ، لا ينعقد عقده عنهما ، وبالأولى إذا كان فضولياً من الجانبين ، وهذا هو مذهب أبى حنيفة ومحمد ، وأما مذهب أبى يوسف ، فهو جواز عقده عن الطرفين ، ويكون موقوفاً على إجازة صاحب الشأن الذى كان العاقد فضولياً بالنسبة له أو على الطرفين إذا كان فضولياً بالنسبة لهما . وحجة أبى يوسف فى ذلك أن عبارة العاقد ولو كان فضولياً بالنسبة للطرفين أو لأحدهما ، قائمة مقام عبارتين ، وهى تعبر عن شخصين ، فيجب أن ينعقد العقد موقوفاً ؛ وذلك لأن أثر الفضول بالنسبة لأحد العاقدين فى نفاذ العقد ؛ لا فى انعقاده ، ليعقد العقد بعبارة العاقد الواحد قائمة مقام الكلامين ، ويتوقف النفاذ على إجازة العاقد الذى لم يأذن . هذا والنكاح يشبه الخلع ، فيجوز فيه ما يجوز فى هذا ؟ ويجوز أن يقول الزوج بغير إذن زوجه خالعت امرأتى على كذا ، وهى غائبة ، فإذا بلغها وأجازت نفذ الخلع عليها ، مع أنه كان فضولياً بالنسبة لهما ، فدل ذلك على انعقاد الخلع بتولى واحد العقد ، ولو كان فضولياً بالنسبة لأحد الطرفين ، فالنكاح مثله ، فيثبت له ما ثبت لهذا ، ويعقد بعبارة واحدة ، ولو كان صاحبها فضولياً .

هذه حجة أبى يوسف ، وحجة الطرفين (أبى حنيفة ومحمد) أن الأصل فى العقد ألا ينعقد إلا بعبارتين من شخصين ، ما دام لا ينعقد إلا بتوافق إرادتين ، ولكن تقوم عبارة الشخص الواحد مقام العبارتين إذا كان هناك ما يدل على أنها قائمة مقام عبارتين ، وذلك بإقامة الطرف الغائب هذا الشخص مقامه أو بولاية شرعية تجعل لعبارة تلك الولاية ، فإلم يوجد ما يدل على

ذلك فالعبارة الصادرة ليست إلا شرطاً للعقد ، أى ليست إلا إيجاباً فقط ، والإيجاب لا ينعقد به عقد يتولاه طرفان ، بل يبطل بمجرد تفرق المجلس ، فلا يكون العقد موقوفاً على إجازة أحد ، وعلى ذلك إذا كان العاقد الواحد فضولياً بالنسبة لأحد الطرفين لا ينعقد عقده أصلاً موقوفاً ولا نافذاً ، لأن عبارته أحد شطرى العقد أى الإيجاب ، إذ لا يصح أن تقوم مقام عبارتين لعدم إذن العاقد الثانى له ، حتى تقوم عبارته مقام عبارتين ، ولا يقاس النكاح على الخلع إذا تولاه الرجل فى غيبتها من غير إذنها ، لأن الخلع بالنسبة للرجل يمين ، فكأنه إذا خالع فى غيبتها بغير إذنها قد علق طلاقها على قبولها بدل الخلع ، ففي أى وقت تقبل يقع الطلاق لحصول الشيء المعلق عليه والطلاق يقبل التعليق بإجماع الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة .

٢١٠ - ما تقدم كله فى تولى العاقد الواحد عقد النكاح بالنيابة عن الطرفين ، وننقل الآن إلى عقود المبادأة كالبيع والشراء والإجارة والمزارعة والمساقاة وغير ذلك من الحقوق التى ترجع فيها الحقوق إلى الموكل عندما يتولاهما العاقد بمقتضى الوكالة ، وهذه العقود الأصل فيها أنه لا بد من تعدد العاقد ، فلا يصح لشخص أن يعقد عقد بيع بين شخصين ، وتقوم عبارته مقام عبارتهما . ووجهه أن العاقد فى البيع وما يشبهه ترجع الحقوق إليه ، سواء أكان يعقد بالإصالة أم بالنيابة فعليه تسليم المبيع وله قبض الثمن وغير ذلك من الحقوق ، وهذه حقوق متقابلة فحق تسليم المبيع يقتضى متسلاً ، وحق قبض الثمن يقتضى مسلماً ، والشخص لا يتعلق به حقان متقابلان فى زمان واحد . لأن ذلك يؤدى إلى أن يكون الشخص الواحد فى زمان واحد مسلماً ومتسلاً ، طالباً ومطالباً ، وهذا محال ، ولذلك لم يجز أن يكون الشخص الواحد وكيلاً من الجانبين فى البيع وأشباهه ، ويصالح رسولا من الجانبين ، لأن الرسول لا تلزمه الحقوق ، فلا يؤدى عمله إلى مناقضة للمعقول ، وكذلك القاضى يتولى العقد من الجانبين ، لأن الحقوق لا ترجع إليه .

وقد استثنوا من البيع صورة يصح فيها العقد من الجانبين ، وهي شراء الأب مال ولده لنفسه ، وبيع ماله من ولده ، فإنه في هذه الصورة يجوز للأب التصرف ، ويتولى الصيغة عن نفسه وولده القاصر . وهذا قال أحمد بن حنبل والشافعي ، ومالك والأوزاعي ، وجملة الجدل كالأب ما عدا ابن حنبل ، وخالف زفر ، وقال لا يجوز ، وهو الأصل ، والقياس على ما بيننا ، وأما مقاله الأئمة فهو الاستحسان ، ووجهه أن الأب والجد لوفور شفقتهما ، وكال رعايتهما لمولهما يجوز تصرفاتهما عليه ، وربما كان في البيع له أو الشراء منه مصلحة وإثارة ، وهذا الفرض هو الذي يتفق مع كمال الرعاية ووفور الشفقة ، فجاز تصرفهما معه ؛ للضرورة الدافعة ، وعدم موضع التهمة (١) .

هذا بالنسبة للأب والجد ، أما بالنسبة للوصى ، فقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف أيضاً بجواز بيعه للموصى عليه وشراؤه منه إذا كان فيه نفع ظاهر ، ولا يجوز بالإجماع إذا لم يكن فيه نفع ظاهر ، وذلك لأنه لقصور شفقتهم لم يلحق بالأب أو الجد ، ولسكن إن كان فيه نفع ظاهر يملكه بالوصى وهو قوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن » ، ولا شك أن المتصرف الذي فيه نفع ظاهر هو قربان لمال اليتيم التي هي أحسن ، فجاز بنص القرآن .

والنفع الظاهر فسره بعضهم بأنه في العقار أن يشتريه من الصغير بضعف قيمته ، ويبيعه بنصف القيمة ، وفي المنقول أن يشتريه بثمن يزيد عن قيمته بمقدار نصفها ، ويبيعه بثمن يقل عن قيمته بمقدار ثلثها ، فيشتري ما قيمته عشرة بخمسة عشر ، ويبيعه ما قيمته خمسة عشر بعشرة ، وفسر بعضهم النفع الظاهر بالتصرف الواضح المنفعة لليتيم من غير تقييد بمقادير ، فقد تكون المنفعة ظاهرة ، وإن كانت بمثل القيمة ، كأن يكون الشيء المشتري كثير الغلات

(١) راجع البدائل الجزء الخامس ص ١٣٦ والمغني الخامس ص ٢٤٢ .

بنسبة أعلى من الغلات التي تنال الصغير من ثمنه (١)
هذا رأى الشيخين في بيع الوصي المختار من الأب أو الجد في البيع والشراء من اليتيم ، وقال محمد لا يجوز للوصي ذلك مطلقاً ، سواء أكان فيه نفع ظاهر أم لم يكن ؛ لأن القياس يأبى ذلك ، وكان الاستحسان بالنسبة للأب والجد ، لو فور شفقتهم ، وذلك ليس في الوصي ، فيعمل بالقياس حيث لا وجه للاستحسان .
هذا الخلاف يجرى في الوصي المختار من الأب أو الجد ، أما الوصي المعين من القاضي (٢) فلا يجوز له أن يشتري مال اليتيم لنفسه ، ولأن يبيع ماله لليتيم بمقتضى وصايته ؛ وذلك لأن القاضي لا يجوز له ذلك ؛ إذ فعله حكم ، وحكم القاضي لنفسه لا يجوز ، والوصي من قبله كالوكيل عنه ، فيملك ما يملكه ، وبما أن القاضي لا يملك ذلك ، فلا يملكه من هو كالوكيل عنه ، لأنه يستمد القدرة الشرعية منه .

٢١١ - مما تقدم يستفاد أن الشريعة الإسلامية الأصل فيها ألا يتولى الواحد إنشاء العقد قائماً مقام العاقدين ، ولكن اعتبار المصالح ، وملاحظة بعض القواعد جعلها تقر عقد العاقد الواحد قائماً مقام العاقدين على أن ذلك على سبيل الاستثناء والاستحسان ، لا الأصل والقياس . وعلى مثل هذا سارت الشريعة الإنجليزية والقانون الألماني والمشروع اللاتيني (٣) ، وهناك شرائع أخرى حديثة أباحت تولي العاقد الواحد عن اثنين ، ولم تمنعه كما في سويسرا وفرنسا وإيطاليا وبلجيكا ومصر ، ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو المنع ، فالشرائع التي حرمت أجازت في أحوال معينة على سبيل الاستثناء ، والشرائع التي أجازت منعت في أحوال استثنتها ، ولقد توسع كلا الفريقين في الاستثناء ، فتقاربت الشرائع المانعة والشرائع المبيزة (٤) .

-
- (١) راجع رسالة العقود والشروط لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك .
(٢) وهو المجلس الحسبي الآن . راجع رسالة العقود والشروط المذكورة آنفاً .
(٣) هو مشروع قانون لفرنسا وإيطاليا أعدته لجنة من الدولتين .
(٤) راجع نظرية العقد للأستاذ الكبير الدكتور السهوري بك .

أوصاف العقد

٢١٢ - نقصد بوصف العقد الاسم الشرعي له الذي يكون إطلاقه على العقد نتيجة لإقرار الشارع له أو عدم إقراره ، وفي حال الإقرار تترتب الأحكام وتثبت الآثار ، وفي حال عدم الإقرار لا تترتب الأحكام ، ولا تثبت آثار العقد .

وقد اختلف الفقهاء في هذا المقام ، وانقسموا فريقين أحدهما فريق أبي حنيفة وأصحابه ، والثاني بقية الفقهاء ، فالحنفية يقسمون العقود من حيث إقرار الشارع لها وعدم إقراره إلى ثلاثة أقسام : صحيح ، وفاسد ، وباطل ، والجمهور يقسمون العقود إلى قسمين فقط صحيح وباطل (أو فاسد) فكلمة الفاسد وكلمة الباطل مترادفتان عند الجمهور ، متباينتان عند الحنفية . وقد اتفق الفقهاء على أن معنى العقد الصحيح ما أقره الشارع ورتب آثاره عليه (على حسب قوة إنشائه) بأن تكون أركانه سالمة لا تخلل فيها ، وكذلك أوصافه ، ولم يرد أي منع له من الشارع الحكيم . وهذا المعنى متفق على أنه المراد بالعقد الصحيح ؛ ولكن موضع الخلاف هو في مقابل العقد الصحيح فالجمهور يقولون إن كل مقابل للعقد الصحيح باطل غير منعقد ؛ سواء أكان الخلل في أركانه ، أم كان الخلل في أوصافه . بأن كان في أوصافه ما هو محل منع من الشارع ؛ كالبيع بأجال غير معروفة ، وقال الحنفية إن الخلل إن كان في الأركان ، وهي العاقدان ، ومحل العقد فالعقد باطل أي غير منعقد ؛ وإن كان الخلل في غير الأصل أي غير الأركان ؛ فالعقد منعقد ، ولكن لا يرتب الشارع على نفس العقد أحكاماً ، بل يرتبها على تنفيذ العاقدين له مخالفين أمر الشارع .

٢١٣ - وبحور الخلاف في هذه المسألة يعتمد على قطبين هما عمله

وموضعه ؛

أولها - هل منع الشارع العاقد من العقد يقتضى عدم وجوده شرعاً؟ إذ لا يعترف
الشارع له بوجوده . ثانيهما - هل المنع لو وصف من الأوصاف يلتحق بالمنع
الوارد على الأصل والأركان؟ فيكون حكم الاثنين واحداً .

ومن أجل أن نبين الموضوع بجلاء يجب أن نتكلم في هذين العنصرين بكلمة
موجزة .

أما الأصل الأول فقد اختلفوا فيه ، فجمهورهم يرى أن الشارع إذا نهى
عن تصرف شرعى ، ومنع إجازته ، فوجوده مع ذلك النهى غير معترف به
من الشارع أى أنه يكون غير موجود في نظره . وذلك : (١) لأن قيام
الشخص به مع النهى عنه عصيان لأمر الشارع ، وكيف يعترف ، ويرتب
آثاراً شرعية على فعل قد كان حدوثه جريمة في نظره وعصياناً . (٢) ولأن
النهى لا يرد من الشارع على تصرف شرعى ، إلا لبيان أن ذلك التصرف قد
خرج عن اعتباره وشرعيته ، وليس ذلك إلا حكماً من الشارع ببطالته
(٣) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « كل عمل ليس عايبه أمرنا فهو رد ،
ومن أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد ، ولا شك أن وقوع الأمر الذى
حكى الشارع بمنعه لم يحى على أمره وعلى مقتضى اعتباره فهو رد ، ومعنى
رده ألا يعترف له بوجوده وآثاره ، فهو باطل في نظره (٤) ولأن سلف هذه
الأمة قد أجمع على الاستدلال بعدم العقود المنهى عنها ، فحكموا بعدم اعتبار
العقود المشتملة على الربا ، للنهى عن الربا واحتج ابن عمر رضى الله عنه في
بطلان نكاح المشركات بقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى
يؤمن » .

هذا موجز لحجج الجمهور في استدلالهم بالمنع من التصرف الشرعى ، على
بطلانه إذا حصل مع هذا المنع ، ويرتب على قولهم هذا أن كل العقود الممنوعة
(سواء أكان المنع للخلل فى ركنها وأصلها أم لعيب لحق وصفها) باطلة

أو فاسدة وهي في حكم العدم من غير تفرقة بين العيب في الأصل أو العيب في الوصف .

ويرى الحنفية أن المنع إن كان لعيب في ذات التصرف الشرعي كان هذا سبيلا للبطلان إن قام بالمنوع ، وإلا فإن كان لوصف ملازم كان سبيلا إلى البطلان في العبادات ، والآنسكحة على التحقيق ، ولا يكون سبيلا إلى البطلان في سائر المعاملات ؛ ووجهة نظرهم في ذلك أن وجود التصرف الشرعي يتم بوجود أركانه سالمة من الخلل ، فإذا كان النهي من الشارع قدورد لأمر خارج عن الأركان ، فلا يمنع ذلك وجود الأركان سالمة ، وعلى ذلك يعتبر التصرف موجوداً بوجودها مع المنع ؛ ولا مانع من الجمع بين النهي والوجود ؛ لأن أثر النهي الإثم ، وجواز فسخ التصرف ، ووجوب التخلص منه ، ولذلك لا يتعارض مع وجوده ، بل إن ذلك لا يكون إلا مع الوجود ، فالحكم بالوجود المطلق من الشارع لا يتنافى إذن مع نفيه بل يتلاقى معه ، ولا يمترض بأن اعتبار الشارع له موجوداً حكم بمشروعيته ، لأن المشروعية تقتضى إقرار الشارع وتبليته وإعانة العاقدين على تنفيذه ، ولا أحد يقول هذا ، بل إنا نقول إنه موجود وله بعض الأحكام ، ولسكن الشارع يوجب الفسخ ، ويرتب الإثم ، كما أن الحكم بوجوده مع النهي عنه لا يقتضى عدم رده ؛ لأننا نقرر أن الالتزام به مرودود ، وهو واجب الفسخ ، فلا يلزم أحد العاقدين بموجبه ، ولا ترتب الأحكام فيه بذات التصرف ، بل بأمر آخر اقترن به .

وإن التوفيق بين الوجود والمنع يمكن في المعاملات ، فصح فيها وجودها مقترنة بالنهي ، أما العبادات فلأنها قربات خاصة ، ويقرها الشارع موجودة إذا وجدت فيها نية القرابة ، ولا يتصور وجود نية القرابة مجتمعة مع نية العصيان ، فإذا نهى عن صلاة الحائض ، فإذا ضلت عاصية ذلك النهي

لا يتصور اجتماع نية الطاعة مع نية العصيان في فعل واحد ، لذلك كانت العبادات لا ينصور وجودها وجوداً شرعياً مقترنة بمنهى عنها ملازم لها .

ولقد ترتب إذن على قول الحنفية أن المنهى إذا كان لوصف لا يترتب عليه بطلان التصرف أن فرض الحنفية قسمياً ثالثاً بين الصحة والبطلان وهو الفساد ، وذلك إذا كان التصرف مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه ، بأن اقترن به وصف ملازم نهى عنه الشارع (١) .

٣١٤ - هذا هو الأصل الأول . أما الأصل الثاني وهو ورود المنع على الوصف ومرباه إلى الأصل فالخلاف فيه مماثل للخلاف في الأصل الأول ، فالفقهاء الذين قالوا إن النهى إذا ورد لوصف ملازم يبطل التصرف قالوا إن المنع إن ورد على الوصف فقد ورد على الأصل ، والذين قالوا إن المنع إن ورد على الوصف ، فالأصل له وجود شرعي إن أوجده المكلف قالوا إن المنع لا يرد على الأصل إلا بمقدار قيام الوصف به ، فإذا زال عنه الوصف الممنوع فقد صار الأصل مشروعاً تقرّب عليه كل آثاره الشرعية .

وقد احتج أبو حنيفة وأصحابه في التفرقة بين المنع الوارد على الأصل والمنع الوارد على الوصف بأن المنع إذا كان في نفس الماهية وهي الأركان عراً للخلل هذه الماهية ، فلا يكون لها وجود في نظر الشارع ، كمنع بيع الخنزير والميتة ، ومنع تصرفات فاقد الأهلية أو ناقصها الضارة به ضرراً محضاً ، فإذا حصل تصرف مع هذا المنع كان باطلاً ، لعدم تحقق الماهية . وبيان ذلك أن أركان كل تقدي هي عاقدان ومحل للمقد ، فتى وجدت هذه الأركان سالمة عن النهى فقد وجدت الماهية ، وتصير معتبرة شرعاً سالمة عن النهى (ولو تعلق

(١) راجع هذا الخلاف في المنتقى الجزء الثاني من ٣١ وفخر الإسلام الجزء الأول ص ٢٦٦ وما يليها والأزمري الجزء الأول من ٣٢٠ والتحرير الجزء الأول من ٣٢٩ .

النهي بوصف ملازم لها ، كالثنى في البيع ، والر بافيه) ، وإذا اختل ركن من هذه الأركان بأن كان العاقد ممنوعاً من العقد ، أو كان المحل غير قابل للحكم بالعقد . كبيع الخنزير والخمر فالعقد باطل . لأن المنع لحق الأركان ، فيبطل الانعقاد . وإذا وجدت هذه الأركان ، ولكن وجد منع أو وصف مقترن بالعقد كالبيع بشرط أن ينتفع البائع مدة من الزمن ، وهذا شرط ممنوع عند الحنفية ، أو باع يبعاً فيه ربا . ونحو ذلك من العقود التي تتحقق فيها الأركان ، ولكن يقترن بها وصف ملازم منعه الشارع ، ففي هذه الحال تكون حقيقة التصرف قد وجدت سليمة خالية من الخلل . ولكن الخلل قد لحق الوصف ، فينعقد العقد ، ولا يسرى إليه المنع الوارد في الوصف إلا بمقدار اقترانه به وملازمته له فيكون العقد منعه قسراً ، ولكن يجب فسخه ما دام ذلك الوصف مقترناً ، فإذا زايه ذلك الوصف الفاسد زال عنه الخلل .

ويؤيد مذهب أبي حنيفة أيضاً أننا لو قلنا إن كل فساد في الوصف يسرى إلى الماهية والأركان ، ويعرود عليها بالنقض لسوينا بين الماهية الناقصة لورود المنع عليها وبين الماهية الخالية من المنع . ولو قلنا بصحة العقد وعدم الفساد مطلقاً لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وفيما اقترن بها من أوصاف ، وبين الماهية السالمة من الخلل في ذاتها ، ولكنها مقترنة به في صفاتها ، وذلك غير جائز ، ولا تتأني التفرقة الحقيقية بين هذه الأقسام الثلاثة إلا بفرض رتبة بين الصحة والبطالان ، وتلك الرتبة هي رتبة التصرفات الفاسدة ، ومن أجل ذلك قلنا إن العقد أقسام ثلاثة : صحيح وفاسد وباطل (١) .

هذه وجهات النظر التي انبغى عليها أن الحنفية قسموا العقد غير الصحيح إلى باطل وفاسد ، وقسروا الباطل على ما كان المنع الوارد من الشارع فيه واردة على الأركان ، والفاسد ما كانت الأركان فيه مخالفة من المنع ، ولكن المنع اقترن

(١) راجع الفروق للقرافي الجزء الثاني ص ٨٣ .

بوصف ملازم لها ، أو بعبارة أدق الباطل ما كان غير مشروع بأصله ، والفساد ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه .

٢١٥ - وما احتج به الذين خالفوا الحنفية أنهم قالوا إننا إن اعتبرنا العقد موجوداً في نظر الشارع مع وصف الفساد ، فإما ألا نرتب عليه أحكاماً قط ، وإما أن نرتب عليه أحكام العقد ، كما انفق العاقدان ، وإما أن نرتب أحكاماً تتفق مع غرض الشارع من غير نظر إلى غرض العاقدين ، كالبيع المقترن بشرط ربوي ، إن حكمنا بفساده فيما لا تكون له أحكام قط ، أو أحكامه كما تراضى العاقدان ، أو أحكامه كما يتفق مع غرض الشارع ، فيمحيى الربا ويبقى رأس المال . لا جائز أن نقرر أنه خال من الأحكام الشرعية ، لأننا لو قلنا ذلك لسكان العقد الفاسد كالعقد الباطل سواء ، وتكون التفرقة لفظية ، والتقسيم لا جداء فيه ، ولا جائز أن نقرر أن له الأحكام التي تراضى عليها الطرفان ، فذلك باطل أيضاً ، لأن مؤداه أن يقر الشارع ما نهى عنه ، ويبح ما حرمه ولا يكون ثمة فرق بين الصحيح والفساد ، وذلك تناقض وتهافت في الأحكام الشرعية لا يليق بالشارع الحكيم ، ولا جائز أن نقول إن الشارع يرتب على العقد الفاسد ما يتفق مع غرضه من غير نظر إلى غرض العاقد ، لأن ذلك يؤدي إلى المناهضة لحقيقة شرعية ، وهي أن أساس العقود الرضا ، فقد قال تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض » وقال صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه » فلو قلنا إن الشارع يرتب على العقد الفاسد آراء شرعية تتفق مع غرضه من غير ملاحظة غرض العاقدين لأننا العاقد بما لم يرضه . وذلك لا يصح كما بينا .

وإذا كان فرض وجود العقد الفاسد يؤدي حتماً إلى واحد من هذه الفروض الثلاثة التي لا تتفق مع المنطق ولا مع أغراض الشريعة ومرامها -

يكون فرضه باطلاً ، لأنه يؤدي إلى باطل ، ويكون الحق أن يلحق بالباطل ،
ويتساوى من كل الوجوه^(١) .

٢١٦ - والعقد الباطل ليس له وجود شرعي ، فهو في حكم العدم ،
وملغى ليس له أثر شرعي ، فمن باع شيئاً باطلاً فكلامه في حكم العدم ، وكذلك
الإجارة وسائر العقود الباطلة ؛ لأن أركان العقد إذا لم تتم سلامة ، فالعقد لم يوجد
ولم ينعقد . أما العقد الفاسد . فهو عقد قد انعقد ووجد ، ولكن لا يرتب الشارع
عليه آثاراً شرعية من ذات العقد ، ويوجب على العاقدين فسخه والتخلص منه ،
ولا يلزم به واحد من العاقدين . فهو لا ينشئ في ذاته التزاماً ، ويستمر الفسخ
حقاً للمتعاقدين ، بل واجباً عليهما إلى أن يقعد الفسخ ، بيد أنه إذا نفذ العاقدان
العقد الفاسد يرتب الشارع بعض الأحكام على التنفيذ بمقتضى ذلك العقد ،
لا على العقد المجرد ، فالبيع الفاسد مثلاً لا يرتب عليه أى أثر للبيع ، ولكن
واحد من المتعاقدين أن يفسخه ، بل يجب عليه ذلك ، ولكن إذا قبض المشتري
المبيع بموجب هذا البيع انتقلت الملكية بذات القبض المترتب على العقد ، ولكن
مع ذلك يستمر الفسخ واجباً ، إلى أن يحدث تصرف يمنع الفسخ .

ففي هذه الحال لا يكون الفسخ واجباً ، ولكن الإثم يستمر ملازماً ،
ولا يجب في البيع الفاسد ، والإجارة الفاسدة ونحو ذلك العوض المذكور في العقد ،
بل يكون الواجب هو ثمن المثل أو أجره المثل بشرط ألا يزيد عن المسمى ونحو
ذلك ، لأن محل العقد إذا استوفى في العقد الفاسد لا يستوفى بمقتضى العقد
المجرد ، بل يستوفى بسبب التمسكين الذي أنشأه العقد ، فيجد أن يعوض المالك
لمحل العقد ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فالعقد إذا كان فاسداً فالتسمية
فاسدة ، وإذا فسدت التسمية يجب عوض المثل ، فمن باع شيئاً فاسداً ، تكون
تسمية الثمن فاسدة أيضاً ، والشارع لا يلزم بمقتضى أمر قرر فساده ، وبما أن

(١) استخاضنا هذا الدليل من الفروع للقرافي الجزء الثاني ص ٨٦ .

المشترى قد استولى على محل العقد بمقتضى عقد منعقد ، فالواجب حينئذ هو عوض المثل ، حيث تسدت التسمية ، فتكون كالملاغة .

هذا حكم العقد الباطل والفساد . أما حكم العقد الصحيح ، فهو ترتب الآثار الشرعية عليه ، وعدم جواز استقلال أحد العاقدين بنفسه إن كان لازماً ، وفي الجملة العقد الصحيح ترتب عليه الآثار الشرعية كلها على حسب قوة إنشائه ، ومقدار ما أعطاه الشارع من قوة .

٢١٧ - علينا بما تقدم أن ركن العقد العاقدان ومحل العقد ، فإذا كانت عبارة العاقدين غير صالحة لإنشاء العقد كعبارة فاقد الأهلية ، أو كان محل العقد غير صالح لحكمه ، فالعقد باطل ، وذلك يدهى في الأولى ، لأن أحد العاقدين إذا كان فاقد الأهلية فعبارة نه ملاغة لا اعتبار لها ، وهي في حكم العدم ، فلم يوجد عقد ، بل لم توجد حتى صورة العقد التي تكون شبهة تسقط الحد في بعض الأحوال . وأما الثانية ، وهي عدم صلاحية المحل لحكم العقد ؛ فهي توجب البطلان أيضاً ، وهي تختلف عن أسباب الفساد التي تتعلق بأوصاف العقد ، كما بينا ، وذلك واضح جد الوضوح في العقود المالية^(١) .

٢١٨ - وأما الفرق بين أسباب الفساد التي تتعلق بأوصاف العقد اللازمة ، وبين البطلان لعدم صلاحية المحل في النكاح ، فذلك هو موضع النظر الدقيق ، والتمحيص وذلك أن عبارات كثيرين من المؤلفين في الفقه الجنبى ، وعالية المحققين فيه تفيد أنهم لا يرون فرقاً فاصلاً بين بطلان النكاح لعدم صلاحية المحل للعقد ، وبين النكاح الفاسد لخلل في الأوصاف اللازمة للعقد كالنكاح بلاشهود ، وغير ذلك من الأنكحة التي حكم الفقهاء بفسادها لخلل لحقوق أوصافها ، فصاحب الهداية لم يذكر فرقاً بين باطل النكاح وفساده ، وهو أحياناً يعبر عن النكاح غير الصحيح بالفساد وأحياناً بالبطل من غير سبب يجعل هذا مختصاً بتلك التسمية

(١) وقد فصلنا الكلام في ذلك في محل العقد فارجع إليه .

والثاني بالتسمية الثانية . ويعلق عليه كمال الدين بن الهمام فيقول : « إن التعبير مرة باطل ومرة بفساد ، لأنه لا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع ^(١) ، وتجيء عبارات مختلفة في فتح القدير تثبت أن التحقيق في العقد الباطل والفساد في النكاح سواء ، وترى أيضاً الكاساني في البدائع لا يذكر فرقاً بين فساد النكاح وباطله ، وعباراته وتعليقاته تشير من قرب إلى أنهما ليسا إلا نوعاً واحداً مقابلاً للصحيح ؛ ولذا يقول في النكاح الفاسد ما خلاصته : « إن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ؛ لانعدام محله أعني محل حكمه ، وهو المالك لأن الحرية خلوص ، والملك ينافي الخلوص ، ولأن المالك في الآدمي لا يثبت إلا بالرق ، والحرية تنافيه ، إلا أن الشرع أسقط اعتبار هذه المنافاة في النكاح الصحيح لحاجة الناس إلى ذلك ، وفي النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة الناكح إلى درء الحد ، وصيانة ماله عن الضياع بثبوت النسب ووجوب العدة ، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة ، فوجب المهر ، فجعل متممناً في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة ، ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع ، فتري من هذا التعليل أنه لا يفرق بين الفاسد والباطل بل يجعل البطلان لعدم صلاحية المحل لأحكام النكاح نوعاً من فساد العقد يسرى عليه ما يسرى على كل أحكام العقد الفاسد الذي لا يفرق عن الباطل .

ويجيء التصريح في النهاية وغيرها من كتب الفقه بعدم التفرقة ، وأصول نثر الإسلام وشرحه ، وحاشية الأزميري في الأصول على هذا أيضاً . ولذلك نكاد نحكم بأن المذهب الحنفي لا يفرق بين باطل النكاح وفساده على النحو الذي بيناه .

٢١٩ - وفي الحق أن المحققين من المؤلفين يجعلون النكاح الباطل لعدم صلاحية المحل كنكاح المحارم أو الإخلال بوصف من أوصافه - حقيقة شرعية واحدة ، فيصرون بأن العقد على المحارم والنكاح بلاشهود كلاهما باطل ، فيقول نثر الإسلام في أصوله أن النكاح بلاشهود باطل ، ويعمل ذلك بقوله :

(١) الهداية وفتح القدير الجزء الثاني ص ٣٨٢ .

« لأنه منقح بقوله عليه الصلاة والسلام : لا نكاح بلا شهود ، وكان النقي فسحاً وإبطالاً ، وإنما يسقط الحد ، ويثبت النسب والعدة لشبهة العقد ، وفي التوضيح « إن النكاح بلا شهود مثل بيع المضامين والملاقيح^(١) في البطلان ؛ لأنه منقح بقوله عليه السلام لا نكاح بلا شهود » .

ومن كل هذا يفهم أن الخلل في أوصاف عقد النكاح كالحلل في ركن العقد لعدم صلاحية محل العقد لحكمه يكون كلاهما سبباً في بطلان العقد . ثم بالرجوع إلى التعليل الذي يعاون به ذلك نجدد يرمى إلى رفع فاسد النكاح إلى درجة باطل ، فالنكاح بلا شهود يعتبرونه باطلاً ؛ لأن الحديث نفي وجوده ، فكان في حكم المعدوم . وجاء في حاشية الأزميري : « وفي النهاية المراد بالفساد في باب النكاح هو الباطل ، لأن ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي ، وإنما يثبت الملك ضرورة تحقق المقاصد من محل الاستمتاع للتوالد والتناسل ، فلا حاجة إلى عقد لا يتضمن المقاصد . ولا يثبت الملك ، وهو الفاسد ، لأن ما ثبت ضرورة يتقدر بقدرها ، فظهر منه أن كل نكاح ورد فيه التحريم ، كنكاح المحارم ونكاح المتعة ، والنكاح المؤقت وغيرها باطل ، وإنما عبروا عن بعضها بالفاسد إشارة إلى الفرق بين المختلف فيه في صحته وفساده ، وبين المتفق على بطلانه ، فعبروا عن الخلافية بالفساد ، وعن الاتفاقية بالباطل » .

ومن كل هذا يتبين أن النكاح ليس له إلا قسمان صحيح ، وباطل . ولم يثبتوا الفاسد . وعالوا ذلك كما تقدم بأن الأصل في العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة أنها حرام ، والعقد هو الذي يوجد الانتقال من الحرام إلى الحلال ، فإذا وردنهي من الشارع عن هذا العقد فقد نفي بهذا النهي التحليل الذي أعطاه لعقد النكاح ، فيصير العقد لا يثبت حلالاً ، وبهذا يفقد كيانه ووجوده . ويعتبر غير موجود . ولا فرق في ذلك بين أن يكون النهي للحلل في الركن أو للخلل في الوصف .

(١) المضامين ما في أصلاب الآباء والملاقيح ما في بطون الأمهات ، وكلاهما يبيع باطل لا فاسد ، لعدم قبول المحل لحكم البيع ، لأنها غير محققة الوجود الذي يسكن مقدور التسليم

بيد أن النكاح الباطل إذا كانت له صورة العقد كان شبهة^(١) ، فإذا دخل الرجل بالمرأة في هذه الحال كانت صورة العقد مانعة من إقامة الحد ، لأنها شبهة والحدود تدرأ بالشبهات . وإذا لم يقم الحد لم يكن الدخول في حكم الزنا في الدنيا ؛ فثبت به العدة ويجب به المهر . ويثبت به النسب . وقد قرروا أن ذلك ليس موجب النكاح . ولما كان مقتضى الدخول مع شبهة العقد ، وهو يثبت للوطء بشبهة كمن تزف إليه امرأة فيعشاها ظاناً أنها عروسه ، وليست هي ، فيثبت بالدخول بها الأمور السابقة للشبهة ولو لم يكن عقد ، لأن الشبهة هنا الجهل الذي لم تتوافر معه أسباب العلم .

(١) على خلاف في بعض الصور بين الإمام وصاحبيه : والمراد بالحد حد الزنى ، وهو رجم الحصن ، وجلد غير الحصن مائة جلدة .

رَفَعُ
عبد الرحمن النخعي
أسكنه الله الفردوس

أقسام العقد الصحيح

٣٣٠ - فمد بيننا أن العقد الصحيح هو ما صدر من أهله مضافاً إلى محل صالح لحكمه ، وسلم من خلل في ركنه أو في أوصافه ، وهو بهذا يشمل نوعين من العقود : (١) العقود الصادرة عن أهلها ، وعن لهم ولاية لإنشائها (٢) والعقود الصادرة من أهلها ، وللمسكن ليست لهم ولاية لإنشائها لم يكونوا ذوي الشأن فيها ، وليست لهم نيابة عن صاحب الشأن بولاية شرعية أو وصاية أو وكالة . والقسم الأول من العقود هو العقود النافذة ، والقسم الثاني هو العقود الموقوفة .

فالعقد الصحيح النافذ ما صدر من أهله مضافاً إلى محله ، وسملت أوصافه من الخلل ، وكان صدوره عن له ولاية على العقد ، وأما العقد الموقوف ، فهو ما صدر عن أهله مضافاً إلى محله مع سلامة أوصافه ، ولسكنه لم يكن ممن له الولاية على العقد كعقود الفضولي ، ويبع ناقص الأهلية وشرائه ونكاحه ، فإن هذه العقود صحيحة موقوفة .

ونرى من هذا أن الفقهاء يمدون العقد الموقوف من أقسام الصحيح ؛ لأن العبارة فيه تلتصق موجبة أحكاماً ، وللمسكن لأنها تلم من لم يشترك في إنشائه يتوقف العقد على إجازة صاحب الشأن ، فإن أجازته نفذ ، وإن لم يجزه بطل ، فالعبارة صدرت صحيحة ، لصدورها عن ذي أهلية في محل صالح ، فيكون العقد صحيحاً ، ولسكن تتأخر الأحكام إلى وقت الإجازة ؛ والشافعي يخالف في ذلك ، ويرى أن العقد الموقوف من أقسام العقد الباطل ، وذلك لأن ولاية العاقد على العقد شرط للاعتماد ، وليست بشرط التنفيذ فقط . فشكل عقد صدر عن ليس له ولاية العقد ، فعبارة ملغاة

لا يلتفت إليها . فعقود قاصر الأهلية باطلة ، لأنه ليس ذا ولاية ، وكذلك عقد الفضولي^(١) ، لعدم ولايته على محل العقد . وعلى ذلك يقرر الشافعي أن العقد الموقوف عقد باطل ولا يعد من أقسام الصحيح .

٢٢١ - هذا والأصل في العقود الصحيحة أن تكون لازمة ، ليس لأحد طرفيها الانفراد بفسخها ، وإبطال التزامها ، وذلك لأن العقود تعدد لمقاصد وأغراض ، وإشباع حاجات ، فكان من تمام مقصودها أن يكون الوفاء بها لازماً على كلا طرفيها ، ولأن العقود عقود ، وعدم الوفاء بالعهد نكث في الذمة ، وقد قال تعالى : « وأوفوا بالعهد ، إن العهد كان مسئولاً » ولأن الوفاء بالعقود لازم بنص القرآن : إذ يقول الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا ، أوفوا بالعقود » ، ولأن آثار العقود التزامات ، والالتزامات من طبيعتها أن تكون لازمة .

بيد أنه مع أن الأصل في العقود أن تكون لازمة لاحظ الشارع أن من مصلحة العاقدين ، ومن تمام الاستيثاق من الرضا عن بينة أن يجعل ما هو لازم ليس بلازم أحياناً ، بل إن من شأن بعض العقود أن تكون التزاماتها من جانب واحد ، فالعاقد الآخر غير ملزم بالتسليم بها ، لأنها بالنسبة له ليست عهداً ولجب الوفاء ، كالكفالة بالنسبة لصاحب الحق الذي كان موضوع الكفالة . بل إن من العقود ما لا يكون من مصلحة العاقدين ، والمعاملات المالية أن تكون لازمة ، لهذا كله جعل الشارع بعض العقود لازماً وبعضها غير لازم ، وبينهما درجات في اللزوم وعدم اللزوم . وعلى ذلك قد قسم الفقهاء العقود بالنسبة للزوم إلى أربعة أقسام :

(١) راجع تصرفات الفضولي وتصرفات قاصر الأهلية ، فبيننا هناك مذهب الشافعي بأدلته ، هذا وبلا حظ أن القانون الحديث لا يعتبر العقد الموقوف من أقسام الصحيح ، بل يعتبره من أقسام الباطل ، مع أنه يوافق الحنفية في تصرفات الفضولي . ولكن مع أنه يعده من أقسام الباطل يقرر أنه باطل نسبياً ، لأنه يصير إلى البطلان في حال عدم الإجازة ، وذلك نظر دقيق .

(القسم الأول) عقود لازمة غير قابلة للفسخ ، وهي عقود النكاح والخلع ، فإن النكاح إذا انعقد لازماً لا يقبل الفسخ ، فلا يمكن العاقدان أن يتراضيا على فسخه وإبطاله ، لأنه متى انعقد لا يبطل ، ومثله الخلع ، إذا انعقد لا يستقل أحد العاقدان بفسخه ، وإذا تراضيا على فسخه لا يفسخ . وقد يقول قائل : إن النكاح غير لازم بالنسبة للزوج ، لأنه يملك التخلص منه بالطلاق . والجواب عن ذلك أن الطلاق ليس فسخاً للنكاح ، بل هو إنهاء له ، ووضع حد لآثاره ؛ إذ الفسخ يأتي على أصل العقد بالإبطال ؛ فيصير به العقد كأن لم يكن ، كالتبايعين إذا تقابلا البيع ، وكلمتهن إذا فسخ الرهن ، فإن العقد في هذه الحالة يعتبر بالنسبة للعاقدين كأنه لم يوجد ، والطلاق ليس كذلك ، لأن الطلاق مبنى على النكاح ، ولا يتصور من غير انعقاد النكاح ، إذ هو ثمرة من ثمراته ، فلا يمكن إذن أن يأتي على النكاح بالنقض ، لأنه الأصل الذي قام عليه ، فلا يعتبر الطلاق فسخاً ، بل يعتبر إنهاء للحياة الزوجية ، مع بقاء آثار العقد التي وجدت بمقتضاه قبل الطلاق ، بل قد يكون الطلاق تقريراً لبعض أحكام العقد ، فهو يقرر حق المرأة في نصف المهر إن كان قبل الدخول ، ويحصل لها حق المطالبة بمؤخر الصداق إن كان بعد الدخول .

والعقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ لا تدخلها الخيارات فلا يدخلها خيار الشرط ولا الرؤية ، كما لا يدخلها خيار العيب في الجملة (١) ، وذلك لأن الخيار معناه أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد ، وذلك يتنافى طبيعة هذه العقود ، لأنها لا تقبل الفسخ من أحد العاقدين ، أو منهما مجتمعين كما قررنا ، ولأن أنواع الخيارات لا تدخل هذه العقود ، قال الفقهاء فيها

(١) أما في التفصيل فخيار العيب يدخل في بعض الأحوال النادرة على خلاف طويل بين الفقهاء في ذلك . موضعه كتاب النكاح . والفريق للعيوب ومن الخيارات التي تدخل عقود النكاح خيار البلوغ وهو أمر استثنائي فيه .

إنها لا تراخي أحكامها عن أسبابها ؛ لأن الخيار من شأنه أن يجعل أحد العاقدين غير ملزم بالتزامات العقد ، فدخوله في العقد يجعل فاصلاً بين العقد والتزاماته أو بين سببه وهو الصيغة وآثاره وهي الأحكام .

(والقسم الثاني) عقود لازمة تقبل الفسخ ، فيجوز للعاقدين أن يتراضيا على فسخ العقد ، ويكون الفسخ بالنسبة لهما في حكم إبطال العقد ، وكأنه لم يكن . وهذه هي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة وغير ذلك ، وهذه العقود قسمان :

(١) عقود القبض لازم لها ، وهي الصرف والسلم وبيع الربويات ، وهذه تكون لازمة وليس لأحد العاقدين أن يشترط لنفسه حق فسخها في مدة معلومة بأن يشترط لنفسه خيار الشرط ؛ وذلك لأن هذا الشرط يناهض القبض اللازم لهذه العقود ، فاشتراطه يكون منافياً لمقتضى العقد ، فلا يصح ، وعلى ذلك تكون هذه العقود لازمة ، ولا يعطى أحد العاقدين حق فسخها بشرط فسخ والقسم الثاني من عقود المعاوضات عقود لا يلزم القبض فيها كسائر البيوع ، وكالاجارات وغيرها ، وهذه تكون لازمة ، لا يستقل العاقدين بفسخها ، ولها أن يفسخاها بالتراضي ، لأنها قابلة للفسخ ، ولكن مع ذلك لأحد العاقدين أن يستقل بفسخها إذا اشترط ذلك لنفسه في العقد مدة معلومة ، وذلك بما يسمى خيار الشرط على ما نوهنا إليه .

وعقود المعاوضات في الجملة لا يثبت لها اللزوم عند الشافعي وابن حنبل إلا بعد تفرق المجالس . أما قبل تفرق مجالس العقد فلكلا العاقدين عند هذين الإمامين فسخها بخيار المجلس ، وخالف في ذلك بقية الأئمة على ما بيناه في خيار المجلس في أول الكلام في العقود . ثم شرط لزومها خلوها من خيار الشرط والرؤية والعيب ، لأنها إن وجدت أحدها كان العقد غير لازم ، لعدم تكامل الرضا .

(القسم الثالث) عقود لازمة بالنسبة لأحد العاقدين ، غير لازمة بالنسبة للعاقدين الآخر ، وذلك مثل الرهن والكفالة ، فإنهما عقدان لازمان بالنسبة للراهن والكفيل ، لتعاقق حق المرتهن والمكفول له بالعين المرهونة ، وبذمة الكفيل ، ولكن هذين العقدين غير لازمين بالنسبة للمرتهن والمكفول له ، لأنهما بالنسبة لهذين ، للاستيثاق من استيفاء حقوقهم ، ولهما أن يتنزلا عنها ، فإيهما بالأولى أن يتنزلا عن الاستيثاق من استيفائها ، وكذلك كل عقد يكون فيه أحد العاقدين قد تعهد تعهداً أو وجد لغيره حقاً قبله من غير أن يكون له حق في نظيره قبل هذا الآخر ، فإنه في هذه الحال يكون ملزماً بالوفاء ، والآخر غير ملزم بشيء ، فلا يكون العقد لازماً بالنسبة له .

(القسم الرابع) عقود غير لازمة بالنسبة لسكلا العاقدين ، فسكلا العاقدين أن يفسخها منفرداً بفسخها ، مستقلاً به ، ولو لم يرض الطرف الآخر ، وهذا يشمل عقد الوكالة وعقود التبرع التي لم تخرج على أبواب الصدقات ، وكذلك عقود التبرع المضاف إلى ما بعد الموت ، فبكل هذه العقود لسكلا العاقدين أن يفسخها منفرداً ، ولو لم يرض الطرف الآخر .

وعقود الشركات لا تكون لازمة أيضاً ، لأنها في مضمونها ليست إلا عقود وكالة ؛ لأن كل واحد من العاقدين قد وكل الآخر في التصرف عنه فيما يملك من التصرفات على ما هو مبين في باب الشركات .

هذه هي أقسام العقود بالنسبة للزوم وعدمه . وللفقهاء اختلاف في دخول بعض العقود في أحد الأقسام دون الآخر وهو مبين في موضعه من هذه العقود ، ونحن هنا لا نتعرض إلا للقضايا العامة .

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

الخيارات

٢٢٢ - الخيارات جمع خيار ، ومعناه الاختيار^(١) ومعناها في الجملة طلب خير الأمرين ، والاتجاه إليه . ويقول ابن الأثير في النهاية في معنى كلمة الخيار في قوله عليه السلام : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، الخيار اسم من الاختيار ، وهو طلب خير الأمرين إما إمضاء العقد أو فسخه . وهذا المعنى الذي ذكره ابن الأثير قريب من المعنى الشرعي لهذا اللفظ الذي اختلفت به الشريعة الإسلامية من بين القوانين الحديثة ، فإن المعنى الاصطلاحي لذلك اللفظ هو أن يكون لأحد العاقدين أو كليهما الحق في فسخ العقد ، بأن يعطى الحق في تخيير أحد الأمرين إما إمضاء العقد وتقريره ، أو فسخه ونقضه من أساسه .

وإذا كان هذا هو المعنى الشرعي للخيارات فهو يوميء من قرب إلى العلة الدافعة لشرعية الخيارات ، وهي الاستيثاق من الرضا ، والتأكد من وجوده والتعرف لما يعود على العاقد له من وجوه النفع ، وما يغرر في سبيلها ، والموازنة بينهما موازنة تصكون على بينة من حقيقةتهما . لذلك جعلها الشارع في أحوال خاصة أو عند اشتراط أحد العاقدين لنفسه حق الفسخ أو الخيار ، وذلك إذا كان الرجل على شك من أن العقد في مصلحته ويريد التروى ، ودراسة الموضوع من كل نواحيه من غير أن يفوته العقد ، فقد يدفعه نقص خبرته إلى أن يشترط ذلك لنفسه . أو أن يشترطه لشخص آخر يمهه رضاه بالعقد ؛ ليستوثق من أنه كان في مصلحته . ثم أحياناً يكون علم الشخص

(١) ويقول النجديون إنه اسم مصدر للفعل اختار ، لأن اسم المصدر ما كان فيه معنى المصدر دون حروفه ، ولا شك أن هذا معنى كلمة الاختيار ، وهي المصدر دون حروفه .

بالمعقود عليه ناقصاً ، فيلاحظ الشارع هذا النقص ، فيعطيه حق الفسخ ، ليسكون رضاه على علم وبيته ، بل أحياناً يرضى عالماً بالمعقود عليه على أنه سليم خال من العيوب ، ثم يبين معيماً بعبء لم يكن يعلم به وقت العقد ، فأعطاه الشارع حق الفسخ لهذا أيضاً .

ومن كل هذا يتبين أن شرعية الخيارات كانت للاستيثاق من أن الرضا بالمعقود قام على أساس من العلم الصحيح ، كما يتبين أيضاً أن الخيارات تشد بأحد أمرين :

- (١) إما باشتراط العاقد ، ليتم له العلم الصحيح بمفانم العقد ومفانمه .
- (٢) وإما بتقرير الشارع دفعاً لنقص في العلم الذي قام عليه الرضا ، أو منعاً لتعزير وتجهيل في صحبه .

وعلى ذلك تكون الخيارات قسمين : أحدهما ثبت باشتراط العاقد ، وهو يشمل فرعين : أحدهما خيار التعيين ، والثاني خيار الشرط ، والقسم الثاني يثبت بإثبات الشارع ، وذلك يشمل خيارات كثيرة بعضها يختص بعقد لا يمدوه كخيار الجلق ، وخيار البلوغ^(١) ، وبعضها يعم عدداً من العقود ولا يختص بواحد منها ، وما دمنا نتسكلم في القواعد العامة فلنتسكلم من هذا النوع على ما يعم ، وترك ما يخص إلى الكلام في العقود التي تختص به في الأحوال الشخصية . والذي يعم خياران فقط هما خيار العيب وخيار الرؤية . وإذن فلنتسكلم على خيارات أربعة هي خيار التعيين ، وخيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب .

(١) قد آثرنا أن نترك الكلام في هذين النوعين من الخيار وما يشبههما كخيار الكفاءة لأنها تختص بالأحوال الشخصية ونحن لانمساها إلا على قدر الضرورة . وخيار العلق أن يثبت للأمة حق اختيار نفسها بعقها لما زوجت وهي أمة ، وخيار البلوغ أن يكون للام أو الفتاة إذا بلغا حق الفسخ إذا زوجهما غير الأب والجد من الأولياء .

خيار التعيين

٢٢٣ - يدخل هذا النوع من الخيار في عقود المعاوضات المالية التي تفيد تملك الأعيان ، فيثبت في البيع ، والهبة بعوض مشروط في العقد ، والصالح الذي هو في معنى البيع ، ومعناه أن يكون المشتري أو البائع بالخيار بمقتضى شرط في العقد أن يعين واحداً من اثنين أو ثلاثة أشياء متفاوتة قيمتها فيما بينها ، فالعقد يكون معقوداً على واحد من شيئين أو ثلاثة على أن يكون لأحد العاقدين الحق في تعيين ذلك الواحد .

وثبت ذلك النوع من الخيار موضع خلاف بين الفقهاء ، لأنه مخالف للقياس ، إذ القياس يقتضى أن يكون محل العقد معيناً معلوماً ، والتخير بين واحد من ثلاثة تجهيل له ، فلا يكون العقد صحيحاً ؛ لأنه غرر وكل غرر يفسد العقد على نحو ما علمت في محل العقد . ولقد أخذ بهذا القياس أحمد بن حنبل والشافعي وزفر ، فقد جاء في الشرح الكبير مانصه : « لا يجوز أن يبيع عبداً غير معين ؛ لأنه مجهول ، ولأنه غرر ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، ولا عبداً من عبده سواء قلوا أم كثروا ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا باع عبداً من عبدين أو من ثلاثة بشرط الخيار صحح^(١) ، فذهب الحنفية خالف فيه القياس إلى الاستحسان ، ووجهه أن الحاجة إليه ماسة ؛ لأن من الناس من لا يغشون الأسواق ، ولا يصفقون فيها ، كالأكابر والمخدرات من النساء ، فاحتاجوا إلى أن يأمروا بالشراء لهم ، ثم لا تندفع حاجتهم بشراء شيء واحد معين من جنس ما يرغبون في شرائه ، فعساه لا يوافق رغبتهم من كل الوجوه ، فيحتاج إلى أن يشتري رسولهم أو وكيلهم واحداً من اثنين أو ثلاثة من ذلك الجنس ، ويحملها إليهم ، ليختاروا أحدها ، ولأن الحاجة ماسة إلى هذا النوع من العقود إذ جرى

(١) الشرح الكبير الجزء الرابع ص ٢٩ .

التعامل به ، وجرى عرف الناس على إقراره ، ومن المقرر فقهياً أن العرف يكون حجة يخالف بها القياس . وجهالة المبيع هنا مفتقرة ؛ لأنها لا تفضى إلى المنازعة ، وما كانت الجهالة مفسدة للعقد لذاتها ولكن لأنها مفضية إلى النزاع ، فإذا لم يتحقق فيها ذلك الوصف فلا يتحقق سبباً للفساد ، فيصح معها ولا تبطله :

٢٣٤ - ويشترط لصحة العقد مع هذا الخيار ثلاثة شروط : (أولها) أن يكون التخيير بين ثلاثة أشياء فأقل ، فإن كان بين أربعة فأكثر لم يصح ، (ثانيها) أن تكون هذه الأشياء التي يجرى التخيير فيها متفاوتة فيما بينها ؛ لكي يتحقق التخيير بين أحدهما ، وأن يذكر مع كل واحد ثمنه ليكون الثمن معلوماً ، (ثالثها) أن يكون للخيار مدة معلومة ، حدها أبو حنيفة بثلاثة أيام لا تتجاوزها . واكتفى الصحاحبان بأن تكون معلومة ، وليس لها حد أعلى ، فشكل أمد يذكر يصح معه العقد مهما يتطاول ويمتد ، وقال آخرون أن خيار التعيين ليس له مدة معلومة .

هذه هي شروط خيار التعيين التي لا بد منها لصحة العقد معه ، وإن لم تتحقق فسد العقد ، وقد عللوا اشتراط أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء بأن شرعية خيار التعيين للحاجة ، والحاجة تقدر بقدرها ، فيكتفى بما يدفعها ، ولا شك أن التخيير بين ثلاثة لا يتجاوزها ، فيه دفع لها ، لأن الثلاثة تشتمل على الجيد والمتوسط والرديء ؛ وبالتالي يتخير بينها تدفع الحاجة التي جعلت الفقهاء يقررون خيار التعيين خروجاً على القياس إلى الاستحسان ، فيكون التخيير بين أكثر من ثلاثة تخييراً لا حاجة إليه فيبقى على أصل القياس .

وعللوا اشتراط التفاوت بين الأشياء المخير فيها مع بيان ثمن كل واحد ؛ بأنها إن لم تكن متفارقة في مزاياها لم يكن للتخيير بينها معنى ، فيكون عبثاً ، وبأنه إن لم يذكر الثمن وكان مجهولاً فسد البيع ، لأن هذه الجهالة تفضى إلى المنازعة ؛ ولأن الفقهاء يقررون أن حكم العقد مع خيار التعيين أن العقد يكون معقوداً

في واحد من الثلاثة أو الاثنين غير معين ، ولا يتأتى ذلك إلا إذا ذكر أمام كل واحد منهما .

وعلى أبو حنيفة تعيين مدة الخيار بثلاثة أيام بأنه يشبه خيار الشرط ، وخيار الشرط عنده لا تتجاوز مدته ثلاثة أيام . والمصاحبان في اشتراطهما تعيين المدة من غير ذكر حد أعلى لها يسرون على أصلهم في خيار الشرط ، وسندين وجهة نظر الفريقين في ذلك عند الكلام في خيار الشرط .

ووجهة نظر الذين لم يعينوا الخيار التعيين مدة أن المدة شرط في كل خيار لا يثبت معه أثر العقد ، ليعلم متى يثبت الأثر ، فاشتراط في خيار الشرط على ما سيجيء ، لأنه يؤخر الحكم بالنسبة لمن له حق الخيار ، أما خيار التعيين فيثبت فيه الحكم في واحد غير معين بدليل أنه لو مات من له الخيار ينتقل الملك لورثته في واحد غير معين ، ويكون لهم حق التعيين ؛ ولأن الحكم في العقد الذي قارنه شرط خيار التعيين يثبت بمجرد العقد لم تثبت فيه مدة .

ولكن الأمثل والأعدل بالنسبة للعاقدين الآخر الذي لم يكن له الخيار أن تكون هناك مدة ليستطيع أن يعرف مآل ملكه ، والنهاية التي ينتهي إليها من له الخيار بحيث إذا مضت المدة ، ولم يختَر ، أجبر على الاختيار والتعيين .

٢٢٥ - ولقد قال بعض الفقهاء ، خيار التعيين لا يصح إلا إذا كان معه خيار شرط بأن يشترط العاقدين الذي اشترط لنفسه خيار التعيين أن يكون له حق الفسخ مدة معلومة ، وهذا هو اختيار شمس الأئمة السرخسي ، وقال فيه إنه الصحيح ، وجاء في الجامع الصغير ، وقال بعضهم لا يشترط أن يصحب خيار التعيين خيار شرط ، وهو المذكور في الجامع الكبير ، وما ذكر في الجامع الصغير انفاقي لا على وجه الاشتراط ، وقال في هذا القول فخر الإسلام إنه الصحيح .

وعلى رأى من يرى أن خيار التعيين لا بد أن يصحبه خيار شرط ،
يكون من له الخيار الحق في تعيين واحد من الثلاثة أو الاثنين . ويكون له
الحق في فسخ العقد من كل وجه بمقتضى خيار الشرط ؛ إذ خيار الشرط يجعل
له الحق في فسخ العقد مطلقاً ، لا في تعيين واحد من الثلاثة أو الاثنين ، وأما
على رأى من يقول إن خيار التعيين لا يشترط لتحقيقه وجود خيار الشرط
معه فقد قالوا إن من له الخيار الحق في اختيار واحد من الثلاثة وليس له أن
يردها جميعاً ، لأن العقد منعقد بات لازم بالنسبة لواحد غير معين ، وعلى من
له الخيار التعيين . وقال الكرخي إن له أن يردها جميعاً ، لأن خيار التعيين
بمنزلة خيار الشرط يجعل العقد غير لازم^(١) . وجاء مثل هذا في البدائع
للكاساني ، وعالله بأن الملك الذي يثبت مع خيار التعيين في واحد غير
لازم ، ولأن له حق الخيار على هذا أن يردها جميعاً ، ويشبهه هذا الملك
بالمالك الذي يثبت مع خيار الرؤية والعيب^(٢) .

٢٢٦ - وخلاصة القول إن وصف العقد الذي يكون مقترناً به
اشتراط خيار التعيين لأحد العاقدين أن العقد يكون منعقداً ، ويثبت أثر
الملك فيه للمشتري في واحد غير معين من ثلاثة الأشياء أو الاثنين ، وهذا
هو الراجح في المذهب ، ويرى بعض الفقهاء وهم الأكثرون أن من له الخيار
ليس له الحق في فسخ العقد ، ولكن له فقط أن يعين ما يشاء ، ويرى
بعضهم أن له الحق في تعيين ما يشاء ، كما له الحق في فسخ العقد نفسه ،
لأن الملك الذي يثبت به ملك غير بات كالمالك الذي يثبت مع خيار الرؤية
والشرط .

ويسمى الخيار باختيار واحد مما خير فيه صراحة بأن يقول اخترت

(١) راجع الزبلي "جزء الرابع ص ٢٠ .

(٢) البدائع للكاساني الجزء الخامس ص ٢٦٣ .

هذا، أو دلالة بأن يتصرف تصرفاً يدل على اختياره لأحدهما كأن يخير بين
ثلاثة أبواب فيأخذ أحدها ويخيطه فهذا الفعل يكون اختياراً لأحدهما بدلالة
الفعل لا بدلالة القول .

وكما يذهب الخيار باختيار أحدهما صراحة أو دلالة يذهب بهلاكها وبقاء
واحد بعينه ، ففي هذه الحالة يكون متعيناً للاختيار ، وفي كتب الفقه تفصيل
في الهلاك فليرجع إليه فيها ، وليس كتابنا لتفصيل أحكامها ، بل لإجمال
كلياتها .

خيار الشرط

٢٢٧ - خيار الشرط هو أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما لنفسه
أو لغيره حق فسخ العقد مدة معلومة من الزمان ، كأن يقول المشتري مثلاً
اشترت هذه العين بثمن كذا على أني بالخيار ثلاثة أيام . وهذا الشرط يكون
مقارناً للعقد ، وهو مخالف لمقتضاه ، ولذلك قاروا إن الأصل والقياس أن
يكون شرطاً فاسداً مفسداً لعقد المعاوضة ، ولسكن الفقهاء أجازوه استحساناً ،
لسببين :

أحدهما : ورود الأثر بصحته وإجازته ، فقد ورد في الحديث أن جبان
ابن منقذ كان يغبن في البياعات فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « إذا بايعت
فقل لا خلافة ، ولي الخيار ثلاثة أيام »^(١) فهذا الحديث صريح في إجازة
الشرط ، ومن المقرر أن ورود الأثر بصحة شرط يجعله صحيحاً ، وإن كان مخالفاً
لمقتضى العقد ؛ لأن النص في الشريعة حاكم على العقود ، لا خاضع لأقيستها .

(١) جاء في فتح القدير في بيان سياق الحديث « عن ابن عمر قال : كان جبان بن منقذ
رجلاً ضيقاً ، وكان قد أصابته في رأسه مأمومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار
إلى ثلاثة أيام فيما اشتراه ، وكان قد قتل لسانه ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « بع وقل
لا خلافة » وكان يشتري الشيء ، فيجيبه « فيقولون هذا غال ، فيقول إن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قد خيرني في بيعي » الفتح الجزء الخامس ص ١٩١ .

ثانها : أن الحاجة قد تدعو إليه ، فقد يخشى أحد الدافدين الانخداع إما لعدم الصفوق في الأسواق ، أو لأنه لم يكن ذا خبرة تامة بصنف المحقود عليه ، وقد يريد أن يشاور من يهيمه الرضا بالمعقود عليه ؛ فسكان من مقتضى هذا أن يعقد العقد مشروطاً لنفسه حق النسخ أبدأ ، حتى يستطيع أن يدرأ عن نفسه التعرير ومخيبته ، باستشارة أهل الخبرة ، وحتى يضمن رضا من يهيمه رضاه ، وترى من هذا أن الحكمة في شرعية خيار الشرط هي الاستيثاق من الرضا ، والنسكين من أسبابه ، والاحتياط له بحياطه بكل دواعي العلم ليسكون على بينة تامة ، ومعرفة صحيحة .

٢٢٨ - ومدة الخيار ثلاثة أيام لا تزيد عنها ، وقد تنهص ، وهذا عند أبي حنيفة وزفر والشافعي ، وقال الصاحبان وأحمد بن حنبل يصح إذا ذكرت مدة معلومة ، ولو كانت طويلة . وقال مالك الأصل أنه يكون لثلاث ولكن يصح تعيين أكثر من ثلاثة إذا وجدت حاجة تدعو إلى ذلك ، كأن يكون من يريد استشارته في قرية لا يصل ويعود منها في ثلاثة أيام ، ففي هذه الحال يصح الخيار للمدة التي تسع النهار والأوبة ، والاستشارة .

و حجة الذين قيدوا المدة بالثلاثة لاتعدوها أن شرط الخيار ثبت على خلاف القياس إذ هو شرط مخالف لمقتضى العقد ، وقد ثبت لورود النص به ، فيقتصر فيه على محل النص ، والنص الذي ثبت به وهو حديث حبان الآنف ذكره مقصور على ثلاثة ، فلا يتجاوز به الثلاثة . وفوق هذا فقد ورد عن ابن عمر أنه قال « ما أجد أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان ، جعل الخيار ثلاثة أيام ، إن رضى أخذ ، وإن سخط ترك ، » .

هذه حجة أبي حنيفة وزفر والشافعي ، وهي حجة مالك أيضاً ؛ لأنه يقيد المدة بها أيضاً ، غير أنه يقول إن الحاجة أيضاً تبيح مخالفة مقتضى العقد ما لم تصادم نصاً ، لذلك جاز ذكر مدة أطول من ثلاثة إن وجدت

حاجة داعية ، وأيضاً فإنه إذا لم تكن الثلاثة كافية لم يكن لشرعية الخيار للشخص فائدة ؛ فكان من معنى النص إباحة أكثر من الثلاثة إن وجدت حاجة داعية لتقدير أكثر منها .

وحجة الصاحبين وأحمد بن حنبل أن الخيار شرع للتروى لدفع الغبن ، ومنع التفرير ، والأمن من الانخداع ، وقد تدفع الحاجة إلى تعيين مدة أطول ، فجاز تعيين هذه المدة ، ويترك الأمر إلى تقدير العاقدين ، وكون الخيار شرع على خلاف القياس لا يستدعي الاقتصار على ذكر المدة المذكورة في الحديث ؛ فربما ذكر الرسول صلى الله عليه وسلم هذه المدة لكفايتها كجبان ولكن عساها لا تكفي غيره ، من يكون ذووه الذين يستشيرهم غائبين عنه وليسوا مقيمين معه كجبان ، وإن قصد العاقدين إلى تعيين مدة أطول دليل على حاجتهم إليها ، وهو ضابط صالح لتعيين الحاجة ، وأيضاً ، فإن الحديث شرع شرط الخيار لمعنى معقول لا تعبدأ ، وهو خشية الغبن في البياعات ، فكل موضع ثبتت فيه تلك الخشية فالخيار مشروع فيه ، والمدة التي تكفي للتروى ودره الغبن هي التي يعينها العاقد لنفسه ، وكل امرئ بأثره .

٢٢٩ - وخيار الشرط يصبح أن يشترطه كل واحد من العاقدين لنفسه ويصح أن يشترطه أحدهما لنفسه دون الآخر ، ويصح أن يشترطه أى واحد من العاقدين لغيره ، وذلك عند أبي حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل والشافعي على أحد قولي ، وخالف في ذلك زفر والشافعي في قول ، وحجة من خالف ورفض أن يكون الخيار لغير العاقدين - أن الخيار شرع لمصلحة العاقدين وليس لغيرهما في العقد حفظ فلم يشرع له ، وأيضاً فالخيار إذا اقترن بشرطه بالعقد كان مثل موجباته وأحكامه ، وهي لا تنعدي العاقدين فإذا اشترط الخيار لغيرهما كان ذلك إثبات حكم العقد لغير العاقدين .

وحجة الأئمة في إجازتهم ذلك أن الحاجة التي شرع اشتراط الخيار بسببها هي التي تجعل اشتراط الخيار لغير العاقدين سائماً ، لأن الشخص عساه يحتاج لمشاورة غيره والرجوع إليه ، لأنه يهيمه رضاه بالمعقود عليه وقبوله له ، فيشترط الخيار له ، ويفوض إليه حق الفسخ ، ليكون الرضا عقدة معنوية في عنقه لا يستطيع الخروج منها . وكون الخيار من مقتضيات العقد ، لا يتنافى مع اشتراطه لغير العاقدين ؛ لأنه إن اشترطه أحد العاقدين لغيرهما كان الخيار لهذا العاقد بالإصالة ولغيره بالنيابة ، فيكأن له حق الفسخ بمقتضى الوكالة عن العاقد الذي اشترط له الخيار . ولذلك إذا اشترط أحد العاقدين الخيار لغيره يثبت الخيار له ضمناً بمقتضى ذلك الاشتراط ؛ لأن هذا مساط على حق الفسخ من جانبه ، فلا بد أن يثبت له أولاً لكي يتصور إمكان تسليط غيره على الفسخ . وإذا كان الخيار قد ثبت لهما ، فإن أجاز أحدهما ، وفسخ الآخر فالسابق منهما يثبت ، فإن كانت الإجازة هي السابقة أبرم العقد ، وإن كان الفسخ هو السابق ففسخ العقد ، وإنما جعلنا الاعتبار للمتقدم ، لأن تصرف الثاني يعتبر لغواً بالنسبة للأول ، إذ السابق إن كان فسخاً فقد بطل العقد ، والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة ، فتجىء لإجازة الثاني على غير عقد وإن كان السابق لإجازة ، فقد أبرم العقد وصار لازماً ، ولا يكون لأحد من بعدهم حق فسخه (١) .

(١) يفرض الفقهاء صورة ثانية ، وهي أن يميز أحدهما ويفسخ الآخر ، وينطلق بهذا في وقت واحد ، ويقولون في هذه الصورة البعيدة الوقوع إنه يرجح جانب الفسخ ، هذا في رواية ، وفي رواية أخرى يرجح جانب العاقد ، لأنه الأصل وهو أقوى ، وإقدامه على القول عزل لناثبه الذي جعل له الخيار ، وهو يملك ذلك صراحة بالقول ، فيملكه دلالة بالفعل ، وهذا لأن تصرف النائب للحاجة ، ولا حاجة عند مباشرة المتصرف بنفسه . ووجه الرواية الأولى أنه عند النطق لم يكن العزل قد وجد ، فكلاهما مالك التصرف ، فتعارضاً يرجح الأقوى ، وهو الفسخ ، وإن رجحنا الإجازة لم يمكن الفسخ ، مع أنه إن رجحنا الفسخ أمكن العقد من جديد .

٢٣٠ - وخيار الشرط يدخل العقود اللازمة القابلة للفسخ التي لا يشترط فيها القبض قبل تفرق المجلس ، فالعقود غير اللازمة لا يدخلها خيار الشرط ؛ لأنه فيها يكون لغواً لا قيمة له ؛ إذ مؤداه أن يكون لمن اشترط الخيار لنفسه حق فسخ العقد ، وذلك الحق ثابت في العقود غير اللازمة من غير حاجة إلى الاشتراط ؛ فالاشتراط فيها إذن لغو لا معنى له . والعقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ اشتراط الخيار متناف كل المتنافاة لمقتضاها ؛ إذ هذه العقود لا تراخي آثارها عن عباراتها المنشئة له ، وشرط الخيار من مقتضاه تأخير الأحكام بالنسبة لمن اشترط لنفسه الخيار ، حتى تنتهي المدة أو يبرم أو يفسخ وهذا معناه أن يترأخى حكم العقد عن عبارته ، وذلك ما لا تقبله العقود غير القابلة للفسخ ، وعلى ذلك يكون النكاح والطلاق والعتاق والخلع لا يدخلها خيار الشرط ؛ لأنها غير قابلة للفسخ . ولا يدخل أيضاً خيار الشرط العقود التي يشترط فيها القبض كالعقود الربوية والصرف والسلم ، لأن من مقتضى الخيار تأخير الأحكام ومنها القبض ، وهذه العقود يشترط فيها القبض فهي منافية لاشتراط الخيار .

وكل عقد فيه الأوصاف السابقة يثبت فيه خيار الشرط ، فيثبت في البيع والإجارة ، والصلح ، والمزارعة والمساقاة وغير ذلك من العقود اللازمة التي تقبل الفسخ ، ولا يشترط فيها القبض .

٢٣١ - وخيار الشرط يمنع ثبوت الالتزام على من اشترط الخيار لنفسه ، فالالتزامات العقد بالنسبة له تكون متأخرة ، فالبايع إذا اشترط الخيار لنفسه لا يخرج المبيع من ملكه ، والمشتري إذا اشترط الخيار لا يجب عليه دفع الثمن ، وهكذا ، وتأخير الأحكام بسبب خيار الشرط بالنسبة لمن اشترط الخيار له هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، ومذهب مالك ، وقول في مذهب الشافعي وابن حنبل ، وعندهما في قول آخر أن اشتراط خيار الشرط

لا يؤخر الأحكام ، بل تثبت الأحكام فور العقد كالعقد الخالي من خيار الشرط ، وكل أثر الخيار أنه يجعل العقد غير لازم كالعقد مع خيار الرؤية عند من يراه ، وكالعقد مع خيار العيب ، وحجة الشافعي وابن حنبل في هذا الرأي أن العقد صحيح نافذ ، فاقضى أن تثبت أحكامه بمجرد إنشائه ، إذ لا سبب يوجب التراخي ، والخيار ليس بسبب لذلك ، لأن الخيار معناه أن يكون للعاقدة حق الفسخ ، ومعنى هذا أن يكون غير لازم بالنسبة لمن اشترطه فتقتصر أثره على ذلك ، ولا يتعداه إلى تأخير الأحكام (١) .

وحجة أبي حنيفة ومن ذهب مذهبه أن العقد مع الخيار قاصر فلا يثبت أحكاماً ، ووجه قصوره هو عدم لزومه ، لأن الشارع إذ جعل بعض العقود لازماً فقد ناط بها أحكاماً لا تتحقق إلا مع اللزوم ، فإذا جعل خيار الشرط العقد اللازم غير لازم ، فقد منع أن تناط به الأحكام التي جعلها الشارع لا تتحقق مع غير اللزوم ، حتى يثبت ذلك الوصف ، فتتحقق هذه الأحكام؛ وأيضاً فإنه من المقرر أن العاقدة ليس له التصرف في الحقوق التي يثبتها العقد مع قيام الخيار لمن اشترطه ، وذلك بالإجماع ولو كان العقد مشتبهاً للحقوق التي تنشأ عنه ، لكان لمن تثبت له التصرف فيها ، وذلك لا يجوز قطعاً . ثم إن من اشترط الخيار لنفسه فعنى ذلك أن الرضا لم يتم نهائياً من جهته ، ومادام الرضا لم يتم فأحكام العقد لا توجد بالنسبة له ؛ لأن أحكام العقود لا تتبع إلا عقوداً تكامل فيها الرضا (٢) .

٢٣٢ - ومهما يكن من اختلاف الفقهاء بالنسبة لتراخي أحكام العقد الذي صاحب إنشائه اشتراط الخيار ، فقد اتفقوا جميعاً على أنه عقد غير لازم بالنسبة لمن اشتراط الخيار لنفسه ، فله الفسخ طول مدة الخيار ، وله حق

(١) راجع في هذا الشرح الكبير الجزء الرابع ص ٢٦ .

(٢) استخلصنا هذه الأدلة من البدائع الجزء الخامس ص ٢٦٥ .

الإمضاء فيها . فإذا أمضاه أبرم وسقط الخيار ، لأنه يصير عقداً لازماً ، وإذا فسخ العقد بطل ، وصار كأن لم يكن ، وفسخ العقد أحياناً يكون صراحة ، وأحياناً يكون دلالة . ومثال الثاني أن يشترط الباع الخيار لنفسه ، وقبل مضي مدة الخيار يبيع العين لغير المشتري ، ففي هذه الحال يعتبر ذلك فسخاً دلالة ؛ لأن بيعه للثاني دليل على عدوله عن البيع الأول ، وذلك اختيار للفسخ وترك للإمضاء ، وقد اتفق الفقهاء على أن الفسخ غير الصريح يصح في غيبة العاقد الآخر ، ولكن اختلفوا في الفسخ الصريح ، فجمهور الفقهاء على أنه يصح في حضرة العاقد الآخر وغيبته كالفسخ دلالة لا صراحة .

وقال أبو حنيفة ومحمد : إنه لا يصح إلا في حضرة العاقد الآخر ، ولا يصح في غيبته ، ووجه نظر الجمهور أن الفسخ حق لمن له الخيار يستقل به ولا يحتاج إلى رضا الآخر ، وقد نال ذلك الحق باتفاق بينه وبينه ، ويجب أن يترقبه هذا في كل وقت من أوقات مدة الخيار ، فلا وجه إذن لأن يكون الفسخ في حضرته ، ووجه نظر أبي حنيفة ومحمد أن الفسخ من غير إعلامه به قد يترتب عليه ضرر يلحقه ، فكان من الواجب إعلامه به ، ليبحث عن عاقد آخر يتمم معه صفقته ، ولذا إذا فسخ في غيبته لم يتم الفسخ حتى يعلم .

٢٣٣ - ويلتزم خيار الشرط بواحد من ثلاثة أمور (١) الرضا بالعقد وإجازته صراحة أو دلالة ، (٢) مضي مدة الخيار من غير أن يفسخ العقد فيها فإن العقد بمضيها يصير لازماً ، لتوقيت حق الفسخ بها ، (٣) موت من له الخيار ، وذلك عند أبي حنيفة وابن حنبل ، وعند الشافعي ومالك يفتقل الحق إلى ورثته ؛ وأن لذلك تفصيلاً نبيته في موضع آخر (١) .

(١) سنتكلم في ذلك في ورثة أنواع الخيارات جملة ، فلترك الكلام في هذا الموضع هناك .

ولتوضيح الأمر الأول من هذه الأمور فالرضا بالعقد صراحة كأن يقول أمضيت العقد أو أجزته ، ومثال الرضا دلالة أن يكون من له الخيار المشتري فيتصرف في المبيع تصرف الملاك ، فإن هذا التصرف يعتبر إسقاطاً للخيار ورضا بالعقد دلالة ، وبها يلزم العقد ويسقط الخيار ، وإن لم يكن الرضا بصريح اللفظ .

خيار الرؤية

٢٣٤ - هو الخيار الذي سببه الرؤية ، فهو من إضافة الشيء إلى سببه كخيار الشرط والمعنى الشرعي لخيار الرؤية أن يكون للعاقد الذي عقد على شيء معين لم يره حق الفسخ إذا رآه ، فهو خيار يثبت بشرطين (أحدهما) أن يكون محل العقد شيئاً معيناً كدار وثوب ، بأن يكون معرفاً بما يعين شخصه أو كما يقول المناطقة معرفاً بالشخص لا بمجرد الوصف الذي يعم ، أما إذا كان دينياً بأن يكون معرفاً بأوصاف لا تعين شخصه ، بل تبين جلسه ونوعه وحاله ، ويثبت ديناً في ذمته كالمعقود عليه في السلم ، ففي هذه الحال لا يثبت خيار الرؤية . (ثانيهما) أن يكون محل العقد غير مرئى وقت العقد ، فإذا لم يره العاقد كان له الخيار عند رؤيته ، وأما إذا كان قد رآه فلا يثبت الخيار .

٢٣٥ - وخيار الرؤية لم يكن ثبوته محل وفاق من الفقهاء كخيار الشرط ، بل هو محل خلاف ، وأساس هذا الخلاف هو الخلاف في صحة العقد على الأشياء المعينة الغائبة ، فن الفقهاء من حكم بأن العقد عليها صحيح ومنهم من حكم بأن بيعها غير صحيح فأبو حنيفة والشافعي في مذهبه القديم ، وابن حنبل في إحدى الروايتين عنه يصححون العقد ، ومالك والشافعي في مذهبه الجديد وأحمد بن حنبل في الرواية الثانية لم يصححوا العقد .

ومن حكم بصحة العقد على الشيء الغائب المعين الذي لم تسبق رؤيته
أثبت خيار الرؤية ، فأبو حنيفة وابن حنبل على إحدى الروايتين والشافعي
على أشهر (١) تخريجات مذهبه القديم يثبتونه عند العقد على الأعيان الغائبة
التي لم تر قبل العقد .

وقد استدل الذين منعوا صحة العقد على الأعيان الغائبة بأن المعقود عليه
يجب أن يكون معلوم الذات والصفات ، والأعيان لا تتم معرفتها إلا بمشاهدتها ،
وعدم مشاهدتها جهالة تفضي إلى المنازعة في أصل العقد ، ووصفه ، وفي وقت
قبض عوض المعقود عليه ، أما إفضاؤها إلى المنازعة في أصل العقد ووصفه
فلأن الأعيان تختلف رغبات الناس فيها ، وتلك الرغبات لا يتم التطابق بينها
وبين العين إلا بالرؤية ، فإذا لم يكن قد رآها قبل العقد أو وقته ثم رآها فقد
ينازع في العقد ، لعدم موافقتها لرغبته ، فقد يقول إن هذا ليس المعقود عليه ،
بل شبيه له من جنسه ، وأما إفضاؤها إلى النزاع في وقت قبض عوض المعقود
عليه ؛ فذلك لأن تسليم ثمن الأعيان المعقود عليها إنما يسبق تسليمها لتعيينها ،
ولا شك أن ذلك يقتضى رؤيتها ومعرفتها بالمعاينة ، والاختلاف المحتمل عند
المعاينة ، يؤدي إلى الاختلاف في تسليم الثمن .

(١) يذكر النووي في المجموع في البيع مانعه : « إذا قلنا بقوله القديم فهل تفتقر صحة
البيع إلى ذكر الصفات أم لا فيه ثلاثة أوجه . (أحدها) أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات
كالسليم فيه و (الثاني) لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة ، و (الثالث) أنه لا يفتقر إلى ذكر شيء
من الصفات ، وهو المنصوص عليه في باب الصرف ، لأن الاعتماد على الرؤية ، ويثبت له
الخيار إذا رآه ، فلا يحتاج إلى ذكر الصفات ، فإن وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف
ثبت له الخيار ، وإن وجده على ما وصف أو أهمل ففيه وجهان : لا خيار له لأنه وعده على
ما وصف ، فلم يكن له خيار كالسليم فيه ، والثاني أن له الخيار لأنه يعرف ببيع فيه خيار
فلا يجوز أن يخلو منه . وترى من هذا أنه على مقتضى المذهب القديم قد اختلف التوجيه ،
فمنهم من أثبت خيار الرؤية مطلقاً ، ومنهم من أثبته فقط في حال الوصف وتختلف الموصوف
عن الوصف إلى ما هو أقل حالا من المذكور .

ولاشك أن هذه الجمالة المفضية إلى النزاع غرر ، والنبي صلى الله عليه وسلم قد انتهى عن بيع الغرر . وقد استدل الذين أجازوا العقد على الأعيان الغامبة قبل رؤيتها بما روى عن عثمان وطلحة بن عبدالله رضي الله عنهما من أنهما تبايعا أرضاً باعها عثمان لطلحة ، ولم يكونا رأياها ، فقيل لعثمان رضي الله عنه غبت فقال لي الخيار ، لأنني بعته ما لم أر . وقيل لطلحة مثل ذلك فقال لي الخيار ؛ لأنني اشتريت ما لم أره ، فكما في ذلك جبير بن مطعم ، فقضى بالخيار لطلحة . وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ، ولم ينكر عليهم أحد ، فكان ذلك إجماعاً منهم . واقتدى روى أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه » (١) وإثبات الخيار في شراء الأعيان الغامبة دليل لإقراره الشراء ومشروعيته . ولأن الجمالة التي أوجدها عدم الرؤية لا تفضي إلى النزاع ؛ لأنه إذا لم يصادف رغبته فسخ ، وإن صادف أمضى .

٣٣٦ - خيار الرؤية ثبت لأن الجمالة التي وجدت لعدم الرؤية تعذر خلالها في الرضا ، إذ لا يكون مبنياً على معرفة تامة بحال المعقود عليه ، ومن الجائز أن يعرض الندم للعاقدة ، إذ لا يجده موافقاً لرغبته إذا رآه ، فيثبت له الخيار تداركاً لما فاتته ، وليكفياً ليكون ظلم .

ويثبت خيار الرؤية عند من أجازوه في كل العقود التي يكون محل العقد فيها شيئاً معيناً لم يرقب العقد ولا في أثناءه ، لأن السبب الذي أوجده محقق في كل عقد كذلك ، ولذلك أثبتوه في أربعة أنواع من العقود (أولها) في عقد البيع إذا كان المبيع معيناً بالشخص ، وليس شيئاً ثابتاً في الذمة ، فلا يثبت في السلم ولا في الصرف . ويثبت للمشتري لا للبائع ، وفي قول

(١) طعن بعض المحققين في سند هذا الحديث ، وقالوا إن بعض رواه متروك الحديث .

لأبي حنيفة أنه يثبت للبائع أيضاً إذا كان لم ير المبيع ، ولم يكن الصحيح عنه غير ذلك . (ثانيها) الإجارة ، فإن للمستأجر له الخيار إذا لم يكن قد رأى العين للمستأجرة . (ثالثها) قسمة القيميات فإذا كان أحد الشركاء عند القسمة لم ير نصيبه فله الخيار إذا رآه . (رابعها) الصلح إذا كان بدل الصلح شيئاً خير معين^(١) ، لأنه يكون في معنى الشراء .

٢٣٧ - وليس المراد بالرؤية الإبصار فقط ، بل المراد بها هنا ما هو أعم من ذلك ، وهو المعاينة بالحواس ، سواء أكانت بالبصر أم بغيره ، كالشم في المشمومات والذوق في المذوقات ، أو الجس في بعض الأشياء التي لا تعرف إلا بالحواس ؛ فإن معاينة هذه الأشياء بتلك الحواس رؤية . وعلى ذلك يكون من الأعمى خيار الرؤية ، وتكفي منه معاينة المشمومات والمذوقات والأمور التي تعرف بالحواس ، وما لا يعرف إلا بالبصر بوصف له ، والشافعي يرى أن الأعمى يوكل من يثق برؤيته^(٢) .

ويكتفي من الرؤية بما يوصل إلى معرفة صفات المعقود عليه المقصود منه ، فكل رؤية تؤدي إلى ذلك ، فهي صحيحة تترتب عليها أحكام خيار الرؤية ، فإذا كانت تلك المعرفة لا تتم إلا برؤية الشيء كله لم تكن رؤية بعضه ، وإن كانت تلك المعرفة تتم برؤية بعضه على الكل ، فيسكتفي برؤية بعضه الذي له تلك الخاصة ، وإذا كان المعقود عليه عدة أشياء ، فإن كانت آحاده لا تتفاوت يكتفي برؤية نموذج منه ، معان لأوصاف سائرهم ، كالقمح والقطن . وإن كانت تتفاوت آحاده كالذوايب فلا تفتني معاينة أحدها ، بل لا بد من معاينة كل الآحاد .

(١) راجع رسالة العقود والشروط لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك .

(٢) راجع الرسالة السابقة والمجموع على المهذب الجزء التاسع ص ٣٠٣ . وعند محمد لا يسكتفي فيما لا يدرك الإدراك الصحيح إلا بالشم أو الذوق أو الجس ولا يسكتفي بالبصر .

ورؤية الوكيل بالعقد تغني عن رؤية الموكل ؛ لأن كل ما يتصل بالعقد يرجع إلى الوكيل على ما بيننا في الوكالة ، والرؤية من تمام العقد ؛ إذ لزومه لا يتم من دونها . ورؤية الرسول الذي أرسله لقبض العين أو ليبلغ عبارة العقد لا تغني عن رؤيته اتفاقاً ، لأنه لم يفوض إليه ذلك ، وليس له شأن بالعقد .

واختلف فقهاء الحنفية في رؤية الوكيل بالقبض أتغني عن رؤية الموكل أم لا ؟ قال أبو حنيفة تغني ، وقال صاحبان لا تغني ، ووجهة نظرها تقوم على أن الوكيل متصرف في حدود ما وكل به لا يتعداه إلى غيره ، وهو وكيل بالقبض فنيابته مفصورة عليه لا يتعداه ، والقبض شيء والرؤية شيء آخر ، ولا يقتضي التوكيل فيه الوكالة فيها . وأيضاً فالوكيل بالقبض لا يستطيع إسقاط خيار الشرط ولا العيب برضاه بالعقد ، فكذلك لا تغني رؤيته عن رؤية الموكل ، ويستطيع إسقاط خيار الرؤية .

ووجهة نظر أبي حنيفة أن الموكل قد وكل الوكيل بقبض تام ، وذلك لأن القبض قسمان قبض تام وقبض ناقص . والأول يكون بقبض الشيء ورؤيته ، والثاني يكون بقبضه من غير معاينة له كأن يكون مستوراً والموكل إذ أطلق القبض في الوكالة فهو متصرف إلى القبض التام المتضمن للرؤية ، فسكأنه قد وكله في الرؤية ، وإذا كان قد وكله في الرؤية فقد أقامه مقامه فيها ، فتغني رؤيته عن رؤيته وتترتب عليها كل الآثار . ومن المقرر أن القبض من العاقد مع الرؤية يسقط الخيار ، فكذلك قبض الوكيل بالقبض مع رؤيته يسقط الخيار ، ولا يصلح أن يقاس خيار الرؤية على خيار العيب والشرط ، لأن القبض فيهما لا يسقط الخيار ، إذ قبض الموكل نفسه لا يسقط الخيار ، فكذلك قبض موكله ، أما هنا فقبض الموكل مع رؤيته يسقط الخيار ، فكذلك قبض وكيله ، لأنه أقامه مقامه فيه .

٢٣٨ - ومن يثبت له خيار الرؤية فله الفسخ قبل الرؤية وبعدها ، وقد اتفق على أن له الفسخ بعد الرؤية للحديث : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه » ، ومعنى ذلك أن له أن يختار العقد أو الترك ، فله الفسخ بعدها باتفاق من حكم بثبوت خيار الرؤية . أما قبل الرؤية فقد اختلف فيه فبعض الفقهاء قال إن له الفسخ قبل الرؤية كما له الفسخ بعدها ، وهو الراجح عند الحنفية . وقال بعضهم إن الفسخ قبل الرؤية لا يجوز ، لأن سبب الخيار الرؤية ، فإذا أثبتنا له حق الفسخ قبلها فقد أثبتنا الخيار قبل وجود سببه ، وذلك لا يجوز في قضايا العقل ، لأن السبب لا يتقدم على مسببه ، وأن إتمام العقد قبل الرؤية لا عبرة به فكذلك الفسخ قبلها يجب ألا يصح . ووجه نظر من يقول إن الفسخ قبل الرؤية يصح أن العقد مع عدم الرؤية عقد غير لازم بمقتضى وجود خيار الرؤية فيه ، والعقد غير اللازم يجوز أن هو غير لازم في جانبه أن يفسخه ، وأن السبب في وجود خيار الرؤية ليست هي الرؤية بل عدم الرؤية ، فالفسخ إذا حصل قبل الرؤية لا يحصل قبل وجود سببه ، بل بعده ، إذ سبب ثبوت الخيار عدم الرؤية ، وذلك حاصل عند العقد .

٢٣٩ - ويستمر حق الفسخ ثابتاً إلى أن تحصل إجازة للعقد وإتمامه له ، أو يموت من له الخيار ، وعلى ذلك يكون خيار الرؤية ليس له أمده محدود ينتهي إليه ، بل يستمر إلى أن تحصل إجازة أو موت من له الخيار ، وهذا هو الراجح عند أبي حنيفة وأصحابه ، وفي مذهب الشافعي قول : إنه يثبت في مجلس الرؤية فقط . فإذا انصرف عن مجلس الرؤية سقط ، وكان العقد بائناً ، وعنه قول آخر إنه يثبت فور الرؤية . وقال الكرخي وهو من فقهاء الحنفية إنه يثبت إلى وقت يتمكن فيه من له الخيار من الفسخ ، فإذا مضى بعد الرؤية ذلك القدر من الوقت سقط خيار الرؤية ، وهذه الأقوال الثلاثة متقاربة يقابلها القول الراجح عند الحنفية وهو أنه يثبت مطلقاً إلى الموت أو حصول الإجازة .

٢٤ - وإذا كان الراجح أن خيار الرؤية ليس له وقت معلوم عند الحنفية ، بل يوقت بالإجازة فقط ، فقد توسعوا في معنى الإجازة حتى لا يضار العاقد الثاني بهذا الخيار الذي ليس له وقت ، ولذا قالوا إن الإجازة تحصل بالقول الصريح ، وتحصل بكل ما يدل على رضا ، ومنه أن يقبض العين وهو يراها ، ولا يفسخ ، ومنه أن يتصرف في العين تصرفاً يجعل للخير حقاً متعلقاً به ، وعلى ذلك فالإجازة ثلاثة أقسام : (١) إجازة صريحة بالرضا بالعقد صراحة (٢) وإجازة بما يدل على الرضا دلالة من غير أن يتصرف تصرفاً يجعل حق غيره متعلقاً بالعين مثل القبض . (٣) وإجازة دلالة بتصرف يجعل حق غيره متعلقاً بالعين كبيعها بيعاً باتاً أو إجازتها أو رهنها أو هبتها ، ويشبه هذه في الأحكام هلاك العين أو نقصها أو زيادتها .

والقسمان الأولان لا يعتبران إجازة إلا إذا صدر عن له الخيار بعد الرؤية ، أما إذا صدر قبلها فلا اعتبار لها ، لأن الإجازة قبل الرؤية إذا اعتبرت كان معناها أنه إذا رأى فلنيس له خيار ، وفي ذلك مناقضة لنص الحديث ، لأنه يقول : من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه ، ولأن ذلك يعتبر إسقاطاً للخيار ، وهو ما جاء باشتراط العاقد ، أو كان في معنى الاشتراط فيسقط بإسقاطه من اشترطه ، بل جاء بأمر الشارع ، فليس للعاقد إسقاطه .

أما القسم الثالث فيعتبر إجازة قبل الرؤية وبعدها ، لأن تلك تصرفات أوجدت حقاً لغيره على وجه لا يمكن استرداده ، أو يمكن ولكن بقضاء القاضي كما في الهبة بغير عوض ، فيتعذر حينئذ عليه فسخ العقد الأول وورده ، فيسقط الخيار ضرورة . ولو تقايل العقد أو رجع في هبته لا يعود الخيار ، لأن المساقط لا يعود^(١) . ومثل ذلك في تعذر الفسخ هلاك العين أو تعيبها أو نقصها أو زيادتها زيادة لا تقبل الانفصال ، ففي هذه الحال يتعذر الفسخ

(١) راجع البدائع الجزء الخامس ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ .

فسكانت كالتقسيم الثالث ، في أنه يعتبر رضاً بالعقد يسقط به الخيار قبل الرؤية وبعدها .

خيار العيب

٢٤١ - خيار العيب أن يكون لأحد العاقدين حق الفسخ بسبب عيب اطلع عليه في المعقود عليه المعين بالتمين ، ولم يكن على علم به وقت العقد، فهو خيار لإذن سببه عيب بمعقود عليه معين ، وهذا العيب حادث قبل القبض، ولم يكن عالماً به في أثناء العقد ، ولم يرض به بعد العلم به . والسبب في شرعية خيار العيب بإعطاء العاقد حق الفسخ بسبب العيب أن الاطلاع على عيب لم يكن معلوماً وقت العقد دليل على أن الرضا الذي نشأ بمقتضاه لم يكن على أساس صحيح ، لأن الرضا بالعقد قام على أساس السلامة من العيوب التي لم تكن ظاهرة معلومة للعاقدين ، فإذا ظهر عيب لم يكن معلوماً ، فقد انهار الأساس الذي قام عليه الرضا ، فشرع خيار العيب ، لتدارك الخلل الذي نال الرضا .

والدليل على أن السلامة أساس الرضا أن غرض العاقد من العقود عليه المعين الانتفاع به ، وهو لا يكون كاملاً إلا مع السلامة فكانت مطلوبة ، لأن الانتفاع الكامل مطلوب . وأن عقود المعاوضات تقوم في الشريعة على المساواة بين العوضين في نظر العاقدين ، وتحقيق المساواة في مقابلة البديل بالبديل ، والسلامة والسلامة ، وقد سلم أحد البديلين ، فوجب أن يسلم الآخر ، فكانت السلامة مطلوبة للعاقد ، ومطلوبة للشارع أيضاً لتحقيق المساواة .

من كل هذا تبين أن الرضا قام على دعامة من السلامة ، فتخلفها يحدث خللاً به ، والله يقول : **وَيَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَاتَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا**

أن تكون تجارة عن تراض منكم ، فإذا لم يتوافر الرضا أو حدث فيه خلل أوجب نقصه أعطى الشارع من اختل رضاه حق الفسخ (١) ، ليتدرك من أمره ما فاتته .

هذا والعقد مع العيب من غير تيمنه غش وتدليس ، والشارع لا يقر الغش والتدليس ، فيجب رفعه وشرع ما يزيله ، وذلك بشرع خيار العيب . ولقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا يحل لمسلم باع لأخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له ، ويدخل خيار العيب عقود المعاوضة التي يكون فيها المعقود عليه معيماً بالتعيين ، ولا يدخل عقود المعاوضات التي يكون المعقود عليه غير معين كالسلم ، لأن العبرة في هذا النوع من العقود بتحقق الأوصاف المشروطة في المعقود عليه ، فإن تحققت قبض ، وإن لم تتحقق رد . وعلى ذلك يدخل خيار العيب العقود التي يدخلها خيار الرؤية ، ولا يدخل غيرها ، وقد بينها آنفاً فارجع إليها .

٢٤٢ - والعيب الذي يثبت هذا الخيار هو الذي يوجب نقصان القيمة عند التجار ، لأن الضرر يكون بنقصان المالمية ، والمقياس الذي تقاس به مالمية الأشياء هو القيمة . فكل ما يوجب نقصاناً فيها يوجب نقصاناً في المالمية ، وهذا النقصان يكون العيب ، والمرجع في ذلك إلى أهل الخبرة فهم الذين يثبتون وجود العيب ، ويقررون مقدار تأثيره في القيمة .

(١) هذا هو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي . وقال ابن حنبل إن من له الخيار خير بين أمور ثلاثة ما أمضاء العقد ، ولما فسغه ولما الرجوع على العاقد الآخر بأرض العيب ، وهو ما أثبتته من نقصان . واحتج له بأنه عيب ظهر ، والسلامة كانت مقدرة ، فكان له التوفيق عما أوجده من نقص ، ولأنه فات بسبب العيب جزء من المبيع لأن العيب نقص المالمية ، ونقص جزء منها نقص جزء من المبيع فكان له المطالبة به ، كما لو اشترى عشرة أرادب فتح فبانت تسعة (الشرح الكبير الجزء الرابع من ٨٧) .

وليس كل عيب يوجب خيار العيب ، بل العيب الذى يثبت به هو العيب الحادث قبل القبض الذى لا يكون العاقد على علم به ، ولا يثبت رضاه بعد العلم بشرط ألا يكون العاقد صاحب العين المعينة قد شرط البراءة من كل رد بعيب ، فإذا توافرت هذه الشروط فى العيب ثبت الخيار ، لأنه بثبوتها يتبين أن الرضا كان أساسه السلامة ، ولم يكن ثمة دليل على قبول المعقود عليه مع العيب ، فإذا ظهر العيب يحتمل الرضا ، وأما إذا لم تتم هذه الشروط ، فقد ثبت أن العاقد رضى بالعيب ، فإذا كان العيب معلوماً للعاقد وقت العقد فقد عقد على أساس وجوده ، وكان به راضياً ، وكذلك إذا رضى به بعد العلم ، لأنه إذا رضى بعد العلم فقد أسقط الخيار بعد ثبوته ، والساقط لا يعود . وإذا كان مالك العين قد اشترط فى صلب العقد أن يكون بريئاً من كل رد بعيب فعنى ذلك أن السلامة لم تكن أساساً للرضا ، إذ أبعد فرضها صراحة ، فبظهور العيب لا يحدث خلل فى الرضا ، فيكون العقد بائناً لازماً ، ولا حاجة إلى التخيير من جديد

٢٤٣ - وخيار العيب يثبت للعاقد الذى دخلت فى ملكه العين المعيبة التخيير بين أمرين :

(١) إما إتمام البيع ، وإما فسخ العقد ، واسترداد العوض الذى دفعه ، وهذا إذا كان الفسخ ممكناً . أما إذا امتنع الفسخ ، كأن يكون قد زاد فى العين ، أو نقص منها ، وكان السبب فى الامتناع قد حدث قبل العلم بالعيب ، ففي هذه الحال لا يكون لمن له الخيار الفسخ ، ولكن يكون له الرد بما أوجده العيب من نقصان فى الثمن^(١) ، وذلك بأن تقدر قيمة الشيء معيباً ، وقيمته

(١) ويرى مالك فى حال النقص أنه يرد العين ، ويفسخ العقد مع تعويض العاقد الآخر عما أوجده هو من نقصان . وذلك لأن رد البطل يعتبر رداً للبطل منه ، فيرد العين زائداً ما سببه من النقص الذى أحدثه .

سليماً ، وينقص الثمن بمقدار يعادل نسبة ما نقصه العيب من القيمة ، فإذا كانت قيمة العين سليمة عشرين ، وقيمتها معيبة خمسة عشر ، وكان الثمن ثمانية عشر ، ففي هذا الحال يعتبر العيب قد نقص القيمة بمقدار ربعها إذ خمسة عشر هي ثلاثة أرباع العشرين ، فينقص من الثمن ربعه كذلك ، فيكون الواجب ثلاثة عشر ونصف .

ووجه تمييزه بين الفسخ والإمضاء فقط في حال عدم امتناع الفسخ أن الضرر يمكن إزالته بالفسخ فيثبت ، إذا أو الزمناه بالعين مع عيبها لسكان في ذلك ضرر به ، ولا يصح أن يمسكه ويأخذ بدل النقصان ، لأنه لا حاجة تضطرنا إلى ذلك ، إذ رفع الظلم ممكن بالفسخ ، فلا ياجأ إلى تعويض النقصان بسبب العيب الذي كان ثابتاً قبل القبض ، وذلك لأن النقصان بسبب العيب وصف من الأوصاف لا يقابله جزء من الثمن ، لأن الأوصاف لا يقسم الثمن عليها ، فلا يعوض عنها إلا عند تعذر رفع الظلم بغير تعويضها ، وقد أمكن رفع الظلم بغيرها في حال عدم الفسخ ، ولأن الخيار سببه وجود خلل في الرضا بعدم وجود السلامة التي كانت مقدرة عند إنشاء العقد ، والنتيجة المنطقية لهذا أن يعاد تخيير العاقد من جديد لمعرفة أهو راض بالعقد بعد العلم بالبيع أم غير راض فيفسخ ، وهذا بالبداية لا يثبت إلا تخييراً بين أمرين لا ثالث لهما ، وهما الإمضاء أو الفسخ ، فإذا رضى لزم العقد ، وإذا لم يرض ففسخ ولا وسط بينهما .

أما في حال امتناع الفسخ بزيادة لازمة أو نقصان ، ففي هذه الحال لا يمكن رفع الظلم إلا بأن يعود من له الخيار بما أوجده العيب من نقصان في القيمة فيلجأ إليه لأنه الطريق الوحيد لرفع الظلم . ولسكن في حاله ما إذا كان امتناع الفسخ لنقصان حدث في يد العاقد الذي يثبت له الخيار ، يكون للعاقد الثاني أن يختار أخذ العين ورد عوضها ، وذلك لأن منع الفسخ في هذه

الحال لرفع الظلم عنه ، بأخذه العين وقد تعينت بعيب جديد ، فإذا قبلها هو كذلك فما لاحد عليه من سبيل ، ويسكون من له الخيار ليس له إلا الفسخ أو الإمضاء .

٢٤٤ — وامتناع الرد الذي يثبت فعه حق الرجوع بتعويض عن النقصان بسبب العيب يسكون بأسباب هي :

(١) النقص الذي يحدث في يد من له الخيار بخير فعله .

(٢) والتخيير الذي يحدث بفعله كثوب يقطعه قبل العلم بالعيب أما الذي يحدثه بعد العلم بالعيب ، فهو دليل على الرضا ، ويصير إمضاء للعقد وإسقاطا للخيار .

(٣) والزيادة المتصلة كالتسمن في الدواب ، والزيادة المنفصلة المتولدة كتناج الدابة ، فإن هذه أيضاً تثبت له الرجوع بالنقصان إذ تمنع الرد .

(٤) وكذلك كل زيادة يحدثها بفعله ولا تقبل الانفصال كصنغ الثوب وخياطته إذا أحدثها قبل العلم بالعيب ، فإنه في هذه الأحوال كلها لا يعتبر راضياً بالعقد ، وابتأؤه ظلم له ، أسكن له الرجوع بما أوجه العيب من نقصان في الثمر على ما بيننا ، ولا يمكن الرد للتغيير الذي حدث ، إذ في الرد مع النقص الحادث في يد من له الخيار ظلم للعاقب الآخر ، وكذلك إذا حدث تغييراً ، وإذا حدثت زيادة بفعل من له الخيار يكون في الفسخ ظلم له ، فلا يقدم عليه ، وبما أننا سلمناه الخيار من غير جناية جناها أو إسقاط له ، فلا بد من تعويضه عن نقص العيب . والزيادة المنفصلة المتولدة ، كدابة تلد تمنع الفسخ أيضاً ، وذلك لأن ردها مع الزيادة رد لما هو غير معقود عليه ، لأن المعقود عليه هو الدابة وحدها ، فلا وجه لرد ولادتها معها ، كما لا يمكن رد الدابة منفردة ، لأن الفسخ ينسحب إلى وقت العقد ، فلا وجه لامتناع من له الخيار رده الولادة ، إذ سبب الملك قد بطل ، ولذلك امتنع الفسخ .

٣٤٥ - والفسخ يستمر حتماً لمن له الخيار إلا إذا امتنع الفسخ للأسباب السابقة أو حصل الرضا، وفي حال امتناع الفسخ يكون لمن له الخيار حق الرجوع بنقصان العيب كما بينا، وفي حال الرضا يسقط الخيار، ولا يرجع بشيء. والرضا المحترى هو الرضا بالعقد بعد العلم بالعيب، وقد يكون صراحة، وقد يكون بالدلالة لا بصريح العبارة، والصريح مثل أمضيت العقد، أو رضيت به، أو أوجبه، أو ألزمت نفسي به، والرضا دلالة أن يكون من صاحب الخيار بعد العلم بالعيب تصرف يدل على الرضا بالعقد، كأن يكون المعقود عليه ثوباً، فيصبغه، أو أرضاً فيبنى عليها. أو حنطة فيطحنها، أو يبيعه، أو يهبه هبة صحيحة، ونحو ذلك من التصرفات التي تدل على إقرار البيع والرضا. ومنها استعماله بعد العلم بالعيب كأن يكون دابة فيركبها وهكذا.

الفسخ بالخيارات وحاجته إلى القضاء

٣٤٦ - اتفق الفقهاء على أن الفسخ بخيار الشرط والرؤية والتعيين على قول من يثبت خيار التعيين - يتم من غير حاجة إلى قضاء القاضى أو رضا العاقد الآخر، أما خيار العيب فقد اتفقوا أيضاً على أنه إذا حصل الفسخ قبل القبض لا يحتاج إلى قضاء؛ لأنه ليس إلا امتناعاً عن التسلم، والمعقود عليه معيب، وذلك حقه بل لا ريب، ولأن الصفقة قبل القبض ليست بتامة من كل الوجوه؛ لأنها على خطر البطلان بهلاك المبيع قبل القبض، وذلك يبطل العقد، وإذا كانت الصفقة لم تتم قبل القبض على هذا التخريج، فالفسخ بالعيب قبله لا يحتاج إلى القضاء.

أما الفسخ بخيار العيب بعد القبض فقد اختلف فيه الفقهاء، فأبو حنيفة وأصحابه يرون أنه يحتاج إلى القضاء، والشافعي وأحمد بن حنبل يريان أنه

لا يحتاج إليه ، وحجتهم أن الفسخ رفع لعقد مستحق للرفع فلا يحتاج إلى القضاء ، لأن الشارع جعله غير مستحق للبقاء إن أراد من له الخيار ، ولأنه بإثبات الخيار فيه يصير العقد غير لازم ، والعقد غير اللازم ينفرد أحد العاقدين بفسخه من غير حاجة إلى قضاء .

واحتج أبو حنيفة بأن العقد قد تم بالقبض ، وثبتت كل أحكامه ، ومضى صار العقد على هذه الحال لا يرفع إلا بأحد أمرين بقضاء يرفعه ، أو بإقالة يتراضيان عليها ، ولا إقالة هنا ولا تراضى ، فلم يبق إلا حكم القضاء بالفسخ تنفيذاً لأحكام الشرع ، وأيضاً فإن ثبوت العيب وتحقق كونه عيباً ، ثم تحقق كونه حدث قبل القبض ، وعدم حصول رضا من العاقد ، كل هذه مسائل يجرى التشاح بين الناس فيها ، وتختلف الأنظار حولها ، ولا رافع للنزاع والخلاف إلا القضاء فاحتاجت إليه .

وعلى ذلك يكون الفرق الذي كان سبباً في اختلاف حكم الفسخ بخيار الشرط والرؤية عن خيار العيب يقوم على أمرين (أحدهما) أن خيار الشرط والرؤية لا تتم معها الصفقة فلا تحتاج في الفسخ إلى القضاء ؛ ولا تتم الصفقة مع خيار الشرط ؛ لأن الأحكام لا تثبت في حق من له الخيار ، ولا تتم الصفقة مع خيار الرؤية ؛ لأن عدم الرؤية يجعل الصفقة غير تامة ، أما خيار العيب فالصفقة تتم معه مادام العلم بالعيب كان بعد القبض . (ثانيهما) أن خيار الشرط والرؤية لا تجرى المشاحة والخلاف في سببهما غالباً ؛ لأنه معلوم معين ، أما خيار العيب فسببه ، وهو العيب موضع نظر أهل الخبرة ، ويجرى فيه التشاح والتنازع غالباً ، فاحتاج الفسخ فيه إلى القضاء ، ومن الخير أن ينظر القضاء في أول أدوار الخلاف . بدل أن ينظر بعد تفاقه .

وراثه الخيار

٢٤٧ - قال الشافعي إن كل الخيارات تورث فإن مات من له حق الخيار لا يصير العقد باتاً لازماً ، بل ينتقل الحق إلى ورثته . وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن خيار العيب والتعيين يورثان ، وخيار الشرط والرؤية لا يورثان ، فإذا مات من له خيار شرط أو رؤية يصير العقد باتاً لازماً .

احتج الشافعي لرأيه بأن الورثة خلفاء الميت في كل ما تركه من حقوق وأموال ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقاً فوورثته ، والاختيار حق للميت متعلق بمال من أمواله فيثبت للورثة ؛ لأن الأثر صفة للوارث تجعل الحق ينتقل إليه ، ثم هو حق متعلق بالأموال فينتقل تابعاً لها ، وأيضاً فإن خيار الشرط والرؤية يتشابهان مع خيار العيب ، لأنها جميعاً علة الفسخ وخيار العيب يورث ، فخيار الشرط والرؤية يورثان أيضاً .

واحتج الحنفية بأن خيار الرؤية والشرط ليسا في معناهما إلا رضا العاقد أو عدم رضاه ، والرضا مشيئة وإرادة ، وهما لا تورثان ، لأنهما حالان خاصتان بنفس المورث تذهبان معه بموته . ثم إنه ثبت الخيار في الشرط والرؤية للمورث فأبى وصف يثبتان له ؟ لا جائز أن يثبتا له ابتداء ؛ لأنهما يثبتان للعاقد ، وليس هو العاقد ، ولا يثبتان بالخلافة ، لأنهما إرادة العقد أو عدم إرادته ، وذلك لا يقبل الخلافة كما بينا .

أما خيار العيب والتعيين فليس إرادة ومشيئة فقط ؛ بل هما حقان متعلقان بالعين ؛ لأن خيار العيب معناه حق سلامة العين ، وخيار التعيين معناه حق تعيين الشيء المملوك من شيئين أو ثلاثة . ولما كانت العين تنتقل إلى الورثة . فلا بد أن ينتقل معها ما هو لازم لها ، فهم ورثوا من مورثهم عيناً سايمة . وعيناً قابلة للتعيين من بين اثنين أو ثلاثة ، لذلك ورثوا خيار التعيين والعيب .

وفي الحق إن الخلاف بين الحنفية والشافعية في مسألة الخيارات قائم على الخلاف بينهم في وراثة الحقوق ، فالشافعي يورث كل الحقوق سواء أكانت مشيئة وإرادة كخيار الشرط ، وحق الشفعة ونحو ذلك ، والحنفية لا يورثون إلا الحقوق المالية ، ولذا لم يورثوا خيار الشرط ولا الشفعة ، وقد ذكرنا ذلك في الأموال فارجع إليه .

عيوب العقد

٢٤٨ - نقصد بعيوب العقد الأمور التي تحيط بإنشاء العقد ، فتؤثر في الرضا بأن تعدمه ، أو تجعله على أساس غير صحيح من العلم ، فكل ما يحيط بإنشاء العقد ، ويؤثر في الإرادة ، فيعدم الرضا ، أو يجعل تكوين الرغبة تحت تأثير جهل بحال الشيء ، أو تغرير فيه فهو عيب من عيوب العقد يؤثر فيه ، فيكون لمن حصل في جانبه ما أعدم رضاه ، أو جعله تحت تأثير خطأ أو تغرير - الحق في فسخ العقد . وتلك العيوب التي تؤثر في الإرادة ذلك التأثير أنواع كثيرة مختلفة ، مرجعها إلى ثلاثة : الإكراه ، والخطأ ، والغبن مع التغرير .

الإكراه

٢٤٩ - الإكراه معناه في اللغة إيقاع السكره ، فعنى أكرهت فلاناً أثبت ما يكرهه ، وأوقعته فيه وحملته عليه . وهذا المعنى اللغوي هو الأصل للمعنى الشرعي ؛ لأن معناه في الشريعة دعوة الإنسان غيره إلى فعل من الأفعال أو قول من الأقوال بالإيعاد والتهديد ، وإنزال الأذى الشديد إن لم ينجب داعيه ، ولا يتحقق الإكراه إلا إذا كان المسكره قادراً على تنفيذ ما هدد به ، وأن يغلب على ظن المسكره تنفيذه ما هدد به ، فإذا لم يتحقق أحد هذين الأمرين لم يتحقق الإكراه ، لأنه إن كان المسكره غير قادر على إيقاع وعيده ، فكلامه لغوي

لا يلتفت إليه ، وليس من شأنه أن يحمل شخصاً على أن يفعل ما لا يريد ، فلا ضرورة تلجئه للعمل إن عمل فإذا عمل مع ذلك كان رغبياً لاراهباً . وإن لم يقع في نفس المسكروه تنفيذ المهدد لو عهده كان فعله برغبته أيضاً ، فيكون الرضا متحققاً .

٣٥ - ولقد قال أبو حنيفة : إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان . وقال الصحابان إن الإكراه يتحقق من السلطان وغيره ، وذلك لأن الإكراه ليس إلا إبعاداً بإنزال المسكروه والأذى الشديد إن لم يفعل ، وذلك يتحقق من كل قوى جبار مسلط . ووجهة أبي حنيفة أن غير السلطان لا يستطيع إيقاع ما هدد به ، لأن المسكروه يستطيع أن يستغيث ، فيدركه الغوث إن لم يكن المهدد سلطاناً ، لأن الناس يعيشون من يؤذيه غير السلطان ، والسلطان بعينه ، وأما من يؤذيه السلطان ، فلا غوث له ، ولا يُصبرُ خه أحد .

وأنه جاء في البدائع : قيل إنه لا خلاف بينهم في المعنى ، إنما هو خلاف زمان ، ففي زمن أبي حنيفة رضى الله عنه لم يكن لغير السلطان قدرة على الإكراه ، ثم تغيرت الحال في زمانها ، فغير القوتوى على حسب الحال ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

٣٥١ - والإكراه قسمان إكراه ملجئ ، وإكراه غير ملجئ . ، فالإكراه الملجئ ما يكون التهديد فيه بقتل النفس ، أو إتلاف الأعضاء ، أو ضرب مبرح شديد يخاف منه تلف النفس ، أو العضو^(١) أو إتلاف المال

(١) لم يذكر واحداً لعدم الضرب الذى يخشى منه تلف النفس أو العضو وبعضهم قدره بعدد ضربات الحد ، وأنه غير شديد لأن الممول عليه تحقق الضرر الملجئ ، فان تحققه فلا معنى لتعيين العدد (البدائع ٧ - ١٧٥) .

جميعه ، فإذا كان التهديد بشيء من هذا فالإكراه ملجئ ، إذ يكون المكروه كآلة في يد المكروه وإن كان التهديد بما دون هذا كإتلاف بعض المال أو ضرب لا يؤدي إلى تلف النفس أو العضو فالإكراه غير ملجئ ، فسكل ما يكون تهديداً بأذى ينال النفس غير ما ذكر في القسم السابق يعد من القسم الثاني ، وإن كان الأذى يسير لا يبالي بمثله عادة فلا يعتبر التصرف أو الفعل تحت تأثير إكراه مطلقاً ، وحود الأذى الذي لا يبالي به عادة ، والأذى الذي يكون التهديد به إكراهاً لا يمكن ضبطها ، ولا وضع رسوم واضحة لها ، والأولى تركها لتقدير القضاء . ولذا جاء في الزيلعي في هذا المقام ما نصه : « ليس في ذلك حد لا يزداد عليه ولا ينقص ؛ لأن نصب المقادير بالرأى ممتنع ، بل ذلك مفوض إلى رأى الإمام ، لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس ، فمنهم من لا يتضرر إلا بضرب شديد ، وحبس مديد ، ومنهم من يتضرر بأذى شيء كالشرفاء والرؤساء يتضرر بضربة سوط أو عرصة أذن ، ولا سيما في ملا من الناس أو محضرة السلطان ، فيثبت في حقهم الإكراه بمثله ، لأن فيه هوأناً وذلاً أعظم من الألم » .

٢٥٢ - والإكراه بقسميه يعدم الرضا ؛ لأن الرضا رغبة النفس في الفعل أو التصرف الشرعي ، وليس مع الإكراه رغبة . أما التفرقة بين القسمين ، فهي في الاختيار ، فغير الملجئ لا يمس عند الحنفية ، لأن الاختيار عندهم هو القصد إلى الفعل ، وذلك متحقق في غير الملجئ ، أما الملجئ فهو يمس الاختيار ، ولا يعدمه ؛ لأن القصد موجود ولكن يفسده . وهما من حيث التصرفات القولية لا فرق بينهما ، وأما من حيث الأفعال فيبينهما فرق ليس هذا موضعه ، فليرجع إليه^(١) في أمهات كتب الفقه .

(١) خلاصته أن الإكراه غير الملجئ ليس له أثر في إسقاط أحكام الأفعال . أما =

وإنما التي يهمنها هو الأقوال ، ويهمنها على التحقيق التصرفات الإنشائية منها ، وهذه التصرفات بالنسبة للإكراه قسمان بينهما في الكلام في الرضا : القسم الأول تصرفات ليس الرضا بشرط لإنشائها ، وهي النكاح والعتاق والطلاق والإيمان ، فإن هذه تصرفات لا يشترط الرضا لإنشائها عند الحنفية على نحو ما بينا ، والقسم الثاني تصرفات يشترط الرضا لصحتها ، وهي سائر التصرفات غير ما ذكر .

فأما القسم الأول ، فقد علمت أنه موضع خلاف بين الحنفية وغيرهم ، وهو يقوم على وجود الاختيار وعدم وجوده ، فالشافعي يرى أن الاختيار لا يوجد من غير رضا ، إذ الرضا والاختيار متلازمان ، فالتم يتحقق الرضا لا يتحقق الاختيار ، وعلى ذلك لا يتحقق القصد إلى العقد عند فقد الرضا ،

= الملجئ ، فله أثر ، لأنه يسقط أحكام بعض الأفعال . والأفعال بالنسبة له تنقسم إلى أربعة أقسام ، وذلك بحسب قوة تحريم الشارع لها ، واحتماله سقوط وعدم احتماله : (القسم الأول) أفعال منعه الشارع ، ولكن جعل المنع قابلاً للسقوط ، وهذه يسقط تحريمها عند الإكراه الملجئ ، كشراب الخمر ، وأكل الخنزير ، فإنها محرمة تحريماً يقبل السقوط عند الاضطرار ، فيسقط بالإكراه (القسم الثاني) أفعال الشارع حرّمها حرمة لا تقبل السقوط كالقتل والزنى ، لأن القتل لا يحل الضرورة ما ، فلا يحل بالإكراه ، لأنه لا يصح أن يجعل إتلاف نفس غيره طريقاً لصيانة نفسه ، والزنا مثل القتل في ذلك . وللافتاء اختلاف طويل في وجوب القصاص والحل فليرجع إليه (القسم الثالث) منع لا يحتمل السقوط ، ولكن الشارع رخص فيه بإسقاط المؤاخذه عند الإكراه الملجئ ، وذلك هو النطق بكلمة السكر ، فهو حرام حرمة لا تقبل السقوط ، ولكن رخص الشارع في النطق ، ولذا إذا امتنع المسكر عن النطق بها أثيب ، بخلاف القسم الأول ، فإنه إذا امتنع عند الإلجاء يكون عاصياً ، وإذا نطق هنا مضطراً لم يؤاخذه الله (القسم الرابع) منع يحتمل السقوط ، ولكن في حال عدم السقوط تجرى فيه الرخصة ، وذلك مثل حقوق العباد الخاصة ، غير القصاص ، فهي تقبل السقوط بإسقاط صاحبها ، وتجرى فيها الرخصة عند عدم السقوط ، فمن أكره عملياً لإتلاف مال الغير يرضخ له في الإتلاف ، والأرض على المسكر الهدد ، لأن التعامل كآلة في يده ، والدليل على أن المنع مريض فيه عند الضرورة أن من كان في محضمة شديدة يباح له الأكل من مال غيره ، وله أن يقاتله عليه بغير سلاح على ما بينا في المطبوع (كشف الأسرار

فإذا كان ثمة إكراه لا يتحقق اختار ولا قصد لإنشاء العقد ، فالألفاظ تنقد معناها ، فلا يتعقد العقد بها ؛ لأن المكروه ما قصد إلى إنشاء عقد ، بل قصد إلى إنقاده نفسه ، وذلك معنى ثابت في التصرفات كلها ، سواء أكانت نكاحاً أم غيره . أما الحنفية فيرون أن الاختيار قد وجد مع الإكراه ، لأن الاختيار لا يستلزم الرضا ، وإذا وجد القصد إلى العقد والألفاظ الدالة عليه ، فقد وجد العقد ، والنكاح وأخواته تصرفات لا تنفصل أحكامها عن أسبابها وهي الصيغ ؛ فبمجرد وجودها تثبت أحكامها كاملة ، وإنما الرضا موضع تأثيره إنما هو في ثبوت الأحكام لا في وجود العقد ، فلما كانت الأحكام توجد فور وجود العقد في النكاح وأخواته لم يكن للرضا تأثير في أحكامه ، فصحت مع فقد الرضا .

هذا هو فقه الخلاف في انعقاد النكاح وأخواته مع الإكراه وصحته عند الحنفية وعدم صحته مع الإكراه عند الشافعي .

٣٥٣ - والفقهاء يسوقون أدلة للشافعي في هذا ، وأدلة الحنفية فلنذكرها : وقد استدلل للشافعي رضي الله عنه أولاً بقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه ، فإلزام أن يكون حكم كل ما أكرهوا عليه عفوياً ، بمعنى أن يكون ساقطاً لا يؤخذون به ، فتسقط أحكام كل التصرفات الشرعية التي تكون مع الإكراه ، سواء أكانت نكاحاً أم غيره ، وإذا لم تكن لها أحكام مع الإكراه فهي منقذة . (وثانياً) بما بيناه من أن التصرف مع الإكراه لا يقصد بالتصرف ما وضع له ، وإنما يقصد دفع الأذى عن نفسه ، فلم يوجد القصد ولا الاختيار ، لأن الاختيار لا يتحقق من غير رضا عنده ، واستدل للحنفية بمصوم النصوص المثبتة لهذه العقود ، وهي تشمل ما يكون منها مع الإكراه ، وما لا يكون معه إكراه ، وأن التصرفات الثقلية تنعقد بالقصد ، وتأخر الأحكام عند عدم وجود الرضا ،

كالعقود مع خيار الشرط ، والنكاح وأخواته لا تقبل انفصال الأحكام وتأخيرها عن الصيغ ، بل توجد الأحكام فور الصيغة كما بينا ، فلا حاجة فيها إلى الرضا (١) .

٢٥٤ - هذه أحكام التصرفات التي لا تقبل النقص ، أما التصرفات الأخرى مثل البيع والإجارة والشراء ، فقد اتفق الفقهاء على أنها لا تكون صحيحة نافذة مع الإكراه ، ولكن اختلفوا بعد ذلك على ثلاثة أقوال (أولها) قول الشافعي وبعض الفقهاء أن العقد يكون فاسداً أو باطلاً ، ولا يقبل الاجازة بعد زوال الإكراه ، لأن العقد لم يصح مع الإكراه ، وإذا لم يصح فهو لم ينعقد ، وأساس هذا القول أنه لا فرق عند أصحابه بين الفاسد والباطل . (ثانيها) قول أبي حنيفة وصاحبيه أنه يكون فاسداً ، ولكن إذا حصل الرضا بعد زوال الإكراه يصير صحيحاً . (ثالثها) قول زفر ، وهو أن العقد مع الإكراه يكون موقوفاً على اجازة العاقد المكروه بعد زوال الإكراه ، وثمرة الخلاف بين زفر وبين الإمام وصاحبيه تظهر في صور ، منها إذا باع شخص عيناً تحت تأثير الإكراه ، فقبضها المشتري ، أتكون في ملكه أم لا تدخل في ملكه ؟ قال زفر لا تدخل ، لأن العقد الموقوف لا يثبت أحكاماً قط قبل

(١) وإذا وقع الطلاق مع الإكراه إن كان قبل الدخول رجم على من أكرهه (إذا كان الإكراه ملجئاً) - بنصف المهر ، لأن نصف المهر كان بالطلاق ، وهو كان كالألة في يده فيه ، فالطلاق منسوب إليه بالنسبة لانلاف هذا المال ، فيرجم عليه به . وإذا انعقد النكاح مع الإكراه ، وكان بمهر المثل أو أقل لزم المهر المسمى ، وإذا كان المسمى أكثر من مهر المثل لم تصح الزيادة ، لأن التسمية لا تصح مع الإكراه ، إذ تسمية المهر تعتبر تصرفاً مالياً ، فلا بد من الرضا فيها ، فلا تثبت الزيادة ، وثبت مهر المثل ، وكأن العقد لم يسم فيه شيء . هذا إذا كان المكروه هو الزوج ، أما إذا كان المكروه هو الزوجة ، فالمهر لازم إذا كان المسمى مهر المثل أو أكثر . وإن كان أقل من مهر المثل لا يبطل بمهر المثل قبل الدخول ، ولها طلب التفرقة لتقصان المهر إذ زال الإكراه ، وبسقط حق طلب التفرقة بالرضا صراحة أو دلالة ، وإذا دخل بها بالإكراه وجب تسكيل مهر المال ، ويستحق بالدخول (البدايع السابع ص ١٨٥) .

الإجازة ، وقال أبو حنيفة وصاحباها يملكه ، لأن البيع الفاسد يثبت به الملك إذا حصل معه قبض .

وحجة الأصحاب الثلاثة أن عقود المبادلات المالية إذا حصلت مع الإكراه كانت حاصلة مع النهى عنها لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » والنهى هنا لوصف زائد عن ركن العقد ، وإذا كان النهى واقعاً على وصف للعقد ، فالعقد معه فاسد . وركن العقد قائم لا يخلل فقه ، لأن العقد صدر عن أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه ، فالعقد ، غير أن الذى أوجد الخلل فأفسد العقد هو عدم الرضا ، والرضا أمر يتعلق بالعاقد المسكوه ، فإذا ثبت الرضا بعد زوال الإكراه ، فقد زال سبب النهى ، فسلم العقد من الخلل ، وبذا يصير صحيحاً .

وحجة زفر أن العقد مع الإكراه لو كان فاسداً ما ارتفع الفساد بالإجازة ، لأن الفساد لا يجعله الإجازة صحيحاً ، إنما الذى تلحقه الإجازة هو الموقوف ، فكان كعقد الفضولى .

الغلط

٢٥٥ - الغلط معناه هنا أن يذكر محل العقد المعين موصوفاً بوصف ، ثم يتبين أن هذا الوصف غير متحقق فيه^(١) كمن يشتري داراً على أنها مبنية بالآجر ، فيتبين أنها مبنية باللبن ، وكمن يشتري ثوباً على أنه حرير فيتبين أنه غير حرير ، أو على أنه حرير طبيعى ، فيتبين أنه حرير صناعى ، ففي كل هذا يحصل خطأ فى العقود عليه ، ولا شك أن الغلط على هذا الشكل يؤثر فى الرضا ، لأن الرضا مقدر بحال ، ومفروض وجوده لفرض وجودها ، فإن تخالفت

(١) يذكر المخطأ فى تكوين العقد فى القانون معنى أوسع من هذا فيشمل خطأ أحد العاقدين فيما يتعلق بالعقد الآخر ، كأن يكون فاعل أنه مالك ، فيتبين أنه فضولى . أو يفهم أنه كامل الأهلية فيتبين أنه ناقصها ونحو ذلك . أما فى الصريعة فأحكام تلك المسائل تذكر فى مواضعها من النياية ، ولا يتكلمون فى الغلط إلا إذا كان فى محل العقد .

الحقيقة الواقعة عن الحال المقدرة التي كان الرضا منصبا عليها ، فالرضا بالواقع المستقر لم يثبت إذا ، فإذا كان العقد مما يشترط لصحته الرضا ، فقد حصل الخلل فيه ، بل إن الغلط لا يقتصر تأثيره في الرضا ، بل قد يترتب على الغلط الحكم بعدم وجود المعقود عليه ، فيبطل العقد ، لأن المعقود عليه معدوم ، كمن انتزى حلية على أنها من الماس ، فيتبين أنها من الزجاج ، فهذا الخطأ يترتب عليه أن عقد البيع وقع باطلا ، لأن محل العقد ، وهو حلية الماس غير موجود ، بل معدوم فيكون العقد باطلا .

٣٥٦ - وعلى ذلك نقول إن الغلط في العقد قيمان : (١) غلط يترتب عليه بطلان العقد (٢) وغلط لا يترتب عليه البطلان ، بل يترتب عليه أن يكون العقد غير لازم بالنسبة لمن وقع الغلط في جانبه ؛ فيكون له الحق في فسخ العقد .

فأما القسم الأول ، فيكون إذا كان المذكور عند إنشاء العقد جنسا ، يختلف عن جنس المعين المشار إليه عند العقد كالناس والزجاج ؛ فإن الماس جنس يخالف الزجاج ، أو إذا كانا من جنس واحد ، ولكن يختلف الانتفاع بالموصوف عن المعين المحسوس اختلافاً بيناً كالدار المبنية بالأجر والدار المبنية بالدين ، فإنهما من جنس واحد ، ولكن ينفوذا الانتفاع فيهما تنافواً بيناً ، فإذا تخالف المذكور عن المشار إليه المعين ذلك التخالف ، فالعبرة في العقد بالمذكور الموصوف ، فهو المعقود عليه . والتعيين بالإشارة لا يلتفت إليه ، بل يعتبر ملغى ، وإذا كانت العبرة بالمذكور بالاسم ، وهو غير موجود ، بل معدوم وقت العقد ، فيكون العقد قد ولد باطلا ، فلا يلحقه رضا بعد ذلك (١) .

(١) ذكر الزيلعي خلافاً في كون العقد مع هذا النوع من الغلط يسكون باطلاً أو فاسداً فقال في هذا الغلط في البيع : « يقع البيع باطلاً عند بعض المشايخ ، لأنه معدوم ، وبيع المدوم لا يجوز إلا في السلم . وقال بعضهم إنه فاسد ، وهو اختيار الكرخي ، لأنه باع المسمى وأشار إلى غيره ، فصار كأنه باع شيئاً بتموط أن يسلم غيره ، وذلك فاسد .

أما القسم الثاني فيكون إذا كان المذكور في العقد لم يختلف عن المعين المشار إليه بالحس في الجنس ، ولم يختلف الانتفاع فيهما اختلافاً بين التفاوت ، كمن يشتري حيواناً على أنه ذكر ، فتبين أنه أنثى أو العكس ، ففي هذه الحال لا يكون العقد باطلاً ، بل يكون صحيحاً ، ولكن من حصل الغلط في جانبه يكون له الحق في فسخ العقد ؛ لفوات وصف مرغوب فيه ، إذ لم يتم العقد بهذا الوصف الذي تبين أن المعقود عليه موصوف به ، وقد تختلف المذكور عند إنشاء العقد ، فلا بد لتمام الالتزام من رضا جديد بالحال التي ظهرت وتبينت ، وذلك بإعطاء العاقد الذي كان الغلط في جانبه حق الفسخ .
هذا وإن حكم الغلط في القسم الأول يسرى في العقود كلها وأما القسم الثاني فتسرى أحكامه في العقود التي يشترط لها الرضا .

الغبن والتغريب

٢٥٧ - الغبن هو التقص ، والمراد به أن يكون أحد العوضين مقابلاً بأقل مما يساويه في الأسواق ، كمن يبيع داراً بخمسمائة ، وقيمتها ستمائة أو يشتريها شخص بسبعائة وقيمتها ما ذكرنا ، أو يستأجر دار بمشرة جنهيات في الشهر وأجرة مثلها ثمانية .

أما التغريب فهو أن يجعل العاقد في حال يتقدم معها أنه أخذ الشيء بقيمته والحقيقة غير ذلك ، كأن يبيعه دلال فيبين للعاقد أن قيمة المعقود عليه تعادل كذا من الجنهيات ، فيدخل في عقد المعاوضة تحت تأثير ذلك البيان الكاذب .
والتغريب لا أثر له في العقود إلا إذا ترتب عليه غبن ، فيفوى حكم الغبن ، فليس له إذن أثر في الرضا إلا إذا ترتب عليه غبن .

والغبن قسمان : غبن يسير ، وغبن فاحش ، والحد الفاصل بينهما أن الغبن اليسير ما يدخل في تقويم المقومين أى تقدير أهل الخبرة في المعقود

عليه ، والفاحش ما لا يدخل في تقويم المقومين ، فإذا باع شخص عقاراً بألف ، وقدره بعضهم بثمانمائة ، وبعضهم بتسعمائة ، وبعضهم بألف فالغبن يسير ، وإذا قدره الجميع بما دون الألف فالغبن فاحش ، بالنسبة للمشتري ، وإذا قدره الجميع بما فوق الألف ، ولم يقدره أحد قط بألف أو دونها فالغبن فاحش بالنسبة للبائع . وهذا الفاصل قد ارتضاه كثيرون من الفقهاء ؛ لأن ما يدخل تحت تقويم المقومين ليس النقص فيه متحققاً ، فكان احتمالياً ، ولذا كان يسيراً ، وإن لم يدخل تحت تقويم المقومين يكون النقص متحققاً ، فيعتبر واحشاً . ولقد قدر الغبن اليسير بتقديرات منسوبة إلى قيم الأشياء ، فيروى أن محمد بن فضال رضي الله عنه قدر الغبن اليسير بما لم يزد عن نصف عشر القيمة ، والفاحش ما زاد عنه ، ولكن قال الجصاص في هذا : إنه لم يخرج مخرج التقدير في الأشياء كلها ، لأن ذلك يختلف باختلاف السلع ومنها ما يعد أقل من ذلك غبناً فيه ، ومنها ما يعد أكثر من ذلك غبناً فيه .

وقد قدر نصر بن يحيى اليسير في العروض بما لا يزيد عن نصف العشر (٥ / ١٠) وفي الحيوان بما لا يزيد عن العشر (١٠ / ١٠) ، وفي العقار بما لا يزيد عن الخمس (٢٠ / ١٠)^١ وفي كل ماله سعر معين بما لا يزيد عنه أو ينقص . وأساس اختلاف التقدير في هذه الأجناس هو متفاوت التفاوت بين تقديرات المقومين فيها ، فالعقار يختلفون فيه كثيراً ، والحيوان قليلاً ، والعروض أقل ، وماله سعر محدود لا يختلفون فيه قط ، وعلى هذا نستطيع أن نقول : إن أساس هذا التقدير هو الفاصل الأول ، وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين ، وما لا يدخل .

٢٥٨ -- والغبن اليسير يغتفر في العقود كلها ، لأن كونه غبناً غير متحقق ، والشئ المحتمل الوجود ، ولو على طريق الظن لا يكون سبباً في إبطال أو إيجاد

(١) البدائع الجزء السادس ص ٣٠ . هذا وبعض المذاهب يجد الغبن اليسير بما دون الثلث ، لقوله عليه السلام « والثالث كثير » وبعضهم يحدده بما دون السدس .

خلل في أمر محقق الوجود ، وهو العقد ، ولأن الغبن اليسير يقع كثيراً في العقود ، فكان سهل الاحتمال ، ولا ظلم فيه . وقد استثنى مسائل ، منها بيع التراكات المدينة بدين مستغرق في مرض الموت ، فإذا باع المريض بعض أمواله بغير ولو يسيراً وتركته مستغرقة بالدين ، ثم مات في مرضه هذا كان للدائنين أن يفسخوا البيع إلا أن يزيد المشتري بما يدفع الغبن (١) ؛ وذلك لأن حق الدائنين تعلق بمالية تركه المريض ، ومالية الأشياء تقدر بقيمتها ، فلا بد إذن أن نسلم لهم القيمة ، فإذا نقصت ولو بمقدار يتسامح الناس فيه عادة كان من حقهم المطالبة بسد هذا النقص .

أما الغبن الفاحش ، فإنه يؤثر في العقود التي يكون موضوعها أموال الأوقاف أو أموال المحجور عليهم ، أو أموال بيت المال ، لأن التصرف في هذه الأنواع من الأموال يجب أن يكون في دائرة المصلحة لها ، والفائدة الراجعة ، وليس من المصلحة في شيء أن تعقد هذه العقود مع ما فيها من غبن فاحش ؛ ولذا جاء في الدر المختار « إن بيع الوصي مال اليتيم بغير فاحش باطل ، وقيل فاسد ، ورجح (٢) ومثله التصرف في الوقف ومال بيت المال .

أما فيما عدا المسائل المستثناة ، ومنها ما سبق ، فالغبن الفاحش يختلف فيه على ثلاثة أقوال :

قال بعضهم إن المغبون ليس له حق الفسخ ، والعقد لازم ما لم يمنع لزوم سبب آخر ، وهذا الرأي هو المروي في كتب ظاهر الرأى ، وهو رأى أكثر الأئمة . ووجهه أن عقود المبادلات وهي التي يجري فيها الغبن عقود لارمة ، فيجب أن تصان عن الفسخ ما أمكن ، ولو أبيع لـكل من يناله غبن في بيع أن يفسخ لصعب الإلزام بها ، ولجـرى التشاح والنزاع في لزومها كثيراً ،

(١) كتاب المعاملات لأستاذنا الجليل الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك .

(٢) رسائل ابن عابدين الجزء الثاني ص ٧٤ .

ومن جهة أخرى إما أن يكون المغبون قد علم بالغبن وقت العقد أولاً ، فإن كان عالماً بالغبن وقت العقد فقد أقدم على بينة من أمره ، فالرضا بالعقد تام من كل الوجوه ، وإما أنه غير عالم بالغبن وقت العقد ، وفي هذه الحال كان يمكنه أن يعلم لو تأني ولم يتسرع فهو المقصر في حق النفس ، وعليه أن يذوق مغبة تقصيره ، ويبقى للعقد احترامها وصيانتها عن البطلان (١) .

وقال بعض الفقهاء للمغبون حق الفسخ بسبب هذا الغبن مطلقاً ، وهذا الرأي اختياره بعض الفقهاء ، ووجهه أن المغبون مظلوم ، والظلم يجب رفعه ، ومن جهة أخرى فمستحيل أن يرضى شخص بأن يظلم ، فلا بد أنه أدخل عليه ، وذلك يدل على أن كل غبن فاحش هو ضد الرضا إلا إذا كان من رضى به في عقله دخل .

وقال بعض الفقهاء ، وهو أعدل الأقوال وأمثلها إن كان الغبن بتغيير من العاقد الآخر أو دلال فالمغبون الحق في فسخ العقد ، لأن الغبن كان نتيجة تضليل وغش فكان المغبون معذوراً ، وكان رضاه على فرض عدم الغبن ، فإذا

(١) يرى الإمام أحمد بن حنبل أن الغبن لا يجيز للمغبون الفسخ إلا في ثلاث أحوال : الحال الأولى إذا تلقى شخص الركبان فباعهم أو اشترى منهم ، وهم لا يعلمون حال السوق ، فلهم الخيار إندهطوا السوق ، وهملوا أنهم قد غبنوا غبناً يخرج عن العادة ، لأن ذلك ضرب من الخدعة يمكن استدراكه بأثاث الخيار ، والثانية التجش ، وهو أن يزيد في السلعة شخص لا يريد شراء ليقر المشتري فله الخيار إذا غبن ، لأن التاجر خدع بالباطل ، إن في عمله تقرير بالمشتري وخدعة له — ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التجش وقال : الخدعة في النار ، وروى عن أحمد رضي الله عنه « أن البيع باطل ، لأن النهي يقضي البطلان عند أحمد على ما تبين في بحث الصحيح والفاصد ، والباطل) ، الثالثة عقود المسترسل إذا غبن ، والمسترسل هو الجاهل لقيمة السلعة ولا يحسن المبايعه . قال أحمد : « المسترسل الذي لا يحسن أن يماكس » ، وفي لفظ « الذي لا يماكس » فكأنه استرسل إلى الباطم فأخذ ما أعطاه من غير تباكس ولا معرفة بغيره . فشراء هذا الصنف من الناس يجيز له الفسخ إذا غبن غبناً فاحشاً (ملخص من الشرح الكبير — ٤ — ٧٧ ،

ظهر الغبن لم يصادفه رضا ، فلا بد من إعطاء المغبون حق الفسخ ، ليثبت رضاه بالعقد من جديد ، وبعد أن تبينت حاله من كل الوجوه . وهذا الرأي لاختاره أكثر المفتين ، ولأصحاب الشافعي أقوال تدل على قبوله ، وهو رأى فيه رفق بالناس ، وفيه فوق ذلك عدل ، ومنع لأن يكون الخس مثبتاً لحق من الحقوق . والحمد لله رب العالمين .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

رَفَع

عبد الرحمن النخعي
أستاذ الفقه والنحو

الفهرس

صفحة	الموضوع
٣	مقدمة
٥	لمامة موجزة بتاريخ الفقه الإسلامي
١٩	الفقه في عصر الصحابة : (من ١١ - ٤٠ هـ)
٢٩	• في عصر التابعين : (من أول عصر الدولة الأموية إلى قرب آخرها)
	• في عصر الأئمة : (من أول القرن الثاني الهجري إلى منتصف
٣١	القرن الرابع)
٣٧	١ - أبو حنيفة : (٨٠ - ١٥٠ هـ)
٤٠	٢ - مالك : (٩٣ - ١٧٩ هـ)
٤٢	٣ - الشافعي : (١٥٠ - ٢٠٤ هـ)
٤٣	٤ - أحمد بن حنبل : (١٦٤ - ٢٤١ هـ)
٤٥	الفقه في دور التقليد : من منتصف القرن الرابع إلى الآن

الكتاب الأول

(في الأموال والملكية)

٥١	المال
٥٦	التميمي والمثل
٦٤	المقار والمنقول
٧٠	العلاقة بين الإنسان والمال
٧٣	قابلية الأموال للملك والتملك
٧٤	الملكية التامة والناقصة
٨٣	خواص ملك المنفعة وحق الانتفاع
٨٣	ضمان العين المنتفع بها

الصفحة	الموضوع
٨٦	حقوق الارتفاق
٨٧	حق الشرب والمجرى
٨٧	القسم الأول : الأنهار الكبيرة
٨٨	القسم الثاني : المياه التي تجري جرياناً متتابعاً في ملك خاص
٩٢	القسم الثالث : المياه المحرزة
٩٨	اصلاح الأنهر والمساقى
١٠٠	حق المسيل
١٠١	حق المرور
١٠٥	التصرف في حقوق الارتفاق
١١١	حقوق الجوار
١٢١	أسباب الملك التام
١٢٢	إحياء الموات
١٢٢	إحياء الموات في القانون المدني المصري
١٢٨	الاستيلاء على الركاز
١٥٦	الصيد
١٥٨	حياسة المباح
١٦٠	وضع اليد مدة طويلة
١٦٢	نزع الملك من غير رضا صاحبه
١٦٥	الشفعة
١٧٥	شروط الشفعة
١٨٢	طلب الشفعة
١٨٧	الملك بالشفعة
١٩٤	مستقطات الشفعة

الكتاب الثاني

(نظرية العقد في الشريعة الإسلامية)

١٩٩	العقد
٢٠٢	ركن العقد
٢٠٥	خيار المجلس
٢١٢	الإرادة المنفردة ، وأثرها للانزاع
٢١٦	(أ) الوقف
٢١٨	(ب) الإبرام
٢١٩	(ج) الكفالة
٢٢١	الرضا
٢٢٥	التصرفات تنقسم إلى قسمين
٢٢٤	الألفاظ
٢٤٢	النية والألفاظ
٢٥٠	الإرادة وآثار العقود
٢٥٨	حرية التعاقد وما يجب الوفاء به
٢٦٧	الاستحسان
٢٧٠	المصالح المرسله
٢٧٢	الشروط المقرنة بالعقود
٢٨٤	صيغة العتد ومقدار اتصالها بأثاره
٢٩٤	محل العقد
٣٠٢	العاقده
٣٠٢	الأهلية
٣١٢	أهلية الأداء
٣٢٩	أهلية المرأة في الشريعة الإسلامية

الصفحة	الموضوع
٢٤٨	المريض مريض الموت
٣٧١	أهلية المريض مريض الموت في القانون المدني المصري
٣٧٩	الولاية
٣٨١	العقد بالوكالة عن صاحب الشأن
٣٩٤	الفضولي
٤٠٢	تولى العاقد الواحد صيغة العقد عن الجانبين
٤٠٩	أوصاف العقد
٤٢٠	أقسام العقد الصحيح
٤٢٥	الخيارات
٤٢٧	خيار التعيين
٤٣١	خيار الشرط
٤٢٨	خيار الرؤية
٤٤٥	خيار العيب
٤٥٠	الفسخ بالخيارات وحاجته إلى القضاء
٤٥٢	ورثة الخيار
٤٥٣	عيوب العقد
٤٥٣	الإكراه
٤٥٩	الغلط
٤٦١	الغبن والتفريط

رقم الإيداع ١٩٧٧/٣٧٢٢

التزقيم الدولي ٦ - ٦١ - ٣٠٦