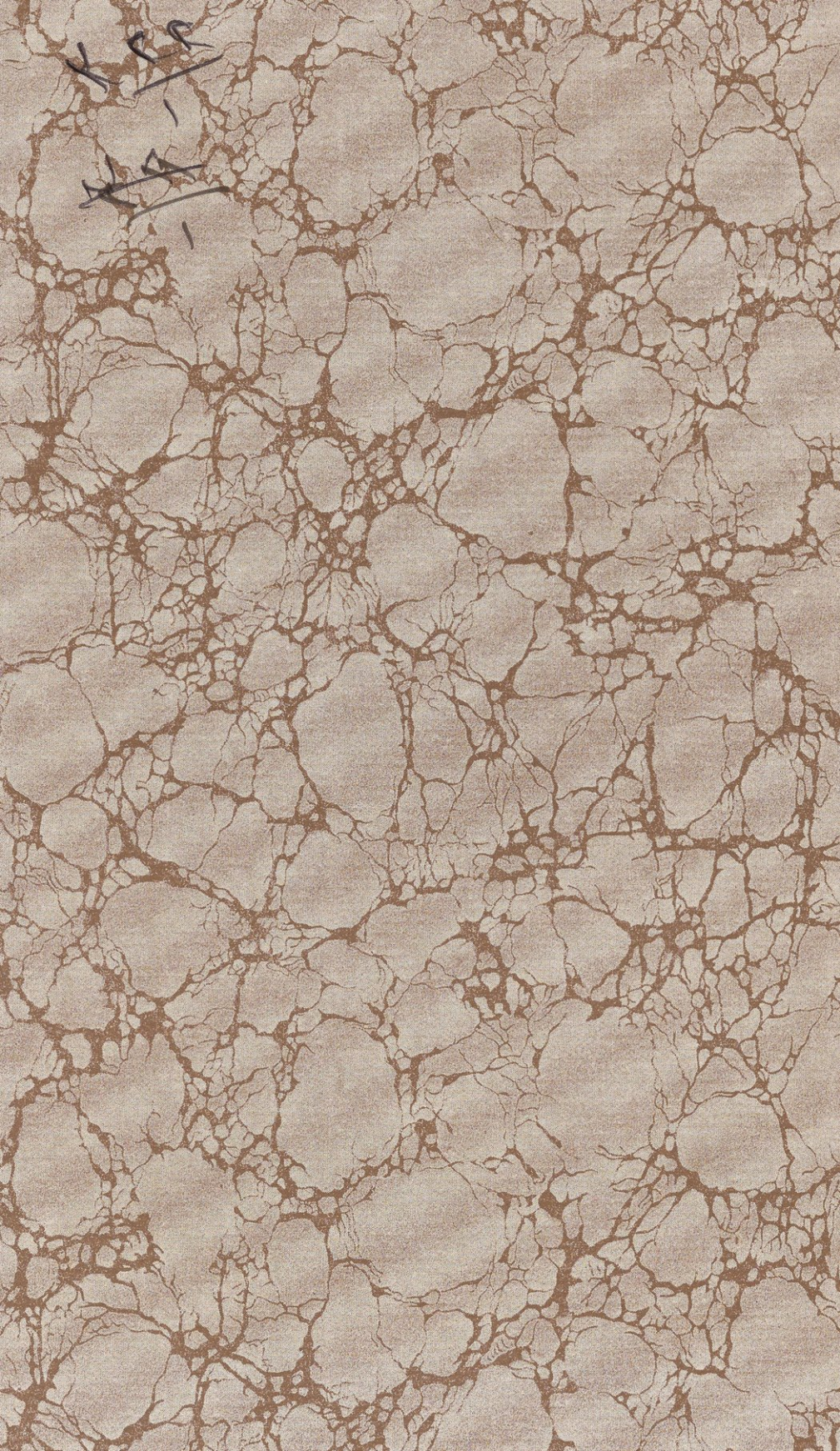


AMERICAN
American University of Beirut
University Libraries



Donated by
**Mufti Sheikh Hassan
Khaled**

معمل التخليد الفني
صالح الدقتر
بيروت - تلفون ٣٠٧٦٢٨
RELIQUE MODERNE
BEYROUTH Tél. 307628



A.U.B. LIBRARY

26

مصادر الحق

فی

الفقه الإسلامی

جَامِعُ الْإِسْلَامِ الْعَرَبِيِّ

مَعْهَدُ الدِّرَاسَاتِ الْعَرَبِيَّةِ الْعَالِيَةِ

مَصَادِرُ الْحَقِّ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

دراسة مقارنة بالفقه الغربي

(١)

مقدمة — صيغته العقد

ألقاها

عبدلرزاق السنهوري

(على طلبة قسم الدراسات القانونية)

١٩٥٣ — ١٩٥٤

تمهيد — د

نحر بر الموضوع وبيانه اهميته :

مصادر الحق هي الاسباب التي تنشئ الحق قانوناً . والحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون . فلا يدخل في بحثنا إذن لا الحقوق العامة ولا الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية ، لأنها ، وإن كانت حقوقاً ، ليست بذات قيمة مالية . وينحصر البحث في الحقوق ذات القيمة المالية ، وهي الحقوق الشخصية والحقوق العينية كما تسمى في لغة الفقه الغربي .

والموضوع بهذا التحديد بالغ الأهمية . فالتمييز بين الحق الشخصي والحق العيني تمييز جوهري في الفقه الغربي ، بل هو بمثابة العمود الفقري في القوانين الغربية التي اشتقت من القانون الروماني . ومصادر الحق ، سواء كان الحق شخصياً أو عيانياً ، من أدق الموضوعات وأكثرها غموضاً في الفقه الغربي . فنحن إذن نعلم إلى موضوع هو من أهم الموضوعات وأدقها في الفقه الغربي نحاول أن نعالجه في الفقه الإسلامي . وبذلك نضع الفقه الإسلامي إلى جانب الفقه الغربي فيما هو هام جوهري ، وفيما هو دقيق خفي . ونعالج الفقه الإسلامي بأساليب الفقه الغربي . فنبحث هل يوجد في الفقه الإسلامي حق شخصي وحق عيني بالمعنى المعروف في القوانين الغربية المشتقة من القانون الروماني ؟ وهل يمكن تقصى مصادر الحقوق الشخصية ومصادر الحقوق العينية ؟ وهل يمكن إرجاع هذه المصادر جميعاً إلى مصدرين اثنين ، هما التصرف القانوني (acte juridique) والواقعة القانونية (fait juridique) بالمعاني والحدود المعروفة في القوانين الغربية ؟

هذا ما سنحاول معالجته في هذا البحث . ولا شك في أن دقة الموضوع

تقتضى إعادة البحث مرة بعد أخرى . فلن تكون هذه المرة الأولى إلا تمهيداً
للهرات التي ستأتى بعدها بمشيئة الله .

خطة البحث :

ونراعى فى بحثنا هذا الأمور الآتية :

(أولاً) لا يعيننا أن نحشد طائفة من المعلومات الفقهية والقانونية أكثر
من أن نرسم طريقة بحث علمية صحيحة .

(ثانياً) إذا كنا سنجرى فى بحثنا على أساليب الفقه الغربى ، فإن المصادر
التي سنستند إليها هى المصادر الإسلامية ، بل هى المصادر الأولى فى الفقه
الإسلامى ، فراجع إلى أمهات الكتب المعتمدة فى المذاهب المختلفة ، وننقل
النصوص ذاتها كما وردت فى هذه الكتب ، ونرجع كذلك عند الحاجة إلى كتب
الفقهاء المحدثين (١) ، وبحوثهم وإلى المستشرقين ممن كتبوا فى الفقه الإسلامى (٢) .

(ثالثاً) لن يكون همنا فى هذا البحث إخفاء ما بين الفقه الإسلامى والفقه
الغربى من فروق فى الصنعة والأسلوب والتصوير ، بل على النقيض من ذلك
سنعنى بإبراز هذه الفروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامى بطابعه الخاص . ولن
نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى على أسس
موهومة أو خاطئة ، فإن الفقه الإسلامى نظام قانونى عظيم له صنعة يستقل
بها ، ويتميز عن سائر النظم القانونية فى صياغته . وتقضى الدقة والأمانة العلمية

(١) نقصد بالفقهاء المحدثين الفقهاء الذين كتبوا فى الفقه الإسلامى فى عصرنا هذا وبسطوا مسائله
فى لغة قريبة إلى مدارك هذا العصر ليقرّبوها إلى أذهان الدارسين . وهى مدرسة تنتظم
طائفة من رجال الفقه ادوا إلى الفقه الإسلامى خدمة جليلة بما نشروا من متون وشروح وبحوث
ولعلنا لانخطئ إذا اعتبرنا المفورله محمد قدرى باشا زعيم هذه المدرسة أو هو رائدها الأول .

(٢) علماء الغرب الذين كتبوا فى الفقه الإسلامى كثيرون . ولكن غالبيتهم مستشرقون
من غير رجال القانون ، وقلتهم من رجال القانون غير المستشرقين ، ويندر أن نجسد فيهم
مستشرقاً من رجال القانون .

علينا أن نحفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه . ونحن في هذا أشد حرصا من بعض الفقهاء المحدثين ، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقريب الفقه الإسلامي من الفقه الغربي ، ولا يعنينا أن يكون الفقه الإسلامي قريبا من الفقه الغربي ، فإن هذا لا يكسب الفقه الإسلامي قوة ، بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والابتداع ، وهو جانب للفقه الإسلامي منه حظ عظيم .

(رابعاً) وسنحاول بقدر ما يتيسر لنا من الأسباب أن نحدد اتجاه الاجتهاد الفقهي في مراحل المتعاقبة ، حتى نتيبين من وراء ذلك سير هذا الاجتهاد ، فتابعه في تطوره إلى حيث يقف بنا في آخر خطواته ، ثم ننظر إلى أين كان يصل لو أنه تابع تطوره ، ونفعل ذلك في كثير من الأناة والحرص .

وسنقدم لبحثنا هذا بكلمة في الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي واستقصاء مصادر كل منهما ، حتى نردها جميعا إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية . ثم نجعل البحث في قسمين ، نفرّد القسم الأول منهما للتصرفات القانونية وأهمها العقد ، ونستعرض في القسم الثاني الوقائع القانونية .

مقدمة

الحق الشخصي والحق العيني ومصادر كل منهما

في الفقه الإسلامي

الحق والرخصة في الفقه العربي — منزلة وسطى :

سبق أن عرفنا الحق بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون. وقبل أن ننتقل إلى تقسيم الحق إلى شخصي وعيني، نشير إلى الفرق بين الحق والرخصة. فالحق هو ما عرفناه. أما الرخصة فهي مكنته واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة. ذلك أن الشخص، في حدود القانون، له حرية العمل والتنقل والتعاقد والتملك وغير ذلك من الحريات العامة. فإذا وقفنا عند واحدة من هذه الحريات، حرية التملك مثلاً، أمكن أن نقول، في سبيل المقابلة ما بين الحق والرخصة، إن حرية التملك رخصة أما الملكية حق.

وما بين الرخصة والحق توجد منزلة وسطى، هي أعلى من الرخصة وأدنى من الحق. ونستبقى مثلنا السابق وهو حرية التملك. فحق التملك وحق الملك، الأول رخصة والثاني حق. وما بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يملك. فلو أن شخصاً رأى داراً أعجبهته ورغب في شرائها، فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع، كان له حق التملك عامة في الدار وفي غيرها، فهذه رخصة. وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار، وهذا حق. ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب في منزلة وسطى بين الرخصة والحق بالنسبة إلى الدار. فهو من جهة ليس له فحسب مجرد رخصة في تملك الدار كغيرها من الأعيان التي لا يملكها. وهو من جهة أخرى لم يبلغ أن

يصبح صاحب الملك في الدار . بل هو بين بين . له أكثر من رخصة التملك وأقل من حق الملك . له الحق في أن يملك . إذ يستطيع بقبوله البيع ، أي بإرادته وحده ، أن يصبح مالكا للدار .

ولم يصل الفقه الغربي إلى تبين هذه المنزلة الوسطى إلا حيث ارتقى ووصل في الرقي إلى مرحلة بعيدة . نرى ذلك في الفقه الجرمانى الحديث . ويدعو الفقيه فون تور (Von Tuhr)^(١) هذه المنزلة الوسطى « بالحق المنشئ » (droit formateur) ، ويعرفه بأنه « مكنة تعطى للشخص ، بسبب مركز قانونى خاص ، في أن يحدث أثراً قانونياً بمحض إرادته »^(٢) . ويأتى بأمثلة لهذا الحق المنشئ يذكر منها : حق من وجه إليه الإيجاب ، وحق المسترد في أن يسترد الحصة المبيعة ، وحق البائع وفاء في أن يسترد المبيع ، وحق الشفيع في أن يأخذ بالشفعة .

هذه المنزلة الوسطى يعرفها الفقه الإسلامى :

نبه إلى وجود هذه المنزلة الوسطى في الفقه الإسلامى الأستاذ شفيق شحاته في كتابه في « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية »^(٣) ، إذ يستعرض المقبوض في الدين المشترك ، وهو الدين الذى يملكه أكثر من دائن واحد فإذا قبض أحد الدائنين شيئاً منه ، كان للباقي حق في المقبوض هو هذه المنزلة الوسطى . ويقول في هذا الصدد : « المقبوض هو إذن ملك القابض خاصة ، على أن للدائن الشريك حقاً ثابتاً في الشيء المقبوض ، وبموجب هذا الحق يستحق هذا الدائن الشريك بعضاً مما قبض القابض ولو أنه لا يستطيع تتبع المقبوض بين يدي الغير ... هذا الحق هو إذن حق شبه عيني ، فصاحبه ليس له

(١) جزء أول ص ١٩ - ص ٢١ .

(٢) وهذا ما يقول بلفظه .

« La faculté appartenant à une personne, en raison d'une situation Juridique spéciale, de produire, par sa seule volonté, un effet juridique »

(٣) ص ٢٦٥ - ص ٢٦٧ .

حق ملكية ، بل حق في أن يملك ، ولهذا الحق نظائر في الشرع . وإذا كنا لا نشارك الأستاذ شفيق شحاته في تكليف هذا الحق بأنه « شبه عيني » ، ونرى أنه ليس حقاً بل هو منزلة وسطى بين الحق والرخصة كما أسلفنا القول ، إلا أننا نتفق معه فيما ذهب إليه من أن للدائن الشريك حقاً ما في الشيء المقبوض ، ليس مجرد رخصة وليس حق ملك كامل ، ولكنه حق في أن يملك نصيبه في الشيء المقبوض إذا هو أعلن إرادته في ذلك . وقد وجد الأستاذ شفيق شحاته نظائر لهذا « الحق » في الشرع الإسلامي . من ذلك حق المجنى عليه في العبد الجاني ، فإنه بدفع العبد يصبح مملوكاً للمجنى عليه ، على أنه إذا تصرف المولى في العبد قبل الدفع ينقلب حق المجنى عليه إلى مجرد تعويض . ومن ذلك أيضاً من وقع في سهمه عبد قد أسره المشركون من رجل من المسلمين كان ملكاً له ، فلهولاه الأول أخذه بالقيمة ، فإن تصرف فيه الذي وقع في قسمه جاز تصرفه ولم يكن للمولى فسخه .

وبما يقطع في وجود هذه المنزلة الوسطى في الفقه الإسلامي أن القرافي في « الفروق » يقابل ، في عبارات صريحة ، ما بينها وبين الرخصة ، فيقول عن صاحب الرخصة « من ملك أن يملك » ، وعن صاحب المنزلة الوسطى « من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتملك » ، وينكر على الأول أن يكون مالكا إطلاقاً ويجعل الثاني محلاً للنظر . وتنقل ما يقوله في هذا الصدد :

« أعلم أن جماعة من مشايخ المذهب رضى الله عنهم أطلقوا عباراتهم بقولهم من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا ، قولان ... وليس الأمر كذلك بل هذه القاعدة باطلة ... وبيان بطلانها أن الإنسان يملك أن يملك أربعين شاة ، فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكا الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه على أحد القولين ! وإذا كان الآن قادراً على أن يتزوج ، فهل يجرى في وجوب الصداق والنفقة عليه قولان قبل أن يخطب المرأة لأنه ملك أن يملك عصمتها ! والإنسان مالك أن يملك خادماً أو دابة ، فهل يقول أحد إنه يعد الآن مالكا لهما فيجب عليه كليتهما ومؤونتهما على قول من الأقوال الشاذة أو الجادة ! بل هذا

لا يتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل والفقه . وكذلك الإنسان يملك أن يشتري أقاربه ، فهل يعده أحد من الفقهاء مالكا لقريبه فيعتقه عليه قبل شرائه على أحد القوانين في هذه القاعدة على زعم من اعتقدها ! بل هذا كله باطل بالضرورة . ونظائر هذه الفروع كثيرة لا تعد ولا تحصى ، ولا يمكن أن نجعل هذه من قواعد الشريعة البتة . بل القاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة شرعية ، ويجرى فيها الخلاف في بعض فروعها لا في كلها ، أن من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتملك هل يعطى حكم من ملك ؟ قد يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع ، ولذلك مسائل : (المسألة الأولى) إذا حيزت الغنيمة فقد انعقد للجهاديين سبب المطالبة بالقسمة والتملك ، فهل يعدون مالكين لذلك أم لا ؟ قولان ، فقليل يملكون بالحوز والأخذ وهو مذهب الشافعي رضى الله عنه ، وقيل لا يملكون إلا بالقسمة وهو مذهب مالك رحمه الله . . . (المسألة الرابعة) الشريك في الشفعة إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضى المطالبة بأن يترك الشخص المبيع بالشفعة ، ولم أر خلافا في أنه غير مالك . (المسألة الخامسة) الفقير وغيره من المسلمين له سبب يقتضى أن يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره أو غير ذلك من الصفات الموجبة للاستحقاق ، كالجهاد والقضاء والفتيا والقسمة بين الناس أملا كههم وغير ذلك مما شأن الإنسان أن يعطى لأجله ، فإذا سرق هل يعد كالمالك فلا يجب عليه الحد لو جرد سبب المطالبة بالتملك ، أو يجب عليه القطع لأنه لا يعد مالكا وهو المشهور ؟ قولان . فهذه القاعدة على ما فيها من القوة من جهة قولنا جرى له سبب التملك في تمشيتها عسر لأجل كثرة النقوض عليها . أما هذا المفهوم وهو قولنا من ملك أن يملك مطلقاً من غير جريان سبب يقتضى مطالبته بالتملك ولا غير ذلك من القيود ، فهذا جعله قاعدة شرعية ظاهرة البطلان لضعف المناسبة جداً أو لعدمها البتة . أما إذا قلنا انعقد له سبب يقتضى المطالبة بالتملك ، فهو مناسب لأن يعد مالكا من حيث الجملة ، تنزيلاً لسبب السبب منزلة السبب ، وإقامة للسبب البعيد مقام السبب القريب ، فهذا يمكن أن يتخيل وقوعه قاعدة

في الشريعة . أما مجرد ما ذكره فليس فيه إلا مجرد الإمكان والقبول للملك ، وذلك في غاية البعد عن المناسبة ، فلا يمكن جعله قاعدة ^(١) .

ويتبين مما نقلناه عن القرافي أنه يميز بين أوضاع ثلاثة :

(أولا) وضع من ملك أن يملك ، كمن ملك أن يملك أربعين شاة ومن ملك أن يتزوج ومن ملك أن يملك خادما أو دابة ومن ملك أن يشتري أقاربه إذا كانوا عبيدا . هؤلاء جميعا لا يملكون ، فلا يجب على الأول الزكاة ، ولا على الثاني الصداق والنفقة ، ولا على الثالث الكلفة والمؤونة ، ولا على الرابع العتق . وترجمة ذلك إلى لغة الفقه الغربي أن هؤلاء جميعا ليس لهم حق الملك ، وإنما لهم رخصة التملك ، والرخصة ليست بحق .

(ثانيا) وضع من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك ، كما في حيازة الغنيمة بالنسبة إلى المجاهدين وفي بيع الشريك لنصيبه بالنسبة إلى شريكه الشفيع ، وفي بيت المال بالنسبة إلى المستحق لفقر أو جهاد أو غير ذلك . هؤلاء أيضا ، على خلاف في الرأي ، لا يملكون بمجرد جريان السبب الذي يقتضي المطالبة بالتملك . فالمجاهد لا يملك الغنيمة إلا بالقسمة ، والشفيع لا يملك الشخص المبيع إلا إذا أخذ بالشفعة ، والفقير لا يملك شيئا من بيت المال إلا إذا طالب فأعطى وقبل ذلك إذا سرق وجب عليه الحد . وترجمة ذلك إلى لغة الفقه الغربي أن هذه هي المنزلة الوسطى بين رخصة التملك وحق الملك ، فهي دون الملك وفوق الرخصة .

(ثالثا) وضع من جرى له سبب الملك ، كمن اشترى أرضا أو شفع في دار ، فهذا هو الذي له حق الملك .

والذي يعيننا في بحثنا هذا هو الحق ذاته ، لا الرخصة ولا هذه المنزلة الوسطى . ونبحث في هذا الصدد مسألتين :

(١) الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي .

(٢) حصر مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، شخصيا كان الحق أو عينيا .

الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي

الحق، في الفقه الغربي المشتق من القانون الروماني، إما شخصي أو عيني فالحق الشخصي أو الالتزام هو رابطة ما بين شخصين دائن ومدين، بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . والحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص على عين بالذات .

فهل في الفقه الإسلامي نظير للحق الشخصي وللحق العيني بالمعنى الذي قدمناه ؟ ننظر ذلك في مبحثين متعاقبين ، أولهما للحق الشخصي أو الالتزام والثاني للحق العيني .

(أولا) الحق الشخصي أو الالتزام

التعبير مستعار من الفقه الغربي :

الحق الشخصي أو الالتزام تعبير استعيرناه من الفقه الغربي ، وإلا فالفقه الإسلامي لا يرد فيه عادة هذا التعبير . وسنرى أن سبب ذلك يرجع إلى أن مانسميه بالحق الشخصي أو الالتزام يشتمل في الفقه الإسلامي على عدة روابط قانونية متميزة بعضها عن بعض ، ولم يحاول علماء الفقه الإسلامي أن يدمجوا هذه الروابط في وحدة تنظمها جميعا فيعبروا عنها بالحق الشخصي أو الالتزام .

يستعمل فقهاء الشرع الإسلامي في بعض الحالات لفظ «الحق» ، ويريدون به جميع الحقوق المالية وغير المالية ، فيقولون حق الله وحق العبد . ويستعملون لفظ «الحقوق» ، ويريدون به في حالات حقوق الارتفاق ، وفي حالات أخرى ما ينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذي يعتبر حكم العقد ، فعقد البيع

حكمه نقل ملكية المبيع وحقوقه تسليم المبيع ودفع الثمن . ويستعملون أحيانا لفظ « الالتزام » ، ويريدون به غالبا الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة ، ونادرا الالتزامات التي تنشأ عن العقد . أما الالتزامات التي تنشأ عن غير العقد أو التي تنشأ عن المسؤولية العقدية ، أى الالتزامات التي تنشأ عن المسؤولية بوجه عام ، تقصيرية كانت أو عقدية ، فتسمى بالضمانات .

فإذا أردنا أن نورد تعبيراً فقهيًا يقابل لفظ « الالتزام » بالمعنى المعروف في الفقه الغربى ، وجب أن نستعمل تعبيرين هما « الالتزام » و « الضمان » ، ولا نكون بعد ذلك قد استنفدنا جميع الالتزامات التي تنشأ عن مصادرهما المختلفة . فلنقتصر إذن على لفظ « الالتزام » بمعناه المعروف في الفقه الغربى .

الالتزام يشتمل على روابط قانونية متعددة :

قدمنا أن الالتزام يشتمل على عدة من الروابط المتميزة بعضها عن بعض في الفقه الإسلامى . ويمكن القول إن هذه الروابط لا تقل عن أربع . فهناك :

(١) التزام بالدين (٢) والتزام بالعين (٣) والتزام بالعمل (٤) والتزام بالتوثيق .

الالتزام بالدين :

فالالتزام بالدين ، أو الدين فحسب ، هو التزام محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية . وهذا هو الذى يتعلق بالذمة . وعرف صاحب « مرشد الخيران » الدين بأنه ماوجب فى ذمة المدين بعقد استهلاك مال أو ضمان غصب (م ١٦٨) .

والصحيح أن مصادر الدين تزيد على ما ذكره « مرشد الخيران » . فهى أولا العقد ، كالقرض يلتزم به المقرض أن يرد للمقرض مبلغا من النقود أو أشياء مثلية يكون قد اقترضها منه ، وكالبيع إذا كان الثمن نقوداً أو أشياء مثلية يلتزم به المشتري أن يدفع هذا الثمن للبائع ، أما التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري فهذا التزام بالعين كما سنرى . وهى ثانياً الإرادة المنفردة ، كالنذر

والهبة والوصية ، إذا كان محل ذلك نقوداً أو مثليات . وهي ثالثا العمل غير المشروع ، ولا يقتصر ذلك على الغصب كما ذكر صاحب « مرشد الخيران » . فكل ضمان ينشأ عن غير العقد ، كغصب أو سرقة أو إتلاف ، يكون محله عوض الشيء المضمون . وهذا العوض إما أن يكون مبلغا من النقود هي قيمة الشيء المضمون إذا كان قيميا ، وإما أن يكون جملة من الأشياء المثلية إذا كان الشيء المضمون مثليا . وهي رابعا الإثراء بلا سبب في بعض الحالات ، فمن دفع شيئا ظانا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق (م ٢٠٧ مرشد الخيران) ، فإذا كان هذا الشيء نقودا أو مثليات كان الرجوع بدين متعلق بالذمة . وهي خامسا الشرع ذاته ، كالالتزام بالنفقة ومحله عادة مبلغ من النقود فهو دين متعلق بالذمة .

التزام بالعين .

والالتزام بالعين هو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تملك منفعتها أو تسليمها أو حفظها ، كتمليك أرض معروفة الحدود أو منفعة دار أو تسليم عبد أو حفظ حيوان .

ومن مصادر الالتزام بالعين الإرادة المنفردة كالوصية بعين معينة ، والعمل غير المشروع كغصب عين ينشئ التزاما بردها ، أما إذا هلكت العين فإن الالتزام بها يتحول إلى التزام بدين هو رد القيمة أو المثل ، والإثراء بلا سبب كالوفاء بعين غير واجبة فعلى المستوفى رد العين . على أن أكثر حالات الالتزام بالعين يكون مصدرها العقد . فالبيع إذا وقع على عين معينة بالذات ينشئ التزاما على البائع بتمليكها للمشتري ، والأولى في الفقه الإسلامي أن يقال إن العقد ينقل الملك دون أن يسبق ذلك أي التزام . وإيجار العين ينشئ التزاما على المؤجر بتمليك منفعة العين للمستأجر . وكل من البيع والإيجار ينشئ التزاما بتسليم العين المبيعة للمشتري أو بتسليم العين المؤجرة

للمستأجر . والوديعة تنشئ التزاما على المودع عنده بحفظ العين المودعة (١).

الالتزام بالعمل :

والالتزام بالعمل هو التزام محله صنع شيء معين بعقد استصناع أو أداء خدمة معينة بعقد إيجار .

فالاستصناع هو طلب عمل شيء خاص على وجه معين مادته من الصانع (٢) وتجوز إجارة الأدي للخدمة أو لغيرها من أنواع العمل ، مع بيان المدة أو تعيين قدر العمل وكيفيته . والأجير قسمان ، خاص ومشترك ، فالأجير الخاص هو الذي يعمل لشخص معين مع اشتراط التخصيص عليه ، وليس له أن يعمل في مدة الاجارة لغير مستأجره . والأجير المشترك هو الذي يعمل لواحد مخصوص كالمصانع والمقاول . فالأجير الخاص يؤجر كل وقته للعمل ، أما الأجير المشترك فيؤجر نفسه لعمل معين (٣)

الالتزام بالتوثيق :

والالتزام بالتوثيق محله كفالة التزام ، ومصدره عقد الكفالة . وقد يكون الالتزام المكفول به التزاما بالدين أو التزاما بالعين ويدخل في ذلك الالتزام

(١) وقد عدد صاحب مرشد الحيران حالات الالتزام بالعين التي يكون مصدرها العقد في المواد من ٢٦٣ الى ٢٦٥ على الوجه الآتي :
م ٢٦٣ - يصح ان يرد العقد على الاعيان منقولة كانت أو عقارا لتمليكها بعوض أو بغير عوض .

م ٢٦٤ - يصح ان يرد العقد على الاعيان لحفظها وديعة ، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً ورد بدلها (ويلاحظ هنا أن الالتزام الناشئ من الاستهلاك بالقرض هو التزام بدين لا بعين) .

م ٢٦٥ - يجوز ورود العقد على منافع الاعيان للانتفاع بها بعوض اجارة ، أو بغير عوض ائارة ، ورد عينها لصاحبها (وقد أغفل صاحب مرشد الحيران النص على الالتزام بالتسليم)
(٢) وقيل انه ينعقد على العين لا على عمل الصانع ، فيكون التزاما بعين لا التزاما بعمل ، حتى ان الصانع لو جاء بشيء من صنع غيره موافق للاوصاف ألزم به المستصنع . ولكن الصحيح ان العقد ينعقد على عمل الصانع لا على العين ، فهو التزام بعمل لا التزام بعين .

(٣) انظر المادة ٢٦٦ من مرشد الحيران .

بالتسليم على الوجه الذى سنبينه فيما بعد . وهناك الكفيل بالنفس ، والمكفول به فى هذه الحالة هو إحضار المكفول ، وبرأ الكفيل بتسليمه المكفول للمكفول له ، حيث تمكنه مخاصمته ولو فى غير مجلس الحكم مالم يشترط تسليمه فيه .

ومن ذلك نرى أن الالتزام بالتوثيق إما أن يكون التزاما تبعا لالتزام بدين أو بعين ، وإما أن يكون التزاما أصليا فى الكفالة بالنفس .

الدين والعين :

هذه هى أنواع الالتزام المختلفة ، يتميز بعضها عن بعض كما رأينا ، ولا يدجها فقهاء الشرع الإسلامى فى نوع واحد يسمونه الالتزام كما يفعل الفقه الغربى . ومن بين هذه الأنواع المتعددة ليس إلا الالتزام بالدين هو الذى يتعلق بذمة المدين ، أما الالتزامات الأخرى فلا تتعلق بالذمة إلا إذا تحولت إلى التزامات بدين على الوجه الآتى :

فى الالتزام بتملك العين أو منفعتها ينتقل الملك فى الحال ، فلا تتحقق صورة يتعلق فيها الالتزام دينا فى الذمة . وقد قدمنا أن هذا لا يعد التزاما فى الفقه الإسلامى ، فالعقد هو بذاته الذى ينقل الملكية .

وفى الالتزام بتسليم العين أو بحفظها قد يتحقق سبب الضمان فى بعض الحالات ، فيتحول هذا الالتزام إلى التزام بدفع قيمة العين ، فيكون دينا متعلقا بالذمة .

وفى الالتزام بالعمل قد يستأذن القاضى فى بعض الحالات أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين ، فيتحول الالتزام دينا فى الذمة بقدر هذه النفقة . وفى الالتزام بالتوثيق إذا كانت الكفالة بدين كانت هى أيضا دينا يتعلق بالذمة ، وإذا كانت الكفالة بعين فانها تتحول إلى دين بتحول الالتزام المكفول به . أما الكفالة بالنفس ، وهى التزام أصلى ، فلا تتحول إلى دين يتعلق بالذمة بل إن جزاءها ، إذا لم يحضر الكفيل المكفول ، أن يحبس

الكفيل مالم يظهر عجزه وعدم اقتداره على إحضار المكفول ، ولا يلتزم الكفيل بأداء الدين الذى فى ذمة المكفول .

ونرى من ذلك أن الالتزام بالدين والالتزام بالعين هما الالتزامان اللذان يرد إليهما فى النهاية كل التزام فى الفقه الإسلامى . فنقتصر عليهما ، وندعوهما كما يدعيان عادة بالدين والعين .

التمييز بين الدين والعين غير التمييز بين الحق الشخصى والحق العيى :

وظاهر مما قدمناه أن التمييز بين الدين والعين غير التمييز بين الحق الشخصى والحق العيى . فالدين ليس كل الحق الشخصى ، بل هو صورة من صورته . والعين تستغرق الحق العيى وبعضا من الحق الشخصى هو الالتزام بالعين . ومن ثم فالدين أضيق من الحق الشخصى ، والعين أوسع من الحق العيى . ويخلى بعض الفقهاء المحدثين عندما يقررون أن الفقه الإسلامى قديم تمييزاً واضحاً بين الحق الشخصى والحق العيى ويوردون التمييز بين الدين والعين ، أو بين الدين والحق العيى ، كأنه هو التمييز بين الحق الشخصى والحق العيى^(١) . وعندنا أنه

(١) من ذلك ما قرره الأستاذ مصطفى الزرقا فى الجزء الثانى من كتابه « الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد » (دمشق سنة ١٩٤٩ طبعة ثانية) . فهو فى موضع من هذا الكتاب (ص ٦٠ - ص ٦١) يجعل الالتزام شاملاً للالتزام بالدين والالتزام بالعين ، وهذا صحيح . ولكنه فى موضعين آخرين يخلط تارة بين الحق الشخصى والدين . وطورا بين الحق العيى والعين . فيقول فى ص ١٦ : « ومما تجب ملاحظته أن الحق العيى يجب أن يكون الشيء الذى هو موضوعه معيناً بذاته كى تنصب عليه سلطة صاحب الحق مباشرة بلا واسطة ، فإذا لم يكن موضوعه متعينا فى الخارج بل ثابتا فى الذمة كالدين لا يكون الحق عينيا بل شخصيا » . ويمثل لهذا الدين الثابت فى الذمة الذى أورده فى آخر عبارته بحق المفصوب منه على الفاصب أن يرد المفصوب الى المكان الذى غصبه منه . وهذا الحق فى الفقه الإسلامى عين لادين وجعله ديناً لادخاله فى نطاق الحق الشخصى هو حصر للحق الشخصى فى الدين ، وقد رأينا أن الحق الشخصى أوسع نطاقا . ثم يقول الأستاذ الزرقا فى ص ٢٠ : « كثيرا ما ينقلب الحق العيى الى شخصى .. كما فى المفصوب ، فانه مادام باقية عينه على حالها فى يد الفاصب فللمالك حق عينى فيه يسوغه طلب استرداده » . وهنا يبدو أن المؤلف رجع عن اعتبار حق المفصوب منه على الفاصب فى أن يرد المفصوب ديناً ، ولكن ليعتبره حقا عينيا . والصحيح أن هذا الحق شخصى لا عينى ، والذى أوقع اللبس فيه أنه عين لا دين فخلط بالحق العيى هنا ، ثم هو شخصى لا عينى ، فخلط بالدين هناك . انظر أيضا ص ٢٠ من هذا الكتاب حيث يذهب المؤلف الى أن الوفاء بمقابل يقلب الحق الشخصى حقا عينيا ، والصحيح أن حق الدائن بقى حقا شخصيا حتى انقضى بالوفاء ، ولم ينقلب الى حق عينى .

لا حاجة إطلاقاً للقول بأن الفقه الإسلامي يعرف التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني ، بل يجب على النقيض من ذلك إبراز أن التمييز بين الدين والعين وهو التمييز الذي يعرفه الفقه الإسلامي ، هو غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الغربي المشتق من القانون الروماني ، فلكل فقه صناعته التي يتميز بها . وفي هذا دليل واضح على أن الفقه الإسلامي لا تربطه بالقانون الروماني صلة ، وإلا لانتقل التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني إلى الفقه الإسلامي كما انتقل إلى كل قانون اشتق من القانون الروماني (١) .

بروز التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي — نظرية الذمة :

فالتمييز بين الدين والعين إذن هو التمييز البارز في الفقه الإسلامي ، وعلماء هذا الفقه يحرصون على المقابلة ما بين الدين والعين إذا عرضت لهم مناسبة في ذلك . ويقيمون هذا التمييز على أساس الذمة . فيقولون إن الدين يتعلق بدمية المدين ، أما العين فلا تتعلق بالذمة ، بل يكون الحق ، عينياً كان أو شخصياً ، متعلقاً بالعين ذاتها . فالتعلق بالذمة أو عدم التعلق بها هو الذي يقوم عليه التمييز بين الدين والعين . ومن ثم وجب أن نستعرض ، في كلمات موجزة ، نظرية الذمة في الفقه الإسلامي .

= وكل هذا يدل على غرابة التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني على رجال الفقه الإسلامي ، حتى أن بعض هؤلاء عندما يذهبون إلى الأخذ بهذا التمييز قد تخطئهم الدقة أحياناً في تبينه . وكان الأستاذ على الخفيف معتدلاً في نظريته عندما تناول هذا الموضوع في محاضراته لقسم الدكتوراه في « الحق والذمة وتأثير الموت فيهما » سنة ١٩٤٥ ص ٥٤ - ص ٨١ .

(١) ومن رأينا أن ابتعاد الفقه الإسلامي عن الأخذ بهذا التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني ، وهو تمييز جوهرى في القانون الروماني ، وعدم توسعه في الأخذ بنظرية الآثار بلا سبب على الوجه الذى سنبينه فيما يلى ، وهى نظرية توسع فيها القانون الروماني إلى حدود بعيدة ، من أوضح الأدلة على أن الفقه الإسلامي لم يتأثر بالقانون الروماني (انظر كتابنا في نظرية العقد ص ٦٩ - ص ٢٧١) . هذا إلى أن نزعة الفقه الإسلامي موضوعية ونزعة القانون الروماني ذاتية .

وقد رأينا أن نبرز هذه الفروق بين الفقه الإسلامي والفقه الغربى حتى نحفظ للفقه الإسلامى بطابعه الخاص على النحو الذى اشرنا إليه فيما تقدم .

ينظر في الزمة في الفقه الإسلامي :

الزمة في الفقه الإسلامي هي وصف شرعى يفترض الشارع وجوده في الإنسان ، ويصير به أهلاً للإلزام وللالتزام ، أى صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . ولما كانت هذه الصلاحية التى ترتبت على ثبوت الزمة يسميها الفقهاء بأهلية الوجوب ، إذ يعرفون هذه الأهلية بأنها صلاحية الإنسان للحقوق والواجبات المشروعة ، فإن الصلة ما بين الزمة وأهلية الوجوب صلة وثيقة ، فالزمة هي كون الإنسان صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات وأهلية الوجوب هي هذه الصلاحية ذاتها . والزمة تلازم الإنسان ، إذ يولد الإنسان وله زمة بحكم أنه إنسان ، ومن ثم تثبت له أهلية الوجوب . فأهلية الوجوب إذن تترتب على وجود الزمة . ولا يقتصر الفقه الإسلامى فى الزمة على ما فى الإنسان من الصلاحية للتملك والكسب ، أى على نشاطه الاقتصادى فحسب ، بل الزمة وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات جميعها وإن لم تكن مالية كالصلاة والصيام والحج ، أو كانت مالية ذات صبغة دينية كالزكاة وصدقة الفطر والعشر والخراج . ومن ثم كان نطاق الزمة واسعاً فى الفقه الإسلامى حتى قال نجر الإسلام البردوى إن الزمة لا يراد بها إلا نفس الإنسان .

وتبدأ الزمة ببدء حياة الإنسان وهو جنين ، فتسكون له زمة قاصرة ، إذ يجوز أن يرث وأن يوصى له وأن يوقف عليه . ثم يولد حياً فتتكامل ذمته شيئاً فشيئاً ، فى المعاملات والعبادات والحدود ، حتى تصير كاملة . وتبقى زمة الإنسان ما بقى حياً ، وتنتهى بموته . وانتهاء الزمة بالموت تختلف فيه المذاهب . فالمالكية وبعض الحنابلة يذهبون إلى أن الزمة تتلاشى بالموت . فإن ترك الميت ما لا تعلقت ديونه به ، وإلا سقطت .

والشافعية والحنابلة الآخرون يذهبون إلى أن الزمة تبقى بعد الموت إلى أن توفي الديون . ويستشهدون على ذلك بأن الميت قد تترتب فى ذمته ديون بعد الموت ، كما إذا كان قد باع وهو حى عينا فردت بالعيب بعد موته فإن ذمته

تشغل إذ ذاك بضمن البيع ، وكما إذا كان وهو حي قد حفر حفرة في الطريق العام فتردى بعد موته فيها شخص وتلف متاعه فإن ذمة الميت تشغل إذ ذاك بالضمان . ثم يرتبون على ذلك أن الدين بعد الموت يبقى متعلقا بالذمة ، ولولم يكن للميت مال ولم يكن بالدين كفيل ، فإنه يجوز في هذه الحالة كفالة الدين بعد الموت ، إذ هو باق متعلق بالذمة كما تقدم القول . ولا يحول ، في هذا المذهب ، بقاء الذمة بعد الموت وبقاء الدين متعلقا بها دون أن تنتقل التركة إلى ملك الورثة بالموت في الحال .

والحنفية يذهبون إلى أن الذمة بعد الموت لا تلاشى ولا تبقى ، ولكنها تخرب ، ويقويها أن يترك الميت مالا أو كفيلًا بدينه . فإن لم يوجد مال ولا كفيل سقط الدين ، ولا يجوز في هذه الحالة كفالة الدين بعد الموت كما جاز في قول من يرى بقاء الذمة غير خربة . وتبقى التركة المستغرقة على حكم ملك الميت . أما التركة غير المستغرقة فقد اختلفت الحنفية فيها على أقوال ثلاثة : قيل تبقى التركة غير المستغرقة كالتركة المستغرقة على حكم ملك الميت ، وقيل بل تنتقل إلى ملك الورثة ، وقيل تبقى على حكم ملك الميت بقدر الدين وتنتقل إلى ملك الورثة فيما جاوز ذلك (١)

(١) انظر في هذا الموضوع محاضرات الاستاذ على الخفيف في « الحق والذمة وتأثير الموت فيها » سنة ١٩٤٥ ص ٨٢ - ص ٩٥ . وانظر أيضا « أحكام التركات والموارث » للاستاذ محمد أبو زهرة . سنة ١٩٤٩ ص ١٧ - ص ٢٩ .

وهذه هي الخطوط الرئيسية لنظرية الذمة في الفقه الإسلامي . ونورد هنا الخطوط الرئيسية لنظرية الذمة في الفقه الغربي لعقد مقارنة بين النظريتين . فالذمة على النحو الذي صاغ به النظرية الفقيهان المعروفان أوبري ورو ، هي مجموع الحقوق الموجودة أو التي قد توجد والالتزامات الموجودة أو التي قد توجد لشخص معين . ويستخلص من ذلك معنيان : (أولا) أن الذمة مجموع من المال (ثانيا) أن الذمة هي الشخصية القانونية ، فما دام يدخل فيها الحقوق والالتزامات التي قد توجد ، فهي إذن القابلة لكسب حق أو ترتيب التزام ، وهذه هي الشخصية القانونية .

ويرتّب على أن الذمة مجموع من المال النتائج الآتية :

١ - يكون للدائنين حق ضمان عام على هذا المجموع من المال لا على مال معين بالذات . وهذا يفسر أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال للمدين لم يكن موجودا وقت نشوء الدين لأن هذا المال قد اندمج في المجموع فأصبح أحد عناصره . ويفسر أن الدائن لا يستطيع التنفيذ

الدين والعين في نظرية الزمة :

ولما وضعت نظرية الزمة في الفقه الإسلامى على النحو المتقدم ، نظر الفقهاء إلى الحقوق المختلفة من هذه الناحية . فوجدوا أن الحق العينى والالتزام بالعين

على مال كان موجودا لزمة المدين وقت نشوء الدين ، وخرج من ملكه وقت التنفيذ ، لان هذا المال قد خرج من المجموع فلم يعد محسوبا في عناصره .

٢ - ينتقل حق الدائنين بعد موت المدين الى تركته كمجموع من المال . ذلك ان زمة المدين كمجموع من المال بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات ، تنتقل من المدين الى ورثته فيصبح الورثة مسئولين عن التزامات المورث ، اما دون حد اذ تعتبر شخصية الوارث استمرارا لشخصية المورث ، واما في حدود ما انتقل الى الورثة من الحقوق بطريق الميراث ويتم هذا باستعمال الورثة لحق الانتفاع بالجرد . (bénéfice d'inventaire)

٣ - تقوم نظرية الحلول العينية على فكرة المجموع . فحيث يخرج مال من المجموع ويحل محله مال آخر ، فثم حلول عيني ، ويصبح المال الجديد من عناصر المجموع مكان المال القديم . ومن أمثلة الحلول العينية في القانون الفرنسى ما يطرأ من حلول في مال الزوجية المشترك (communauté) ومال الزوجة الخاص (propre) ومال المهر (dot) والمال الذى كسبته الزوجة بعملها ، والتركة التى قبلها الوارث منتفعا بحق الجرد ، والمال الموهوب او الموصى به بشرط عدم التصرف فيه او بشرط تحويله الى مؤسسة او بشرط أن ترثه اجيال محددة Substitutions permises ومن أمثلة الحلول العينية في القانون المصرى ما يطرأ من حلول في تركة تحت التصفية ، وفي مال كسبه بعمله صبي في السادسة عشرة ، وفي مال موهوب او موصى به بشرط عدم التصرف . والراى الحديث يذهب الى ان الحلول العينية يقوم ، لا على فكرة المجموع ، بل على فكرة قيام نظام قانونى خاص (régime Juridique) Spécia بتتبعه من (affectation à un but spécial) سواء كان مجموعا من المال واما لمعينا بالذات . ولهذا الراى تطبيقات كثيرة ، منها استرداد الوارث الحقيقى للتركة من الوارث الظاهر ، واسترداد الفائض لماله ممن أقيم عليه وكيل ، وحلول التعويض او مبلغ التأمين محل العين المرهونة عند هلاكها ، وحلول المفز الذى آل بالقسمة محل المفز ضمن عين شائعة وقع التصرف فيها ببيع او رهن ، وحلول عين محل أخرى في استبدال الوقف (انظر في هذا الراى الحديث رسالة غير مطبوعة للدكتور اسماعيل غانم في الزمة المالية) .

ويترتب على أن الزمة هي الشخصية القانونية ما يقال عادة من ان الزمة لا بد لها من شخص ، ومن ان لكل شخص زمة ، ومن ان الشخص الواحد لا تكون له الا زمة واحدة . فالزمة اذن كل لا يقبل التصرف ولا التجزئة . اما ان الزمة كل لا يقبل التصرف فهذا واضح ، لان الزمة هي القابلية لكسب حق او ترتيب التزام ، ولا يستطيع الشخص ان يتصرف في هذه القابلية . ويرتب أوبرى ورو على هذه الخاصية عدم جواز التصرف في التركة المستقبلية ، واستمرار شخصية المورث في شخصية الوارث فتنقل جميع الديون الى الوارث ويصبح السند القابل للتنفيذ في حق المورث نافذا في حق الوارث وتضاف حيازة المورث الى حيازة الوارث . فاذا اريد تحديد مسئولية الوارث عن ديون مورثه يقدر ما انتقل اليه من الحقوق =

ينصبان على عين معينة بالذات، فأمكن أن يتعلق الحق بالعين . أما الدين فحله كما قدمنا مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلثة ، ومن ثم تعذر أن يتعلق الدين بعين معينة بالذات ، فلم يبق إلا تعليقه بالذمة إذ هي محل الحقوق والواجبات جميعا . فبرز التمييز بين الدين والعين وقامت المقابلة بينهما على هذا الأساس ، فالدين دون العين هو الذي يتعلق بالذمة .

ومنذ تعلق الدين بالذمة استتبع ذلك عدة أمور: (١) منها أن الالتزام بالدين يحتاج في استيفائه إلى وساطة المدين ، أما الالتزام بالعين فينصب على العين ذاتها

= بالميراث ، وجب اما افتراض بقاء المورث حيا بعد موته الى ان تصفى ديونه ، واما افتراض ان للمورث شخصيته الاصلية مزدوجة بشخصية المورث الى ان تتم التصفية . وأما ان الذمة كل لا يقبل التجزئة فقير واضح ، بعد ان رأينا ان الشخص الواحد قد ينفصل من ماله جزء يخضع لنظام قانوني خاص بسبب تخصيصه لفاية معينة . ولكن يمكن القول ، توجيهها لهذا الرأي ، انه حتى عند تعدد الذمم المالية ، فان كل ذمة منها لا تقبل التجزئة في ذاتها . ومن هذا العرض يتبين ان الذمة في الفقه الاسلامي تختلف عن الذمة في الفقه الغربي . ويمكن تلخيص وجوه الخلاف فيما يأتي : -

- ١ - الذمة في الفقه الاسلامي وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات المالية وغير المالية . اما الذمة في الفقه الغربي فلا تشمل الا الحقوق والالتزامات المالية .
- ٢ - وحتى في نطاق المال ، تبدأ الذمة في الفقه الاسلامي بالشخص ، ثم تنتهي الى المال (وفي الديون دون غيرها) . اما الذمة في الفقه الغربي فتبدأ بالمال ، ثم تنتهي الى الشخص .
- ٣ - والذمة في الفقه الاسلامي لاتجعل المال مجموعا تغنى فيه عناصره كما هي حال الذمة في الفقه الغربي . ولا يكون المال مجموعا في الفقه الاسلامي ، حتى عند الحجر او مرض الموت وحتى بعد الموت . ففي هذه الاحوال الثلاثة تتعلق الديون بمالية الاعيان لا بذواتها كما في الرهن ، ولكن مال المدين لا يكون مجموعا كما في الفقه الغربي . بل انه لا يوجد تلازم بين الذمة والتركة في الفقه الاسلامي ، فقد تبقى الذمة قائمة وتنقل التركة مع ذلك الى الورثة .

ويمكن القول بوجه عام ان الفرق الجوهرى ما بين الذمة في الفقه الاسلامي والذمة في الفقه الغربي هو ان الفقه الاسلامي ينظر الى الذمة كشخصية قانونية لا كمجموع من المال . ومن ثم سهل على الفقهاء الحداثيين أن ينسبوا للذمة في الفقه الاسلامي الخصائص التي يفرعها الفقه الغربي على فكرة الشخصية القانونية ، فيقولون ان الذمة لاتثبت الا لشخص ، وان لكل شخص ذمة ، وان الشخص الواحد لاتكون له الا ذمة واحدة (انظر المراجع السابق الاشارة اليها للاستاذة على الخفيف ، ومحمد أبو زهرة ومصطفى الزرقا والدكتور اسماعيل غانم ص ٢٦٨ وما بعدها) .

ولا حاجة فيه إلى هذه الوساطة . (٢) ومنها أن الدين تتبعه المطالبة ، إذ أن وساطة المدين تقتضى مطالبته ، أما العين فلا وساطة فيها ولا مطالبة . (٣) ومنها أن الدين يرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء ، أما الالتزام بالعين وهو متصل بها مباشرة فكالحق العيني لا يتصور فيه أجل ولا مقاصة ولا إبراء .

افتقار التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي :

ومذ برز التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي لم يظهر التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني . وسبب ذلك واضح فإن الالتزام بالعين اقترب من الحق العيني في خصائصه ، وابتعد عن الدين . فلا التزام بالعين كما رأينا ينصب كالحق العيني على العين بالذات ، وهو كالحق العيني أيضا لا يحتاج إلى وساطة المدين ولا تتبعه المطالبة ولا يرد عليه الأجل ولا تصح به المقاصة ولا يجوز فيه الإبراء . ولا كذلك الدين ، فهو لا ينصب على عين بالذات بل يتعلق بالذمة ، وهو يحتاج إلى وساطة المدين وتتبعه المطالبة ويرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء .

ولما اقترب الالتزام بالعين من الحق العيني وابتعد عن الدين ، أمكن إدماج الالتزام بالعين في الحق العيني وإطلاق لفظ « العين » عليهما جميعا ، وأمكنت بعد ذلك المقابلة بين العين والدين على النحو الذي قدمناه ، فبرز التمييز بين الدين والعين كما أسلفنا ، وستر يبروزه التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني ^(١) .

(١) ويعمل الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه « نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية » (ص ١٩٧ - ص ١٩٩) عدم وضوح التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني بالصفة المادية التي اصطبغ بها الحق الشخصي فقارب الحق العيني . ويمكن أن نرد ماقاله في هذه المسألة إلى النقاط الآتية :

(١) عنصر المطالبة هو الذي يميز بين الحق الشخصي والحق العيني . فهو الذي يظهر أن الالتزام يتضمن ارتباطا بين شخصين . أما الحق العيني فلا يتضمن المطالبة إذ ليس هناك من يفترض صاحب الحق دون الشيء محل الحق .

(٢) ومع ذلك لم تلتفت الفقهاء إلى عنصر المطالبة في الالتزام ، واغفلت النظر إلى الرابطة الشخصية ما بين صاحب الحق والمدين بالحق أو بين الطالب والمطلوب ، ووجهت اهتمامها إلى موضوع الحق ، فصبغت الالتزام بذلك صفة مادية بحتة .

هل تطور التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي إلى تمييز بين الحق الشخصي والحق العيني :

ولتتابع تطور الفقه الإسلامي إلى الغاية القصوى من مراحلها، وهذه هي الخطوة التي قلنا إننا سنلتزمها في بحثنا هذا . يجوز أن نتساءل هل تطور الفقه الإسلامي ،

(٣) وقد فعلوا ذلك في الالتزام بالعين حيث تكون العين في غالب الأحيان محلاً كذلك لحق عيني فيحجب الحق الشخصي ، وفي الالتزام بعمل وهو ليس في الواقع الا عبارة عن التزام بتسليم شيء أو بصنع شيء أو بالانتفاع بشيء .

(٤) بل فعلوا ذلك أيضا في الالتزام بالدين ، فلم ينظروا إليه الا على انه شيء أو مال حكومي ، حتى انهم قسموا الاموال جميعها الى قسمين وهما الدين والعين .

(٥) واذا صيغ الفقهاء الالتزام بمختلف انواعه هذه الصيغة المادية ، وبرزوا في كل من الدين والعين موضوع الحق دون الرابطة الشخصية ، فقد خلطوا ما بين الحق الشخصي والحق العيني ، ولم يكن لفكرة الالتزام بعد ذلك كله الا ان تنطمس انطماسا كلياً .

هذه هي حلقات السلسلة المنطقية التي ساقى الاستاذ شفيق شحاتة الى القول بغموض التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الاسلامي ، ابرزناها واحدة بعد الاخرى يسوق بعضها بعضاً ، حتى يتبين نظره في وضوح وجلاء .

ونحن نقره فيما ذهب اليه من غموض التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الاسلامي . ولكننا نتردد كثيراً في ان نقول معه ان الفقهاء لم يبرزوا عنصر المطالبة او الرابطة الشخصية في الدين ، وانهم ابرزوا موضوع الحق في الدين والعين على السواء . ونرى ان التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني اذ ظل غامضاً في الفقه الاسلامي ، فان التمييز ما بين الدين والعين برز واضحا كل الوضوح . وهانحن نوضح نظرتنا في حلقات متسلسلة على النحو الذي اوضحنا به نظر الاستاذ شفيق شحاتة .

(١) ان عدم وضوح التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الاسلامي سببه ان هذا التمييز قد ستره تمييز آخر اكثر منه وضوحاً هو التمييز بين الدين والعين .

(٢) فالدين يتعلق بالذمة ولا يتعلق بعين معينة ، ثم هو يتضمن عنصر المطالبة لان الدين يطالب به ولا بد من وساطته في الوفاء . اما الالتزام بالعين فلا يتعلق بالذمة بل يتعلق بعين معينة ، ثم هو لا يتضمن عنصر المطالبة فلا حاجة لوساطة الدين في الوفاء .

(٣) ومن ثم اقترب الالتزام بالعين من الحق العيني وابتعد عن الدين ، اذ ان الخصائص الاساسية للالتزام بالعين تتلاقى مع الخصائص الاساسية للحق العيني ، وهي في الوقت ذاته عتس الخصائص الاساسية للدين . فكان من ذلك ان فصل الفقهاء الدين عن العين ، وجعلوا العين شاملة للالتزام بالعين وللحق العيني جميعاً . فبرز التمييز بين الدين والعين ، واختفى التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني .

ولو إلى مدى محدود ، من التمييز بين الدين والعين إلى التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني ؟ آية ذلك ، فيما نرى ، أن نجد الالتزام بالعين يدخل فيه عنصر المطالبة . ذلك أن المطالبة هي من خصائص الدين ، إذا أن الدين في الفقه الإسلامي يشتمل على عنصرين : أصل الدين ويتعلق بالذمة ، والمطالبة وهي تتبع الأصل ^(١) . فإذا رأينا الالتزام بالعين يشتمل على عنصر المطالبة فقد اقترب من الدين ، وأمكن القول بوجود حق شخصي في الفقه الإسلامي يجمع كلا من الدين والعين . ولما كان عنصر المطالبة يظهر بوجه خاص في الحوالة والكفالة ، فقد اخترنا هذين العقدين لنرى ما إذا كانا يردان على العين كما يردان على الدين .

أما الحوالة فهي نقل الدين والمطالبة على رأى ، ونقل المطالبة وحدها على رأى آخر . وهي لا ترد إلا على الدين ، فلا تصح الحوالة بالأعيان القائمة لأنها نقل مافي الذمة ولم يوجد ^(٢) . ونرى من ذلك أن اقتصار الحوالة على

= (١) وقد حافظ الفقهاء على هذا النظر في الحوالة . فأجازوا حوالة الدين لان الدين يتضمن عنصر المطالبة ، ولم يجيزوا حوالة العين لان عنصر المطالبة منعدم في الالتزام بالعين . (٥) ولكنهم في الكفالة اجازوا كفالة الدين والعين ، فقربوا هنا العين من الدين وابعدها عن الحق العيني . على ان الشافعى كان اكثر التزاما لمنطق التمييز بين الدين والعين ، فلم يجز الكفالة في العين وأجازها في الدين .

(١) ونظير ذلك في الفقه الجرماني تحليل الالتزام الى عنصرين : عنصر المديونية (Schuld) وعنصر المسؤولية (Haftung)

(٢) البدائع جزء ٦ ص ١٦ . وننقل هنا ماجاء في البدائع في شأن نقل الحوالة للدين والمطالبة معا او نقلها للمطالبة وحدها : « واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت اصله موجبا للحوالة . قال بعضهم انها نقل المطالبة والدين جميعا ، وقال بعضهم انها نقل المطالبة فحسب فاما أصل الدين فباق في ذمة المحيل . وجه قول الاولين دلالة الاجماع والمقول . أما دلالة الاجماع فلأننا أجمعنا على أنه لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والهبة ، ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح ، ولولا أن الدين انتقل الى ذمة المحال عليه وفرغت ذمة المحيل عن الدين لما صح الاول لان الإبراء عن الدين وهبة الدين ولا دين محال ، ويصح الثاني لان الإبراء عن دين ثابت وهبته منه صحيح وان تأخرت المطالبة كالإبراء من الدين المؤجل . وأما المقول فلان الحوالة توجب النقل لانها مشتقة من التحويل وهو النقل ، فيقتضى نقل ما أضيف اليه ، وقد أضيف أى الدين لا الى المطالبة ، لانه اذا قال احلت بالدين أو أحلت فلانا بدينه فيوجب انتقال الدين الى المحال عليه ، الا انه اذا انتقل اصل الدين اليه تنتقل المطالبة لانها تابعة - وجه قول الآخرين دلالة الاجماع والمقول .

الدين ، وعدم جواز ورودها على العين ، يؤكد أن العين لا يدخل فيها عنصر المطالبة ، وإلا لصلحت محلا للحوالة . ومن ثم يمكن القول إن الحوالة لا تحمل أثرا لاى تطور يكون من شأنه تقريب العين من الدين تمهيدا لاندماجهما معا في الحق الشخصي .

بقيت الكفالة . وكان الواجب أن تكون كالحوالة لا ترد إلا على الدين ، لأن الحوالة ضرب من الكفالة (١) ولأن الكفالة هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الاصيل في حق المطالبة بما على الاصيل . فإذا قدرنا أن العين لا يدخل فيها عنصر المطالبة ، لوجب أن تقتصر الكفالة على الدين ، لأن المطالبة لا تكون

= أما دلالة الاجماع فان المحيل اذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي المحال عليه لا يكون متطوعا ويوجب على القبول ، ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعا فينبقى ألا يجبر على انقبول كما اذا تطوع أجنبي بقضاء دين انسان على غيره ... ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصا كالكفالة سواء ، فدللت هذه الاحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة . ثم ان الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الاصل ، فكذا في الحوالة . وأما المعقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة ، وليس من الوثيقة ابراء الاول ، بل الوثيقة في نقل المطالبة مع قيام أصل الدين في ذمة المحيل (البدائع جزء ٦ ص ١٧ - ص ١٨) .

(١) اما أن الحوالة ضرب من الكفالة فيدل عليه أمران .

أولا - ان هناك رأيا ، تقدم ذكره ، ينهب الى أن الحوالة هي نقل المطالبة فحسب وأما أصل الدين فباق في ذمة المحيل . بل ان زفر ينهب الى أن الحوالة لا توجب براءة المحيل والحق في ذمته بعد الحوالة على ماكان عليه قبلها كالكفالة سواء . وجهه قوله أن الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة ، وليس من الوثيقة براءة الاول ، بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول من غير تغيير كما في الكفالة سواء (البدائع جزء ٦ ص ١٧) . فلا تنقل الحوالة ، في رأى زفر ، لا المطالبة ولا الدين بل يبقى الدين على حاله (مطالبة ودينا) في ذمة المحيل ، وتنشئ الحوالة حق مطالبة جديدا في ذمة المحال عليه ، وهي في ذلك كالكفالة تضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في المطالبة .

ثانيا - ان الحوالة تنتهي بالتوى ، فلو مات المحال عليه مفلسا بقى الدين ذاته في ذمة المحيل ، فكأن الدين لم ينتقل من ذمة المحيل بالحوالة ، بل ضمت ذمة المحال عليه الى ذمة المحيل في المطالبة كما هي الحال في الكفالة . ويؤيد ذلك ما جاء في البدائع : « حكم الحوالة تنتهي بأشياء منها .. التوى .. لان الدين كان ثابتا في ذمة المحيل قبل الحوالة ، والاصل أن الدين لا يسقط بالقضاء ... الا أنه الحق الابراء بالقضاء في السقوط ، والحوالة ليست بقضاء ولا ابراء ، فبقى الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة . الا أن بالحوالة انتقلت المطالبة الى المحال عليه لكن الى غاية التوى ، لان حياة الدين بالمطالبة ، فاذا توى لم تبقى وسيلة الى الاحياء فعادت الى محلها الاصلى » (البدائع جزء ٦ ص ١٨) .

ويتبين مما تقدم أن الحوالة صورة خاصة من الكفالة ، تتميز بأن الدائن يرجع أولا على الكفيل (المحال عليه) ، فاذا توى الدين عنده رجع على الدين (المحيل) . أما في الكفالة العادية فالدائن بالخيار في الرجوع اما على الكفيل أو على الدين .

إلا فيه . وهذا هو قول الشافعي ، فعنده أن الكفالة لا تصح إلا في الدين .
ولكن الحنفية يذهبون إلى أن الكفالة تقع على الدين والعين . ويشترطون
في الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها . فلا تصح كفالة العين إذا لم
تكن مضمونة كالوديعة والعارية والإيجار ، أو إذا كانت مضمونة بغيرها
كالبيع قبل القبض وهو مضمون بالثمن وكالرهن وهو مضمون بالدين .
أما العين المضمونة بنفسها ، كالمنصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض
على سوم الشراء ، فتصح كفالتها . والكفالة بالعين في هذه الحالة تكون
كفالة بقيمتها أي كفالة بالدين إذا هلكت العين ، أما إذا بقيت قائمة فتكون
كفالة بالعين ذاتها . وفي هذا إدخال لعنصر المطالبة في الالتزام بالعين ،
وتقريب للعين من الدين . كذلك تصح عند الحنفية كفالة فعل التسليم في الجملة
فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لأن المبيع مضمون التسليم على البائع
والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين ، فكان المكفول
به مضمونا على الأصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به ، لكنه إذا
هلك فلا شيء على الكفيل لأنه لم يبق مضمونا على الأصيل فلا يبقى
على الكفيل (١) .

وقد يكون إدخال عنصر المطالبة في كل من الالتزام بالعين والالتزام

= ويتبين من ذلك أيضا ألا محل ، في رأينا ، للمناقشات الطويلة التي تدور حول جواز حوالة
الحق في الفقه الاسلامي كما جازت حوالة الدين . فحوالة الدين في الفقه الاسلامي غير حوالة
الدين في الفقه الغربي . كما لا يجوز ان يؤخذ من الحوالة المقيدة دليل على جواز حوالة
الحق ، فالصحيح أن المحيل في الحوالة المقيدة لم ينقل ملكية الدين الذي له في ذمة المحال
عليه الى المحال له . والاولى أن يقال ان الفقه الاسلامي لا يعرف حوالة الحق ولا حوالة الدين
بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي (أنظر المراجع السابقة للاستاذ شفيق شحاته ص ١١٦
وللاستاذ مصطفى الزرقا ص ٥٠ - ص ٥٨) .

(١) وهذا مأجاء في البدائع في هذا الشأن : « ان المكفول به أربعة أنواع ، عين ودين
ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس . أما العين فنوعان ، عين هي أمانة وعين هي
مضمونة . أما العين التي هي أمانة فلا تصح الكفالة بها ، سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم
كالودائع ومال الشركات والمضاربات ، أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستاجر في يد

بالتسليم وتقريب هذين من الدين في باب الكفالة ، مبدأ تطور لم يتم في جعل الالتزام بالعين كالاتزام بالدين متعلقا بالذمة ، فتبعه المطالبة . ولكن الأولى الرقوف عند التمييز بين الدين والعين ، فهو التمييز البارز في الفقه الإسلامي (١) ومهما يكن من أمر تعدد أنواع الالتزام في الفقه الإسلامي وعدم اندماجها في وحدة تنتظمها جميعا ، فإنه يمكن مع ذلك التقريب فيما بينها من ناحية المصدر . فهي أيا كان نوعها ، التزاما بدين كانت أو التزاما بعين

الاجبر ، لانه أضاف الكفالة الى عينها وعينها ليست بمضمونة . ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر جاز لانهما مضمونا التسليم عليهما ، فالكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل وهو التسليم فصحت .

وأما العين المضمونة فنوعان ، مضمون بنفسه كالمضروب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء . ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن . فتصح الكفالة بالنوع الاول لانه كفالة بمضمون بنفسه ، الا ترى انه يجب رد عينه حال قيامه ورد مثله او قيمته حال هلاكه ، فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه أيضا . ولا تصح بالنوع الثاني ، لان المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ، ألا ترى أنه اذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شيء . ولكن يسقط الثمن عن المشتري ، وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ، الا ترى أنه اذا هلك لا يجب على المرتهن شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره . وأما الفعل فهو فصل التسليم في الجملة ، فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن ، لان المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين ، فكان المكفول مضمونا على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به ، لكنه اذا هلك لا شيء على الكفيل لانه لم يبق مضمونا على الاصيل فلا يبقى على الكفيل (البدائع جزء ٦ ص ٧) .

(١) ويبدو من اشتراط أن تكون العين مضمونة بنفسها لجواز الكفالة بها أن العين في هذه الحالة تكون في حكم الدين من حيث الضمان ، ومن ثم جازت الكفالة بها . ولذلك لم نر أن نعلق أهمية كبيرة على هذا الحكم لنستدل به على أن هناك تطورا . والشافعي ينهب الى أن الكفالة بالعين أو بالفعل غير جائزة ولا ييجز الكفالة الا في الدين ، فرجع بذلك الى الاصل المقرر . ويقول الكاساني في ذلك : « ثم ما ذكرنا بالكفالة بالنفس والعين والفعل أنها صحيحة وما ذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا . وقال الشافعي رحمه الله انها غير صحيحة . وجه قوله أن الكفالة أضيفت الى غير محلها فلا تصح ، ودلالة ذلك أن الكفالة التزام بالدين ، فكان محلها الدين فلم توجد ، والتصرف المضاف الى غير محلها باطل ، ولان القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة والقدرة على الاعتاق لا تتحقق . ولنا ... أن هذه الكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كما تصح الكفالة بالدين ، وقوله الكفالة التزام الدين ممنوع ، بل هي التزام المطالبة بمضمون على الاصيل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم في حق الاصيل كالدين . » (البدائع جزء ٦ ص ٨) .

أو التزاما بعمل أو التزاما بتوثيق ، تتقابل في المصادر التي تنشأ عنها . وهذه المصادر التي أشرنا إليها بإيجاز فيما تقدم هي التي سنستقصيها تفصيلا فيما بعد .

(ثانيا) الحق العيني

مصدر الحقوق العينية وتقسيمها الى أصلية وتبعية :

قيام الحق العيني في الفقه الإسلامي أوضح من قيام الحق الشخصي . فقد رأينا أن الحق الشخصي ، أو الالتزام ، يشتمل على روابط قانونية مختلفة استبقاها الفقهاء متميزة بعضها عن بعض ، دون أن تندمج في وحدة تنتظمها جميعاً وتسمى بالالتزام .

وصحيح أن الفقهاء لم يستعملوا لفظ « الحق العيني » ، ولكن المحدثين منهم يعالجون الحقوق العينية الأصلية جميعها في مكان واحد ، ويفرعوها على حق الملك . بل وكثير منهم يسمونها بالحقوق العينية جريا على اصطلاح الفقه الغربي . ثم إن الحقوق العينية الأصلية هي والحقوق العينية التبعية تنتظمها جميعا فكرة واحدة هي أنها « حق في العين » ، أو « حق ثابت في المال » .

ذلك أنه يمكن في الفقه الإسلامي ، كما أمكن في الفقه الغربي ، أن نقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية . وسواء كانت الحقوق العينية أصلية أو تبعية فإنها تذكر على سبيل الحصر ، لاتبجوز الزيادة فيها بخلق حق عيني جديد .

(١) الحقوق العينية الأصلية

مصدرها وردها إلى من الملك :

على رأس هذه الحقوق حق الملك ، وجميع الحقوق الأصلية الأخرى متفرعة عنه . فحق الملك هو الحق العيني الكامل . وقد تتجزأ عناصره ، فتتفرع عنه حقوق عينية تعتبر بالنسبة إلى حق الملك بمثابة الجزء من الكل . فالملك التام هو ملك الرقبة ومنفعتها معاً . ويتفرع عنه ملك المنفعة وحدها

وملك الرقبة وحدها ، وحقوق الارتفاق . وتنقل في هذه الحقوق نصوص مرشد الحيران قصدا إلى الإيجاز .

من الملك التام :

عرفته المادة ١١ من مرشد الحيران على الوجه الآتي :

« الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا ، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتائجها ، ويتصرف في عينا بجميع التصرفات الجائزة » .

ونرى من ذلك أن عناصر حق الملك في الفقه الإسلامي ، كما هي في الفقه الغربي ، ثلاثة : (١) الانتفاع بالعين المملوكة (٢) الانتفاع بالغة والثمار والنتاج وهذا هو الاستغلال (٣) التصرف في العين .

وليس حق الملك مطلقا كما توهم عبارة مرشد الحيران ، بل هو حق مقيد بوجوب عدم الإضرار بالجار . وقد ورد هذا القيد في نصوص مرشد الحيران ذاتها ، فنصت المادة ٥٧ على أن « للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه ، فيعلي حائطه ، ويبنى ما يريد ، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضرا فاحشا » . وعرفت المادة ٥٩ الضرر الفاحش بأنه « ما يكون سببا لو هن للبناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصودة من البناء . وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليست بضرر فاحش » . وبينت المادة ٦٠ حكم الضرر الفاحش فقالت : « يزال الضرر الفاحش سواء كان قديما أو حادثا » .

والملكية الشائعة معروفة في الفقه الاسلامي ، وإليها تشير المادة ١٢ من مرشد الحيران حيث تقول : « إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر ، فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته ، والتصرف فيها تصرفا لا يضر الشريك ، وله امتغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك » .

من المنفعة :

تعرفه المادة ١٣ من مرشد الخيران على الوجه الآتى : « الانتفاع الجائز هو حق المنتفع فى استعمال العين واستغلالها مادامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبتهاملكة » . فحق المنفعة يختص بعنصرين من عناصر الملكية الثلاثة : الاستعمال والاستغلال . وقد يقتصر على الاستعمال فتسمى المنفعة بحق الاستعمال . وقد يقتصر الاستعمال على السكنى فيسمى ذلك بحق السكنى . ومن ثم يقرن عادة بحق المنفعة بحق الاستعمال وحق السكنى . وأسباب ملك المنفعة ثلاثة : العقد والوصية والوقف .

أما العقد فقد يكون بيعا ، فيبيع المالك المنفعة من آخر طول حياته أولمدة معينة ، وفى الحالتين ينتهى حق المنفعة حتما بموت المنتفع . ولكن بيع المنافع فى الفقه الإسلامى أكثر ما يكون بعقد الإيجار ، ذلك أن حق المستأجر فى الفقه الإسلامى هو حق منفعة ، أقرب إلى الحق العيني منه إلى الحق الشخصى ، وهو على كل حال حق فى العين المؤجرة . (١) وقد يكون العقد الذى يقع على تملك المنفعة فى الفقه الإسلامى هو عقد العارية فالمستعير عند المالك يملك المنفعة دون عوض ، إذ العارية عندهم عقد لازم لا يملك المعير الرجوع فيه ، ومن ثم يكون حق المستعير حقا فى العين . أما عند الحنفية والشافعية والحنابلة فالعارية عقد غير لازم ، وللمعير أن يرجع فيه متى شاء . وتأصيل ذلك عند الحنفية أن العارية عقد على المنافع وهى غير موجودة وقت العقد فيتجدد العقد آنا فآنا ، وعند الشافعية والحنابلة أنها من قبيل الإباحة فلا يستفيد المستعير بها ملسكا ولم يستفد إلا مجرد الأذن .

وأما الوصية فكثير أما تردد على المنفعة فتمسكها للوصى له بعدموت الموصى .

(١) وعينية حق المستأجر ليست بفريية على الفقه الفربى ، فقد قام فقيه فرنسى معروف، هو الفقيه « Troplong » فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر ، بمحاولة قصد بها الى اثبات أن حق المستأجر فى القانون الفرنسى هو حق عينى ، ولكنها محاولة لم يكتب لها النجاح .

وأما الوقف فيرد على العين فيجعل رقبته غير مملوكة لأحد من العباد وتبقى المنفعة للمستحقين . ولا يملك المستحق أن يتصرف في المنفعة ، بل هي موقوفة عليه طول حياته وتؤول من بعده إلى من يليه من المستحقين . ويجعل القانون المدني المصري (م ٥٢) الوقف شخصا معنويا . فإذا التزمنا هذا التصوير ، كانت رقبة العين الموقوفة للشخص المعنوي ، وكان للمستحق حق المنفعة طول حياته . ولكنه حق يقوم على الخصائص الآتية :

١ — هو حق لا يملك المستحق التصرف فيه .

٢ — ويؤول بعد موته إلى المستحق الذي يليه .

٣ — ثم إن المستحق لا يملك إدارته ، بل الذي يديره هو ممثل الشخص المعنوي الذي يملك الرقبة وهو ناظر الوقف . والمستحق في ذمة الشخص المعنوي حق شخصي إلى جانب حقه العيني في المنفعة ، هو غلة هذه المنفعة يقبضها من ناظر الوقف ممثل الشخص المعنوي . والعين الموقوفة قد يترتب عليها حقوق عينية أخرى . كحق الحكر وحق الإجازتين وحق الإجازة الطويلة وحق الكدك وحق القرار إلى غير ذلك من الحقوق التي أنشأها العرف .

عن الرقبة :

ويوجد هذا الحق حيث ينتزع حق المنفعة من الملك التام ، فتبقى الرقبة على ملك صاحبها الأصلي ، ويملك المنفعة شخص آخر غير مالك الرقبة . وأكثر ما يكون ذلك بالوصية . فيجوز أن يوصى بمنفعة العين لشخص مع بقاء رقبته لورثة الموصي ، كما تجوز الوصية بالرقبة لشخص وبمنفعتها لشخص آخر كلاهما أجنبي عن المتبرع ، ولكن لا يجوز استثناء منفعة العين من الوصية يرقبتها لشخص أجنبي لتبقى المنفعة على ملك الورثة (م ١٨ مرشد الخيران) . وذلك لأن بقاء المنفعة على ملك الورثة معناه تملكها لهم بطريق الميراث ، والمنفعة لا تورث . كذلك يجوز للمالك أن يبيع الرقبة ويستبقى المنفعة

لنفسه مدة من الزمن أو طول حياته ، فإذا استبقاها طول حياته اشتبه البيع بالوصية .

ومالك الرقبة لا يجوز له أن ينتفع بالعين ولا أن يتصرف في منفعتها ، إذ المنفعة في ملك غيره كما تقدم . وكذلك لا يجوز له أن يتصرف في الرقبة ذاتها إلا بإذن صاحب المنفعة . وعليه أن يسلم العين لصاحب المنفعة ليستوفي حقه من منافعتها . ولكن إذا انتهى حق المنفعة فإن مالك الرقبة يعود له الملك التام على العين .

مفهوم الارتفاق :

وتسمى بالحقوق المجردة . وقد عرفت المادة ٣٧ من مرشد الخيران حق الارتفاق بأنه « حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر » . ومن حقوق الارتفاق الشرب والمجرى والمسيل والمرور والتعلي والجوار . فالشرب هو نوبة الانتفاع بالماء سقياً للأرض أو الشجر أو الزرع . وحق المجرى هو حق مرور مسقي في أرض الجار لتصل إلى أرضه . وحق المسيل هو حق مرور مصرف في أرض الجار لصرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح . وحق المرور هو حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق خاص في ملك غيره . وحق التعلي هو أن يكون لإنسان حق في أن يعلو بناؤه بناء غيره ، ويتحقق ذلك في دار لها سفلى لمالك وعلو لمالك آخر . وحق الجوار هو ألا يضر الجار بجاره ضرراً فاحشاً .

وحقوق الارتفاق محصورة عند الحنفية في الحقوق المتقدمة الذكر . وعند المالكية هي غير محصورة ، فيجوز إنشاء حقوق ارتفاق اتفاقية بالعقد ، ويمكن على هذا النحو الاتفاق على ارتفاق بعدم العلو بالبناء إلى أكثر من بعد معين أو على ارتفاق بالبناء في رقعة محدودة .

من التمتع في الحقوق العينية الأصلية :

ويلاحظ في الحقوق العينية الأصلية جميعاً أن الحق العيني هو سلطة الشخص على عين بالذات . وإصاحب الحق أن يتتبع حقه أياً كانت اليد التي انتقلت إليها العين ، بل إن حق التمتع هذا في الفقه الإسلامي أقوى منه في الفقه الغربي . فصاحب الرقبة لا يملك بيع الرقبة إلا بإذن صاحب المنفعة ، والمؤجر لا يملك بيع العين المؤجرة إلا بإذن المستأجر ، أما في القوانين الغربية فصاحب الرقبة يملك بيعها دون إذن المتافع والمؤجر يملك بيع العين المؤجرة دون إذن المستأجر ، ولكن يبقى كل من حق المتافع وحق المستأجر نافذاً في حق المشتري .

ومن ثم يبين في وضوح أن الحق العيني يتميز عن الحق الشخصي في أن صاحب الحق العيني يستعمل سلطته على العين دون وساطة أحد ، أما صاحب الحق الشخصي ، إذا كان هذا الحق ديناً في الذمة ، فيحتاج في استعمال حقه إلى وساطة المدين . فوجب إذن تعيين العين في الحق العيني وتعيين المدين في الحق الشخصي .

(ب) الحقوق العينية التبعية

مفاهيم عينية تبعية في الفقه الإسلامي :

ويعرف الفقه الإسلامي الحقوق العينية التبعية ، وهي حقوق تترتب على الأعيان ضماناً للديون . ويعرف من هذه الحقوق حقين : حق الرهن وحق الحبس .

من الرهن :

ويقابل في الفقه الغربي رهن الحياة ، ويقع على العقار وعلى المنقول ، وينشأ من عقد الرهن . وعقد الرهن عقد به يحبس الدائن مالا للمدين ضماناً للدين فيستوفي منه حقه إذا لم يقيم المدين بالوفاء . ومن ثم نرى أن حق الرهن حق تبعية لأنه ضمان للمدين ، وهو حق عيني لأنه يتعلق مباشرة بالعين المرهونة . وللدائن المرتهن في الفقه الإسلامي ، كما في الفقه الغربي ، حق التمتع وحق التقدم .

أما حق التتبع فهو هنا أقوى منه في الفقه الغربي كما رأينا ذلك في الحق العيني الأصلي . ذلك أن الراهن لا يستطيع أن يتصرف في العين المرهونة دون إذن المرتهن فإن لم يأذن فإن تصرف الراهن لا ينفذ . أما في الفقه الغربي فتصرف الراهن ينفذ ولكن المرتهن يحتج بحق الرهن في مواجهة من تصرف له الراهن . وإذا أقر المرتهن تصرف الراهن في العين المرهونة بالبيع ، نفذ البيع وأصبح الثمن هو الرهن بدلا من المبيع . ويحول الرهن دون نفاذ إجارة المالك الراهن ، فإن أقرها سقط الرهن .

وأما حق التقدم فيكون عند استيفاء المرتهن الدين من العين المرهونة ، فتباع العين ويتقدم الدائن في استيفاء حقه من ثمنها على الدائنين العاديين الذين لا رهن لهم على العين .

وحق الدائن يتعلق بمالية العين لا بذاتها . ولذلك إذا هلكت العين المرهونة في يد المرتهن دون تعمد أو تعد ، هلكت عليه بالأقل من قيمتها وقت القبض ومن الدين ، وما زاد من قيمتها على الدين هو أمانة في يد المرتهن لا ضمان فيه .

حق الحبس :

وهو أيضا حق عيني تبعي ، يتركز في مال ضمانا للدين . وقد ينشأ حق الحبس من العقد . فللبائع أن يحتج بحقه في حبس المبيع لعدم دفع الثمن في مواجهة جميع الدائنين . وللمستأجر حق حبس المأجور إذا انفسخت الإجارة حتى يسترد ما عجله من الأجرة . وللمودع عنده حق حبس العين المودعة حتى يستوفي ما أنفق في حفظها بإذن القاضي . وللأجير المشترك الذي لعمله أثر في العين أن يحبس العين عن المستأجر حتى يؤدي إليه الأجرة . وللوكيل بالشراء أن يحبس المال الذي اشتراه عن الموكل حتى يدفع إليه الثمن .

وقد ينشأ حق الحبس بحكم الشرع من غير عقد . فلن يأتي بالعبد الآبق أن يحبسه حتى يستوفي من المالك ما يستحق . وللمتقطن أن يحبس اللقطة عن مالكها حتى يستوفي ما أذن فيه القاضي من الإنفاق عليها ليرجع به . وللغاصب حبس المغصوب الذي زاد فيه زيادة متصلة من ماله حتى يدفع له المالك قيمة الزيادة .

مقارنة بالفقه الغربي :

ونرى مما تقدم أن الفقه الإسلامي يعرف أكثر الحقوق العينية التبعية التي يعرفها الفقه الغربي . فحق الرهن يقابل رهن الحيازة ، وحق الحبس يقابل كلاً من حق الحبس وحق الامتياز . ولم يبق إلا الرهن الرسمي وحق الاختصاص ، فهذان لا يعرفهما الفقه الإسلامي . أما حق الاختصاص فالقوانين الغربية الحديثة تميل إلى حذفه . وأما حق الرهن الرسمي فهو تطور لرهن الحيازة كان الفقه الإسلامي في طريقه إليه .

من شخصي ينقلب إلى مو عيني :

ولكن الفقه الإسلامي يعرف نوعاً من الحق العيني كان في الأصل حقاً شخصياً ثم انقلب حقاً عينياً . ويتحقق ذلك في حالات الحجر ومرض الموت والموت . ذلك أن المدين إذا حجر عليه أو مرض مرض الموت أو مات ، وكان له مال ، تعلقت ديونه بهذا المال . وانقلبت هذه الديون من حقوق شخصية إلى حقوق عينية ، إذ تكسب جميع خصائص الحق العيني وبخاصة خصائص حق الرهن . فهي تتركز في أموال المدين ، وتتعلق بماليتها لا بذوات أعيانها ، وللدائنين حق تتبع هذه الأموال في أي يد انتقلت ، ويتقدمون في استيفاء حقوقهم منها على جميع من لهم حق فيها ، الموصى لهم والورثة ، ولا يتقدم عليهم إلا من كان له حق رهن أو حق حبس على عين معينة بالذات وبالنسبة إلى هذه العين دون غيرها .

ويتبين من ذلك أن أموال المدين المحجور أو المريض مرض الموت أو الميت يتعلق بها حقان ، حق الغرماء ومحله ماليتها ، وحق المدين أو ورثته ومحله ذوات الأعيان . والحق الأول هو حق عيني تبعية شبيه بحق الرهن ،

والحق الآخر حق عيني أصلي هو حق الملك وقد بقي للدين وإذا كان حياً
أو انتقل إلى ورثته إذا كان قد مات (١).

تدرج الحقوق في الفقه الإسلامي من حيث تعلقها بالعين أو بالذمة :

ونستطيع أن نستخلص مما تقدم أن الحقوق ، في الفقه الإسلامي ، من
حيث تعلقها بالعين أو بالذمة ، تتدرج مراتب خمساً :

(١) وللإستاذ على الخفيف بحث قيم في هذا الموضوع نشره في مجلة القانون والاقتصاد
(سنة ١٢ ص ١٥٣ وما بعدها) ننقل منه ما يأتي :

« إذا لزم الدين شخصاً بسبب من الأسباب حل في ذمته فشغلت به .. فإذا ما حجر
على المدين بسبب دينه أو أصابه مرض الموت تعلق الدين بجميع ما يملك حال الحجر أو حال
المرض ، كما يتعلق بما يرهنه به من أمواله ، وعندئذ يتقيد تصرفه فيه بالأى يمس حقوق دائنيه
كما يتقيد تصرفه في الاعيان المرهونة بأجازة المرتهن لها . هذا ما ذهب اليه الجمهور من فقهاء
المسلمين ، وخالفهم في ذلك كثير من فقهاء المالكية فجعلوا للفرء حق الاعتراض على تصرف
المدين وإبطاله إذا ما كان ضاراً بحقوقهم ، كأن يتبرع وهو صحيح بشيء من ماله والدين محيط
به ولو لم يسبقه حجر (ملاحظة : فارق في هذا الصدد الدعوة البوليصية في الفقه الغربى
... فالحنفية ينهبون الى أن تعلق الديون بأموال المدين يبدأ من أول وقت يعتريه فيه مرض
الموت ... وإنما ابتدأ التعلق من ذلك الوقت محافظة على حقوق الدائنين ... فكان من ذلك
أن تطلعت بالحقوق الواجبة بمال المريض كما تتعلق بتركة المتوفى إذا مات . إلا أن التعلق
بسبب المرض كان أضعف شأناً منه بسبب الوفاة ، فلم يفرض على المريض بسببه الا ضرب
من الحجر يحول بينه وبين أن يتصرف في أمواله تصرفاً يضر بدائنيه ، ولن يظهر هذا الأثر
الا بعد أن يتحقق من أن المرض مرض موت ، وذلك لا يكون الا إذا اتصل الموت به فعلاً
بخلاف التعلق الناشئ عن الموت فإنه تعلق استيفاء وسداد .. ومما ذكر تبين لنا أن تعلق الديون
بأموال المريض لا يمنعها من أن تكون شاغلة لذمته وقت مرضه ، ولا يحول دون استمرار
ملكته لأمواله الى وقت وفاته ، بل تبقى ذمته مشغولة بديونه ، فإذا جاءه الموت خربت
وضعت أن تتحملها لولا وجود ما يقويها كمال يتركه ، فعند ذلك تبقى ذمته قوية بذلك المال
ويستمر ثبوت الدين فيها ، ولكنها تكون متعلقة بذلك المال ، مستحقة الوفاء منه ، واجبة
الاداء في الحال ، كان ذلك المال قد حل محل الذمة أو صار عوضاً عنها فتستوفي منه كما يستوفي
الدين من الرهن عنه حلول أجله » .

انظر أيضاً بحثنا فيما في الموضوع ذاته للإستاذ محمد أبو زهرة في كتابه « احكام التركات
والموارث » (ص ٧ - ص ٤٦) .

هذا وقد قرن الأستاذ مصطفى الزرقا في « الفقه الإسلامى في ثوبه الجديد » (جزء ٢ ص ٣٤)
حق الشخص في أن يملك - وهو الحق الذى سبقت الإشارة اليه وقلنا أنه منزلة وسطى
بين الرخصة والحق - بحق الدائنين في تركة المتوفى المستغرقة بالدين ، وسمى هذه الحقوق
جميعاً « بالحقوق شبه العينية » على فرق ما بينها ، وعلى ما في التعبير « بالحق شبه العينية »
من تصوير تموزه الدقة .

المرتبة الأولى : حق يتعلق بذات العين ، وهو الحق العيني الأصلي كحق الملك وحق الارتفاق .

المرتبة الثانية : حق يتعلق بذات العين دون أن يكون حقاً عينياً أصلياً ، وهذا هو الالتزام بالعين .

المرتبة الثالثة : حق يتعلق بمالية العين دون ذاتيتها ، وهو الحق العيني التبعية من حق رهن وحق حبس .

المرتبة الرابعة : حق يتعلق بمالية أموال المدين لا بذوات أعيانها ويتعلق في الوقت ذاته بالذمة وهو حق الدائنين على أموال مدينهم الميت أو المريض مرض الموت أو المحجور ، ويتأخر هذا الحق عن رهن أو حبس على عين من أموال المدين معينة بالذات وبالنسبة إلى هذه العين دون غيرها كما سبق القول .

المرتبة الخامسة : حق يتعلق بالذمة دون العين وهو الدين يتعلق بالذمة المدين حال حياته إذا كان في صحته ولم يكن محجوراً .

٢

حصر مصادر الحق في الفقه الاسلامي

سبق أن ذكرنا أن مصدر الحق هو السبب الشرعي الذي أنشأه .

ولما كان الحق الشخصي أو الالتزام أقل بروزاً في الفقه الإسلامي من الحق العيني للأسباب التي قدمناها ، فإن مصادر الالتزام ، أي الأسباب الشرعية المنشئة له ، لم تجمع ولم تحصر على الوجه الذي نراه في أسباب الملك أي في مصادر الحق العيني لذلك نتبع خطتين مختلفتين في استقصاء مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني .

أما في استقصاء مصادر الحق الشخصي فنستعرض هذه المصادر في الفقه الغربي لنرى إذا كان يوجد ما يقابلها في الفقه الإسلامي .

وأما في استقصاء مصادر الحق العيني فنستعرض أسباب الملك وأسباب الحقوق المجردة أي حقوق الارتفاق ، ونضيف إليها أسباب حق الرهن وحقوق الحبس ، ونقابل ما بين ذلك وبين مصادر الحقوق العينية في الفقه الغربي . فإذا ما استقصينا على هذا النحو مصادر الحق ، شخصياً كان أو عينياً ، نظرنا في رد هذه المصادر إلى أصولها الأولية .

(أولاً) مصادر الحق الشخصي أو الالتزام

نتعقب في الفقه الإسلامي ، كما قدمنا ، مصادر الالتزام المعروفة في الفقه الغربي ، وهي العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون .

(١) العقد

استخلص نظرية عامة للعقد في الفقه الإسلامي :

للعقد أظهر موضع من كتب الفقه الإسلامي ويستغرق من بحثه حيزاً كبيراً . وظاهر أنه أهم مصدر لإنشاء الالتزام ، سواء كان التزاماً بدين أو بعين أو بعمل أو بتوثيق .

وقد عرفه صاحب مرشد الحيران في المادة ٢٦٢ بأنه عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدین بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه . ثم ذكر أنه يترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدین بما وجب به للآخر . ومن ثم يظهر بوضوح أن العقد مصدر للالتزام في الفقه الإسلامي . ولم يحاول فقهاء المسلمين وضع نظرية عامة للعقد ، بل تناولوا العقود المسماة

عقدا ، وبحثوا كل عقد في أركانه وفي أحكامه . فبحثوا البيع والهبة والإجارة بأنواعها والمزارعة والمساقاة والشركة والعارية والقرض والوديعة والكفالة والحوالة والرهن والصلح . ومن الأحكام التي قرروها في هذا الصدد يستظهر الباحث القواعد المشتركة بين هذه العقود جميعا ، فيستخلص منها نظرية عامة للعقد . وهذا ما فعله فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون في مؤلفاتهم الحديثة . وهذا ما سنحاوله في بحثنا هذا عند الكلام في التصرف القانوني ، ونسير فيه على غرار نظريات الفقه الغربي لتيسير المقارنة بين هذا الفقه والفقه الإسلامي كما تقدم القول .

نقدم الفقه الإسلامي من حيث رضائية العقد :

وفي مناسبة رضائية العقد . في الفقه الإسلامي كتبنا في مؤلفنا « نظرية العقد » ^(١) ما يأتي .

والذي يلفت النظر في أحكام العقد قاعدة أساسية قررها الفقهاء تقضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد ووجه الغرابة في ذلك أن هذه القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث ، لم يصل القانون الروماني على عراقتة إلى تقريرها كمقاعدة عامة حتى في آخر مراحل تطوره . ولعل السر في وصول فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه القاعدة ما كان للدين من الأثر البالغ في تقرير قواعد الفقه أصولا وفروعا . ويكفي لترجيح هذا الرأي أن نذكر أن العقد في أوروبا لم يصبح رضائيا إلا تحت تأثير عوامل مختلفة من أهمها الدين المسيحي وقوانين الكنيسة ، وهي تحض على وجوب الوفاء بالعهد ، فصار تقييد الإنسان بكلمته متفقا مع آداب الدين . ثم انتقل ذلك من الدائرة الدينية إلى الدائرة القانونية . وقد تم ما يعدل هذا في الشريعة الإسلامية ، فإن مشروعية العقد تستند عادة إلى القرآن والحديث قال الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود — وأوفوا بالعهد إن العهد

كان مسئولاً — وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ، وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً ، ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا أمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له . »

(ب) الإرادة المنفردة

انساع صبرانه الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي :

للإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ميدان فسيح نراها فيه تنتج آثاراً قانونية متنوعة . فهناك أولاً تصرفات هي عقود في الفقه الغربي وتتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة (١) . وهناك ثانياً تصرفات تتم بإرادة منفردة في كل من الفقه الإسلامي والفقه الغربي . وهناك أخيراً آثار قانونية كثيرة غير إنشاء الالتزام تحدثها الإرادة المنفردة شأنها في ذلك شأن الفقه الغربي .

فالإرادة المنفردة من حيث إنشاء الالتزام ومن حيث إنتاج الآثار القانونية المختلفة لا تقل في الفقه الإسلامي عنها في الفقه الغربي . بل هي في الفقه الإسلامي تزيد ، فقد قدمنا أن هناك تصرفات لا تتم إلا بتقابل إرادتين في القوانين الغربية ، وتتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة . وفوق ذلك فإن مذهب مالك — وقد بلغ في هذا مبلغ الفقه الجرمانى — قد جعل من الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام .

وهانحن نستعرض الأحوال الثلاث التي تولد فيها الإرادة المنفردة آثاراً قانونية

(١) قارن ما جاء في « الملكية ونظرية العقد » للاستاذ محمد أبو زهرة (ص ١٩٠)

« ومن هذا كله يتبين أن الإرادة المنفردة لها مكانها في الالتزامات الشرعية ، ولكن في التصرفات التي لا تنعقد بايجاب وقبول . أما ما ينعقد بالايجاب والقبول فالارادة المنفردة ليس هي مناط الالتزام فيه » . ويبدو ان اللبس في هذا القول يرجع الى تصور ان تكون الارادة المنفردة هي مناط الالتزام فيما ينعقد بالايجاب والقبول ، ومهما يكن من أمر ذلك في الفقه الاسلامى ، فظاهر على كل حال أن منطقة الارادة المنفردة غير منطقة العقد ، ولا يمكن أن يكون للارادة المنفردة مكان غير المنطقة الاولى .

تصرفات هي عقود في الفقه الغربي وتم في الفقه الاسلامي بإرادة منفردة :

والمتمثل في الفقه الاسلامي يستطيع أن يميز في هذا الصدد بين طوائف ثلاث من العقود أو التصرفات : الطائفة الأولى ويدخل فيها البيع والايجار ، والطائفة الثانية ويدخل فيها الكفالة والقرض ، والطائفة الثالثة ويدخل فيها الهبة والعارية .

أما البيع والايجار فلا مشاحة في أن الركن في كليهما هو الايجاب والقبول . وأما الكفالة والقرض فيبدأ في أمرهما الشك ، هل الركن هو الايجاب والقبول أم هو الايجاب فحسب . وقد ورد في الكفالة أن ركنها الايجاب من الكفيل ، أما القبول من الطالب (الدائن) فليس بركن في أحد قولين لكل من أبي يوسف والشافعي . وعند الإمام ومحمد وقول لأبي يوسف وقول للشافعي قبول الطالب ركن في الكفالة . وجه القول الأول أن الكفالة ضم لغة ، والتزام المطالبة بما على الأصل شرعا ، وليست بتمليك . ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبهه النذر . ووجه القول الثاني أن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التملك ، والتمليك لا يتم إلا بالايجاب والقبول كالبيع . وورد في القرض أن ركنه عند أبي يوسف في إحدى روايته الايجاب من المقرض ، أما القبول من المقرض فليس بركن . والقبول ركن في القرض عند محمد وفي إحدى الروايتين عن أبي يوسف .

بقيت الهبة والعارية . وفيها يتغلغل الشك أكثر مما رأينا في الطائفة الثانية من العقود ، ويرجح القول بأن الركن هو الايجاب فحسب . فالهبة ركنها الايجاب من الواهب . أما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً ، وهذا هو قول الإمام وصاحبيه . والقياس أن يكون القبول ركناً ، وهو قول زفر . وجه الاستحسان ، على ما يقول الكاساني (١) ، أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول وإنما القبول والقبض لشبوت حكمها

لا لوجودها في نفسها ، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام . .
ولأن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء
وهذا يحصل بدون القبول . وثمره الخلاف بين القولين تظهر فيمن حلف
لا يهب هذا الشيء لفلان فوهب منه فلم يقبل ، أنه يحث استحسانا وعند زفر
لا يحث (١) . وركن العارية الإيجاب من المعير . أما القبول من المستعير فليس
بركن عند الإمام وصاحبيه استحسانا . والقياس أن يكون ركناً ، وهو قول
زفر ، كما في الهبة ، حتى أن من حلف لا يعير فلانا فأعاره ولم يقبل يحث عند
الإمام وصاحبيه ، ولا يحث عند زفر .

ونحن نرى أن الأمر في هذه الطوائف الثلاث من التصرفات مرده إلى
الاعتبار الآتي : الطائفة الأولى من التصرفات ، وفيها البيع والإيجار ، معاوضات

(١) وقد جاء في تكملة فتح القدير لقاضي زادة (جزء ٧ ص ١١٤ - ١١٥) ما يأتي : « قال
صاحب النهاية أي تصح بالإيجاب وحده في حق الواهب وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب
له ، لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع ، فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار والوصية ، ولكن لا يملكه
الموهوب له إلا بالقبول والقبض . وثمره ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب
الإيمان في قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل ، فقد بر في يمينه بخلاف
البيع وعلم أن صاحب الكافي وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكا آخر ، فقالا وركنها
الإيجاب والقبول لأنها عقد ، وقيام العقد بالإيجاب والقبول ، لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى
الغير بدون تملكه ، والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله ، وإنما يحث لو حلف ألا يهب
فوهب ولم يقبل ، لأنه إنما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الإيجاب لا القبول لأنه فعل
الغير ، انتهى كلامهما . أقول هذا التقرير يرد عليه أن التعليل المذكور للحث فيما لو
حلف ألا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي أن يحث فيما لو حلف ألا يبيع فباع ولم يقبل ، لأن
المقدور له في كل عقد هو الإيجاب لا القبول ، مع أنه لا يحث في صورة البيع كما صرحوا به .
والحاصل أن كلمات القوم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب . وعن هذا قال صاحب غاية
البيان : وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه . قال شيخ الاسلام جواهر زادة في مبسوطه هو
مجرد إيجاب الواهب وهو قوله وهبت ، ولم يجعل قبوله الموهوب له ركناً لأن العقد ينعقد
بمجرد إيجاب الواهب ، ولهذا قال علماءنا إذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحث في يمينه
عندنا . وقال صاحب التحفة ركنها الإيجاب والقبول ، ووجهه أن الهبة عقد والعقد هو الإيجاب
والقبول ، إلى هنا انتهى كلامه . وقال صاحب البدائع : أما ركن الهبة فهو الإيجاب من
الواهب ، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا ، والقياس أن يكون ركناً وهو
قول زفر ، وفي قول قال القبض أيضاً ركن . وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب
هذا الشيء لفلان فوهب له فلم يقبل ، أنه يحث استحسانا . وعند زفر لا يحث ما لم
يقبل . وفي قول ما لم يقبل ويقبض ، وأجمعوا على أنه إذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان
فباعه فلم يقبل أنه لا يحث » .

ابتداء وانتهاء ، فيلتزم كل من المتعاقدين ، ومن ثم لا يتم العقد إلا بإرادة كل منهما ، فيكون الركن هو الايجاب والقبول دون خلاف . والطائفة الثانية من التصرفات ، وفيها الكفالة والقرض ، تبرعات ابتداء معاوضات انتهاء ، فتسرب الشك فيما إذا كان يلزم قبول الدائن فى الكفالة والمقترض فى القرض مع أن التصرف بالنسبة إلى كليهما تبرع فى بدايته . فغلب القول بأن هذا القبول لازم لأن التصرف معاوضة فى نهايته ، ومن ثم كان الراجح أن الركن هو الايجاب والقبول ^(١) . والطائفة الثالثة من التصرفات ، وفيها الهبة والعارية ، تبرعات ابتداء وانتهاء ، فتغلغل الشك فيما إذا كان يلزم قبول الموهوب له فى الهبة والمستعير فى العارية مع أن التصرف بالنسبة إلى كليهما تبرع فى بدايته وفى نهايته ، فغلب القول بأن هذا القبول غير لازم ، ومن ثم كان الراجح أن الركن هو الايجاب فحسب ^(٢) . ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل أن التصرف فى الفقه الإسلامى يتم بإيجاب وقبول إذا كان من شأنه أن يرتب التزاما فى جانب كل من الطرفين ولو انتهاء ، أما التصرف الذى يرتب التزاما فى جانب أحد الطرفين دون الآخر فيتم بإيجاب الطرف الملتزم وحده . فكأن الالتزام يكفى فى إنشائه إرادة الملتزم وحدها ، وكأن العقد نفسه ، وهو إيجاب وقبول ، يقوم التزام كل طرف فيه على إرادته دون اعتبار لإرادة الطرف الآخر ، فإذا صح هذا النظر ، أمكن القول فى الفقه الإسلامى إن الأصل فى التصرفات هى الإرادة المنفردة لا العقد .

(١) وكالكفالة والقرض عقد الرهن . فسرى أن فيه خلافا ، هل ينقصد بالايجاب والقبول أم ينقصد بالايجاب من الراهن وحده . وسرى أيضا أن الراجح هو أنه ينقصد بالايجاب والقبول ، ذلك لأنه إذا كان تبرعا ابتداء فهو معاوضة انتهاء .

(٢) وهذا خير من التعليل الذى نقلناه عن صاحب البدائع . فإن الذى يتبرع لآخر تبرعا محضا يكفى فى ذلك ايجابه ، أما قبول الآخر لتبرع لمحض مصلحته فقير مطلوب ، وانما يرتد التصرف بالرد كما فى الإبراء . وهذا هو عين ما وقع عندما صاغ واضعو قانون نابليون عقد الهبة ، فعرفوا الهبة فى البداية بأنها (contrat) ، فاب نابليون ، مطاوعا فى ذلك البداية ، إلا أن تكون تصرفا (acte) . وعلى هذا الوجه الأخير ورد تعريفها فى القانون المدنى الفرنسى .

تصرفات تم بإرادة منفردة :

وهذه هي : (١) الالتزام . (٢) والوعد . (٣) والنذر .

فالالتزام يطلق في الفقه الاسلامي على الصورة العامة للالتزام بالإرادة المنفردة ، فيقال المطلوبات المترتبة على الالتزام أى الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة . فإذا التزم شخص بمال يعطيه لشخص آخر دون أن يتعاقد معه ، فهل يتقيد الملتزم بإرادته المنفردة هذه أن يعطى المال الذى التزم بأعطائه؟ ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة أن هذا من قبيل التبرع والتبرع غير ملزم عندهم . أما عند مالك فهو ملزم ما لم يمت الملتزم أو يفلس ، ذلك أن الموت والإفلاس يسقطان هذا الالتزام ، فلا يجب شيء للملتزم له ، لا في التركة ولا في التفليسة .

ويميز الفقهاء بين الالتزام والوعد . فالالتزام هو ما تقدم . أما الوعد فهو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لأعلى سبيل الالتزام في الحال . وقد يقع الوعد على عقد أو عمل ، كأن يعد شخص آخر ببيعه أرضا أو ببناؤه داراً . وجمهور الفقهاء على أن الوعد ملزم ديانة لا قضاء . ولكن المالكية اختلفوا فيه على أربعة أقوال : أولها أنه ملزم في جميع الأحوال ما لم يمت الواعد أو يفلس . والثاني أنه غير ملزم ولا يقضى به في أية حال . والثالث أنه ملزم إن كان على سبب ، دخل الموعد في السبب أو لم يدخل . والرابع أنه ملزم إن كان على سبب ودخل الموعد من أجل الوعد في السبب . ونأتى بمثال يوضح القولين الأخيرين : يعد شخص آخر بمبلغ من المال ليعينه على الزواج ، فهذا الوعد ملزم للواعد ، تزوج الموعد أو لم يتزوج على القول الثالث ، وهو ملزم للواعد بشرط أن يكون الموعد قد تزوج على القول الرابع .

وإلى جانب الالتزام والوعد يوجد النذر ، هو التزام فيه قربة لله تعالى بصيغته تدل على ذلك . وحكمه عند الحنفية وجوب الوفاء به ، ولكنه يسقط

بموت الناذر . وحكمه عند المالكية والشافعية وجوب الوفاء به إذا علق على مرغوب فيه ، والتخيير بين الوفاء والكفارة إذا علق على مرغوب عنه (١) .

الإرادة المنفردة تحدث آثاراً أخرى غير إنشاء الالتزام :

وفي الفقه الاسلامي ، كما في الفقه الغربي ، قد تحدث الإرادة المنفردة آثاراً أخرى غير إنشاء الالتزام . فتارة تكون سبباً لكسب الملكية كالوصية . وتارة تكون إسقاطاً كالإبراء والوقف . ونذكر إلى جانب ذلك إجازة العقد ، وإقراره من الغير . واستعمال خيار من الخيارات المعروفة ، وعزل الوكيل ، وإجازة الوصية ، كل هذه وغيرها إرادات منفردة تحدث آثاراً قانونية مختلفة ، كل إرادة بحسب ما تقصد إليه .

(١) أما الجعالة فلا تقوم على الإرادة المنفردة « والجعالة أو الجعل تكون في العبد الآبق يرده الآخذ على صاحبه ، فيستحق جعلاً دون شرط عند الحنفية ، وعند الشافعي لا يثبت الجعل الا بالشرط . وأما بيان قدر الجعل فينظر : ان رد العبد من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله أربعون درهماً ، وان رده دون ذلك فبحسابه ، وان رده من أقصى المصر رضخ له على قدر عنائه وتعبه ، لان الواجب بمقابلة العمل فيتقدر بقدره .. هذا اذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل ، فان كانت مثل الجعل أو أنقص منه بنقص من قيمته درهم عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف له الجعل تاما » . (البدائع جزء ٦ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٦) .

ويتبين مما نقلناه عن البدائع أن الالتزام هنا لا يقوم على الارادة المنفردة . فالجعل عند الحنفية واجب دون شرط ، وعند الشافعي لا يجب الا بالشرط أي بالعقد لا بالإرادة المنفردة . ثم ان الجعل مقدر شرعاً لا بالاتفاق ، وهو عند الحنفية أقرب الى أن يكون قائماً على قاعدة الإثراء بلا سبب ولا يقوم على الإرادة .

وكالجعالة نفقة الضالة ، فمن وجدها وأنفق عليها بأمر القاضي يكون ديناً على مالكها ، وان أنفق بغير إذن القاضي يكون متطوعاً ، فينبغي أن يرفع الأمر الى القاضي ينظر في ذلك ، فان كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة أمره بأن يؤاجرها وينفق عليها من أجرتها نظراً للمالك . وان كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة وخشى أن لو أنفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره ببيعها وحفظ ثمنها (يقوم) مقامها (كما) في حكم الهلاك . وان رأى الاصلح ألا يبيعها بل ينفق عليها ، أمره بأن ينفق عليها لكن نفقة لا تزيد على قيمتها ، ويكون ذلك ديناً على صاحبها ، حتى اذا حضر يأخذ منه النفقة . وله أن يحبس اللقطة بالنفقة كما يحبس المبيع بالثمن . وان أبى أن يؤدي النفقة باعها القاضي ودفع اليه قدر ما أنفق » (البدائع جزء ٦ ص ٢٠٣) .

ومن كل هذا يتبين أن نفقة الضالة كالجعالة ، انما تقوم على مبدأ الإثراء بلا سبب ، ولا دخل فيها للإرادة ، فليس في الجعالة ولا في نفقة الضالة ما يقابل الوعد بجائزة في الفقه الغربي وهو الوعد الذي يقوم على الإرادة المنفردة .

(ح) العمل غير المشرع

لا توجد قاعدة عامة :

في العمل غير المشروع ، كما في العقد وكما في الإرادة المنفردة ، لا توجد قاعدة عامة في الفقه الاسلامي تجعله مصدراً للالتزام بوجه عام . ولكن هنا كهناك تغني التطبيقات عن القاعدة .

حق الله وحق العبد :

والأصل أن الحق نوعان . حق الله وحق العبد .

حق الله ما يتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد ، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه . وحقوق الله ثمانية : عبادات خالصة كالإيمان ، وعقوبات خالصة كالحدود ، وعقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث ، وحقوق دائرة بين الأمرين كالكفارات ، وعبادات فيها معنى المؤونة كصدقة الفطر . ومؤونة فيها معنى العبادة كالعشر ، ومؤونة فيها شبهة العقوبة كالخراج ، وحق قائم بنفسه كخمس الغنائم (١) . ويتبين من ذلك أن منطقة حقوق الله منطقة واسعة ، يتلاقى فيها الدين مع القانون العام (٢) ، ثم القانون الجنائي مع القانون المالي . وحق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة كالدية والضمان . فحق العبد إذن يدخل في منطقة القانون الخاص .

(١) التلويح والتوضيح ص ٧٠٥ .

(٢) والقانون العام في الفقه الاسلامي أقل تطوراً من القانون الخاص ، فهو لا يزال في مراحله الاولى لم يقطع شوطاً كافياً في ميدان التقدم . ويبدو أن السبب في وقوف القانون العام عن التطور يرجع الى قيام حكومات مستبدة متعاقبة في الاسلام ، كانت مهمتها اخماد أى حركة فقهية تقيم أصول الحكم على أسس من الحرية السياسية والحقوق العامة الديمقراطية . أما القانون الخاص في الفقه الاسلامي ، فقد تقدم تقدماً كبيراً ، لان الحكومة المستبدة لم يكن يضرها تقدمه .

وهناك ما يجتمع فيه الحقان وحق الله غالب كحد القذف ويلحق بحقوق الله ، وما يجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب كالتقصاص ويلحق بحقوق العبد (١) .

جزاء حق الله :

وجزاء حق الله عقوبة عامة ، وهي الحد والتعزير في حقوق لله والكفارة والحرمان من الميراث .

فالحد هو عقوبة مقررة حددها الشارع . والحدود خمسة : قطع اليد في السرقة ، والرجم أو الجلد مائة في الزنا ، والجلد ثمانين في الشرب (من شراب معين ولولم يسكر) ، والجلد ثمانين في السكر (من أى شراب بشرط أن يسكر) ، والجلد ثمانين في القذف . يضاف إلى هذه الحدود حد قاطع الطريق ، وهو قطع يده ورجله من خلاف إن أخذ المال ولم يقتل ، والقتل إن قتل ولم يأخذ المال ، والقتل أو الصلب بعد قطع اليد والرجل أو دون قطع إن أخذ المال وقتل ، والنفي إن أخاف دون أن يأخذ مالا أو يقتل نفساً .

والتعزير في حقوق الله يكون في جنائية في حق الله ليس لها حد مقرر في الشرع . ويجب إما بجناية ليس في جنسها ما يوجب الحد ، وإما بجناية في جنسها الحد لكنه لم يجب لفقد شرطه . ويقع بالحبس أو الضرب أو الكهر والاستخفاف بالكلام . ونرى من ذلك أن الجنايات في حق الله ، في غير الحدود المقررة ، متروك تقديرها للقاضي من حيث تحديد الفعل ومن حيث تقدير العقوبة (٢) .

والكفارة عقوبة دائرة بين الخالصة والقاصرة ، وتجب في القتل الخطأ .

(١) التلويح والتوضيح ص ٧١٢ .

(٢) وهذا يدل على أن القانون الجنائي في الفقه الاسلامي لم يتقدم في أصوله وأحكامه تقدم القانون المدني . بل بقي باب التعزير واسعا يدخل منه التشريع والقضاء والفقه لتقرير المبادئ الحديثة في القانون الجنائي ، فان الفقه الاسلامي في الحالة التي هو عليها لم يعرض لهذه المبادئ باثبات أو بنفي ، فهو لا يقرها ولا يعارضها .

والحرمان من الميراث عقوبة قاصرة . ويمكن مع القوانين الحديثة القول بأن الحرمان من الميراث عقوبة تبعية توقع ، إلى جانب العقوبة الأصلية ، على القاتل إن كان يرث من المقتول .

والعقوبة العامة ، أيا كانت ، تتميز بالخصائص الآتية :

(١) لا يجوز فيها العفو أو الإبراء أو الصلح .

(٢) ويفوض استيفاؤها للإمام .

(٣) ويجزى فيها التداخل ، أى لا يقام على الجانى إلا حد واحد ولو تكررت الجناية .

(٤) وتنصف بالرق ، فالعبد يقام عليه نصف الحد الذى يقام على الحر ، ويجلد أربعين جلدة لاثمانين فى الزنا والشرب والسكر والقذف .

(٥) ولا يجرى فيها الارث ، فلا تنتقل إلى ورثة الجانى يعاقبون مكانه بعد موته ، ولا إلى ورثة المجنى عليه يطالبون باستيفائها بعد موت مورثهم ، إذ أن استيفاءها مفوض للإمام لا للمجنى عليه ولا لورثته كما سبق القول . وغنى عن البيان أن هذه الخصائص هى خصائص العقوبة الجنائية فى الفقه الجنائى الحديث فالعقوبات العامة التى تقدم ذكرها هى إذن العقوبات الجنائية فى الفقه الإسلامى .

جزاء حق العبد :

وجزاء حق العبد إما عقوبة خاصة أو ضمان أو جزاء يدور بين العقوبة والضمان .

العقوبة الخاصة :

والعقوبة الخاصة هى :

أولاً : التعزير فى حقوق العبد . وهو كالتعزير فى حقوق الله من حيث وجوبه فى جنابة ليس لها حد مقرر فى الشرع ، ومن حيث قدره من ضرب

وحبس وكهر مع استخفاف بالكلام . ولكن الجناية التي يعزر فيها هنا تكون جنائية من حقوق العبد ، ولذلك كان التعزير عليها عقوبة خاصة .

ثانياً : القصاص . ويجب فيما تمكن فيه المماثلة بين المحلين ، وقد جاء في القرآن الكريم : « وكتبنا عليهم أن النفس بالنفس ، والعين بالعين ، والجروح قصاص » . فهو يجب إذن :

(١) في القتل العمد ، والقصاص هنا إما من حق الميت والورثة خصوم في استيفاء حقه كما في المال ، وإما حق الورثة ابتداء وإلى ذلك ذهب أبو حنيفة . ويسقط القصاص بالعفو من المقتول قبل موته أو من أحد أولياء الدم أو بالصلح على الدية .

(٢) في الجنائية عمداً على ما دون النفس إذا أمكنت المماثلة بين المحلين في المنافع والفعلين . فمن قطع إصبع آخر متعمداً قطع إصبعه ، ومن قلع عيناً لآخر عن عمد قلعت عينه ، وهكذا .

والعقوبة الخاصة ، على عكس العقوبة العامة ، تتميز بالخصائص الآتية :

(١) يجوز فيها العفو والابراء والصلح .

(٢) ويفوز استيفاؤها إلى المجنى عليه أو وليه .

(٣) ولا يجري فيها التداخل فتتكرر العقوبة بتكرار الجنائية .

(٤) ولا تنصف بالرق ، فعقوبة العبد مثل عقوبة الحر .

(٥) ويجرى فيها الارث من جهة المجنى عليه ، ولكن لا يجري الارث

من جهة الجاني .

ويلاحظ هنا أن عقوبة القتل العمد ، وهي القصاص ، تعتبر عقوبة خاصة

فيجوز فيها العفو والابراء والصلح ، بينما ترقى عقوبة القذف إلى مستوى

العقوبات العامة فلا يجوز فيها شيء من ذلك . وهذا يدل مرة أخرى على

وقوف القانون الجنائي في الفقه الاسلامي عن التطور . ويلاحظ أيضاً أن

القانون الجنائي في الفقه الاسلامي لم ينفصل انفصالا تاماً عن القانون المدني

كما تم ذلك في الفقه الغربي . فالجرائم التي تعتبر اليوم في الفقه الغربي جرائم جنائية يعاقب عليها في الفقه الاسلامي تارة بعقوبات عامة أى بعقوبات جنائية كالحدود والتعزير في حقوق الله ، وتارة بعقوبات خاصة وهي التعزير في حقوق العبد والقصاص ، وتارة بجزاء يجمع بين معنى العقوبة ومعنى الضمان كالدية ، وقد فصل الفقه الحديث بين المعنيين ويلاحظ أخيراً أن الجزاء في الفقه الاسلامي يتدرج من العقوبة العامة ، إلى العقوبة الخاصة ، إلى جزاء يدور بين العقوبة والضمان ، إلى ضمان محض . وفي هذا تدرج ملحوظ من العقوبة الجنائية إلى التعويض المدني .

الجزاء الذي يدور بين العقوبة والضمان :

هذا الجزاء هو :

أولاً : الدية — وهي مائة من الابل أو ألف دينار أو عشرة آلاف من الدراهم وتجب في :

(١) القتل غير العمد (١) . فإذا وجبت بنفس القتل الخطأ أو شبه العمد تتحملها

(١) والقتل في الفقه الاسلامي أربعة أنواع : قتل هو عمد محض ليس فيه شبه العمد ، وقاتل عمد فيه شبه العمد وهو المسمى بشبه العمد ، وقاتل هو خطأ محض ليس فيه شبه العمد ، وقاتل هو في معنى القتل الخطأ . أما الذي هو عمد محض فهو أن يقصد القاتل بحديد له حد أو طعن كالسيوف والسكين والرمح والاشفار والابرة وما أشبه ذلك ، أو ما يعمل عمل هذه الاشياء في الجرح والطعن كالنار والزجاج وليطة القصب والمرو والرمح الذي لا أسنان له ونحو ذلك . وكذلك الآلة المتخذة من النحاس ، وكذلك القتل بحديد لا حد له كالعمود وصنجة الميزان وظهر الفأس والمرو ونحو ذلك عمد في ظاهر الرواية وأما شبه العمد فتلاثة أنواع بعضها متفق على كونه شبه عمد وبعضها مختلف فيه . أما المتفق عليه فهو أن يقصد القتل بعضاً صغيرة أو بحجر صغير أو لكمة ونحو ذلك مما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه اذا ضرب ضربة أو ضربتين ولم يوال في الضربات . وأما المختلف فيه ، فهو أن يضرب بالسوط الصغير ويوالى في الضربات الى أن يموت ، وهذا شبه عمد بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله تعالى ، وعند الشافعي رحمه الله هو عمد . وإن قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك مما ليس بجراح ولا طاعن كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها ، فهو شبه عمد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما ، وعند الشافعي هو عمد . ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد ، فما كان شبه العمد في النفس فهو عمد فيما دون النفس

العاقلة — وعاقلة الشخص قبيلته وهو منها — وإذا وجبت بغير ذلك وجبت في مال القاتل فلا تعقل العاقلة الصالح ولا الإقرار ولا العمد.

(٢) الجناية على مادون النفس من غير عمد على عضو تمكن فيه المماثلة، ويتبين من ذلك أن الجناية على النفس أو على مادونها في عضو تمكن فيه المماثلة، إذا كانت عمد تستوجب القصاص، وإذا كانت غير عمد تستوجب الدية. ثانيا — الأرش : وهي جزء من الدية . فإذا تعدد العضو الذي تمكن فيه المماثلة وأصيب بعض منه ، فالدية تجب بنسبه ما أصيب ، وتسمى في هذه الحالة أرشا . ومن ثم يجب نصف الدية في اليد الواحدة ، وربعا في أحد أشفار العين الأربعة ، والعشر في الاصبع ، ونصف العشر في السن .

ثالثا — حكومة العدل : وتكون في الجناية على ما لا تمكن فيه المماثلة ، عمدا كان ذلك أو غير عمد . ويترك تقدير الجزاء للقاضي ، وهذا هو معنى حكومة العدل . ويخلص من ذلك أن حكومة العدل في المسؤولية التقصيرية تعدل التعزيز في المسؤولية الجنائية سواء كان التعزيز في حقوق الله أو في حقوق العبد ، وذلك من حيث الساطة التقديرية الموكولة للقاضي . ويخلص من ذلك

== لان ما دون النفس لا يقصد اتلافه بآلة دون آلة عادة ، فاستوت الآلات كلها في الدلالة على القصد ، فكان الفعل عمدا محضا ... وأما القتل الخطأ ، فالخطأ قد يكون في نفس الفعل ، وقد يكون في ظن الفاعل . أما الاول فنحو أن يقصد صيدا فيصيب آدميا ، وأن يقصد رجلا فيصيب غيره ، فان قصد عضوا من رجل فاصاب عضوا آخر منه فهذا عمد وليس بخطأ . وأما الثاني فنحو أن يرمى الى انسان على ظن أنه حربي أو مرتد فاذا هو مسلم ... وأما القتل الذي هو في معنى الخطأ فنوعان : نوع هو في معناه من كل وجه وهو أن يكون على طريق المباشرة ، ونوع هو في معناه من وجه وهو أن يكون من طريق التسبب . أما الاول فنحو النائم ينقلب على انسان فيقتله ، فهذا القتل في معنى القتل الخطأ من كل وجه لوجوده لا عن قصد لانه مات بقله ، فترتب عليه احكامه من وجوب الكفارة والدية وحرمان الميراث والوصية ، لانه اذا كان في معناه من كل وجه كان ورود الشرع بهذه الاحكام هناك ورودا ههنا دلالة ، وكذلك لو سقط انسان من سطح على قاعد فقتله .. وأما الثاني فنحو جناية الحافر ومن في معناه ممن يحدث شيئا في الطريق أو المسجد ، وجناية السائق والقائد ، وجناية الناحس ، وجناية الحائط » . (البدائع جزء ٧ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤ وص ٢٧١ وص ٢٧٤) .

أيضا أن حكومة العدل ، وهى أكثر مرونة من القصاص والدية والأرض ، تكاد تضع مبدأ عاما فى الفقه الإسلامى يقضى بأن العمل غير المشروع الذى يصيب الجسم فيما لا يمكن فيه المائلة — ويدخل فى هذا أكثر الجراح والشجاج وأكثر ضرر الأذى — عمدا كان أو غير عمد ، يوجب التعويض بمقدار متروك تقديره للقاضى . وهذا المبدأ الجوهرى المتعلق بالعمل غير المشروع الذى يصيب الجسم يكمل مبدأ جوهرى آخر متعلقا بالعمل غير المشروع الذى يصيب المال ، وهو الضمان وبخاصة فى الإلتلاف والغصب . وبمجموع هذين المبدأين الجوهريين يمثل المسؤولية التقصيرية فى الفقه الإسلامى ، فتخلص لنا قاعدة تكاد تكون عامة ، هى أن أكثر الأعمال غير المشروعة التى تصيب الجسم أو المال تستوجب التعويض ، فهم إذن مصدر للالتزام .

المصادر :

وهذا هو التعويض المدنى المحض . والضمان نوعان : ضمان العقد وهذه هى المسؤولية العقدية ، وضمان الفعل وهذه هى المسؤولية التقصيرية فى خصوص المال ، وهى التى تعطينا هنا فنقف عندها . والضمان على هذا النحو ، أى ضمان الفعل ، لا يكون إلا فى الجرائم التى تقع على المال . ولا توجد قاعدة عامة الفقه الإسلامى تقضى بأن كل عمل غير مشروع يلحق ضررا بالمال يوجب التعويض فىكون مصدر الالتزام . ولكن الفقهاء نصوا على الأحوال التى يجب فيها الضمان . ونذكر منها خمساً ، أهمها الحالتان الأخيرتان :

أولاً : بعض الجنايات التى تستوجب الحد أو تستوجب عقوبة عامة ، كالسرقة وقطع الطريق . وللسرقة حكمان ، أحدهما يتعلق بالنفس وهو القطع ، والآخر يتعلق بالمال وهو الضمان . والشافعى يجمع بين الجزأين . وهذا يتفق مع الفقه الحديث حيث يجمع بين الدعوى العمومية والدعوى

المدنية . أما الحنفية فلا تجمع بين القطع والضمان لأن المضمونات عندهم تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ ، فلو ضمننا السارق قيمة المسروق أو مثله لملك المسروق من وقت الأخذ ، فتبين أنه قطع في ملك نفسه وهذا لا يجوز . والضمان يكون إذا هلك الشيء المسروق فيلزم السارق مثله أو قيمته ، إذا بقي قائماً فيجب رده إلى صاحبه .

ولقطع الطريق كما للسرقه حكمة ، أحدهما يتعلق بالنفس وهو وجوب الحد ، والآخر يتعلق بالمال وهو وجوب الرد إن كان المال قائماً بعينه ، ولصاحبه أن يأخذه أينما وجدته ، في يد المحارب أو في يد من ملكه المحارب ببيع أو هبة أو غير ذلك ، وإن لم يكن المال قائماً ضمنه قاطع الطريق مثله أو قيمته .

ثانياً : الإكراه وهو حمل الغير ما يرضاه ولا يختار مباشرة . وهو إما ملجئ . لعدم الرضا ويفسد الاختيار ، أو غير ملجئ . لعدم الرضا ولا يفسد الاختيار . وأثر الإكراه في التصرفات القانونية أنه يفسدها ، ملجئاً كان أو غير ملجئ . أما التصرفات الفعلية ، أي الأعمال المادية ، فلا يفسدها إلا الإكراه الملجئ . وإذا أكره شخص آخر على الإتيان بعمل مادي ضار ، فحكمه أن يضاف الحكم إلى الحامل ابتداءً لانقلا من الفاعل إليه . فلو أكرهه على رمي صيد ، فأصاب إنساناً ، فالدية على عاقلة الحامل والكفارة عليه . كذلك لو أكرهه على إتلاف المال ، اعتبر الحامل متلفاً بتسبب ، ووجب الضمان لوجود ركن التعدي (١) .

ثالثاً : التغرير ويفسد العقد إذا تسبب عنه غبن فاحش . أما فيما بين المغرر والمغرر به فإن « الغرور لا يوجب الرجوع ، فلو قال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكته فأخذه للصوص ، أو كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات ، لاضمان إلا في ثلاث مسائل : الأولى - إذا كان الغرور بالشرط ، كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحقت ، فإنه يرجع على

الخبر بما غرمه للمستحق من قيمة الولد . الثانية — أن يكون في ضمن عقد معاوضة ، فيرجع المشتري على البائع بقيمة الولد إذا استحققت بعد الاستيلاد ، ويرجع بقيمة البناء لو بنى المشتري ثم استحققت الدار بعد أن يسلم البناء له . الثالثة أن يكون في عقد يرجع نفعه إلى الدافع كالوديعة والإجارة ، حتى لو هلك الوديعة أو العين المستأجرة ثم استحققت وضمن المودع والمستأجر فإنهما يرجعان على الدافع بما ضمناه ، وكذا من كان بمعناهما ، وفي العارية والهبة لا رجوع لأن القبض كان لنفسه ، ^(١)

رابعاً : الغصب وهو أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل في العين . فهذه قيود ستة :

- (١) مال . (٢) متقوم . (٣) محترم (٤) بلا إذن من له الإذن .
(٥) على وجه يزيل يده . (٦) بفعل في العين .

خرج بالقيد الأول الحر والميتة لأنها ليس بمال . وخرج بالقيد الثاني خمر المسلم لأنه مال غير متقوم ، وخرج بالقيد الثالث مال الحرني لأنه مال متقوم غير محترم . واحترز بالقيد الرابع عن الوديعة وغيرها بما يكون سبباً شرعياً في تسليم المال للغير لأن المال المنقوم المحترم أخذ بإذن صاحبه . أما القيدان الخامس والسادس فلا بد منهما على أصل الشيخين دون محمد . ففي القيد الخامس اعتبر الشيخان في الغصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلّة ، واكتفى محمد بإثبات اليد المبطلّة . ويتفرع على ذلك أن زوائد المنصوب غير مضمونة عند الشيخين ، لأن إثبات اليد المبطلّة غير مصحوبة بإزالة اليد المحقة ^(٢) . وفي القيد السادس أضاف الشيخان أن تكون إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلّة بفعل في العين . ويترتب على ذلك أن العقار لا يغصب عندهما لأن إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلّة لم يكن بفعل وقع على العين بل على الشخص ، حتى لو منع رجلاً من دخول داره ، أو لم يمكنه من أخذ

(١) مجمع الضمانات ص ٤٥٤ .

(٢) كذلك اللفظة إذا أخذها شخص وقصد تملكها لا يصير غاصباً عند الشيخين ، لأنه إذا كان قد أثبت البد المبطلّة فإنه لم يزل اليد المحقة .

ماله ، لا يكون غاصبا بذلك ، وكذلك لو متع المالك عن المواشي حتى ضاعت
لا يضمن ، ولو نقلها من موضعها يصير غاصبا . ولو جلس على البساط لا يكون
غاصبا ، فإن الجلوس عليه ليس بنصرف فيه (١) .

(١) هذا هو الفصب . وقد يلتبس بالسرقة ، فيجب التمييز بينهما في وضوح لأن السرقة فيها
القطع ، ولا حد في الفصب . وتتميز السرقة عن الفصب بأنها أخذ من الحرز على سبيل
الاستخفاء . ووضع لها صاحب البدائع حدودا دقيقة فقال :
« أما ركن السرقة فهو الأخذ على سبيل الاستخفاء .. ثم الأخذ على وجه الاستخفاء
نوعان : مباشرة وتسبب » .

« أما المباشرة فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الحرز بنفسه حتى لو دخل
الحرز وأخذ متاعا فحمله أو لم يحمله ، حتى ظهر عليه وهو في الحرز قبل أن يخرج ، فلا
قطع عليه ، لأن الأخذ أثبات اليد ولا يتم ذلك إلا بالإخراج من الحرز ولم يوجد . وإن رمى به
خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل أن يخرج هو من الحرز ، فلا قطع عليه ، لأن يده ليست بثابتة
عليه عند الخروج من الحرز ، فإن لم يظهر عليه حتى خرج وأخذ ما كان رمى به خارج الحرز ،
يقطع ... ولو رمى به إلى صاحب له خارج الحرز فأخذه الرمي له ، فلا قطع على واحد
منهما ، أما الخارج فلأنه لم يوجد منه الأخذ من الحرز ، وأما الداخل فلأنه لم يوجد منه
الإخراج من الحرز لثبوت يد الخارج عليه .. السارق إذا نقب منزلا وأدخل يده وأخرج
المتاع ولم يدخل فيه هل يقطع ؟ ذكر في الأصل وفي الجامع الصغير أنه لا يقطع ولم يحك
خلافه . وقال أبو يوسف في الاملاء أقطع ولا أبالي دخل الحرز أو لم يدخل . وعلى هذا الخلاف
إذا نقب وجمع المتاع عند النقب ثم خرج وأدخل يده فرفع . وجه قوله أن الركن في السرقة
هو الأخذ من الحرز ، فأما الدخول في الحرز فليس بركن ، ألا ترى أنه لو أدخل يده في
الصندوق أو الجوالق وأخرج المتاع يقطع وإن لم يوجد الدخول . ولهما ما روى عن سيدنا علي
رضي الله عنه أنه قال : وإذا كان اللص ظريفا لم يقطع ، وقيل كيف يكون ظريفا ، قال يدخل
يده إلى الدار ويمكنه دخولها . ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر ، فيكون أجماعا . ولأن الحرز
على سبيل الكمال شرط لأن به تتكامل الجنائية ، ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول إلا
بالدخول ولم يوجد بخلاف الأخذ من الصندوق والجوالق لأن هتكهما بالدخول متعذر ، فكان
الأخذ بادخال اليد فيهما هتكا متكاملا ، فيقطع . ولو أخرج السارق المتاع من بعض بيوت
الدار إلى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار ، لأن الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد ..
فلم يكن الإخراج إلى صحن الدار إخراجا من الحرز ، بل هو نقل عن بعض الحرز إلى البعض
بمنزلة النقل من زاوية إلى زاوية أخرى .. ولو نقب بيت رجل ودخل عليه مكابرة ليلا
حتى سرق منه متاعه يقطع ، لأنه إن لم يوجد الأخذ على سبيل الاستخفاء من المالك فقد
وجد من الناس لأن الفوت لا يلحق بالليل لكونه وقت نوم وغفلة ، فتحققت السرقة والله
تعالى أعلم . »

« وما النسب فهو أن يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعا ويحملوه على
ظهر واحد ويخرجوه من المنزل . فالقياس ألا يقطع إلا الحامل خاصة وهو قول زفر . وفي
الاستحسان يقطعون جميعا . وجه القياس أن ركن السرقة لا يتم إلا بالإخراج من الحرز ، =

ويجب على الغاصب رد المغصوب ، لو كان قائما ، في مكان غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأمانة ، وأجرة الرد على الغاصب . وإن هلك ، ولو بقوة قاهرة ، فعلى الغاصب رد مثله أو قيمته يوم غصبه . ولو غصب المغصوب من الغاصب ، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن غاصب الغاصب ، فإن ضمن الأول يرجع بما ضمن على الثاني ، وإن ضمن الثاني لا يرجع على الأول ، ولو اختار المالك تضمين أحد الغاصبين ليس له أن يطالب الآخر . ولو باع الغاصب المغصوب ، فالمالك مخير في تضمين من شاء ، فإذا ضمن المشتري رجع بما ضمن على البائع .

خامسا : الاتلاف ويكون مباشرة أو تسببا . فالاتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر . والاتلاف تسببا يكون بعمل يقع على شيء فيفضي إلى تلف شيء آخر . فمن قطع جبل قنديل معلق ، فسقط القنديل على الأرض وانكسر ، يكون قد أتلف الجبل مباشرة وكسر القنديل تسببا .

والقاعدة أن المباشر ضامن وإن لم يتعد ، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمدا أو متعديا . فإذا انقلب النائم على متاع وكسره وجب الضمان . ولو أن طفلا يوم ولد انقلب على مال إنسان فأتلفه ضمن ما أتلف . وكذا المجنون الذي لا يفق إذا مزق ثوب إنسان يلزمه الضمان . ولو أن دابة يركبها إنسان داست شيئا وأتلفته عد الركب أنه أتلف الشيء مباشرة وضمن .

== وذلك وجد منه مباشرة ، فاما غيره فمعين له ، والحد يجب على المباشر لا على المعين كحد الزنا والشرب . وجه الاستحسان أن الإخراج حصل من الكل معنى ، لأن الحامل لا يقدر على الإخراج إلا باعانة الباقي وترصدهم للدفع ، فكان الإخراج من الكل من حيث المعنى ، ولهذا الحق المعين بالمباشر في قطع الطريق وفي الغنيمة ، كذا هذا . ولأن الحامل عامل لهم ، فكانهم حماوا المتاع على حمار وساقوه حتى أخرجوه من الحرز . ولأن السارق لا يسرق وحده عامة بل مع أصحابه ، ومن عادة السراق أنهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والإخراج بل يرصد البعض ، فلو جعل ذلك مانعا من وجوب القطع لانسد باب القطع وانفتح باب السرقة ، وهذا لا يجوز ، ولهذا ألحقت الإعانة بالمباشرة في باب قطع الطريق كذا هذا ، والله تعالى أعلم . «
البدائع جزء ٧ ص ٦٥ - ص ٦٦ .

كل هؤلاء باثروا الاتلاف فيضمنون ولو دون تعمد أو تعد (١) . ولو حفر بئرا في ملكه فوقع فيها إنسان لم يضمنه ، لأنه متسبب لا مباشر ولم يتعد . ولو حفر البئر في غير ملكه ضمن ، لأنه متعد . ولو سعى إلى سلطان ظالم حتى غرم رجلا ، فلو بحق لا يضمن ، لأنه لم يتعد ، والسعاية الموجبة للضمان أن يتكلم بكذب أو لا يكون قصده إقامة الحسبة (٢) . وإذا أمر إنسانا بأخذ مال الغير فالضمان على الآخذ لأن الأمر لم يصح ، وفي كل موضع لا يصح الأمر لا يجب الضمان على الأمر (٣) وإذا توافرت شروط الاتلاف المتقدمة الذكر ووجب الضمان ، دفع المتلف إلى صاحب المال المثل أو القيمة وقت الاتلاف .

(د) الإثراء بلا سبب

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني والقانون الإنجليزي :

يعترف القانون الروماني في كثير من التوسع بمبدأ الإثراء بلا سبب ، ويقول جيرار (٤) إن اعتراف القانون الروماني بمبدأ الإثراء بلا سبب قديم يرجع إلى المراحل الأولى من تطوره ، بل لعله أقدم من اعترافه بالعمل غير المشروع وبالعقد .

وعلى العكس من ذلك القانون الانجليزي ، فإنه لا يعترف بالإثراء بلا سبب مصدرا للالتزام إلا في حدود ضيقة ، وأوسع ما يعترف به في ذلك هو الالتزام الناشئ عن دفع غير المستحق ، بشرط أن يكون المال الذي

(١) قارن الجرائم المنصوص عليها في قانون اكيليا Aquilia الروماني « جيرار طبعة سادسة

حس ٤٢٣ » - ولا يصح القول بأن هذا مبدأ يصلح أساسا في الفقه الاسلامي لمسئولية غير المميز المميز والمسئولية القائمة على تحمل التبعة ، لان المسئولية هنا قائمة على فكرة مباشرة الاتلاف

دون واسطة . فلو كان الاتلاف تسببا لما ضمن الطفل ولا المجنون لانتفاء التعدي .

(٢) مجمع الضمانات ص ١٥٤ .

(٣) مجمع الضمانات ص ١٥٨ .

(٤) ص ٦٢٥ - ص ٦٢٦ .

يراد استرداده مبلغا من النقود وأن يكون الغلط الذى وقع فيه الدافع غلطا فى الواقع لا فى القانون (١). أما مبدأ الاثراء بلا سبب ذاته فلا يعترف به القانون الانجليزى إلا فى تطبيقات خاصة (٢). وكذلك الفضولى ليس له الحق فى استرداد ما أنفق من المصروفات إلا فى حالات محدودة (٣).

والفقه الاسلامى فى ذلك يبعد عن القانون الرومانى — كما بعد فى التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى — ويقب من القانون الانجليزى . فهو يعترف بالالتزام عن دفع غير المستحق فى حدود واسعة ، ولا يعترف بمبدأ الاثراء بلا سبب ذاته إلا فى حدود ضيقة ، أما الفضولى فإنه يعتبر متبرعا لا يرجع فيما أنفق . ونستعرض هذه الحالات الثلاث فى الفقه الاسلامى : دفع غير المستحق ، والاثراء بلا سبب ، والفضالة .

دفع غير المستحق :

الظاهر من نصوص الفقه الاسلامى أنها تجعل دفع غير المستحق مصدرا للالتزام فى أوسع الحدود . فلو أن شخصا ظن أن عليه ديننا فبان خلافه ، رجع بما أدى (٤) . ومن دفع شيئا ليس واجبا عليه ، فله استرداده ، إلا إذا دفعه على وجه الهبة (٥) . وتطبيقا لهذا المبدأ نصت المادة ٢٣٧ من التقنين المدنى

(١) وقاعدة دفع غير المستحق بالقيدين المتقدمين اعترف بها القانون الانجليزى تحت تأثير القانون الرومانى بعد تطور طويل (انظر ودورد woodward فى قانون شبه العقد ، بوستن سنة ١٩١٣ ص ٢ - ص ٤) .

(٢) نذكر منها تطبيقين

أ - اذا دفعت شركة التأمين مبلغ الخسارة المؤمن عليها فلها أن ترجع على المؤمن له بالتعويض الذى أخذته من الغير عن هذه الخسارة .

ب - اذا استولى أحد الشركاء فى الشيوع على أكثر من نصيبه فى غلة العين المشاعة ، التزم برد هذه الزيادة

(٣) منها حالة انقاذ سفينة من الفرق وحالة الدائن المترهن فيما يتحملة من النفقة لحفظ العين المرهونة .

(٤) الاشباه والنظائر جزء أول ص ١٩٤ .

(٥) شرح الاشباه والنظائر (غمز عيون البصائر) جزء أول ص ١٩٤ .

العراقي على ما يأتي : « إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه ، ثم إن الأمر قضي الدين بنفسه إلى دائته والمأمور دفعه إليه أيضا ، فللمأمور أن يرجع بما دفعه على الأمر إن كان قد سبقه في قضاء الدين . وإن كان الأمر هو الذي قضي الدين أولا ، فللمأمور أن يرجع على القابض أو على الأمر ، (١) .

بل إن الفقه الإسلامي يتسع لصور أخرى من دفع غير المستحق . فمن دفع رشوة له أن يستردها لأن العقد الذي دفع به الرشوة باطل ، وقد جاء في مجمع الضمانات (٢) في هذا الصدد : « قاض أو غيره دفع إليه سحت لإصلاح المهم ، فأصلح ثم ندم ، يرد ما دفع إليه . أبرأه من الدين ليصلح مهمة عند السلطان ، لا يبرأ وهو رشوة . المتعاشقان يدفع كل واحد منهما لصاحبه أشياء ، فهي رشوة لا يثبت الملك فيها ، وللدافع استردادها لأن الرشوة لا تملك . ومن عجل الوفاء بالدين قبل حلول أجله استرد ما يقابل الأجل . وقد جاء في مجمع الضمانات أن « المراجعة التي لم تستحق ودفعت تسترد ، كما إذا قضى المديون الدين المؤجل قبل حلول الأجل ، أو مات فأخذ من تركته ، فجواب المتأخرين أنه لا يؤخذ من المراجعة التي جرت المبايعة بينهما إلا بقدر ماضى من الأيام .. ولو أخذ المقرض المراجعة قبل مضى الأجل ، فللمديون أن يرجع منها بحصته ما بقى من الأيام ، (٣) .

الأمر بلا سبب :

تقدم القول إن الفقه الإسلامي لا يعترف بوجه عام بالإثراء بلا سبب مصدرا للالتزام . فلو عمر أحد الشريكين الملك المشترك بلا إذن شريكه ،

(١) قارن مرشد الحيران م ٢٠٢ : إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه ، ثم أن الأمر قضي الدين بنفسه إلى دائته ، والمأمور قد دفعه إليه أيضا فللمأمور أن يرجع بما دفعه على القابض لا على الأمر . فإن أقام الأمور البيئة على أنه أدى الدين بعد الأمر قبل أداء الأمر ، فله الرجوع بما له له أن شاء على القابض وإن شاء على الأمر .

(٢) ص ٤٥٨ .

(٣) مجمع الضمانات ص ٤٥٩ .

يكون متبرعا لا رجوع له عليه بما صرفه على العمارة^(١). ولو أن زرعاً كان بين اثنين، فغاب أحدهما وأنفق الآخر، يكون متبرعا^(٢).

على أنه يستثنى مما تقدم أن يكون المفتقر مضطراً إلى الإنفاق، إذ المضطر ليس بمتبرع. فلو بنى صاحب العلو السفلى بدون إذن صاحبه أو إذن الحاكم لا يكون متبرعا، ويرجع بقيمة البناء على صاحب السفلى، لأنه مضطر إلى البناء إذ لو رفع الأمر إلى الحاكم فالحاكم لا يجبر صاحب السفلى على بناء سفله لعدم تعديه. وهذا بخلاف الزرع الذي غاب أحد صاحبيه فأنفق الآخر. والفرق أن هذا غير مضطر لأن شريكه لو كان حاضراً يجبره القاضى على الإنفاق، ولو غاباً يأمر القاضى الحاضر به ليرجع على الآخر، فلما زال الاضطراب كان متبرعا^(٣). ولو هدماً حائطاً بينهما، فأبى أحدهما إعادته يجبر ولو أنهدم لا يجبر ولكن يبني الآخر ويمنعه حتى يأخذ نصف ما أنفق لو أنفق بأمر القاضى ونصف قيمة البناء لو أنفق بلا أمر القاضى^(٤). وجاء في رد المحتار^(٥): «والذى تحصل في هذا المحل أن الشريك إذا لم يضطر إلى العمارة مع شريكه بأن أمكنه القسمة، فأنفق بلا إذنه، فهو متبرع. وإن اضطر وكان الشريك يجبر على العمل معه، فلا بد من إذنه أو أمر القاضى فيرجع بما أنفق، وإلا فهو متبرع. وإن اضطر وكان شريكه لا يجبر، فإن أنفق بإذنه أو بأمر القاضى رجع بما أنفق، وإلا بقيمة البناء».

وتطبيقاً لهذا المبدأ، وإلى جانب الحالة المتقدمة، يكون الإثراء بلا سبب مصدراً للالتزام في الأحوال الآتية:

(١) حالة من يضطر للقيام بخدمة للغير درءاً لمضرة عن نفسه، كما لو قضى

(١) مرشد الحيران م ٧٦٥.

(٢) شرح المجلة لسليم باز ص ٧٠٥ عن جامع الفصولين.

(٣) مجمع الضمانات ص ٢٨٨.

(٤) مجمع الضمانات ص ٢٨٨.

(٥) شرح المجلة لسليم باز ص ٧٠٥.

الولد دين أبيه وافتك ماله المرهون في هذا الدين ، لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لأنه مضطر إلى قضاء الدين ، إذ لا يمكنه الوصول إلى ملكه إلا بقضاء الدين كله ، وكما لو استعار من إنسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن ، ثم إن المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن ، إنه يرجع بجميع ما قضى على المستعير (١) .

(٢) إذا اختلط ملكان قضاء وقدرأ ، فمالك الأكثر يملك الاثنين معا ، ومالك الأقل يرجع بقيمته على مالك الأكثر ، إلا إذا اتفقا على غير ذلك . وإن كانت قيمة الشئين سواء ، يباع عليهما ، ويقسمان الثمن (٢) .

(٣) إذا تعامل شخص مع ناقص الأهلية فالعقد باطل ، ولكن له الرجوع على ناقص الأهلية بمقدار ما أثرى (٣) .

الفصل :

والفضولي متبرع كما قدمنا ، إذ هو لم يكن مضطرا إلى العمل الذي قام به ، فلا يرجع بشيء على رب العمل . فلو كان للدين الغائب مال في يد أجنبي ، فأنفق الأجنبي على أبوى الغائب بغير إذن القاضي ضمن ، وإذا ضمن لا يرجع على القابض (٤) . والمديون إذا أنفق على ولد رب الدين أو امرأته بغير أمره لا يبرأ من الدين ، ولا يرجع بما أنفق على من أنفق عليه (٥) . ولو قضى دين غيره بغير أمره جاز ، فلو انتقض ذلك بوجه من الوجوه يعود إلى ملك القاضي لأنه تطوع بقضاء الدين ، ولو قضى بأمره يعود إلى ملك من عليه الدين وعليه للقاضي مثلها (٦) .

(١) البدائع جزء ٦ ص ١٣٦ .

(٢) مجمع الضمانات ص ٤٤٥ - ص ٤٤٦ .

(٣) مجمع الضمانات ص ٤٤٨ . مرشد الحيران م ٢١٨ . ويلاحظ أن الزيادة المتصلة بالفصوص وجعل الأبق يرجع بهما دون أن يتحقق الاضطراب في هاتين الحالتين .

(٤) مجمع الضمانات ص ٤٥٠ .

(٥) مجمع الضمانات ص ٤٤٩ .

(٦) مجمع الضمانات ص ٤٤٨ - ٤٤٩ .

(هـ) القانون

التزامات مصدرها الشرع :

وهناك التزامات في الفقه الإسلامي مصدرها المباشر هو الشرع ، كالاتزام بالنفقة ، والتزام الولي والوصي والقيم ومن إليهم .

تأثير الفقهاء المحمديين بالفقه الغربي :

رأينا فيما قدمناه أن مصادر الالتزام في الفقه الغربي لها ما يقابلها في الفقه الإسلامي . ولكن ذلك ليس معناه أن الفقه الإسلامي يرتب مصادر الالتزام على النحو الذي بيناه . فالالتزام بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي ليس معروفا في الفقه الإسلامي كما سبق القول . ولو اقتصرنا على الدين ، وأردنا استقصاء مصادره دون أن نتأثر بترتيب مصادر الالتزام في الفقه الغربي ، لكانت هذه هي العقد (ويدخل ضمنه الإرادة المنفردة إذ الفقه الإسلامي لا يميز تمييزاً واضحاً بينها وبين العقد) والجناية على النفس (مثلة في الدية والأرش وحكومة العدل) والإتلاف والغصب والسرقة وقطع الطريق والإكراه والتغريب ودفع غير المستحق ووقائع أخرى مختلفة نص عليها الشرع .

ولكن الفقهاء المحدثين ، متأثرين كثيراً بالفقه الغربي ، ينحون نحو هذا الفقه في ترتيب مصادر الالتزام . من ذلك ما قرره الأستاذ أحمد إبراهيم^(١) من أن مصادر الالتزام « إما عمل يباشره الإنسان باختياره يوجب به حقاً على نفسه لغيره ويقره الشرع عليه ، فيجب عليه الوفاء به بحكم العقل وبحكم الشرع ، وإما أن يكون الإيجاب ابتداء من الشرع . بناء على حكمة يقتضيهما التشريع والعدل الإلهي ، أو ترتيباً على فعل صدر عن الإنسان لم يرد به وقت صدوره عنه ترتيب أي التزام عليه ، لكن الشرع هو الذي يرتب الالتزام

عليه . وقد يكون الإنسان بهذا الفعل دائئاً لغيره شرعاً . فالأول يتناول العقد والإرادة المنفردة . . والثاني يتناول شيئين ، أولهما ما أوجبه الشرع مباشرة كنفقات الأقارب ، وثانيهما ما كان سببه المباشر فعلاً ضاراً يصير به الفاعل ملزماً بتعويض الضرر ، أو فعلاً نافعاً لغيره يصير به الإنسان دائئاً لذلك الغير بذلك الفعل شرعاً . وعلى هذا تكون مصادر الالتزام إما إختيارية وإما جبرية . والاختيارية تشمل العقد والإرادة المنفردة . والجبرية يندرج فيها الفعل الضار الذي به يكون الفاعل مدينًا شرعاً لمن لحق به الضرر ، فإما أن يصلح ما أتلفه ويعيده إلى حالته الأولى ، وإما أن يضمّنه بالمثل أو بالقيمة ، والفعل النافع الذي به يكون الإنسان دائئاً لغيره وهو المعنون له في كتب الفقه القانوني بالإثراء على حساب الغير ، وما يقضى به القانون الشرعي ابتداءً على ما أسلفناه . ومن يقرأ هذه السطور يخيل إليه أنه يقرأ كتاباً في الفقه الغربي لاصلة له بالفقه الإسلامي . وقد يكون من الخير ألا نتأثر إلى هذا الحد البعيد بترتيب مصادر الالتزام في الفقه الغربي ، وأن نبقي هذه المصادر في الفقه الإسلامي متفرقة على النحو الذي أسلفناه ، حتى نعود إلى تأصيلها هي ومصادر الحق العيني ، فنردها إلى مصدرين اثنين ، هما التصرف القانوني والواقعة القانونية .

(ثانياً) مصادر الحق العيني

ترتيب البحث :

مهمتنا في حصر مصادر الحق العيني أيسر بكثير منها في حصر الحق الشخصي . فقد قدمنا أن الحق العيني في الفقه الإسلامي أكثر بروزاً وأوضح ذاتية من الحق الشخصي . والحقوق العينية في الفقه الإسلامي هي كما ذكرنا محددة على سبيل الحصر . وقد عرفنا أنها حق الملك التام وحق المنفعة وحق الرقبة وحقوق الارتفاق وحق الرهن وحق الحبس .

وقد حصرت مصادر كل طائفة من هذه الحقوق في كتب الفقه الإسلامى ، وبخاصة في كتب الفقهاء المحدثين . فننقل عنهم :

أولا : أسباب الملك ، وهذه هي مصادر حق الملك التام وحق المنفعة وحق الرقبة .

ثانيا : أسباب الحقوق المجردة ، وهذه هي مصادر حقوق الارتفاق .

ثالثا : أسباب الرهن والحبس ، وهذه هي مصادر الحقين .

ونؤصل بعد ذلك هذه المصادر هي ومصادر الحق الشخصى جميعا ، فنردها إلى مصدرين ، التصرف القانونى والواقعة القانونية .

أسباب الملك :

حصرها صاحب المرشد الخيران في المادة ٧٢ على الوجه الآتى « أسباب الملك هي العقود الموجبة لنقل العين من مالك إلى آخر كبيع أو هبة أو وصية ، والميراث ووضع اليد على الشيء المباح الذى لا مالك له ، والشفعة » .
ويتبين من هذا النص أن مصادر الحقوق العينية الأصلية باستثناء حقوق الارتفاق خمسة :

(١) العقد كالبيع والهبة .

(٢) الإرادة المنفردة وهي هنا الوصية . (٣) الميراث .

(٤) وضع اليد على الشيء المباح الذى لا مالك له ويسمى في الفقه الغربى بالاستيلاء . (٥) الشفعة .

وهذه هي نفس مصادر الحقوق العينية الأصلية في الفقه الغربى ينقصها مصدران : الالتصاق والحيازة . أما الالتصاق فقواعده موجودة في الفقه الإسلامى ، وهي منتشرة في جوانبه يعوزها التجميع . وللحيازة كذلك شأن كبير في الفقه الإسلامى ، فالقبض سبب للملك في الهبة ، وهناك قواعد إجرائية في المرافعات الشرعية تحمى صاحب اليد من الخارج بما ينتهى إلى جعل اليد عنوان الملك ، ثم إن عدم سماع الدعوى لمرور الزمان وهو ما ندعوه في الفقه الغربى بالتقادم ، قد عرفه الفقه الإسلامى في عصوره المتأخرة

أسباب الحقون المجردة أو حقون الانتفاق :

قدمنا أن حقون الارتفاق هي الشرب والمجرى والمسيل والمرور والتعلي والجوار . وهي جميعاً تابعة للعقار المرتفق تنتقل معه . ولذلك تكون أسباب كسبها تبعاً للعقار المرتفق هي نفس الأسباب التي يكسب بها هذا العقار ، أي نفس أسباب الملك التي تقدم ذكرها .

وقد تكسب ابتداء بالإذن والعقد والوصية والقدم وشراء العلو في حق التعلي والمجاورة في حق الجوار .

أما الإذن فيكون بإسماح مالك العقار المرتفق به لمالك عقار آخر باستعمال حق من حقون الارتفاق : شرب أو مجرى أو مسيل أو مرور . ويكون ذلك موقوفاً ببقاء الإذن ، إذ يجوز لصاحبه الرجوع فيه لصدوره على وجه التبرع ، وينقضي على كل حال بموت الإذن .

وأما العقد فيكون بأن يشتري مثلاً صاحب الأرض المرتفقة حق الارتفاق من صاحب الأرض المرتفق بها . ومثل البيع العقود التي من شأنها نقل الملكية كالهبة^(١) .

والوصية كالعقد يملك بها حق الارتفاق . فيصح أن يوصي مالك عقار لمالك عقار آخر بحق ارتفاق له على عقاره ، يثبت له بعد موته ، وينفذ في الثلث من التركة . والقدم كما يقول الأستاذ على الخفيف^(٢) ، « ليس منشأً للحق ، وإنما نشأ

(١) ويقول الأستاذ محمد أبو زهرة في هذا الصدد ما يأتي : « قد اتفق الفقهاء على جواز بيع رقبة الشرب والطريق والسيل ، لأن رقبة الشرب والطريق عقار معين محدود معروف المقدار لا جهالة فيه ولا غرر ، فجاز بيعه بيعاً صحيحاً مستوفياً الأركان والشروط . وأما المسيل فلا يجوز بيع رقبته إذا كان مقدار ما يسيل فيه الماء غير معين للجهالة والغرر ، 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 مملوك ملكاً خاصاً محدود معلوم المقدار » . (الملكية ونظرية العقد ص ٩٤) .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٧ .

الحق عن سبب مجهول كإذن أو صلح مثلاً ، ولكن أطول العهد تنويسي السبب وبقى الأثر معروفاً مقرراً دون أن يعرف له مبدأ ، فيحافظ عليه لقدمه وتقرره . والقديم يبق على حاله لأن الظاهر أنه إنما كان لسبب صحيح ، ما لم يظهر أنه لسبب باطل فيزال حينئذ . وبناء على ذلك إذا عرف سبب نشأته كان بقاءه رهن صحة سببه ، وإلا حكم بطلانه .

وشراء العلو في حق التعلّي ليس إلا عقداً . وهو عقد بيع ، يكسب به صاحب العلو حق التعلّي على السفل حتى لو انهدم العلو بقي الحق وأعاد صاحب العلو علوه ، ولو انهدم السفل كان لصاحب العلو إعادة بناء السفل ليتمكن من إعادة بناء علوه ويرجع على صاحب السفل كما مر . وكالبيع الأجرة ، فإذا أجر صاحب الدار علوها كان للمستأجر حق التعلّي مادام يدفع أجر المثل ^(١) . وحق الجوار يثبت بالجوار ذاته ، أى أن يكون العقار مجاوراً لعقار آخر ، فيثبت لكل عقار حق ارتفاق على العقار الآخر ألا يضر بحاربه ضرراً فاحشاً على النحو الذى بيناه فيما تقدم ^(٢) .

أبواب الرهن والحبس :

وهذه هى الحقوق العينية التبعية . أما الرهن فصدره العقد ، وهو عقد الرهن . وينعقد بالإيجاب والقبول من الراهن والمرتهن . وقيل يتم بالإيجاب من الراهن لأنه عقد تبرع . والصحيح أنه لا يتم إلا بالإيجاب والقبول لأن فى الرهن معنى المعاوضة حيث يصير المرتهن مستوفياً لدينه عند هلاك الرهن فى يده ، فيتوقف تمامه على قبول المرتهن . ولا يلزم الرهن إلا بالقبض عند جمهور الفقهاء .

(١) أنظر أحكام المعاملات الشرعية للاستاذ على الخفيف ص ٤٨ .

(٢) وكسب حقوق الارتفاق ابتداء ليس معناه كسبها منفردة ، فهى تكسب ابتداء - أى

عشياً لأول مرة - ولكنها مع ذلك تكون تابعة للعقار المرتفق . . أما ما بحثه الاستاذ محمد

أبو زهرة فى كتابه « الملكية ونظرية العقد » (ص ٩٥ - ص ٩٦) من جواز بيع حق الشرب

وحق الطريق منفردين ، أى غير تابعين لعقار مرتفق ، فهذا لا يكون حق ارتفاق .

وقد علمنا أن لحق الحبس مصدرين :

(١) العقد ، وهو البيع في حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، والإيجار في حبس المأجور لاسترداد ما عجل من الأجرة ، وفي حبس العين التي لعمل الأجير المشترك فيها أثر لاستيفاء الأجرة ، والوديعة في حبس العين المودعة لاسترداد ما أنفق في حفظها بإذن القاضى ، والوكالة في حبس الوكيل المال الذى اشتراه لموكله لاستيفاء ما دفعه فيه من الثمن .

(٢) الشرع في حبس العبد الآبق لاستيفاء ما يستحق على مالكة ، وفي حبس اللقطة لاستيفاء ما أذن فيه القاضى من الإنفاق عليها ، وفي حبس المغصوب لاستيفاء قيمة الزيادة المتصلة .

* * *

تأصيل مصادر الحق الشخصى والحق العيى وردها صحبما الى التصرف
القانونى والواقعة القانونية :

الفقه الغربى : ونقتصر هنا على الفقه الفرنسى . فهذا الفقه لم يوفق حتى اليوم إلى وضـح نظرية شاملة للتصرف القانونى والواقعة القانونية (acte juridique et fait juridique) ليرد إليهما مصادر الحقوق جميعا . ونعرف كلا من التصرف القانونى والواقعة القانونية تعريفاً مبدئياً . فالتصرف القانونى هو إرادة محضة تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين يرتبه القانون ، مثل ذلك البيع والوصية . والواقعة القانونية هى عمل مادى ، يقع باختيار الإنسان أو بغير اختياره . ويرتب القانون عليه أثراً قانونياً معيناً . مثل الواقعة الاختيارية العمل غير المشروع والحيازة ، ومثل الواقعة غير الاختيارية ، الميلاد والموت .

وكان الفقه الفرنسى المدرسى ينحو نحو بوثيه (Pothier) فى تقسيم مصادر

الالتزام إلى خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون . وكان هذا التقسيم ينطوى على عيبين جوهرين :

(١) العيب الأول أنه يخلط ما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية . فهو يجعل شبه العقد مبنيًا على إرادة وهمية ثم على إرادة مفروضة ، فيخلط بينه وبين العقد ، مع أن شبه العقد هو عمل مادي أى واقعة قانونية لا دخل للإرادة فيها . ففي الفضالة يلتزم كل من الفضولي ورب العمل بمقتضى عمل مادي ، هو قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل ، فيلتزم الفضولي بالمضى فيما قام به حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، ويلتزم رب العمل برد ما أثرى به على حساب الفضولي . وفي دفع غير المستحق يلتزم القابض برد ما قبضه دون حق ومصدر التزامه عمل مادي ، هو دفع دين غير موجود . وفي الإثراء بلا سبب بوجه عام يلتزم المثرى برد ما أثرى به على حساب المفقّر ومصدر التزامه هنا أيضا عمل مادي ، هو الواقعة التي كانت سببا في إثراء المدين واقتدار الدائن .

(٢) والعيب الثاني أن التقسيم المدرسي لمصادر الالتزام كان من شأنه أن يطمس فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية من وجهين :

(أ) بفصله بين مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني ، مع أن مصادر الحقين واحدة ، وترد جميعا إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية .

(ب) بجعله القانون مصدرًا مباشرًا للالتزام ، فحال القانون دون الكشف عن الواقعة القانونية التي تخفى وراءه وهي التي ترتب عليها الالتزام .

ثم جاء الفقه الفرنسي الحديث ، فهدم التقسيم المدرسي لمصادر الالتزام ، وأحل محله تقسيما خماسيا آخر ، إذ جعل مصادر الالتزام خمسة : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . وهذا التقسيم الحديث ينطوى هو أيضا على عيبين جوهرين :

(أ) العيب الأول أنه يحجب وحدة التصرف القانوني ، إذ يفرق بين العقد

والارادة المنفردة في مصادر الالتزام ، ثم ينكر على العقد أن يكون بذاته سببا لنقل الملكية فيقصره على أن ينشئ التزاما بنقلها ، وبذلك لا يعدو العقد أن يكون مصدرا للالتزام .

(٢) والعيب الثاني أنه يجب وحدة الواقعة القانونية ، فالوقائع القانونية منتثرة بين مصادر الالتزام ومصادر الحق العيني على تبويب من شأنه أن يمزق هذه الوحدة . فمن يستعرض في مصادر الالتزام العمل غير المشروع والآثار بلا سبب والقانون بما يحتم وراؤه من وقائع قانونية مختلفة ، ثم يستعرض في مصادر الحق العيني الاستيلاء والميراث والاتصاق والشفعة والحيازة ، لا يستطيع أن يدرك أن هذه المصادر جميعا إنما هي مصدر واحد مرده الواقعة القانونية .

الفقه الاسلامي : ويمكن في الفقه الاسلامي رد مصادر الحق الشخصي والحق العيني إلى مصدرين اثنين ، هما التصرف القانوني والواقعة القانونية على النحو الذي رأيناه فيما تقدم .

بل إن الفقه الاسلامي أكثر مطاوعة لهذا التقسيم الثنائي من الفقه الفرنسي ، وذلك لسببين :

(السبب الأول) أنه لا يجب وحدة التصرف القانوني بالقدر الذي يحجبها الفقه الفرنسي . فهو من ناحية لا يفصل بين العقد والارادة المنفردة فصلا حادا كما يفعل الفقه الفرنسي ، بل كثيرا ما يقع الخلاف فيما إذا كان تصرف معين يتم بالإيجاب والقبول أو يتم بالإيجاب وحده ويبقى التصرف موصوفا بأنه عقد في الحالتين . وهو من ناحية أخرى يجعل العقد مصدرا للالتزام ، ثم يجعله ينقل بذاته الملكية ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقلها .

(والسبب الثاني) أنه وإن كان قد نثر الوقائع القانونية متفرقة بين مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني ، إلا أنه لم يبوب هذه الوقائع تبويبا يعزل

بعضها عن بعض كما فعل الفقه الفرنسي . فلا تستعصى هذه الوقائع على تبويب شامل يردّها جميعا إلى الواقعة القانونية ، وليس يوجد في الفقه الإسلامي تبويبات أخرى تتعارض مع هذا التبويب .

ونستعرض من الآن ، في ضوء ما تقدم ، مصادر الحق الشخصي والحق العيني كما بسطناها في الفقه الإسلامي لئردّها جميعا إلى هذين المصدرين : التصرف القانوني والواقعة القانونية . وهذا الاستعراض يؤدي بنا إلى النتيجة الآتية :
يعتبر تصرفا قانونيا :

(أ) من مصادر الحق الشخصي : العقد والإرادة المنفردة .
(ب) ومن مصادر الحق العيني : العقد والوصية بالنسبة إلى أسباب الملك ، والإذن والعقد والوصية بالنسبة إلى حقوق الارتفاق ، والعقد بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية . فلا يعدو التصرف القانوني إذن أن يكون عقداً أو إرادة منفردة . فهو في الفقه الإسلامي كما هو في الفقه الغربي إرادة محضة تتجه لإحداث أثر قانوني معين يرتبه القانون . وسنرى عند الكلام في العقد أن حكم القاضي في الفقه الإسلامي يحل محل الإرادة في بعض التصرفات .
ويعتبر واقعة قانونية :

(أ) من مصدر الحق الشخصي : الجناية على النفس والسرقة وقطع الطريق والإكراه والتغريب والإتلاف والغصب ودفع غير المستحق والإثراء بلا سبب في بعض تطبيقاته والقراءة .

(ب) ومن مصادر الحق العيني : الميراث ووضع اليد على الشيء المباح والشفعة والاتصاق والقبض (الحيازة) بالنسبة إلى أسباب الملك ، والقدم والجوار بالنسبة إلى حقوق الارتفاق ، ورد العبد الآبق والإنفاق على اللقطة بإذن القاضي واستحداث زيادة متصلة في المغصوب بالنسبة إلى الحقوق العينية

التبعية . وكل هذه الوقائع ، على تنوعها ، أعمال مادية ، بعضها اختياري وبعضها غير اختياري ، يرتب عليها القانون إنشاء حق شخصي أو كسب حق عيني .



والذي ننهي إليه من كل تقدم ، أن مصادر الحقوق في الفقه الإسلامي ، كما هي في الفقه الغربي ، لا تعدو أن تكون مصدرين اثنين : التصرف القانوني والواقعة القانونية^(١) . فنتناول كلا منهما بالبحث التفصيلي ، ونبدأ بالتصرف القانوني .

(١) ومما يجعل التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية تمييزا مقبولا في الفقه الإسلامي . أن الفقهاء يميزون في كثير من المناسبات بين التصرفات القولية (وهذه هي التصرفات القانونية) والتصرفات الفعلية (وهذه هي الوقائع القانونية) . كما يميزون بين ضمان العقد (وهذه هي المسؤولية العقدية) وضمن الفعل (وهذه هي المسؤولية غير العقدية) .

دراسة الحقوق القانونية

القسيم الأول

التصرف القانوني

في

الفقه الإسلامي

ترتيب البحث

التصرف القانوني يشمل العقد والإرادة المنفردة . وكل ما نقرره من قواعد في العقد ينطبق على الإرادة المنفردة ، إلا ما تقتضيه طبيعة الإرادة المنفردة من أنها إرادة واحدة لا إرادتان متطابقتان . فنقصر بحثنا إذن على العقد ، وبخاصة أن الفقه الإسلامي كما قدمنا لا يعلق الأهمية التي يعلقها الفقه الغربي على التمييز ما بين العقد والإرادة المنفردة .

ونمهد للبحث بتعريف العقد وتحديد تقسيماته . ثم نبحث في الباب الأول أركان العقد ، وفي الباب الثاني آثاره ، وفي الباب الثالث انحلاله .

نمبر

تعريف العقد وتقسيماته

- ١ -

تعريف العقد

أمور تستخلص من التعريف :

قدمنا أن صاحب المرشد الحيران عرف العقد في المادة ٢٦٢ على الوجه الآتي :

«العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه» .
ويستخلص من هذا التعريف أمور ثلاثة :

(أولا) أن العقد ، من حيث أنه يقوم على الإرادة ، يدخل في عموم التصرف القانوني . (ثانيا) وأنه يتخصص ، بين التصرفات القانونية ، بقيامه على إرادتين متطابقتين لا على إرادة منفردة . (ثالثا) وأن تعريف العقد على الوجه المتقدم ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي .

(أولا) العقد يدخل في عموم التصرف القانوني : التصرف القانوني إرادة محضة أو تعبير عن الإرادة كما قدمنا . وكذلك العقد الذي هو فرع عن التصرف القانوني . ولا يختلط العقد ، وهو إرادة محضة ، بعمل مادي ، إلا إذا كان هذا العمل هو الشكل الواجب في بعض العقود ، أو ما يقرن به من القبض في عقود أخرى ، أو المظهر المادي للتعبير عن الإرادة في جميع العقود .

وكل هذا يتفق مع نظرية التصرف القانوني في الفقه الحديث .
 (ثانياً) العتد إرادتان متطابقتان لإرادة منفردة : العقد بحسب التعريف المتقدم ارتباط إيجاب بقبول . فهو إذن إرادتان مترابطتان متطابقتان وليس إرادة واحدة . ويخلص لنا من ذلك نتيجتان منطقيتان :

(١) أن كل إرادتين متطابقتين عقد .

(٢) وأن الإرادة المنفردة ليست بعقد .

على أن هاتين النتيجتين لم يخلصا في الفقه الإسلامي إلا بعد جهد ، بل إن النتيجة الثانية لم تخلص خلوصاً تاماً .

أما أن كل إرادتين متطابقتين عقد ، فقد كانت هناك فكرة بدائية تعترض هذه القاعدة ، وتقضى بأن التصرف الذي يتم تنفيذه بمجرد انعقاده بحيث لا يتخلف عنه أثر لا يكون عقداً ، وإنما العقد هو الذي يرتب أثراً يبقى مدة من الزمن قبل أن يتم تنفيذه . ومن ثم لا يكون بيع التعاطى — وهو البيع الذي يتم بقبض المشتري المبيع وقبض البائع الثمن في الحال — عقداً لأنه قد تم تنفيذه بمجرد انعقاده فلم يتخلف عنه أثر باق . ويقول سعدى جلبي ، أحد فقهاء الحنفية ، في هذا المعنى ما يأتي : « العقد قول يكون له حكم المستقبل ، فلا عقد في صورة التعاطى » (١) . ويقول الشيرازي أحد فقهاء الشافعية : « فأما المعاوضة فلا ينعقد بها البيع » (٢) . ويقول العاملي أحد فقهاء الشيعة : « المعاوضة في البيوع والاجارات ونحوها ليست من العقود قطعاً ، لأنها إباحة محضة لا يشترط فيها شيء من شروط البيع ، لا كما توهمه الشهيد » (٣) . ولكن هذه الفكرة البدائية لم تسد في الفقه الإسلامي ، وفقهاء الحنفية عامة يجيزون العقد بالتعاطى . وسنعود إلى بيع التعاطى بتفصيل أوسع عند الكلام في صيغة العقد .

وأما أن الإرادة المنفردة ليست بعقد ، فهذه قاعدة لم يكن حظها من التحرير

(١) حاشية سعدى جلبي على شرح العناية على الهداية جزء ٥ ص ١٧٢ .

(٢) المهذب للشيرازي جزء أول ص ٢٥٧ .

(٣) مفتاح الكرامة للعاملين جزء ٤ ص ٣ . ويشير الاستاذ شفيق شحاتة في كتابه «النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية» (جزء أول ص ١٢٤) إلى هذا المعنى .

حظ القاعدة الأولى كما أسلفنا القول . يوجد حقاً فريق من الفقهاء يلتزمها في كثير من الدقة ، من ذلك ما يقوله الدسوقي أحد فقهاء المالكية : « العقود هي ما توقف على إيجاب وقبول ، وأما غيرها من الطلاق وما بعده فهي إخراجات ولا تتوقف على إيجاب وقبول » (١) . ويقول النجفي أحد فقهاء الشيعة : « العقد شرعاً قول من المتعاقدين أو قول من أحدهما وفعل من الآخر رتب الشارع الأثر المقصود عليه . وتعريف الأولى (العقود) بأنها المشتملة على الإيجاب والقبول أو بأنها المشتملة على رضا الطرفين أو بأنها المتضمنة لقصد من الجانبين ، وتعريف الثانية (الايقاعات) بأنها إيجابات أو بأنها قصد من جانب واحد أو بأنها رضا » (٢) . وجاء في تفسير الألوسي : « أصل العقد الربط محكماً ، ثم تجوز به من العهد الموثق . و فرق الطوسي بين العقد والعهد بأن العقد فيه معنى الاستثاق والشد ولا يكون إلا بين اثنين ، والعهد قد يفرد به واحد ، (٣) . ولكن هذا التحري في تمييز العقد عن الإرادة المنفردة لم يمنع عامة الفقهاء من إطلاق لفظ العقد على كل من الاثنين دون تمييز بينهما ، ويعممون اللفظ ليشمل كل تصرف « استبد به واحد أو اشترك فيه أكثر من واحد » . فيتكلمون في عقد الوصية ، ويناقشون هل عقود الهبة والعارية والقرض والكفالة والرهن تنعقد بإيجاب وقبول أم تنعقد بالإيجاب وحده . وعند ما يعرضون لبيان ما يصح تعليقه من العقود وما لا يصح ، وما تبطله الشروط الفاسدة وما لا تبطله ، يتناولون كل التصرفات دون تمييز بين عقد وإرادة منفردة ، فيذكرون الطلاق والعق والابراء والوقف كما يذكرون البيع والاجارة والقسمة والنكاح والخلع (٤)

(١) الدسوقي على الشرح الكبير .

(٢) النجفي في العقود ص ٢ .

(٣) تفسير الألوسي جزء ٢٢ ص ٢٣٩ .

(٤) وجرى بعض الفقهاء المحدثين مجراه . فيقسم الأستاذ أحمد إبراهيم ، في كتابه

« المعاملات الشرعية المالية » (ص ٨١ هامش رقم ١ و ٢) العقود الى عدة مجموعات هي :

(١) المعارضات ويندرج فيها جميع أنواع المبادلات ، سواء كانت مالا بمال كالبيع ، أم مالا بمنفعة كالإيجارات ، أم مالا بغير مال ولا منفعة كالزواج والخلع . فالمهر ليس ركناً في عقد الزواج بل هو من أحكامه ، وببدل الخلع لاجل أن تملك الزوجة عصمتها وتخلص من قيد

على أن هناك طائفة من التصرفات في الفقه الاسلامي تتم بالتراضي أي بإيجاب وقبول ، ولكن إذا امتنع من وجه إليه الإيجاب عن القبول حل القاضي محله في ذلك ، فيتم التصرف إما بالتراضي أو بالتقاضي . من ذلك الرجوع في الهبة ، يتم بتراضي الواهب والموهوب له ، أو بإرادة الواهب

الزوجية (٢) التبرعات كالهبة والوصية والاعارة والابراء من الدين والمحابة في البيع والشراء والكفالة والحوالة في بعض صورها (٣) ما يكون تبرعا ابتداء ومعاضة انتهاء كالاقراض والكفالة بمر المكفول عنه والحوالة في بعض صورها (٤) الاسقاط كالوقف والطلاق والعتاق والابراء من الدين وتسليم الشفعة بعد ثبوتها (٥) الاطلاقات كالامارة والقضاء والوكالة والمضاربة والطلاق والعتاق والايضاء والاذن للصبي بالتجارة (٦) التقييدات كعزل الوكيل والحجر على الصبي .

وهذه جملة من التصرفات تدل على ان الفقه الاسلامي يوافق في نظرية التصرف القانوني أحدث المذاهب الفقهية الغربية ، فمن هذه التصرفات ماهو عقد ، ومنها ما هو ارادة منفردة ، ومنها ماهو قرار اداري ، ومنها ماهو حكم قضائي .

ويناقش الاستاذ احمد ابراهيم ، في مقال له في العقود والشروط والخيارات (مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة ص ٦٢٢ - ص ٦٤٥) المسألة على الوجه الاتي : « فهل تسمى هذه التصرفات التي تتم بالإيجاب وحده من اعتاق وطلاق وبراء ونحوها عقودا أو لا تسمى بذلك ؟ لاشك في أنها عقود بالمعنى اعم للعقد ، اذ هي امور وقعت في نفس الملتزم أولا وعقد عليها نيته وعزم عليها عزمًا أكيدا ، ثم أبان عنها باللفظ أو بما يقوم مقامه . واذن يكون للعقد معنى عام يتناول جميع التصرفات والالتزامات التي تترتب عليها اثار شرعية وقد تتم بارادة واحدة أو بأكثر ، ومعنى خاص قاصر على ما لا يتم فيه العقد الا بإيجاب وقبول كما في عقود المعاوضات ، وهي في الحقيقة التزامات معلقة على التزامات اخرى ومتوقفة على وجودها وتحقيقها ، فالالتزام فيها حاصل من الطرفين ، كل يلتزم للآخر بما لزم به نفسه . » على ان بعضا اخر من الفقهاء المحدثين ، ولعله تأثر في ذلك بالفقه الغربي ، يحرص على التمييز ما بين العقد والارادة المنفردة ، من هؤلاء الاستاذ على الخفيف ، قال في كتابه « أحكام المعاملات الشرعية » (ص ١٣٨) . « ومن هذا يتبين ان المناط في وجود العقد على وجه الاجمال هو التحقق من وجود ارادتي العاقدين وتوافقهما على انشاء التزام بينهما بما يدل على ذلك من عبارة أو كتابة أو اشارة أو فعل ... وعلى ذلك فالعقد عند الفقهاء لا يكون الا بين طرفين ولا يكون بين طرف واحد . واذا كان من طرف واحد لم يكن عقدا وانما يسمى التزاما أو تصرفا ، وقد يسمى عقدا تسمية لقوية . فالوقف على هذا ليس بعقد لانه يتم من المالك وحده دون أن يشاركه فيه شخص آخر ، وكذلك الطلاق المجرى عن المال ليس عقدا ، وكذلك العتق والتنازل عن الحقوق كالتنازل عن حق الشفعة والتنازل عن حق المرور أو حق المسيل أو عن رد المبيع بسبب عيب يظهر فيه ، كل ذلك لا يسمى عقدا وانما يسمى تصرفا أو التزاما من طرف واحد ان كان ملزما ، فان لم يكن ملزما كان وعدا كان يقول لك صديق سأقرضك عشرين جنيها مثلا (أنظر أيضا الاستاذ محمد أبو زهرة في الملكية ونظرية العقد ص ١٧١ - ص ١٧٣ - وقارن الاستاذ محمد يوسف موسى في الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي ص ٢٥٠ - ص ٢٥٣) .

مقتربة بحكم القضاء . ومن ذلك الأخذ بالشفعة يكون بتراضى الشفيع والمشتري أو بإرادة الشفيع وحكم القاضي ، ومن ذلك نفقة الزوجية ، لا تصبح ديناً صحيحاً إلا بالتراضى أو بقضاء القاضي ، ومن ذلك نفقة الأقارب ، لا تصبح ديناً صحيحاً إلا بالتراضى أو بالتقاضى مع الإذن في الاستدانة ثم الاستدانة فعلاً . وبيع مال المدين جبراً عنه يحل فيه قضاء القاضي محل إرادة المدين (١) . وهناك تصرفات تتم بإرادة منفردة ولكنها ترد بالرد . كالإبراء والوصية . فالتدرج ملحوظ في الفقه الإسلامي بين الإرادتين المتطابقتين ، ثم الإرادتين اللتين قد يحل محل إحداهما قضاء القاضي ، ثم الإرادة المنفردة التي ترد بالرد ، ثم الإرادة المنفردة المحضة . هذه كلها تصرفات ينزل بعضها عن بعض انخزالاً تاماً ، مع تدرج هو غاية الإبداع في الصناعة الفقهية .

(ثالثاً) تعريف العقد ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي :

تعريف العقد الذي نقلناه عن مرشد الحيران ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي دون النزعة الذاتية (٢) . فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول ، لا من حيث أنه ينشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين وهذا هو المعنى البارز في النزعة الذاتية (٣) ، بل من حيث أنه يثبت أثره في المعقود عليه أي يغير المحل من حالة إلى حالة ، وهنا تبرز النزعة الموضوعية التي أشرنا إليها (٤) . وسنرى أن هذه النزعة الموضوعية التي سادت الفقه

(١) وكذلك القسمة تكون بالتراضى أو بالتقاضى . ويقرب ذلك مما أسلفناه عن المنزلة الوسطى بين الرخصة والحق . أما الرجوع بالنفقة التي أذن فيها القاضي في اللفظة والوديعة وبعض أحوال الأتراء بلا سبب فيختلف عما تقدم في أن مصدر الالتزام هنا واقعة قانونية لا تصرف قانوني .

(٢) والنزعة الموضوعية هي التي تسود أيضاً الفقه الألماني والفقه الإنجليزي ، بخلاف الفقه اللاتيني المشتق من القانون الروماني فإن النزعة الذاتية هي التي تسوده .

(٣) وعلى هذا جرى تعريف العقد في القوانين اللاتينية .

(٤) ويشير الأستاذ شفيق شحاته إلى هذا المعنى في كتابه « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية » ص ١٢٣ - ١٢٤ ، فيقول : « وإذا رجعنا إلى التعريف الشائع في كتب الفقه لا نكتفي منه أن العقد مصدر من مصادر الالتزامات . فليس التعريف على أنه توافق إرادتين منشاء للالتزامات ، بل على أنه توافق إرادتين يظهر أثره في المعقود عليه ، أي يؤدي

الاسلامى لها أثر كبير فى مبادئه الأساسية وفى تفصيلات أحكامه ، وهى التى جعلته يأخذ بالارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة (١) .

- ٢ -

تقسيمات العقد

العقود المذكورة فى كتب الفقه الاسلامى :

لم يضع فقهاء الشريعة الاسلامية تقسima للعقد فى ذاته ، بل تناولوا عقود اسموها عقدا عقدا ولم يراعوا فى ترتيبها فكرة معينة أو صلة ظاهرة بين متقدم ومتأخر . ويكفى أن نورد على سبيل المثال كتابا فقهيا يعتبر من أبرز كتب الفقه الاسلامى ، وهو كتاب البدائع للكاسانى فى الفقه الحنفى ، نراه قد تكلم فى العقود على الترتيب الآتى :

- (١) الاجارة . (٢) الاستصناع . (٣) البيع . (٤) الكفالة .
- (٥) الحوالة . (٦) الوكالة . (٧) الصلح . (٨) الشركة . (٩) المضاربة .
- (١٠) الهبة . (١١) الرهن . (١٢) المزارعة . (١٣) المعاملة (المساقاة) .
- (١٤) الوديعة . (١٥) العارية . (١٦) القسمة . (١٧) الوصايا . (١٨) القرض .

الى تحويل شئ من حال الى حال . وتعريفه بهذه الكيفية أثر من آثار النزعة الشيئية أو المادية ، فى الفقه الاسلامى . وهذه النزعة جعلت الفقهاء ينظرون هنا الى النتائج الاخيرة للعقد ، ويتخطون النتائج الاولى لانعقاد العقد . وكثيرا ما يشبه هذا التعريف ، التعريف الذى أورده بولوك للعقد فى الفقه الانجليزى) .

(١) وقد جارى التقنين المدنى العراقى الجديد الفقه الاسلامى فى تعريفه للعقد . فنصت المادة ٧٣ من هذا التقنين على أن العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العقادين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى العقود عليه . ولم يعرف التقنين المدنى المصرى ولا التقنين المدنى السوري العقد تجنبيا للتعريفات الفقهية . أما تقنين الالتزامات والعقود اللبناني فقد جرى على خطة القوانين اللاتينية ونزعتها الشخصية فى تعريفه للاتفاق والعقد ، فنص فى المادة ١٦٥ على أن « الاتفاق هو كل توافق إرادتين يقصد به إحداث آثار قانونية ، فإذا كان الاتفاق يرمى الى إنشاء روابط ملزمة سمي بالعقد » .

(أنظر أيضا المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى المصرى وما ورد فيها بصدد تعريف العقد) .

وإذا وقفنا عند هذه العقود التي أوردتها الكاساني ، كان علينا أن نجيب على سؤالين :

(السؤال الأول) كيف نرتب هذه العقود ترتيبا منطقيا تلزمه في إيرادها عقدا بعد عقد :

(والسؤال الثاني) ألا يوجد في الفقه الاسلامي عقود أخرى غير هذه العقود ؟ وبوجه عام هل عرف الفقه الاسلامي مبدأ حرية التعاقد ، فيجوز بإيجاب وقبول ، التعاقد على أي أمر لا يخالف النظام العام ولا الآداب ؟

الترتيب المنطقي للعقود :

للفقهاء في هذا الصدد تقسيمات متعددة يقفون في كل تقسيم منها عند اعتبار معين .

فتارة يقفون عند اعتبار العوض وجوداً وعدمًا ، فيقسمون العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع وعقود هي تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، فيدخل في عقود المعاوضة الإجارة والاستصناع والبيع والصلح والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والقسمة . ويدخل في عقود التبرع الهبة والعارية والوديعة . ويدخل في عقود التبرع ابتداء والمعاوضة انتهاء الكفالة والحوالة والوكالة والرهن والقرض (١) .

وتارة يقولون بتقسيمات أخرى كالودائع (الوديعة والعارية والرهن والشركة) والوكالات (الوكالة والشركة والمضاربة) والتوثيقات (الكفالة والحوالة والرهن) .

وأخيراً قد يقفون عند المحل الذي يقع عليه التعاقد . وهذا في نظرنا خير

(١) ومن الفقهاء من يضيف إلى هذا التقسيم أنواعاً أخرى من التصرفات ، هي الاسقاطات والاطلاقات والتقييدات ، ويستعملون العقد بمعناه العام ، أي بمعنى التصرف القانوني عقداً كان أو إرادة منفردة (انظر كتاب المعاملات الشرعية المالية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٨١ هامش رقم ١ وقد سبقت الإشارة إلى ذلك) .

معياري للتقسيم . وقد لجأ صاحب مرشد الحيران إلى هذا المعيار كما رأينا ، فنص في المادة ٢٦٣ على أنه « يصح أن يرد العقد على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعوض أو بغير عوض » . ونص في المادة ٢٦٤ على أنه « يصح أن يرد العقد على الأعيان لحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً ورد بدلها » . ونص في المادة ٢٦٥ على أنه « يجوز ورود العقد على منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض إجارة أو بغير عوض إعاره ورد عينها لصاحبها » . ونص في المادة ٢٦٦ على أنه « يصح أن يرد العقد على عمل معين من الأعمال الصناعية أو على خدمة معينة ^(١) » .

مبدأ حرية التعافر في الفقه الإسلامي :

بقي السؤال الثاني وهو الأهم : هل العقود في الفقه الإسلامي مذكورة على سبيل الحصر ؟

يبدو لأول وهلة أنها كذلك . ففي كتب الفقه لا نجد نظرية عامة للعقد ، بل نجد على النقيض من ذلك عقوداً مسماة تأتي عقوداً بعد عقد على ترتيب غير منطقي . ويختلف هذا الترتيب في كتاب عنه في كتاب آخر . حتى ليظن

(١) وقد نقل الثنوين المدني العراقي الجديد هذا التقسيم عن مرشد الحيران ، فنصت المادة ٧٤ على أنه « يصح أن يرد العقد : ١ - على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعوض بيعاً أو بغير عوض هبة ولحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً ٢ - وعلى منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض إجارة أو بغير عوض إعاره ٣ - وعلى عمل معين أو على خدمة معينة » .

أما الثنوين اللبناني للالتزامات والعقود فقد لجأ إلى تقسيمات الفقه الغربي ، فقسم العقود ، في المادة ١٦٧ ، إلى عقود ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة للجانبين ، وإلى عقود معاوضة وعقود تبرع ، وإلى عقود رضائية وعقود شكلية ، وإلى عقود مساومة وعقود اذعان ، وإلى عقود فردية وعقود جماعية ، وإلى عقود كسب وعقود توثيق ، وإلى عقود مسماة وعقود غير مسماة .

ولم يورد الثنوين المدني المصري والثنوين المدني السوري تقسيمات ما ، إذ هي - كما تقول المذكرة الإيضاحية للثنوين المدني المصري - أدخل في باب الفقه منها في ميدان التشريع . ولكن الثنوينين أوردوا العقود المسماة على ترتيب منطقي وفقاً فيه عند المحل الذي يقع عليه التعاقد . فهناك عقود تقع على الملكية وهي البيع والهبة والشركة والقرض والصلح ، وعقود تقع على الانتفاع بالشيء وهي الإيجار والمارية ، وعقود ترد على العمل وهي المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة ، وهناك عقود الفرر وهي المقامرة والرهن وعقد التأمين ، وهناك عقد توثيق وهو الكفالة ، وترك عقد الرهن إلى جانب سائر التأمينات العينية .

الباحث أن الفقه الإسلامى لا يعرف إلا هذه العقود المسماة ، وأن أى اتفاق لا يدخل تحت عقد من هذه العقود لا يكون مشروعاً .

ولكن هذه النظرة إلى الفقه الإسلامى نظرة سطحية . فإن الباحث يلح من خلال الأحكام التى يقررها الفقهاء فى صدد هذه العقود المسماة أنهم مسلمون بإمكان أن يمتزج عقدان أو أكثر من هذه العقود فى عقد واحد ، يجمع بين خصائص العقود التى امتزجت فيه . بل ويلح أن هناك قاعدة فقهية مسلمة ، هى أن المسلمين عند شروطهم ، وأن كل اتفاق تتوافر فيه الشروط التى يقررها الفقه الإسلامى يكون عقداً مشروعاً . ويكفى أن نشير إلى ما جاء فى البدائع فى هذا الصدد : « وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال المسلمون عند شروطهم ، فظاهره يقتضى لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل ، لأنه يقتضى أن يكون كل مسلم عند شرطه وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به . . . وهذا لأن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذى أوقعه إذا كان أهلاً للتصرف والمحل قابلاً وله ولاية عليه » . (١)

ومن ثم فما ذكره الفقهاء من العقود المسماة ، إنما هى العقود التى يغلب أن يقع بها التعامل فى زمنهم فإذا استحدثت الحضارة عقوداً أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فقهاً ، كانت عقوداً مشروعة . وعلى هذه السياسة الشرعية جرى التقنين المدنى العراقى الجديد . فقد عدت المادة ٧٤ منه أنواع العقود تبعاً لمحلها كما وردت فى نصوص مرشد الخيران التى سبق ذكرها . ثم أعقب ذلك نص عام ، هو المادة ٧٥ ، وقد جرت على الوجه الآتى : « يصح أن يرد العقد على أى شىء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب » .

على أن دائرة النظام العام في الفقه الإسلامي أوسع منها في الفقه الغربي . فتحریم العقود الربوية وتحریم عقود الغرر یوسعان كثيراً من هذه الدائرة في الفقه الإسلامي . كذلك نظرية الشرط المقترن بالعقد تزيد في توسيع الدائرة إلى حد بعيد . فالأصل إذن في الفقه الإسلامي هو حرية التعاقد في حدود النظام العام ، إلا أن كثرة القواعد التي تعتبر من النظام العام تضيق من هذه الحرية (١) .

(١) أنظر في هذه المسألة « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية » للأستاذ شفيق

الباب الأول

أركان العقد

أركان العقد في الفقه الغربي هي التراضي والمحل والسبب ، ويعقب ذلك نظرية البطلان . فنستعرض كل هذا في الفقه الاسلامي .

الفصل الأول

الراضى

وجود التراضى وصحته :

يميز الفقه الغربى بين وجود التراضى وصحته . فنستعرض ذلك فى الفقه الإسلامى .

الفرع الأول

وجود التراضى

صيغة العقد وتطابق الإرادتين :

نستعرض هنا :

(١) صيغة العقد . (٢) تطابق الإرادتين فى مجلس العقد .

المبحث الأول

صيغة العقد

عناية الفقهاء بصيغة العقد :

يكثّر الفقهاء من الكلام فى صيغة العقد . فقد عنوا بهذه المسألة عناية كبيرة . ذلك أن الفقه الإسلامى نزعته موضوعية (objectif) كما قدمنا . وأول أثر لهذه النزعة أنه يقف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة .

ولما كانت الإرادة الظاهرة هى المظهر الخارجى للتعبير عن الإرادة الباطنة ، فقد وقف الفقهاء عند هذا المظهر الخارجى . والمظهر الذى يعتدون به فى الأصل هو اللفظ . فاللفظ أولاً — قبل الكتابة وقبل الإشارة وقبل أى

مظهر خارجي آخر نستخلص منه الإرادة — هو الذي يعبر عن الإرادة الباطنة . فاللفظية والإرادة الظاهرة تمتازان معاً في صيغة العقد ، ويخلص منهما أن اللفظ هو أول أداة يعول عليها في هذه الصيغة ، وأن اللفظ يؤخذ بمعناه الظاهر ، فإذا كان هذا المعنى واضحاً فلا محل بعد ذلك للبحث عن النية أو عن الإرادة الباطنة . واللفظ — لا في صيغة العقد وحدها بل أيضاً في الإثبات حيث الشهادة تعلق على الكتابة — هو الشيء الثابت الذي يقف عنده الفقه الإسلامي ، ويؤثره على الكتابة وغيرها من مظاهر التعبير عن الإرادة مما لم يكن في حضارة العصور الماضية ثابتاً مستقراً ، إذ لم تكن الكتابة منتشرة في تلك العصور ، وما كان يتداول منها لا يؤمن فيه الزيف أو الزلل .

فلننظر الآن في نصوص للفقه الإسلامي كيف يكون التعبير عن الإرادة باللفظ ، ثم بغيره من مظاهر التعبير الأخرى .

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة باللفظ

صيغة العقد اللفظية

§ ١ — الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت واضحة

صيغ الماضي والمضارع والأمر والاستفهام والاستقبال

صيغ الحال والاستقبال :

يؤثر الفقه الإسلامي صيغة الماضي لانعقاد العقد . ذلك أن صيغة الماضي هي المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية ، إرادة قد جاوزت دور التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة إلى دور الجزم والقطع والبت والحسم .

أما صيغ المضارع والأمر والاستقبال والاستفهام، فلأنها تحتل الحال والاستقبال، ولأن الصيغة لا بد من أن تتمحض للحال دون الاستقبال، لذلك وجب الرجوع في هذه الصيغ إلى الظروف والملابسات، فإن دلت الصيغة بطريق الاقتضاء على الحال انعقد العقد.

وننقل عن البدائع (١) ما هو صريح في هذا المعنى :

« الإيجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضي، وقد يكون بصيغة الحال، .
 « أما بصيغة الماضي فهي أن يقول البائع بعث ويقول المشتري اشتريت،
 فيتم الركن. لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعاً، لكنها جعلت إيجاباً
 للحال في عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على الوضع. وكذا إذا
 قال البائع خذ هذا الشيء بكذا أو أعطيته بكذا أو هو لك بكذا أو بذلتكه
 بكذا، وقال المشتري قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك،
 فإنه يتم الركن. لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع وهو المبادلة
 والعبرة للمعنى لا للصورة. »

« وأما صيغة الحال فهي أن يقول البائع للمشتري أبيع منك هذا الشيء
 بكذا ونوى الإيجاب فقال المشتري اشتريت، أو قال المشتري اشتري منك
 هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب، أو قال البائع أبيعك منك بكذا وقال المشتري
 اشتريه ونوى الإيجاب، يتم الركن وينعقد. وإنما اعتبرنا النية ههنا وإن كانت
 صيغة أفعل للحال هو الصحيح لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة
 أو مجازاً، فوقع الحاجة إلى التعيين بالنية. »

« ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق، بأن يقول المشتري للبائع أبيع
 مني هذا الشيء بكذا أو أبعته مني بكذا، فقال البائع بعث، لا ينعقد ما لم يقل
 المشتري اشتريت. وكذا إذا قال البائع للمشتري أشتري مني هذا الشيء بكذا
 فقال المشتري، لا ينعقد ما لم يقل البائع بعث. »

« وهل ينعقد بصيغة الاستقبال وهي صيغة الأمر ، بأن يقول المشتري للبائع بع عبدك هذا مني بكذا فيقول بعث ؟ قال أصحابنا رحمهم الله : لا ينعقد ما لم يقل المشتري اشتريت . وكذا إذا قال البائع للمشتري اشتر مني هذا الشيء بكذا فقال اشتريت . لا ينعقد ما لم يقل البائع بعث عندنا . وقال الشافعي رحمه الله : ينعقد . وجه قوله : أن هذه الصيغة تصلح شطر العقد في الجملة ، ألا ترى أن من قال لآخر تزوج ابنتي فقال المخاطب تزوجت ، أو قال زوج ابنتك مني فقال زوجت ، ينعقد النكاح ، فإذا صلحت هذه الصيغة شطراً في النكاح صلحت شطراً في البيع ، لأن الركن في كل واحد منهما هو الإيجاب والقبول . ولنا : أن قوله بع أو اشتر طلب الإيجاب والقبول ، وطلب الإيجاب والقبول لا يكون إيجاباً وقبولاً ، فلم يوجد إلا أحد الشطرين ، فلا يتم الركن ، ولهذا لا ينعقد بلفظ الاستفهام لكون الاستفهام سؤال الإيجاب والقبول لا إيجاباً وقبولاً ، كذا هذا . وهذا هو القياس في النكاح ، إلا أنا استحسنا في النكاح بنص خاص ، وهو ما روى أبو يوسف أن بلالا خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجه ، فقال لولا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أخطب إليكم لم أخطب ، فقالوا له أملكك ، ولم ينقل أن بلالا رضى الله عنه قال قبلت ، فتركنا القياس هناك بالنص ، ولا نص في البيع فوجب العمل بالقياس . ولأن هذه الصيغة مساومة حقيقة ، فلا تكون إيجاباً وقبولاً حقيقة بل هي طلب الإيجاب والقبول ، فلا بد للإيجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما . ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة في باب النكاح ، لأن المساومة لا توجد في النكاح عادة فحملت على الإيجاب والقبول . على أن الضرورة توجب أن يكون قول القائل زوج ابنتك مني شطر العقد ، فلم يجعل شطر العقد لتضرر به الولي لجواز أن يزوج ولا يقبل المخاطب فيلحقه الشين ، فجعلت شطراً للضرورة دفع الضرر عن الأولياء . وهذا المعنى في باب البيع منعدم ، فبقيت سؤالاً ، فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشطر الآخر . »

هذا ما جاء في البدائع ، وهو يبسط في وضوح تام كيف تتصل صيغة العقد بالإرادة الظاهرة . ففي المذهب الحنفي ينعقد العقد بصيغة الحال لا بصيغة الاستقبال . ثم يستعرض الفقهاء ، لتطبيق هذه القاعدة ، الصيغ المختلفة : الماضي والمضارع والأمر والاستفهام والاستقبال .

صيغة الماضي :

أما صيغة الماضي فهي وإن كانت للماضي وضعاً ، لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع ، والعرف قاض على الوضع كما يقول صاحب البدائع . فصيغة الماضي إذن ، بطبيعة وضعها في عرف اللغة والشرع ، لفظ يتمحض للحال . فينعقد به العقد دون بحث عن النية ، أخذاً بالإرادة الظاهرة ، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة ، فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة ، لأن الجرى وراء نية العاقد والتحسس لما انطوت عليه سريره أمر عسير .

واللفظية غير الشكلية . فإذا كان الفقه الإسلامي يؤثر اللفظ ، فإنه لا يشترط لفظ « البيع » ، بل أى لفظ يحمل معنى المبادلة يكفي مادامت صيغته تتمحض للحال . ومن ثم يقول صاحب البدائع : « إذ قال البائع أعطيتك هذا الشيء بكذا ، أو هو لك بكذا أو بذلتك بكذا ، وقال المشتري قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك ، فإنه يتم الركن ، لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع وهو المبادلة ، والعبرة للمعنى لا للصورة » .

ومن هنا نستخلص القاعدة الأولى : كل لفظ تتمحض صيغته للحال يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة وينعقد به العقد ، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة .

صيغة المضارع :

وأما صيغة المضارع فتحتمل الحال والاستقبال . بل إن استعمالها غلب للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً . ومن ثم لا يؤخذ في هذه الصيغة بالإرادة

الظاهرة ، ويجب الرجوع إلى النية أى إلى الإرادة الباطنة . ولهذا رأينا صاحب البدائع يقول : « وأما صيغة الحال فهي أن يقول البائع للمشتري أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب فقال المشتري اشتريت ، أو قال المشتري أشتري منك هذا الشيء بكذا ، ونوى الإيجاب ، أو قال البائع أبيعك منك بكذا وقال المشتري أشتريه ونوى الإيجاب يتم الركن وينعقد . وإنما اعتبرنا النية ههنا وإن كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازا ، فوَقعت الحاجة إلى التعيين بالنية » .

ومن هنا نستخلص القاعدة الثانية : كل لفظ تحتمل صيغته الحال والاستقبال يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة . لأن الإرادة الظاهرة هنا غير واضحة فوَقعت الحاجة إلى التعيين بالنية ، أى الأخذ بالإرادة الباطنة .

صبيغ الأمر والاستفهام والاستقبال :

وأما صبيغ الأمر والاستفهام والاستقبال فكلها عند الحنفية صبيغ تتمحض للاستقبال ، فلا ينعقد بها العقد ولو نوى الإيجاب .

أما صيغة الأمر فهي عند الحنفية طلب للإيجاب والقبول ، وليست إيجابا وقبولا . فالإرادة الظاهرة هنا واضحة في عدم البت والقطع ، ومن ثم لا ينعقد بها العقد . فإذا قال المشتري للبائع — كما جاء في البدائع — بع عبدك هذا منى بكذا فيقول البائع بعت ، لا ينعقد العقد ما لم يقل المشتري اشتريت ، وإذا قال البائع للمشتري اشتر منى هذا الشيء بكذا فقال اشتريت ، لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت .

وأما صيغة الاستفهام فهي صيغة تتمحضت للاستقبال ، فلا ينعقد بها العقد . وقد رأينا صاحب البدائع يقول في هذا الصدد : « ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق ، بان يقول المشتري للبائع أتبيع منك هذا الشيء بكذا أو أبعته منى بكذا فقال اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت » .

وأما صيغة الاستقبال ، وهي الصيغة المقرونة بالسين وسوف ، فواضح

أنها تمحضت للاستقبال ، فلا ينعقد بها العقد . جاء في الفتاوى الهندية :
 « وأما ما تمحض للاستقبال كالمقرون بالسین وسوف ... فلا ينعقد به ^(١) » .
 ومن هنا نستخلص القاعدة الثالثة : كل لفظ تتمحض صيغته للاستقبال
 يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة ، ولا ينعقد به العقد ، لأن الإرادة الظاهرة هنا
 واضحة ، فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة . فلو نوى العاقد الإيجاب ، ولكنه
 استعمل صيغة تتمحض للاستقبال ، لا ينعقد العقد .

المبدأ العام :

ونضع الآن القواعد الثلاث التي استخلصناها جنباً إلى جنب ، لنخرج
 منها بمبدأ عام .

فالقاعدة الأولى تقضى بأن كل لفظ تتمحض صيغته للحال ، يؤخذ فيه
 بالإرادة الظاهرة و ينعقد به العقد ، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل
 عنها إلى الإرادة الباطنة .

والقاعدة الثانية تقضى بأن كل لفظ تحمل صيغته الحال والاستقبال يؤخذ
 فيه بالإرادة الباطنة ، لأن الإرادة الظاهرة هنا غير واضحة ، فتعين الأخذ
 بالنية وهي الإرادة الباطنة .

والقاعدة الثالثة تقضى بأن كل لفظ تتمحض صيغته للاستقبال يؤخذ فيه
 بالإرادة الظاهرة ولا ينعقد به العقد ، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة
 فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة .

والمبدأ العام الذي نخرج به من مجموع هذه القواعد الثلاث هو ما يأتي :
 الأصل في صيغة العقد هو الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت هذه الإرادة
 واضحة ، فإن تمحضت الصيغة للحال انعقد العقد ، وإن تمحضت للاستقبال
 لا ينعقد . أما إذا كانت الإرادة الظاهرة غير واضحة ، بأن احتملت الصيغة
 الحال والاستقبال ، تعين الرجوع إلى النية أي إلى الإرادة الباطنة ، فإن انصرفت
 هذه الإرادة إلى الإيجاب انعقد العقد ، وإلا لم ينعقد .

على أن هذه المحاولة لم تنجح ، فإن الفقهاء بقوا يرددون المعايير الموضوعية ويقفون عند الصيغ . وهم في ذلك غير غافلين عن أن العبرة في التصرفات بالإرادة لا بالصيغة ، ولكنهم يستخلصون الإرادة من الصيغة ، لأن الإرادة التي يعتدون بها هي الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة وذلك حتى يستقر التعامل . وغنى عن البيان أن الصيغة إذا تمحضت لمعنى معين ، وجب الوقوف عند هذا المعنى باعتبار أنه هو الإرادة الظاهرة ، وليست الصيغة إلا قرينة على هذه الإرادة ، ولكنها قرينة لا تقبل إثبات العكس . ومن ثم بقيت صيغة الحال ينعقد بها العقد دون بحث في النية ، وصيغة الاستقبال لا ينعقد بها العقد دون اعتداد بالنية كذلك ، والصيغة التي تحتل الحال والاستقبال ينعقد بها العقد أو لا ينعقد تبعاً لقيام النية أو عدم قيامها . وبقي الفقهاء يواصلون ترديد هذه القواعد .

من ذلك ما جاء في الفتاوى الهندية : « قال أصحابنا رحمهم الله : كل لفظين ينبئان عن التملك والتملك على صيغة الماضي أو الحال ينعقد بهما البيع ، كذا في المحيط ، فارسية كانت أو عربية أو نحوهما ، هكذا في التتارخانية . وينعقد بالماضي بلا نية وبالمضارع بها على الأصح ، هكذا في البحر الرائق . فإذا قال البائع أبيع منك هذا العبد بألف أو أبذله أو أعطيكه وقال المشتري أشتريه منك أو آخذه ، ونويا الإيجاب للحال ، أو كان أحدهما بلفظ الماضي والآخر بالمستقبل مع نية الإيجاب للحال ، فإنه ينعقد . وإن لم ينو لا ينعقد ، هكذا في القنية . وإذا ما تمحض للحال ، كما يبيعك الآن ، فلا يحتاج إليها . وأما ما تمحض للاستقبال كالمقرون بالسین وسوف أو الأمر فلا ينعقد به ، إلا إذا دل الأمر على المعنى المذكور ، كخذه بكذا فقال أخذته ، فإنه كالماضي ، كذا في التهر الفائق ... ثم إذا كان بلفظ الأمر فلا بد من ثلاثة ألفاظ ، كما إذا قال البائع اشتر مني فقال اشتريت فلا ينعقد ما لم يقل البائع بعت ، أو يقول المشتري بع مني فيقول بعت ، فلا بد من أن يقول ثانياً اشتريت ، كذا في السراج الوهاج .

ولا ينعقد بصفة الاستفهام بالاتفاق، (١). فها نحن نرى صاحب الفتاوى الهندية يردد ما سبقه إليه الفقهاء من القواعد التي تقدم ذكرها. ويزيد الأمر إيضاحاً في صيغتي المضارع والأمر. فصيغة المضارع التي تحتل الحال والاستقبال قد تتمحض للحال إذا اقترن بها لفظ يدل على ذلك كلفظ «الآن»، وعند ذلك ينعقد العقد دون بحث في النية إذ أن الإرادة الظاهرة تصبح هنا واضحة فيؤخذ بها. وصيغة الأمر التي تتمحض عادة للمستقبل فلا ينعقد بها العقد. قد تتمحض في بعض صورها للحال، كما إذا قال البائع للمشتري خذ هذا بكذا فقال المشتري أخذته أو هاته فإن الأمر هنا تتمحض للحال. فيؤخذ بالإرادة الظاهرة وينعقد العقد.

ومن ذلك أيضاً ما جاء في الزيلعي: «وينعقد بكل لفظ ينبيء عن التحقيق، كبعت أو اشتريت أو رضيت أو أعطيتك أو خذه بكذا» (٢). فهنا استعمل الزيلعي صيغة الماضي وهي تتمحض للحال، وصيغة «خذ» من صور صيغة الأمر وهي أيضاً تتمحض للحال، فينعقد العقد بكلتا الصيغتين دون بحث في النية.

ومن ذلك أيضاً ما جاء في حاشية الشلبي على الزيلعي: «ثم اعلم أن اشتراط الإيجاب والقبول بأن يكونا بلفظ الماضي إذا لم توجد نية الحال من لفظ المستقبل، فإذا وجدت تنعقد بلفظ المستقبل أيضاً.. قال السكال وكذا لفظ خذه بكذا ينعقد به إذا قبل بأن قال أخذته ونحوه، لأنه وإن كان مستقبلاً لكن خصوص مادته، أعني الأمر بالأخذ، يستدعي سابقة البيع، فكان كالماضي.. إلا أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع، واستدعاء «خذه» سبقه بطريق الاقتضاء. فهو كما إذا قال بعتك عبدي هذا بألف فقال فهو حر، عتق، ويثبت اشتريت اقتضاء، بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء، لا يعتق» (٣). وهنا أيضاً يقف الشلبي عند المعنى الظاهر من الصيغة. وظهور المعنى إما أن

(١) الفتاوى الهندية جزء ٣ ص ٤ .

(٢) الزيلعي جزء ٤ ص ٤ .

(٣) حاشية الشلبي على الزيلعي جزء ٤ ص ٤ .

يكون بحسب الوضع كما في صيغة الماضي ، وإما أن يكون بطريق الاقتضاء كما في بعض صور الأمر ، وكما إذا قرن العبارة بحرف الفاء فبدل اقتضاء على معنى الإيجاب . فالسألة إذن أليبت مسألة ألفاظ توقيفية تدخل في نطاق الشكلية ، بل هي مسألة معان تستخلص من الألفاظ والصيغ تغليبا للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة .

ومن ذلك أخيرا ما جاء في الدر : « وهما عبارة عن كل لفظين ينبئان عن معنى التملك والتملك ماضيين كبعت واشتريت ، أو حاليين كمضارعين لم يقرنا بسوف والسين كأبيعت فيقول أشتريه ، أو أحدهما ماض والآخر حال ، ولكن يحتاج الأول إلى نية بخلاف الثاني ، فإن نوى به الإيجاب للحال صح على الأصح وإلا لا ، إلا إذا استعملوه للحال كأهل خوارزم فكالماضى ، كأبيعت الآن لتمحضه للحال . وأما المتمحض للاستقبال فكالأمر لا يصح أصلا ، إلا الأمر إذا دل على الحال كخذه بكذا فقال أخذت أو رضيت ، صح بطريق الاقتضاء ، (١) . وواضح أن ما جاء في الدر ليس إلا ترديدا لما تقدم ذكره . وعليه استقر المذهب الحنفى .

مذهب مالك :

وأما مذهب مالك فيتفق مع المذهب الحنفى فى أن صيغة الماضي ينعقد بها العقد دون بحث فى النية ، فيؤخذ فيها بالإرادة الظاهرة ، لأنها تتمحض للحال . ويتفق معه أيضا فى أن صيغة المضارع تتحمل الحال والاستقبال ، ومن ثم لا تكون الإرادة الظاهرة واضحة فلا يؤخذ بها ، ويتعين البحث عن النية أى عن الإرادة الباطنة ، ويتفق معه أخيراً فى صيغتي الاستفهام والاستقبال فهما يتمحضان للاستقبال ولا ينعقد بهما العقد . ولكن المذهبين يختلفان فى صيغة الأمر ، فإن هذه الصيغة عند الحنفية تتمحض للاستقبال كما رأينا ، ولذلك لا ينعقد بها العقد (إلا فى صورة خذ) . أما عند مالك فصيغة الأمر إما تتمحض

للحال. فينقصد بها العقد دون بحث في النية، أو في القليل تحتل الحال والاستقبال إذ هي أقوى من صيغة المضارع في احتمال الحال تبعاً للعرف، فينقصد بها العقد إذا اقترنت بالنية. ويحلف من أتى بصيغة الأمر إذا أنكر أنه قصد الإيجاب. هذه هي خلاصة عاجلة لمذهب مالك في هذه المسألة. ويبقى الآن أن نستعرض بعض نصوص المذهب.

جاء في المدونة الكبرى: «قال سألت مالكا عن الرجل يقف بالسلعة في السوق، فيأتيه الرجل فيقول بكم سلعتك هذه، فيقول بمائة دينار. فيقول قد أخذتها فيقول الرجل لا أبيعك، وقد كان أوقفها للبيع. أترى أن هذا يلزمه؟ قال قال مالك يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما ساومه على الإيجاب في البيع ولا على الإمكان. وما ساومه إلا على كذا وكذا الأمر يذكره غير الإيجاب، فإذا حلف على ذلك كان القول قوله، وأن لم يحلف لزمه البيع (١). وظاهر مما جاء في المدونة أن صيغة غير صيغة الماضي قد ينقصد بها البيع. فالبايع في المثل المتقدم لم يقل بعت، بل قال سلعتي بمائة دينار. ولكن اقترن بهذه الصيغة وقوفه في السوق بالسلعة ليبيعها، فيفترض أنه أراد الإيجاب، إلا أن يحلف أنه لم يرده فيكون القول عند ذلك قوله بيمينه. ومؤدى ذلك أن الإرادة الظاهرة إذا لم تكن واضحة من الصيغة كما في هذا المثل، تعين البحث عن النية أي عن الإرادة الباطنة. والقاعدة عند مالك أن من يأتي بصيغة تحتل الحال والاستقبال، كصيغة المضارع أو الصيغة التي وردت في المثل الذي نحن بصدد، يكون القول قوله بيمينه، فإن أنكر أنه نوى الإيجاب وحلف اليمين على ذلك لم يلزمه العقد، وإن نكل عن اليمين فإن العقد يلزمه.

وجاء في شرح الخطاب على خليل: «ليس للإيجاب والقبول لفظ معين، وكل لفظ. أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود. إلا أن في الألفاظ ما هو صريح مثل بعتك بكذا فيقول قبلت، أو ابتعت منك فيقول بعت فهذا يلزمهما. وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بها بمجرد حاجتي

يتنزل بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع ، مثل أن يقول المبتاع بكم فيقول البائع بدينار ، فيقول قبلت ، فيقول البائع لا أبيعك ، فإن كان في سوق تلك السلعة فروى أشهب يلزمه البيع ، وروى ابن القاسم يحلف ما ساومه على البيع ، ولا يلزمه ، (١) . ونرى من ذلك أن هناك قولاً في مذهب مالك ، رواه أشهب ، يذهب إلى أن دلالة وقوف الرجل بالسلعة في السوق قوية بحيث تكون قرينة لا تقبل النقص ، وتمحض الصيغة للحال ، فينعقد العقد دون بحث في النية كما في صيغة الماضي . وهذا القول معقول كما هو ظاهر .

أما عن صيغتي الماضي والمضارع في مذهب مالك ، فقد جاء في شرح الخطاب أيضاً ما يأتي : « وحاصله التفرقة بين أن تكون الصيغة بلفظ الماضي فتلزم ، أو بلفظ المضارع فيحلف . ونحوه لابن عبد السلام ، فقال حاصل كلامه أنه إن أتى بصيغة الماضي لم يقبل منه رجوع ، وإن أتى بصيغة المضارع فكلامه محتمل فيحلف على ما أراده » (٢) . وهذا يتفق مع المذهب الحنفي ، فالماضي يتمحض للحال وينعقد به العقد ، والمضارع يحتمل الحال والاستقبال فلا ينعقد به العقد إلا بالنية ، فإن حلف على انعدامها فالقول قوله يمينه .

أما عن صيغة الأمر ، فقد قدمنا أن هناك قولاً في مذهب مالك يقضى بأن هذه الصيغة تتمحض للحال كصيغة الماضي ، فينعقد بها العقد دون بحث في النية ، وفي هذا المعنى جاء في شرح الخطاب : « فإن قول المشتري لمن يبيعه سلعة بعني سلعتك بعشرة لا يدل صريحاً على إيجاب البيع من جهة المشتري ، لأنه إما أمر للبائع أن يبيعه أو ملتمس منه ذلك ، ويحتمل أن يكون راضياً به أو غير راض . ولكن العرف دال على أن قائل ذلك طالب ومريد للبيع وراض به ، لأن « بعني » صريح في أمر المشتري للبائع بالبيع واستدعائه منه وطلبه له وإرادته إياه وحصول مطلوب يصير به مبتاعاً . فإذا أجابه البائع

(١) شرح الخطاب على خليل جزء ٤ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠ .

(٢) شرح الخطاب على خليل جزء ٤ ص ٢٣٢ .

بحصول مطلوبه ، فقد تم له ما أراده من وجود البيع . وظاهر كلام المصنف أن للبيع ينعقد في هذه المسألة ، ويلزم المشتري ، إذا أجابه البائع بما يدل على الرضاء ولو قال البائع بعد « بعتك » لا أرضى لأنى لم أرد إيجاب البيع ، ويعد قوله بعد ذلك لا أرضى ندما (١) . ويتبين من ذلك أن صيغة الأمر تتمحض للحال ، لا بطبيعة الوضع ، بل بدلالة العرف .

وجاء في حاشية الدسوقي على شرح الدردير استعراض لصيغ الماضي والمضارع والأمر في مذهب مالك على الوجه الآتي (٢) : « والحاصل أن الماضي ينعقد به البيع اتفاقا ، ولا عبرة بقول من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء ولو حلف . والمضارع إن حلف من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء قبل قوله ، وألا لزم . وأما الأمر ، فهل هو كالماضى وهو قول مالك وابن القاسم في غير المدونة ، أو كالمضارع وهو قول ابن القاسم في المدونة ؟ ولكن الأرجح والمعول عليه أن عليه اليمين لأنه قول ابن القاسم في المدونة . وإلى هنا يبدو أن الدسوقي ، بعد أن بين أن صيغة الأمر تختلف فيها ، هل هي كصيغة الماضي تتمحض للحال ، أو هي كصيغة المضارع تحتل الحال والاستقبال ، رجح احتمالها للحال والاستقبال لأن هذا هو قول ابن القاسم في المدونة . ولكن الدسوقي يمتضى في حاشيته ، ويقرر أن صيغة الأمر ، على العكس مما قدمه ، إنما هي كصيغة الماضي تتمحض للحال بدلالة العرف لا بطبيعة الوضع ، إذ يقول : « لأن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضاء ، ودلالة الأمر على الرضاء أقوى من دلالة المضارع عليه ، لأن صيغة الأمر تدل على الرضاء عرفا ، وإن كان في أصل اللغة محتملا ، بخلاف المضارع فإنه لا يدل عليه . والحاصل أن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضاء عرفا وإن كان محتملا لذلك لغة ، فالماضى لما كان دالا على الرضاء من غير احتمال انعقد البيع به من غير نزاع ، والأمر كعنى

(١) شرح الخطاب على خليل جزء ٤ ص ٢٢٩ .

(٢) حاشية الدسوقي على شرح الدردير جزء ٣ ص ٣ - ص ٤ .

إنما يدل لغة على الأمر بالبيع له أو التماسه منه إلا أنه محتمل لرضاه به وعدمه ،
لكن العرف دل على رضاه به ، وحينئذ فيستوى الأمر مع الماضي .

وجاء في هامش الصاوى على شرح الدردير ما يؤيد أن صيغة الأمر تنزل منزلة صيغة الماضي من حيث تمحضها للحال بدلالة العرف ، إذ يقول : « وحاصله أن المطلوب في انعقاد البيع به ما يدل على الرضا عرفا وإن كان محتملا لذلك لغة . فالماضى لما كان دالا على الرضا من غير احتمال ، انعقد البيع من غير نزاع ، ولا يقبل رجوعه ولو حلف . والأمر إنما يدل لغة على طلب البيع له فهو يحتمل الرضا به وعدمه ، واسكن العرف دل على رضاه به ، وحينئذ فيستوى مع الماضي ، ولا يقبل رجوعه عنه ولو حلف كما يفيد الشارح . والمضارع يحتمل الحال والاستقبال ، ولم يكن في العرف دالا على الرضا ، فقبل الرجوع فيه بالبين ، (١) .

المذاهب الأخرى :

وقد رأينا أن الشافعى يجعل صيغة الأمر دالة على الإيجاب فيما نقلناه عن البدائع في مناقشة رأيه . وجاء في المذهب للشيرازى : « فإن قال المشتري بعتك فقال البائع بعتك ، انعقد البيع لأن ذلك يتضمن الإيجاب والقبول » (٢) .

وصيغة الأمر في مذهب أحمد على قولين : قول يعقد به البيع ، وقول لا يعقد . وجاء في المغنى : « وإن تقدم بلفظ الطلب ، فقال بعتك فقال بعتك ، ففيه روايتان : إحداهما يصح كذلك وهو قول مالك والشافعى ، والثانية لا يصح وهو قول أبى حنيفة لأنه لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع فلم يصح إذا تقدم كلفظ الاستفهام ، ولأنه عقد عرى عن القبول فلم يعقد كما لو لم يطلب . وحكى أبو الخطاب فيما إذا تقدم بلفظ الماضي روايتين أيضا . فإما إن تقدم

(١) هامش الصاوى على شرح الدردير جزء ٣ ص ٣ .

(٢) المذهب للشيرازى جزء أول ص ٢٥٧ . ومع ذلك انظر الوجيز « جزء أول ص ١٢٢ - ص ١٢٣ » : « ولا تكفى العاطاة ، ولا الاستيجاب والإيجاب ، وهو قوله بعتى بدل قوله اشتريت على أصح الوجهين . بخلاف النكاح فإنه لا يجرى مفاوضة » .

بلفظ الاستفهام مثل أن يقول أتبيعني ثوبك بكذا فيقول بعتك ، لم يصح بحال ، نص عليه أحمد وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، لأن ذلك ليس بقبول ولا استدعاء ، (١) .

ولخص الشعراني اختلاف الأئمة في صيغة الأمر فقال : « ومن ذلك قول الأئمة الثلاثة أن البيع ينعقد بلفظ الاستدعاء كبيعني أو اشتري فيقول بعت أو اشتريت ، مع قول أبي حنيفة أنه لا ينعقد أصلا ، فالأول مخفف والثاني مشدد . ووجه الأول حصول الغرض بكون المستدعي بائعا أو مشتريا إذ لا بد من الجواب في المسألتين . ووجه الثاني نسبة المستدعي إلى غش وتدليس في العادة ، فربما فهم الناس منه أنه لو لم يكن في ذلك المبيع عيب لما كان يسأل غيره في أخذه بل كان يصبر إلى أن يطلبه غيره منه كما هو مشهور في الأسواق . ويصح حمل الأول على حال الأكابر من أهل العلم والدين الذين يرون الحظ الأوفر لإخوانهم ، وحمل الثاني على من كان بالضد من ذلك كما يعرف الناس ذلك من بعضهم بعضا بالتجربة أو القرائن ، فرجع الأمر إلى مرتبة الميزان » (٢) .

وجاء في النيل : « ولو قال بع لي هذا الشيء بكذا فقال بعت لك بكذا ، ألزمه على الراجح » (٣) .

وجاء في المنتزع المختار : « فلو قال بع مني هذا بكذا فقال بعت ، ينعقد » (٤) .

ويتبين مما تقدم أن صيغة الأمر ينعقد بها العقد عند الأئمة جميعا ، فيما عدا أبا حنيفة . وصيغة الماضي ينعقد بها العقد عند الجميع بلا خلاف . وصيغة المضارع يجب اقترانها بالنية لانعقاد العقد . ولا ينعقد العقد بصيغة الاستفهام

(١) المقتنى جزء ٤ ص ٢ - ص ٤ .

(٢) الميزان الكيرى للشعراني جزء ٢ ص ٧٢ - ص ٧٣ .

(٣) النيل جزء ٢ ص ١٠ .

(٤) المنتزع المختار جزء ٣ ص ٢ .

ولا بصيغة الاستقبال . هذه هي خلاصة الفقه الإسلامى فى هذه المسألة ، وبها أخذ التقنين المدنى العراقى فى المادة ٧٧ إذ تجرى على الوجه الآتى :

- ١ - « الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد . وأى لفظ صدر أولاً فهو إيجاب ، والثانى قبول » .
- ٢ - « ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضى ، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال » .

المطلب الثانى

التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ

المظاهر الخارجية الأخرى غير اللفظ للتعبير عن الإرادة قد تكون :

- (١) الرسالة والكتابة . (٢) الإشارة . (٣) التعاطى .
 - (٤) أى موقف آخر يدل على الرضاء .
 - (٥) السكوت وهو موقف سلبى محض .
- فنتعرض كلا من هذه المظاهر :

(١) الرسالة والكتابة :

صورة الرسالة هى أن يرسل العاقد للعاقد الآخر الغائب رسولا يبلغه الإيجاب شفاهاً باللفظ ، وصورة الكتابة هى أن يكتب العاقد للعاقد الآخر كتاباً بإيجابه . ففي الحالتين التعاقد ما بين غائبين ويوجد وسيط بينهما . رسول يبلغ الإيجاب شفاهاً فى الرسالة ، أو كتاب يحمل الإيجاب مكتوباً فى الكتابة . ويلاحظ أن كلا من الرسالة والكتابة هنا مقصود بها التعبير عن الإرادة ذاتها لا مجرد إثباتها .

والأصل فى الفقه الإسلامى أن الإيجاب والقبول لابد من اقتران أحدهما بالآخر فى مجلس واحد كما سيأتى . فإذا أوجب أحد العاقلين فى غياب العاقد

الآخر لم يتوقف الشطر حتى لو بلغ الآخر فقبل . ولكن وصول الإيجاب إلى مجلس القابل عن طريق الرسالة أو الكتابة هو نقل الإيجاب ماديا إلى مجلس القبول ، فيكون اقتران القبول بالإيجاب قد وقع في مجلس واحد .

فإذا أرسل العاقد رسولا يبلغ إيجابه ، فالرسول ليس إلا ناقلا للإيجاب نقلا ماديا إذ هو يقتصر على نقل إرادة العاقد . وفي هذا يختلف عن النائب الذي يعبر عن إرادته لا عن إرادة الأصيل . وإذا نقل الرسول الإيجاب للعاقد الآخر ، وقبل هذا في مجلس أداء الرسالة ، انعقد العقد ، لأن الرسول ناقل فلما قبل العاقد الآخر اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما . أما لو بلغ أحد الإيجاب بغير أمر الموجب فقبل العاقد الآخر ، لم ينعقد العقد لأن المبلغ ليس رسولا بل فضوليا ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . لكن لو أمر الموجب أحدا بتبليغ إيجابه ، فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ ، فكل تبليغ للإيجاب حتى لو كان من غير المأمور يعتبر تبليغا برضاه ، فإن قبل العاقد الآخر في مجلس التبليغ انعقد العقد .

وكالرسالة الكتابة ، لأن الكتاب كالخطاب ، فلو أرسل العاقد إيجابه في كتاب للعاقد الآخر ، وبلغ الكتاب هذا ففهم ما فيه وقال قبلت في مجلس بلوغ الكتاب ، انعقد العقد . ويجوز أن ينعقد العقد بالكتابة من الجانبين ، ويبدو أن الكتابة تختلف عن الرسالة في أن العاقد الآخر إذا لم يجب في أول مجلس لبلوغ الكتاب فالكتاب باق ، بحيث إذا قرئ في مجلس ثان فقبل العاقد الآخر انعقد العقد .

وتتفق الكتابة والرسالة في الأمرين الآتين :

(١) لو استعمل العاقد ، في الكتابة أو الرسالة ، صيغة هي في ذاتها لا تتمحض للحال ، فإن إرسالها في كتاب أو مع رسول يجعلها تتمحض للحال بدلالة الظروف . ذلك أن هناك فرقاً بين الحاضر والغائب فصيغة الأمر للحاضر تكون استيئاما عادة ، أما للغائب بالكتابة أو الرسالة فيراد بها أحد شطري العقد .

(٢) لما كان الإيجاب غير ملزم في أكثر المذاهب ويجوز الرجوع فيه قبل صدور القبول ، فالرجوع في الإيجاب بالكتابة أو بالرسالة جائز كذلك . فيصح رجوع الكاتب أو المرسل عن الإيجاب الذي كتبه أو أرسله قبل بلوغ ذلك للعاقدة الآخر وقبوله ، سواء علم العاقد الآخر بالرجوع أو لم يعلم ، حتى لو قبل بعد ذلك لا ينعقد العقد . وهذا بخلاف الوكيل ، فلو وكل شخص آخر بالبيع ، ثم عزل الوكيل قبل البيع ، فباع الوكيل دون أن يعلم بالعزل ، فإن البيع ينعقد . وفي هذا المعنى يقول الكاساني : « ولو كتب شطر العقد ثم رجع ، صح رجوعه لأن الكتاب لا يكون فوق الخطاب ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صح رجوعه ، فههنا أولى . كذا لو أرسل رسولا ثم رجع ، لأن الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة ، وذا محتمل للرجوع فههنا أولى . وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به ، بخلاف ما إذا وكل إنسانا ثم عزله بغير علمه لا يصح عزله ، لأن الرسول يحكى كلام المرسل وينقله إلى المرسل إليه ، فكان سفيراً ومعبراً محضاً ، فلم يشترط علم الرسول بذلك ، أما الوكيل فإنما يتصرف عن تفويض الموكل إليه ، فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التغير ، (١) .

هذا هو مجمل أحكام الرسالة والكتابة في الفقه الإسلامي . وننقل الآن بعض النصوص التي تورد هذه الأحكام في المذاهب المختلفة .

المذهب الحنفي :

جاء في البدائع : « إذا أوجب أحدهما البيع والآخر غائب ، فبلغه فقبل لا ينعقد ، بأن قال بعث عبدي هذا من فلان الغائب بكذا فبلغه فقبل . ولو قبل عنه قابل ينعقد . والأصل في هذا أن أحد الشطرين من أحد العاقدين في باب البيع يتوقف على الآخر في المجلس ، ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالإجماع ، إلا إذا كان عنه قابل ، أو كان بالرسالة أو الكتابة . أما الرسالة فهي أن يرسل رسولا إلى رجل ، ويقول للرسول إنني بعث عبدي

بكذا ، فذهب الرسول وبلغ الرسالة ، فقال المشتري في مجلسه ذلك قبلت ، انعقد البيع ، لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه فكأنه حضر بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر في المجلس . وأما الكتابة فهي أن يكتب الرجل إلى رجل أما بعد فقد بعث عبدى فلانا منك بكذا ، فبلغه الكتاب فقال في مجلسه اشتريت ، لأن خطاب الغائب كتابه فكأنما حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر في المجلس (١) .

وجاء في فتح القدير : « فصورة الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعث عبدى منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس ، انعقد . والرسالة أن يقول اذهب إلى فلان وقل له إن فلانا باع عبده فلانا منك بكذا ، فجاء فأخبره فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول ، وكذا إذا قال بعث عبدى فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فأخبره ، فذهب فأخبره فقبل . وهذا لأن الرسول ناقل ، فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما . فلو بلغه بغير أمره فقبل ، لم يجوز لأنه ليس رسولاً فضولياً ، ولو كان قال بلغه يا فلان ، فبلغه غيره فقبل ، جاز . ولو كان المكتوب بعينه بكذا ، فكتب بعثتك ، لا يتم ما لم يقل الأول قبلت . وأما ما ذكر في المبسوط لو كتب إليه بعنى بكذا فقال بعته يتم البيع ، فليس مراد محمد هنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي انعقد به البيع . وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب ، فبعض من الحاضر يكون استيئاما عادة ، وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شرطى العقد . هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذي كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله ، سواء علم الآخر أو لم يعلم ، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع ، بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل ، فإنه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فيبيعه نافذ (٢) .

(١) البدائع جزء ٥ ص ١٢٨ .

(٢) فتح القدير جزء ٥ ص ٧٩ - وانظر الزيلعي ٤ ص ٤ : « والارسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس ادائهما » وعلق الشلبى : قوله حتى يعتبر مجلس ادائهما أى ويصح رجوعه عن ذلك بعد ما كتب وبعد ما أرسل قبل قبول الآخر ، سواء علم الرسول أو لم يعلم ، بخلاف ما اذا عزل الوكيل بغير علمه فإنه لا ينزل .

وجاء في الدر : « ولو قال بعته فبلغه يافلان فبلغه غيره جاز فليحفظ . ولا يتوقف شطر العقد فيه أى البيع على قبول غائب ، فلو قال بعث فلانا الغائب ، فبلغه فقبل ، لم ينقد اتفاقاً إلا إذا كان بكتابة أو رسالة ، فيعتبر مجلس بلوغها . » وقال ابن عابدين فى حاشيته تعليقاً على ما تقدم : « . . وجه الجواز ما نقل عن المحيط أنه حين قال بلغه فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ برضاه ، فإن قبل صح البيع . . صورة الكتابة أن يكتب أما بعد فقد بعث عبدى فلانا منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب قال فى مجلسه ذلك اشتريت ، تم البيع بينهما . وصورة الإرسال أن يرسل رسولا ، فيقول البائع بعث هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يافلان وقل له ، فذهب الرسول فأخبره بما قال ، فقبل المشتري فى مجلسه ذلك . . قلت ويكون بالكتابة من الجانبين ، فإذا كتب اشتريت عبدك فلانا بكذا ، فكتب إليه البائع قد بعث ، فهذا بيع كما فى التارخانية . قوله : فيعتبر مجلس بلوغها . أى بلوغ الرسالة أو الكتابة . قال فى الهداية والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال ، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتابة وأداء الرسالة هـ . وفى غاية البيان وقال شمس الأئمة الرضى فى كتاب النكاح من مبسوطه : كما ينقصد النكاح بالكتابة ينقصد البيع وسائر التصرفات بالكتاب أيضا . وذكر شيخ الإسلام جواهر زادة فى مبسوطه . الكتاب والخطاب سواء إلا فى فصل واحد ، وهو أنه لو كان حاضرأ مخاطبها بالنكاح فلم تجب فى مجلس الخطاب ثم أجابت فى مجلس آخر فإن النكاح لا يصح ، وفى الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه فى المجلس الذى قرأت الكتاب فيه ، ثم زوجت نفسها فى مجلس آخر بين يدى الشهود وقد سمعوا كلامها وما فى الكتاب ، يصح النكاح لأن الغائب إنما صار خاطباً لها بالكتاب ، والكتاب باق فى المجلس الثانى فصار بقاء الكتاب فى مجلسه وقد سمع للشهود ما فيه فى المجلس الثانى بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر فى مجلس آخر . فأما إذا كان حاضرأ فإنما صار خاطباً لها بالكلام وما وجد من الكلام لا يبنى إلى المجلس الثانى ، وإنما سمع الشهود فى المجلس الثانى أحد شطرى

العقد اه . . وظاهره أن البيع كذلك وهو خلاف ظاهر الهداية فتأمل، (١).

مذهب مالك :

جاء في الشرح الكبير للدردير . « بما . . يدل على الرضا — من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما ، . وعلق الدسوقي في حاشيته بما يأتي . « قوله . . بما يدل — أي عرفا سواء دل على الرضا لغة أيضاً أولاً ، كبعت واشتريت وغيره من الأقوال . كالكتابة والإشارة والمعاطاة . قوله : منهما أو من أحدهما — راجع للقول وما بعده ، أي من قول من الجانبين ، أو كتابة منهما ، أو قول من أحدهما وكتابة من الآخر ، أو إشارة منهما ، أو من جانب وقول أو كتابة من الآخر . »

وجاء في الشرح الصغير للدردير : « وما دل على الرضا — من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما ، . وعلق الصاوي : « قوله : وما دل على الرضا — أي عرفا سواء دل عليه لغة أيضاً أولاً ، فالأول كبعت واشتريت وغيره من الأقوال والثاني كالإشارة والمعاطاة . قوله : أو أحدهما — راجع للقول الإشارة والكتابة . »

المذاهب الأخرى :

وجاء في المذهب : « وإن كتب رجل إلى رجل يبيع سلعة ففقه وجهان . أحدهما ينعقد البيع لأنه موضع ضرورة . والثاني لا ينعقد وهو الصحيح لأنه قادر على النطق فلا ينعقد البيع بخيره ، وقول القائل الأول أنه موضع ضرورة لا يصح لأنه يمكن أن يوكل من يبيعه بالقول (٢) ، . وظاهر أن القول المرجوح في مذهب الشافعي هو القول الذي يتفق مع مقتضيات التعامل ومع مذاهب الأئمة الآخرين . »

(١) ابن عابدين ٤ ص ١٤ — ص ١٥ .

(٢) المذهب ١ ص ٢٥٧ .

وجاء في النيل : « ينعقد من بائع بالفاظ تدل عليه .. أو بإشارة أو كتابة من آخرس ومنوع من كلام . ونحو ذلك مما يدل على رضا ^(١) » . ويتبين من ذلك أن الكتابة لا تنصح إلا من الآخرس والمنوع من الكلام ، وفي هذا تضيق لا يقول به سائر الأئمة كما رأينا .

(٢) الإشارة :

انعقاد العقد بالإشارة لم يجد في الفقه الإسلامى المكان الرحب الذى اتسع لانعقاد العقد بالرسالة والكتابة . فعند الحنفية إذا كان العاقد قادراً على الكلام فإن الإشارة لا تغنى عن العبارة ، وإذا كان النطق ليس بشرط فى انعقاد العقد فيجوز للآخرس أن يتعاقد بإشارته المفهومة ، فإن التعاقد بالإشارة لا يقبل إلا منه ، سواء كان خرسه أصلياً منذ الميلاد أو كان عارضاً ودام حتى وقع اليأس من كلامه . وقد جاء فى البدائع ^(٢) فى هذا الصدد ما يأتى : « وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفادهما وصحتهما ، فيجوز بيع الآخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة فى ذلك ، لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة فى ذلك قامت الإشارة مقام عبارته . هذا إذا كان الخرّس أصلياً بأن ولد آخرس ، فإذا كان عارضاً بأن طرأ عليه الخرّس فلا إلا إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة مفهومة فيلحق بالخرّس الأصلي . » ويجوز للآخرس أن يتعاقد أيضاً بالكتابة ، بل هو أولى فى ذلك من غير الآخرس لمكان الضرورة . ولكن قدرة الآخرس على الكتابة لا تمنع من جواز تعاقدته بالإشارة . بخلاف غير الآخرس فلا يجوز تعاقدته بالإشارة إلا لضرورة . ويقول فى ذلك ابن نجيم فى الأشياء والنظائر ^(٣) ما يأتى : « كتابة الآخرس كإشارته . واختلفوا فى أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالإشارة

(١) النيل ٢ ص ١٠ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٣٥ .

(٣) الأشياء والنظائر ص ١٨٨ .

أولا ، والمعتمد لا ، ولذا ذكره في الكنز بأو . ولا بد في إشارة الآخرس من أن تكون معهودة ، وإلا لا تعتبر . وفي فتح القدير من الطلاق ولا يخفى أن المراد بالإشارة التي يقع بها طلاقه الإشارة المقرونة بتصويت منه ، لأن العادة منه ذلك ، فكانت بيانا لما أجمله الآخرس . انتهى . وأما إشارة غير الآخرس ، فإن كان معتقل اللسان ففيه اختلاف ، والفتوى على أنه إن دامت العقل إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه ، ومنهم من قدر الامتداد بسنة وهو ضعيف . وإن لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر إشارته . وجاء في ابن عابدين ^(١) : « ظاهر قوله من لفظين إنه لا ينعقد بالإشارة بالرأس ، ويدل عليه ما في الحاوي الزاهدي في فصل البيع الموقوف . فضولى باع مال غيره فبإخفه فسكت متأملا ، فقال ثالث هل أذنت لى فى الأجازة فقال نعم ، فأجازه ينفذ . ولو حرك رأسه بنعم ، فلا ، لأن تحريك الرأس فى حق الناطق لا يعتبر اه . »

وظاهر أن المذاهب التي لا تجيز الكتابة فى انعقاد العقد ، كذهب الشافعى ، لا تجيز من باب أولى الإشارة من غير الآخرس . وهذا هو أيضا مذهب الزيدية . جاء فى المنتزع المختار ^(٢) . « والبيع والشراء أيضا يصحان من المصمت ، وهو الذى اعتقل لسانه من الكلام لمرض أو غيره بعد أن كان يتكلم ، ويصحان من الآخرس ، وهو الذى يجمع بين الصمم والعمية ، والأعجم الذى يسمع ولا يتكلم ، فتصح عقودهم كلها بالإشارة التى يفهم بها مراده . فأما الإشارة من الصحيح فلا حكم لها . »

ومذهب مالك هو أوسع المذاهب جميعا فى هذه المسألة ، وهو الذى يساير مقتضيات التعامل ، ومن ثم وجب الأخذ به . فهو يجيز التعاقد بالإشارة ولو من غير الآخرس . وقد نقلنا عن الدسوقي فى حاشيته على الشرح الكبير ^(٣) وعن الصاوى على الشرح الصغير ^(٤) أن العقد ينعقد بما يدل على الرضا عرفا ،

(١) ابن عابدين ٤ ص ١٣ .

(٢) المنتزع المختار ٩٣ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ ص ٢ .

(٤) الصاوى على الشرح الصغير ٢ ص ٣ .

سواء دل عليه لغة أو لم يدل ، كالقول والكتابة والإشارة والمعاطاة . ولم تنقيد الإشارة بان تكون من الآخرس ، فإشارة غير الآخرس معتبرة . وجاء في شرح الخطاب ^(١) : « وعلم أيضا أنه ينعقد بكل قول يدل على الرضا ، وبالإشارة الدالة على ذلك وهي أولى بالجواز من المعاطاة لأنها يطلق عليها أنها كلام ، قال الله تعالى : آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا ، والرمز الإشارة .. وغير الآخرس كالآخرس قاله أبو الحسن في شرح مسألة المدونة المذكورة ونصه : وكذا غير الآخرس إذا فهم عنه بالإشارة وإنما ذكر الآخرس لأنه لا يتأتى منه غيرها انتهى . وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود » .

(٣) التعاطى أو المعاطاة :

التعاقد بالتعاطى أو بالمعاطاة هو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى . وقد اختلفت المذاهب فى جواز ذلك . فالشافعى لا يجيز التعاقد إلا باللفظ عند الإمكان كما علمنا ، فلا يجيز التعاقد بالتعاطى . وعلى النقيض من ذلك الفقه المالكى ، فإنه يجيز التعاقد بالتعاطى ولو من جانب واحد ، ولكن العقد لا يلزم إلا بالمعاطاة من الجانبين . وفى المذهبين الحنفى والحنبلى التعاقد بالتعاطى جائز على تفصيل سنذكره فيما يلى . ونستعرض الآن هذه المذاهب المختلفة .

المذهب الحنفى :

يمكن القول إن التعاقد بالتعاطى احتل مكانه فى المذهب الحنفى تدرجا لاطفرة . فقد كان يصح فى الخسيس دون النفيس ، ثم أصبح يصح فى الخسيس والنفيس معا . وقد كان قبض البدلين جميعا شرطا فى تمام العقد ، ثم صار قبض أحد البدلين يكفى . ونورد من النصوص ما يدل على ذلك .

أما عن الخسيس والنفيس ، فقد جاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٣٤)
 ما يأتي : « وذكر القدوري أن التعاطي يجوز في الأشياء الخسيسة ولا يجوز
 في الأشياء النفيسة . ورواية الجواز في الأصل مطلق عن هذا التفصيل وهي
 الصحيحة . لأن البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة ، وهي مبادلة شيء مرغوب
 بشيء مرغوب ، وحقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء ، وإنما قول
 البيع والشراء دليل عليهما . والدليل عليه قوله عز وجل إلا أن تكون تجارة
 عن تراض منكم ، والتجارة عبارة عن جعل الشيء للغير ببدل وهو تفسير
 التعاطي .. وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء ، فهذا
 يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً ، فكان التعاطي في كل ذلك بيعاً ،
 فكان جائزاً . وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٧) ما يأتي : « ... ولهذا
 ينعقد .. بالتعاطي في النفيس والخسيس . قيل النفيس نصاب السرقة فصاعداً
 والخسيس مادونه ، وقوله — هو الصحيح — من قول الكرخي أنه إنما
 ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط ، وأراد بالخسيس الأشياء المحترقة كالبلقل
 والرغيف والبيض والجوز استحساناً للعادة . قال أبو معاذ رأيت سفيان
 الثوري جاء إلى صاحب الرمان فوضع عنده فلساً وأخذ رمانة ولم يتكلم
 ومضى . وجه الصحيح أن المعنى وهو دلالة على التراضي يشمل الكل وهو
 الصحيح فلامعني للتفصيل ، وفي الإيضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الأصل في
 هو اضع . وجاء في الفتاوى الخانية (انظر هامش الفتاوى الهندية جزء ٢ ص ١٢٧)
 ما يأتي : وقد يكون البيع بالأخذ والعطاء من غير لفظ البيع ، ويسمى هذا
 البيع بيع التعاطي . واختلف المشايخ رحمهم الله فيه . قال بعضهم هذا البيع
 يختص بالأشياء الخسيسة كالبلقل واللحم والخبز والخطب . وقال بعضهم ينعقد
 في الكل ، وإليه أشار في الجامع الصغير في الوكالة . »

وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٩) : وقد يكون البيع بالأخذ
 والإعطاء من غير لفظ ويسمى هذا البيع بيع التعاطي ، كذا في فتاوى
 قاضيخان . ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيساً أو نفيساً وهو الصحيح ،

هكذا في التبيين . وجاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ٤) : « قال رحمه الله — وبتعاط — أى يلزم بالتعاطى أيضا ، ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيسا أو نفيسا . وزعم الكرخى أنه ينعقد به فى شىء خسيس لجريان العادة ولا ينعقد فى النفيس لعدمها . والصحيح الاول ، لأن جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ ، وقد وجد التراضى من الجانبين ، فوجب أن يجوز . » وجاء فى ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٦) . « قوله — فى خسيس ونفيس — النفيس ما كثر ثمنه كالعبد والخسيس ما قل ثمنه كالخبز ، ومنهم من حد النفيس بنصاب السرفة فأكثر والخسيس بما دونه ، والإطلاق هو المعتمد عن البحر . قلت ليس فى البحر قوله : والإطلاق هو المعتمد . نعم ذكره فى شمول التعاطى للخسيس والنفيس فقال وهو الصحيح المعتمد . قوله — خلافا للكرخى — فإنه قال لا ينعقد إلا فى الخسيس . . وما فى الحاوى القدسى من أن هذا هو المشهور فهو خلاف المشهور كما فى البحر . »

وأما عن أن قبض البدلين جميعا ليس بشرط وأن قبض أحد البدلين يكفى ، فقد جاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٧) : « واختلف فى أن قبض البدلين شرط فى بيع التعاطى أو أحدهما كاف ، والصحيح الثانى . ونص محمد رحمه الله على أن يبيع التعاطى يشترط بقبض أحد البدلين ، وهذا ينتظم الثمن والمبيع ، ونصه فى الجامع على أن تسليم المبيع يكفى لا ينفى الآخر . » وجاء فى شرح العناية للباقرى (أنظر فتح القدير جزء ٥ ص ٧٧) : « ثم إن محمدا رحمه الله أشار فى الجامع الصغير إلى أن تسليم المبيع يكفى فى تحققه . » وجاء فى الفتاوى الخانية (أنظر هامش الفتاوى الهندية جزء ٢ ص ١٢٧) : « وقال القاضى الإمام أبو الحسن على السعدى رحمه الله تعالى هذا البيع لا يكون إلا بقبض البدلين جميعا ، وقال بعضهم قبض أحدهما يكفى . » وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٨) : « والشرط فى بيع التعاطى الإعطاء من الجانبين عند شمس الأئمة الحلوانى ، كذا فى الكفاية وعليه أكثر المشايخ ، وفى البزازية هو المختار كذا فى البحر الرائق . والصحيح أن قبض أحدهما كاف لنص محمد رحمه الله على أن يبيع التعاطى يشترط بقبض أحد البدلين ، وهذا ينتظم الثمن والمبيع ، كذا فى النهر الفائق . »

وجاء في الفتاوى البرازية (أنظر هامش الفتاوى الهندية جزء ٤ ص ٣٦٨ - ص ٣٧٠) : « وأفتى الإمام الحلواني بأن التعاطي من أحد الجانبين لا يكون بيعا مطلقا مع بيان الثمن ، بل لابد في المختار من الجانبين . والكرمانى على أن تسليم المبيع على وجه البيع والتملك مع بيان الثمن بيع ، وتأويله إذا قبض المبيع لا الثمن ، أما إذا دفع الثمن ولم يقبض المبيع لا يجوز لأن المبيع أصل إلا إذا كان بيع مقايضة . وجاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ٤) : « ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي ، قيل يتم بالدفع من الجانبين ، وأشار محمد أنه يكفي بتسليم المبيع . وجاء في الدر المختار (أنظر ابن عابدين جزء ٤ ص ١٦ - ص ١٧) . « وقيل لابد في التعاطي من الإعطاء من الجانبين ، وعليه الأكثر . قاله الطرسوسى واختاره البرازى ، وأفتى به الحلواني ، واكتفى السكرمانى بتسليم المبيع مع بيان الثمن فتحرر ثلاثة أقوال ، وقد علمت المفتى به . وجاء في ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٦ - ص ١٧) ، توضيحا لما تقدم في الدر المختار ، ما يأتي : « قوله - ولو التعاطي من أحد الجانبين - صورته أن يتفقا على الثمن ثم يأخذ المشتري المتاع ويذهب برضا صاحبه من غير دفع الثمن ، أو يدفع المشتري الثمن للبائع ثم يذهب من غير تسليم المبيع ، فإن البيع لازم على الصحيح ، حتى لو امتنع أحدهما بعده أجبره القاضى . . قوله : فتحرر ثلاثة أقوال - هذا الاختلاف نشأ من كلام الإمام محمد ، فإنه ذكر بيع التعاطي في مواضع ، فصوره في موضع بالإعطاء من الجانبين ففهم منه البعض أنه شرط ، وصوره في موضع بالإعطاء من أحدهما ففهم البعض أنه يكفي به ، وصوره في موضع بتسليم المبيع ففهم البعض أن تسليم الثمن لا يكفي . »

على أنه إذا كان قبض أحد البديلين كافيا في التعاقد بالتعاطي ، فلا بد في جميع الأحوال من أن يكون كل من البديلين معلوما . ففي البيع مثلا يجب أن يكون كل من المبيع والثمن معلوما للمتبايعين ، وهذا فيما يكون ثمنه غير معروف في الأسواق . فإن كان الثمن معروفا في سوق البلدة ، وكان المشتري من أهلها ،

قامت هذه الظروف قرينة على علمه بالثمن . وقد جاء في هذا الصدد في فتح
 القدير (جزء ٥ ص ٨٧) : « ومنها قول الدلال للبراز هذا الثوب بدرهم ،
 فقال ضعه . وفي أجناس الناطق لوقال بكم تباع قفيز حنطة ، فقال بدرهم ،
 فقال اعزله ، فعزله فهو بيع . وكذا لو قال للقصاب مثله ، فوزنه وهو ساكت ،
 فهو بيع ، حتى لو امتنع القصاب من دفع اللحم ، أجبرهما التقاضى . وكذا إذا
 قال زن لى ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرتال بدرهم فوزن ، بخلاف
 ما لو قال زن لى ثلاثة أرتال فوزنها ، له الخيار لأنه ليس بمعلوم ، بخلاف
 ما لو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ . وكذا قوله لمن جاء بوقر بطيخ فيه
 الكبار والصغار بكم عشرة من هذه ، فقال بدرهم ، فعزل عشرة واختارها ،
 فذهب بها والبائع ينظر ، أو عزل البائع عشرة فقبلها المشتري ، تم البيع » .
 وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٩) : « ... يشترط بيان الثمن لا انعقاد
 هذا البيع بتسليم المبيع ... وهذا فيما ثمنه غير معلوم . وأما الخبز واللحم
 فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن ، كذا في البحر الرائق .. في المجرى عن أبي حنيفة
 رحمه الله تعالى إذا قال للحام كيف تباع اللحم ، قال كل ثلاثة أرتال بدرهم ،
 قال قد أخذت منك زن إلى ، ثم بدا للحام ألا يزن ، فله ذلك ، وإن وزن
 فقبل قبض المشتري كان لكل واحد منهما الرجوع ، فإن قبضه المشتري
 أو جعله البائع في وعاء المشتري بأمره ، تم البيع وعليه درهم . وفي نوادر
 ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى إذا قال لقصاب زن لى ما عندك من اللحم ،
 أو قال زن لى من هذا الجنب أو قال من هذه الرجل على حساب ثلاثة أرتال
 بدرهم ، فوزن ، فلا خيار له ، كذا في المحيط .. دفع إلى بائع الحنطة خمسة
 دنانير ليأخذ منه حنطة . وقال له بكم تباعها ، فقال مائة بدينار ، فسكت المشتري
 ثم طلب منه الحنطة ليأخذها ، فقال البائع غدا أدفع إليك ، ولم يجر بينهما
 بيع ، وذهب المشتري ، فجاء غدا ليأخذ الحنطة وقد تغير السعر ، فليس للبائع
 أن يمنعها منه بل عليه أن يدفعها بالسعر الأول ، كذا في القنية .. قال لقصاب
 كم من هذا اللحم بدرهم ، فقال ، منوين ، قال زن ، فأعطى درهما ، فأخذه ،

جائز ولا يعيد الوزن ، وإن وزنه فوجده أنقص رجع بقدره من الدرهم لامن اللحم لأن الانعقاد بقدر المبيع المعطى ، كذا فى الوجيز للكردى . رجل أتى قصابا كل يوم بدرهم ، والقصاب يقطع اللحم له ويزنه ، وصاحب الدراهم يظن أنه من ، وثمن اللحم فى البلد هكذا ، ثم وزن المشتري فى البيت يوما فوجد اللحم ثلاثين أستارا ، يرجع على القصاب بما يخص قدر النقصان من الدراهم ، ولا يرجع بقدر النقصان من اللحم . هذا إذا كان الرجل من أهل البلدة التى وقع فيها البيع . أما إذا لم يكن من أهل هذه البلدة بأن كان غريبا ، وقد اصطلاح أهل البلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك على وجه لا يتفاوت ، فقال هذا الغريب لحباز أو قصاب أعطنى بدرهم خبزا وأعطنى لحما بدرهم ، فأعطاه أقل مما شاع ، ولم يعلم المشتري بذلك ثم علم ، ففى الخبز له أن يرجع كما إذا كان من أهل هذه البلد ، وفى اللحم ليس له أن يرجع ، لأن الاصطلاح والتسعير فى الخبز متعارف فظهر فى حق الكل ، وفى اللحم من الغرائب فلا يظهر فى حق غير أهل البلدة ، كذا فى الظهيرية . فى مجموع النوازل رجل له على آخر دين وطالبه ، فجاء المطلوب بشعير قدرا معلوما وقال للطالب خذه بسعر البلد ، قال إن كان سعر البلد معلوما وهما يعلمان ذلك كان بيعا تاما ، أما إذا لم يكن سعر البلد معلوما أو كان معلوما إلا أنهما لا يعلمان ذلك لا يكون بيعا ، كذا فى المحيط . وجاء فى الفتاوى البزائية (انظر الفتاوى الهندية جزء ٤ ص ٣٦٨ - ص ٣٧٠) : . . . وكذا إذا قال المشتري كله بدرهم فكاله ولم يقل شيئا . قال بكم عشر من هذه البطاطينخ ، فقال البائع بدرهم ، فأفرز عشرة وأعطى درهما وأخذه ، تم البيع . وكذا الرمان وإن كان متفاوتا . . . وفى الخبز واللحم يبيع بلا بيان الثمن ، وفيما سواهما كالصابون ونحوه لا . . . اتفق أهل بلدة على سعر اللحم والخبز وشاع على وجه لا يتفاوت ، فأعطى رجل ثمننا واشتراه ، فأعطى أقل من المتعارف ، إن من أهل البلدة يرجع بالنقصان فبهما من الثمن ، وإن من غير أهلها يرجع فى الخبز لأن التسعير فيه متعارف . . .

دفع الصابون إلى بقال للبيع بلا ذكر الثمن ، أو أخذه منه بجهة الشراء بلا ذكر الثمن ، لا يجعل بيعا . والحاصل أن فيما سوى الخبز واللحم لا بد من بيان الثمن حتى يكون بيعا بالتعاطى . له عليه عشرة طلبها منه ، فأعطاه ألف من الخنطة ولم يذكر بيعا ولا مقاصة بالدين ، يكون بيعا ، وإن كانت لا تنفي بالدين إن كان السعر معلوما فبيع بقدر قيمتها ، وإلا فلا بيع وجاء أن الثوري جاء إلى فكهاني ووضع عنده فلسا وأخذ رمانة ومضى ولم يتكلم ، وبه أخذ الفقيه ، لكن إنما يجوز هذا عند ظهور السعر ، فأما ما جرى فيه النزاع فلا ، حتى يكون تجارة عن تراض وجاء في ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٦ — ص ١٧) وهذا فيما ثمنه غير معلوم ، أما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن ، ذكره في البحر . والمراد في صورة دفع الثمن فقط أن المبيع موجود معلوم ، لكن المشتري دفع ثمنه ولم يقبضه ط . وفي القنية دفع إلى بائع الخنطة خمسة دنانير ليأخذ منه خنطة ، وقال له بكم تبيعها ، فقال مائة بدينار ، فسكت المشتري ثم طلب منه الخنطة ليأخذها ، فقال البائع غدا أدفع لك ، ولم يجر بينهما بيع ، وذهب المشتري فجاء غدا ليأخذ الخنطة وقد تغير السعر ، فعلى البائع أن يدفعها بالسعر الأول . قال رضي الله عنه وفي هذه الواقعة أربع مسائل ، إحداها الانعقاد بالتعاطى ، الثانية الانعقاد في الخسيس والنفيس وهو الصحيح ، الثالثة الانعقاد به من جانب واحد ، الرابعة كما ينعقد بإعطاء المبيع ينعقد بإعطاء الثمن اهـ . قلت وفيها مسألة خامسة أنه ينعقد به ولو تأخرت معرفة المثل لكون دفع الثمن قبل معرفته بحر طالب مديونه فبعث إليه شعيرا قدرا معلوما ، وقال خذه بسعر البلد ، والسعر لها معلوم ، كان بيعا وإن لم يعلمها فلا . .

والتعاطى ، ولو من جانب واحد ، فعل يتضمن الدلالة على الرضا . ومن ثم يؤخذ بهذه الدلالة إلا إذا عارضها الظاهر . فلو صرح أحد الطرفين بأنه يرفض التعاقد ، فإن دلالة الرضا المستفادة من التعاطى تنفي ، ولا يتم العقد . والرفض الصريح ينفي الرضا الضمني المستخلص من التعاطى ، حتى لو كان هذا

الرفض الصريح يجوز حمله على غير ظاهره ، بأن يحمل على تظاهر المتعاقد بالرفض لتطبيب قلب المتعاقد الآخر وجعله يعتقد أن الصفقة لمصلحته . وهذا لأن الأصل في الفقه الإسلامي هو تقديم اللفظ على غيره إذ هو أدل على الإرادة الظاهرة . وقد جاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٩) في هذا المعنى ما يأتي : « دفع إليه دراهم ليشتري منه البطاطيخ المعينة ، فأخذها ويقول لا أعطيها بها ، وأخذ المشتري منه البطاطيخ فلم يستردها ، ويعلم عادة السوق أن البائع إذا لم يرض يرد الثمن أو يسترد المتاع ، وإلا يكون راضيا ويصبح خلفه لا أعطيها تطيبنا لقلب المشتري ، فقال مع هذا لا يصح البيع ، كذا في القنية » . وجاء في الدر المختار (انظر ابن عابدين ٤ ص ١٦ — ص ١٧) : « فلو دفع الدراهم وأخذ البطاطيخ ، والبائع يقول لا أعطيها بها ، لم ينعقد . وعلق ابن عابدين في حاشيته على هذا القول بما يأتي (ابن عابدين ٤ ص ١٦ — ص ١٧) : قوله — لم ينعقد — أي وإن كان يعلم عادة السوق أن البائع إذا لم يرض يرد الثمن أو يسترد المتاع ، وإلا يكون راضيا به ويصبح خلفه لا أعطيها تطيبنا لقلب المشتري ، فإنه مع هذا لا يصح البيع » قنية » .

وحتى ينعقد العقد بالتعاطي لما يتضمن من الدلالة على الرضا ، يجب أن تصرف هذه الدلالة إلى رضاه صحيح . أما إذا كان التعاطي مجرد تنفيذ لعقد سابق ، وكان هذا العقد السابق باطلا أو فاسدا ، انعدمت الدلالة المستفادة من التعاطي ، وبقي العقد على حاله باطلا أو فاسدا بعد التنفيذ ، كما كان قبل التنفيذ . جاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٨) : « اشترى وسائد وطنافس لم تنسج ولم يذكر الأجل ، لا يصح ، ولو نسج الوسائد وسلمها لا يصح . والتعاطي إنما يكون بيعا إن لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل ، وأما إذا كان بناء عليه فلا ، كذا في الوجيز للكردي » . وجاء في الدر المختار (انظر ابن عابدين ٤ ص ١٦ — ص ١٧) : « كما لو كان بعد عقد فاسد ، خلاصة وبزازية وصرح في البحر بأن الإيجاب والقبول بعد عقد فاسد لا ينعقد بهما البيع قبل متاركة الفاسد ، ففي بيع التعاطي بالأولى ، وعليه فيحمل ما في الخلاصة وغيرها على ذلك ، وتماه في الأشباه من الفوائد إذا بطل المتضمن بطل المتضمن .

والمبنى على فاسد فاسد . وجاء في ابن عابدين (٤ ص ١٦ — ص ١٧) تعليقا على هذا القول ما يأتي : « قوله — كما لو كان — أى البيع بالتعاطى بعد عقد فاسد . وعبرة الخلاصة اشترى رجل من وسائدى وسائد ووجوه الطنافس وهى غير منسوجة بعد ، ولم يضر باله أجلا ، لم يجز ، فلو نسج الوسائد ووجوه الطنافس وسلم إلى المشتري لا يصير هذا بيعا بالتعاطى ، لأنهما يسلمان بحكم ذلك البيع السابق وأنه وقع باطلا هـ . وعبرة البزازية : والتعاطى إنما يكون بيعا إذا لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل سابق ، أما إذا كان بناء عليه فلا هـ . قوله — لا ينعقد بها البيع قبل متاركة الفاسد — يتفرع عليه ما فى الخانية : لو اشترى ثوبا شراء فاسدا ، ثم لقيه غدا فقال قد بعته ثوبك هذا بألف درهم ، فقال بلى ، فقال قد أخذته ، فهو باطل ، وهذا على ما كان قبله من البيع الفاسد ، فإن كانا تتاركا البيع الفاسد فهو جائز اليوم هـ . قلت لكن فى النهاية والفتح وغيرهما عند قول الهداية : ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم الخ ، البيع بالرقم فاسد لأن فيه زيادة جهالة تمسكت فى صلب العقد ، وهى جهالة الثمن برقم لا يعلمه المشتري فصار بمنزلة القمار ، وعن هذا قال شمس الأئمة الحلوانى وإن علم بالرقم فى المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزا ، ولكن إن كان البائع دائما على الرضا فرضى به المشتري ينعقد بينها عقد بالتراضى هـ ، وعبر فى الفتح بالتعاطى والمراد واحد . وسيأتى أيضا فى باب البيع الفاسد أن بيع الآبق لا يصح ، وأنه لو باعه ثم عاد وسلمه يتم البيع فى رواية ، وظاهر الرواية أنه لا يتم ، قال فى البحر هناك وأولوا الرواية الأولى بأنه ينعقد بيعا بالتعاطى هـ . وظاهر هذا عدم اشتراط متاركة الفاسد ، وقد يجاب ... بحمل الاشتراط على ما إذا كان التعاطى بعد المجلس أما فيه فلا يشترط كإهنا ، والفرق أنه بعد المجلس يتقرر الفساد من كل وجه فلا بد من المتاركة ، أما فى المجلس فلا يتقرر من كل وجه فتحصل المتاركة ضمنا تأمل . ويحتمل وهو الظاهر أن يكون فى المسألة قولان ... هذا وما ذكره عن الحلوانى فى البيع بالرقم يخلافه فى الهندية آخر باب المراجعة ، وذكر أن العلم فى المجلس يجعل

كابتداء العقد ، ويصير كتأخير القبول إلى آخر المجلس ، وبه جزم في الفتح هناك أيضا . قوله — ففي بيع التعاطى بالأولى الخ — مأخوذ من البحر حيث قال ففي بيع التعاطى بالأولى وهو صريح الخلاصة والبرازية أن التعاطى بعد عقد فاسد أو باطل لا ينعقد به البيع لأنه بناء على السابق وهو محمول على ما ذكرناه اهـ . وقوله على ما ذكرناه أى من أن عدم الانعقاد قبل متاركة الأول ، وهو معنى قول الشارح ، فيحمل ما في الخلاصة وغيرها على ذلك . ومراده بما في الخلاصة ما قدمه من قوله كما لو كان بعد عقد فاسد ، ونقلنا عباراتها وعبرة البرازية وليس فيها التنفيذ بما قبل متاركة الأول فقيده الشارح تبعاً للبحر لئلا يخالف كلام غيرها فافهم . . . قوله — إذا بطل المتضمن بالكسر بطل المتضمن بالفتح — فإنه لما بطل البيع الأول بطل ما تضمنه من القبض إذا كان قبل المتاركة .

بقي ، بعدما تقدم ، أن نورد صوراً من بيع التعاطى كما وردت في النصوص . جاء في فتح القدير (٥ ص ٧٧) : « وفي المنتقى له على آخر ألف درهم ، فقال الذى عليه المال للذى له المال أعطيك بمالك دنانير ، فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ، ثم فارقه فجاءه بها فدفعها إليه يريد الذى كان ساوم عليه ، ثم فارقه ولم يستأنف بيعاً ، جاز هذه الساعة . وكذا لو سام رجلاً بشيء وليس معه وعاء ثم فارقه وجاء بالوعاء فأعطاه الثمن وكاله له ، جاز . ومن صورته إذا جاء المودع بأمة غير المودعة ، وقال هذه أمتك والمودع يعلم أنها ليست إياها ، وحلف ، فأخذها ، حل الوطء للمودع وللأمة . وعن أبى يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطاقتى ، فحلف الخياط أنها هى ، وسعه أخذها . وجاء في الفتاوى الهندية (٣ ص ٩) : « ومن بيع التعاطى تسليم المشتري ما اشتراه إلى من يطلبه بالشفعة في موضوع لاشفعة فيه . وكذا تسليم الوكيل بعد ما صار شراؤه لنفسه إلى الموكل إذا قبضه الأمر وأنكر الأمر وقد اشترى له ، كذا في البحر الرائق ناقلاً عن المجتبى . ومن صورته ما إذا جاء المودع بأمة غير المودعة وقال هذه أمتك ، والمودع يعلم أنها ليست هى ، وحلف ، فأخذها ، حل

الوطء للمودع وللأمة بالتمكين . وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطاقتي ، وحلف الخياط أنها هي ، وسععه أخذها ، كذا في البحر الرائق . وكذا القصار إذا رد ثوبا آخر على رب الثوب وكذا الإسكاف ، كذا في الوقعات الحسامية . وجاء في الفتاوى البزازية (انظر الفتاوى الهندية ٤ ص ٢٦٨ - ص ٣٧٠) : « اشترى وقرا بثمانية ، ثم قال ائت بوقر آخر وألقه هنا ، ففعل ، له طلب الثمن اشترى من القصاب لحما بدرهم وزنا وقبضه ، إن كان القصاب ذبح شاته وباع منه يحل للمشتري الأكل قبل الوزن . . . وللاحتياط كان السلف يمسكون الموازين في البيوت ، . وجاء في ابن عابدين (٤ ص ١٦ - ١٧) : « وهو (أى بيع التعاطى) يقتضى الإعطاء من جانب والأخذ من جانب ، لا الإعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسى . أى حيث قال إن حقيقة التعاطى وضع الثمن وأخذ المثل من عن تراض منهما من غير لفظ . وهو يفيد أنه لا بد من الإعطاء من الجانبين لأنه من المعاطاة وهى مفاعلة ا هـ . قلت وقوله من غير لفظ يفيد ما قدمناه عن الفتح من أنه لو قال بعثك بألف . فقبضه المشتري ولم يقل شيئا ، كان قبضه قبولا وليس من بيع التعاطى خلافا لمن جعله منه ، فإن التعاطى ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن . . . الإقالة تنعقد بالتعاطى أيضا من أحد الجانبين على الصحيح ا هـ . وكذا الأجرة كما في العمارة ، وكذا الصرف كما في النهر مستدلا عليه بما في التارخانية ؛ اشترى عبدا بألف درهم على أن المشتري بالخيار ، فأعطاه مائة دينار ، ثم فسخ البيع ، فعلى قول الامام الصرف جائز ويرد الدراهم ، وعلى قول أبي يوسف الصرف باطل ، وهى فائدة حسنة لم أر من نبه عليها ا هـ ومن بيع التعاطى تسليم المشتري ما اشتراه إلى من يطلبه بالشفعة فى موضع لا شفعة فيه . وكذا تسليم الوكيل بالشراء إلى الموكل بعدما أنكر التوكيل . ومنه حكما إذا جاء المودع بأمة غير المودعة ، وحلف ، للمودع وطؤها وكان يبيع بالتعاطى . وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطاقتي ، فخلف الخياط أنها هي ، وسععه أخذها . وينبغى تقييده بما إذا كانت العين للدافع .

ومنه لو ردها بخيار عيب والبائع متيقن أنها ليست له . فأخذها ، ورضى بها كما في الفتح وعلى هذا فلا بد من الرضا في جارية الوديعة والبطانة ، وتماه في البحر ، . وفي الدر المختار « ما يستجره الإنسان من البياع كالزيت والعسل والملح وما شا كل ، إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها ، جاز استحسانا ، . ويمكن أن نستخلص من القواعد التي بسطناها والنصوص التي قدمناها النتيجةين الآتيتين :

(أولاً) إذا أُجيز عقد التعاطى بادی الأمر في الخسيس دون النفيس، واشترط قبض البدلين ، فقد يحمل ذلك على أنه مطاوعة للعرف فيما ألف التعامل فيه بالتعاطى . وأنه نزول عند حكم الواقع بعد قبض البدلين وتام تنفيذ العقد . (ثانياً) واسكن التعاطى اعتبر بعد ذلك ، لأعلى الوجه المتقدم ، بل من طريق ما يتضمن من الدلالة على الرضاء . فالفعل هنا — وهو التعاطى — يعدل القول . ويجوز إذن التعبير عن الإرادة بالفعل كما جاز التعبير عنها باللفظ فيشمل التعاطى الخسيس والنفيس ، ويكفي فيه قبض أحد البدلين ، مادام أنه في الحالين يدل على التراضي . وفي هذا رد فعل ضد الإمعان في اللفظة وتخفيف من أثر تقديم اللفظ على غيره من مظاهر التعبير عن الإرادة . ومن النصوص التي نقلناها فيما تقدم ما يؤكد اعتبار الفقهاء للتعاطى من جهة دلالة على معنى التراضي . من ذلك ما نقلناه عن فتح القدير : « وقوله هو الصحيح احتراز من قول الكرخي إنما ينعقد بالتعاطى في الخسيس فقط . . . وجه الصحيح أن المعنى ، هو الدلالة على التراضي ، يشمل الكل (أي الخسيس والنفيس) وهو الصحيح ، فلا معنى للتفصيل » . ومن ذلك أيضاً ما نقلناه عن الزيلعي : « ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيساً أو نفيساً : وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شيء خسيس لجريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها ، والصحيح الأول لأن جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ : وقد وجد التراضي من الجانبين فوجب أن يجوز » .

ومما يؤكده أن الفقهاء في النهاية اعتبروا التعاطى من جهة دلالة على معنى التراضى الصحيح ، أنهم استبعدوه في كل موضع تنتنى فيه هذه الدلالة : استبعدوه إذا تعارض مع الرضى الصريح ، واستبعدوه كذلك إذا كان مجرد تنفيذ لعقد باطل أو فاسد .

مذهب مالك :

ومذهب مالك يميز التعاقد بالمعاطاة ، دون تمييز بين خسيس ونفيس ، وسواء تم قبض البديلين جميعاً أو قبض أحد البديلين دون الآخر ، مادام كل من البديلين معلوماً . ولا يظهر في مذهب مالك التدرج الذى لاحظناه في مذهب أبى حنيفة ، فهو يميز التعاقد بالمعاطاة طفرة في جميع الصور . غير أن العقد الذى يتم بالمعاطاة لا يكون لازماً عند مالك إلا بقبض البديلين جميعاً . أما إذا قبض أحد البديلين دون الآخر فإن العقد يتم ، ولكن لا يكون لازماً فيجوز الرجوع فيه . وإليك بعض النصوص التى تبسط هذه الأحكام :

جاء في الشرح الكبير للدردير (جزء ٣ ص ٣) : « . . . وإن حصل الرضا بمعاطاة ، بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه ، من غير تمكلم ولا إشارة ولو في غير المحقرات . ولزوم البيع فيها بالتقايض أى قبض الثمن والمثمن ، وأما أصل البيع فلا يتوقف على ذلك خلافاً لما يوهمه المصنف ، فمن أخذ ما علم ثمنه من مالكه ولم يدفع له الثمن فقد وجد أصل العقد لا لزومه ولا يتوقف العقد على دفع الثمن ، فيجوز أن يتصرف بالآكل ونحوه قبل دفع ثمنه . فلو قال المصنف وإن أعطاه لكان أحسن ، أى وإن كان الدال على الرضا إعطاء ولو من أحد الجانبين إذ كلامه في الانعقاد ولو بلا لزوم . » وقال الدسوقي تعليقاً على ما تقدم : « قوله — وإن بمعاطاة — أى هذا إذا كان دليل الرضا غير معاطاة ، بأن كان قولاً أو كتابة أو إشارة ، بل وإن كان دليل الرضا معاطاة وفاقاً

لأحمد وخلافا للشافعي القائل لا بد من القول من الجانبين مطلقا ، أى كان المبيع من المحقرات أم لا ، ولأبي حنيفة في غير المحقرات فلا بد فيها من القول عنده من الجانبين وتكفي المعاطة في المحقرات . قوله — ولزوم البيع فيها — أى في المعاطة بالتقابض أى بالقبض من الجانبين ، فمن أخذ رغيفا من شخص ودفع له ثمنه له فلا يجوز له رده وأخذ بدله للشك في التماثل ، بخلاف ما لو أخذ أرغيف ولم يدفع ثمنه فيجوز له رده وأخذ بدله لعدم لزوم البيع ، قوله — ولا يتوقف العقد — أى صحة العقد . وقوله — فيجوز أن يتصرف فيه بالا كل ونحوه — أى كالصدقة — قبل دفع ثمنه ، أى إن وجد من الآخر ما يدل على الرضا وإلا لم ينعقد بيع بينهما وأكله غير حلال .

وجاء في الشرح الصغير للدردير (جزء ٢ ص ٣) : « وإن كان ما يدل عليه معاواة من الجانبين ولو في غير المحقرات كالشباب والرقيق بأن يدفع المشتري الثمن للبائع ويأخذ المثل أو يدفعه له البائع » . ويقول الصاوي تعليقا على ذلك : « قوله — معاواة — أى وفاقا لأحمد ، وخلافا للشافعي القائل لا بد من القول من الجانبين مطلقا ، كان المبيع من المحقرات أم لا . وقوله ولو في غير المحقرات — رد على أبي حنيفة في اشتراطه القول في غير المحقرات ومحل إجراء المعاواة حيث أفادت في العرف ، ولا تلزم إلا بالدفع من الجانبين . فيجوز التبديل في نحو الخبز بعد أخذه وقبل دفع الدراهم لا بعده ، للرؤية والشك في التماثل كتحقق التفاضل . ولا بد من معرفة الثمن للاستئمان »

وجاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٢٨) : « . . . أن الركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع ، هو ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب وما يدل على الرضا من المشتري ويسمى القبول . وسواء كان الدال قولا كقول البائع : بعتك وأعطيتك وملكتك بككذا وشبه ذلك ، وقول المشتري اشتريت وتملكت وابتعت وقبلت وشبه ذلك ، أو كان فعلا كالمعاواة وهي المناولة قاله في الصحاح ، وقال الشيخ زروق ، هي أن يعطيه الثمن فيعطيه المثل من غير إيجاب ولا استيجاب لأن الفعل يدل على الرضا عرفا والمقصود من

البيع إنما هو أخذ ما في يد غيرك بعوض ترضاه ، فلا يشترط القول ويكفي الفعل كالمعاطاة . . . أن الدال على الرضا المسمى بالإيجاب والقبول تارة يكون قولاً . . . وتارة يكون فعلاً واختلف فيه . فذهب مالك رحمه الله وجماعة إلى الاكتفاء بذلك ، وذهب جماعة من أهل العلم إلى أنه لا ينعقد إلا بالقول . قال ابن رشد في المذهب واتفق الفقهاء على انعقاده باللفظ الدال على الرضا واختلفوا في انعقاده بالمعاطاة ، فذهب مالك إلى انعقاده بها مطلقاً . وقال أبو حنيفة ينعقد بها في المحقرات خاصة وإليه مال الغزالي . واحتج الشافعية بأن الفعل لا دلالة له بالوضع ، فلا ينعقد به البيع . واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال وإن انتفت فيها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية وهي كافية ، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منك ، فتسكني دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل وإن كان ذلك الفعل معاطاة . ولما كان الفعل مختلفاً في انعقاد البيع ، به نبه على ذلك المصنف بقوله وإن بمعاطاة يعني أن الدلالة على الرضا يكفي فيها الفعل لأنه يدل على الرضا في كثير من الأمور دلالة عرفية وإن كان ذلك الفعل معاطاة . وعلم من هذا أن بيع المعاطاة المحضة العاري على القول من الجانبين لا بد فيه من حضور الثمن والمثمن ، ولذا قال بن عرفة أثناء كلامه في بيعتين في بيعة وبياعات زماننا في الأسواق ، إنما هي بالمعاطاة فهي منحلة قبل قبض المبيع ،

وجاء في تهذيب الفروق (جزء ٣ ص ١٨١) : « الفرق السابع والخمسون والمائة بين قاعدة البيع ، توسع العلماء فيه حتى جوز مالك وأبو حنيفة وابن حنبل البيع بالمعاطاة وهي الأفعال دون شيء من الأقوال ، وزادوا على ذلك حتى قالوا كل ماعده الناس بيعاً فهو بيع . قال الشافعي لا تسكني المعاطاة دون قول . وقاعدة النكاح وقع التشدد فيها فقد اتفقوا على اشتراط الصيغ فيه حتى لا يعلم أنه وجد لأحد منهم قول بالمعاطاة فيه البتة ، ويفرق بين قاعدة البيع وقاعدة النكاح على هذا بأربعة

وجوه مبنية على أربع قواعد : (الوجه الأول) أن النكاح لا بد فيه من لفظ يشهد عليه أنه تزويج لازنا وسفاح بخلاف البيع . . . وليس الإشهاد شرطاً في البيع فلذا جوزوا فيه المناولة .

المذاهب الأخرى :

وفقه أحمد بن حنبل يميز المعاطاة كفقهاء مالك وفقه أبي حنيفة . جاء في المغني (جزء ٤ ص ٤) : ، الضرب الثاني المعاطاة ، مثل أن يقول أعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه ، فهذا بيع صحيح ، نص عليه أحمد فيمن قال لخباز كيف تبيع الخبز قال كذا بدرهم قال زنه وتصدق به فإذا وزنه فهو عليه . وقول مالك نحو من هذا ، فإنه قال يقع البيع بما يعتقده الناس بيعاً . قال بعض الحنفية يصح في خسائس الأشياء . وحكى عن القاضي مثل هذا ، قال يصح في الأشياء اليسيرة دون الكبيرة . ومذهب الشافعي رحمه الله أن البيع لا يصح ألا بالإيجاب والقبول ، وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا . ولنا أن الله أحل البيع ولم يمين كفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف ، كما رجع إليه في القبض والاحراز والتفرق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلوماً عندهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكاماً وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم ، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول ، ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلاً شائعاً ، ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله . ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله ، ولأن البيع مما تعم به البلوى ، فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه صلى الله عليه وسلم بياناً عاماً ولم يخف حكمه لأنه يفضى إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً وأكلهم المال الباطل ، ولم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه ، ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ولم ينقل إنكاره . . فكان ذلك إجماعاً . . . ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً في هذه العقود لشق ذلك ،

ولكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة وأكثر أموالهم محرمة، ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي، فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه^(١). وجاء في الفروع (جزء ٢، ص ٤٤٢) : « ويصح بيع المعاطة نحو أعطني بدرهم خبزاً فيعطيه ما يرضيه أو خذ هذا بدرهم فيأخذ... ومثله وضع ثمنه عادة وأخذه. وكذا هبة، فتجهيز بنته بجهاز إلى زوج تمليك في الأصح، وذكر ابن عقيل وغيره صحة الهبة ولا بأس بذوقه حال الشراء، نص عليه وقال أيضاً لأدرى ألا أن يستأذن ».

أما الشافعي فلا يجيز التعاقد بالمعاطة لأنه يمعن في الأخذ باللفظية كما رأينا فيما تقدم. جاء في المذهب (جزء ١ ص ٢٥٧) : « ولا ينعقد البيع إلا بالإيجاب والقبول، فأما المعاطة فلا ينعقد بها البيع لأن اسم البيع لا يقع عليه ». وجاء في الوجيز (جزء ١ ص ١٢٣) : « ولا تكفي المعاطة... أصلاً ».

ومذهب الشيعة الجعفرية كذهب الشافعي لا يجيز التعاقد بالمعاطة. جاء في مفتاح الكرامة للعامل (جزء ٤ ص ١٥١ و ص ١٥٤ و ١٦٣) ، « لا بد من الصيغة الدالة على الرضا الباطن... فلا ينعقد بشئ من الكسنايات كالتسليم... وكذلك الحال في جانب القبول وسائر العقود... ولا تكفي المعاطة... ولا تكفي الإشارة إلا مع العجز ».

وفي مذهب الإباضية خلاف في جواز التعاقد بالمعاطة. جاء في النيل (جزء ٢ ص ١١) : « وإن اتفقا على كيل معلوم، فوزن الثمن أولاً ثم كيل الطعام أو عكسه، فحمل على ذلك لا بيعت لك، أو حمل قبل وزن الثمن جىء به فقبضه البائع، فهل ينعقد بذلك إذ حقيقته المعاوضة، وقد وقعت ودفع البديل يزيل الضمان، أولاً، قولان ».

(١) انظر أيضاً الشرح الكبير على المغنع جزء ٤ ص ٤ .

وفي كتب الفقه المقارنة تلخيص للخلاف فيما بين المذاهب في التعاقد أرجعه الشعراني كعادته إلى مرتبتي الميزان . قال في الميزان الكبرى (جزء ٢ ص ٧٢) . « ومن ذلك قول الشافعي في أرجح قوله وأبي حنيفة وأحمد في إحدى الروايتين عنهما أنه لا ينعقد البيع بالمعاطاة^(١) ، ، مع قول مالك إن البيع ينعقد بها . فالأول مشدد ، والثاني مخفف ، فرجع الأمر إلى مرتبتي الميزان . ووجه الأول قوله صلى الله عليه وسلم إنما البيع عن تراض ، والرضا خفي ، فاعتبر ما يدل على ذلك من اللفظ ، لا سيما إن وقع تنازع بعد ذلك بين البائع والمشتري وترافعا إلى الحاكم ، فإنه لا يقدر على الحكم بشهود إلا إن شهدوا بما سمعوه من اللفظ ، ولا يكفي أن يقولوا رأينا يدفع إليه دنائير مثلا ثم دفع إليه الآخر حمارا مثلا . ووجه قول مالك ومن وافقه أن القرينة تكفي في مثل ذلك؟ وهو قبول البائع الثمن وإعطاؤه المبيع للمشتري ولو أنه لم يرض به لم يمكنه منه . وهذا خاص بالأكثر من أهل الدين الذين لا يدعون باطلا ويرون الخط الأوفر لأخيهما كما كان عليه السلف الصالح وأهل الصدق في كل زمان . وأما الأول فهو خاص بأبناء الدنيا المؤثرين أنفسهم على إخوانهم ، بل ربما رد أحدهم شهادة من شهد عليه بحق وطعن في شهود خصمه . ومن ذلك قول بعضهم إنه لا يشترط اللفظ في الأشياء الحقيرة كـرغيف وحزمة بقل ، مع قول بعضهم إنه يشترط . فالأول مخفف ، والثاني مشدد ، على وزن ما تقدم في الأمور الخطيرة . وضابط الخطير والحقير أن كل ما يحتاج الناس فيه إلى الترافع إلى الحكام فهو خطير ، وكل ما لا يحتاجون فيه إلى ذلك فهو حقير »

(٤) أي موقف آخر يدل على الرضاء .

ولنا بعد ما قدمناه أن نستخلص من نصوص الفقه الإسلامي ، في مذاهبه المختلفة ، أن هناك ميلا واضحا إلى العدول عن مذهب اللفظية الضيق الذي

(١) يبدو أن نقل مذهبي أبي حنيفة وأحمد هنا غير دقيق ، كما يظهر مما قدمناه .

الترمه الشافعي في بعض الروايات عنه ، وإلى اعتبار التعاقد جائزا بالرسالة وبالكتابة وبالإشارة وبالتعاطي ، من حيث دلالة كل ذلك على التراضي ، ومن ثم إلى اعتبار التعاقد جائزا باتخاذ أي مسلك آخر لا تندع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي . وفي هذا يتلاقى الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي .

رأينا في نصوص المذهب الحنفي ما يؤيد ذلك . فقد سبق أن نقلنا عن الزيلعي (جزء ٤ ص ٤) قوله . « جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ » . وننقل عن السرخسي في المبسوط (جزء ١١ ص ١٥٠) . « العقد قد ينعقد بالدلالة كما ينعقد بالتصريح » . وننقل عن الكاساني في البدائع (جزء ٥ ص ٢٦١ - ٢٦٢) : « الشرط قد يثبت نصاً أو دلالة ... وأما الاختيار من طريق الدلالة فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه ، وهو كل تصرف هو دليل اختيار الملك في الشراء بشرط الخيار » . ويقول الكاساني أيضاً (جزء ٥ ص ٢٧٠) : « ولو كان المبيع دابة فركبها ، فإن ركبها لحاجة نفسه كان إجازة وإن ركبها ليسقيها أو يشتري لها علفاً أو ليردها على بائعها ، فالقياس أن يكون إجازة لأنه يمكن أن يفعل ذلك قوداً ، وفي الاستحسان لا يكون إجازة وهو على خياره لأن ذلك مما لا بد منه ، خصوصاً إذا كانت الدابة صعبة لا تنقاد بالقود فمكان ذلك من ضرورات الرد فلا يجعل إجازة . ولو ركبها لينظر إلى سيرها لا يبطل خياره ، لأنه لا بد له من ذلك للاختيار . بخلاف خيار العيب أنه إذا ركبها بعد ما علم بالعيب يبطل خياره لأن له منه بدا ، ولا حاجة إلى الركوب هناك لمعرفة سيرها ، فمكان دليل الرضا بالعيب » . وجاء في ابن عابدين (جزء ٤ ص ٩) : « فإن من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم ، فأكله ، تم البيع وأكله حلال . والركوب واللبس ، بعد قول البائع أركبها بمائة والبسه بكذا ، رضا بالبيع . وكذا إذا قال بعثتك بألف ، فقبضه ولم يقل شيئاً ، كان قبضه قبولاً ، بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط ، ففي جعل الأخيرة من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظراً هـ » .

ونرى ابن عابدين هنا يميز تمييزاً دقيقاً بين بيع التعاطي والبيع الذي يتم بالإيجاب والقبول ويكون الإيجاب فيه باللفظ أما القبول فيكون فعلاً يدل على الرضاء . وقد سبق أن نقلنا منه في هذا المعنى ما يأتي (جزء ٤ ص ١٦ — ص ١٧) : « لو قال بعثك بألف ، فقبضه المشتري ولم يقل شيئاً ، كان قبضه قبولاً وليس من بيع التعاطي ، خلافاً لمن جعله منه ، فإن التعاطي ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن . »

ورأينا في نصوص مذهب مالك ما يؤيد ذلك أيضاً . بل إن مذهب مالك هو أكثر المذاهب ابتعاداً عن اللفظية ، وأقربها إلى الأخذ بالدلالة العرفية دون الدلالة الوضعية . وقد سبق أن نقلنا عن الخطاب (جزء ٤ ص ٢٢٨) ما يأتي : « واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال وإن انتفت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية ، وهي كافية ، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منك ، فتسكني دلالة العرف في ذلك على طيب النفس ، والرضا بقول أو فعل . » ومالك ، كما نقلنا عن المغني (جزء ٤ ص ٤) ، يقول : يقع البيع بما يعتقد الناس بيعاً .

ورأينا في نصوص مذهب أحمد ما هو صريح في هذا المعنى . فقد نقلنا عن المغني أيضاً (جزء ٤ ص ٤) : « . . . ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي ، فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه . »

ويؤكد الفقهاء المحدثون هذا المعنى في عبارات واضحة صريحة . من ذلك ما يقوله الأستاذ على الخفيف (أحكام المعاملات الشرعية ص ١٥٥ — ١٥٦) « الثالث أنها تنعقد بكل ما يدل على مقصود العاقلين دلالة واضحة من قول أو فعل جرى به العرف أو لم يجر ، ليس لذلك حد مقرر سوى ما ذكرنا لا في شرع ولا في لغة ، بل يتنوع ويتعدد بتنوع الاصطلاحات وتعددتها ، كما في تنوع اللغات وتعددتها . فإن لمعنى البيع والإجارة والرهن وغيرها من

العقود ألفاظا كثيرة متعددة في جميع اللغات ، ولا يجب على الناس التزام لفظ منها . وكذلك تنوع الكتابة عند السكاتيين ، والإشارة عند الخرس ، فلا يتقيد بكتابة خاصة ولا بإشارة خاصة مادام الإفهام متوافرا ، لأنه المنطوق ، وما اعتبرت الألفاظ والكتابة الإشارة إلا دوال عليه ، وليست في الواقع إلا أفعالا قد يقوم بها اللسان أو البنان أو الرأس أو الأيدي ، فوجب أن تكون جميع الأفعال الدالة على الغرض مثلها ، إذ التفرقة بينها حينئذ تعتبر تحكما ليس له مبرر . وإذن فالعبرة بالإفهام ، سواء أكان كل من الإيجاب والقبول كلاما أو كتابة أو إشارة أو فعلا ، أم كان أحدهما كلاما والآخر كتابة أو إشارة أو فعلا . فإذا قلت لإنسان خذ هذا الكتاب بجنه ، فسلته إليه ، تم البيع ، وإذا ركبت الترام ، فأخذ منك الكسارى أجر ركوبك . تمت الإجارة . وإذا دفعت الثوب إلى الحائك ، فأخذه منك ، تمت الإجارة ، وهكذا . وهذا ما يتفق مع أصول مذهب مالك ، وهو ظاهر مذهب أحمد وهو أرجح الأقوال الثلاثة عندى لقوة مبناه . . ومن ذلك أيضا ما يقوله الأستاذ محمد أبو زهرة (الملكية ونظرية العقد ص ٢٠٥ - ٢٠٦) : « ... فكل ماعده الناس دالا على البيع ينقصد البيع به ، وكل ما يعتبره الناس دالا على الإجارة فالإجارة تنقصد به وليس لذلك حد لا في شرع ولا في لغة ، بل يتنوع بتنوع الناس ، كما تنوع لغاتهم .. 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 ماتعاقدوا به دالا على مقصودهم ، وإن كان قد يستحب بعض الصفات اللفظية للاستيثاق من حكاية الصورة الحسية للنية الخفية والضمير المستكن . وهذا القول هو الغالب على أصول مالك ، وظاهر مذهب أحمد . . ومن ذلك أخيرا ما يقوله الأستاذ محمد يوسف موسى (الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامى ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣) : « وأخيرا نجد مذهبا أشد تيسيرا من سابقه ، وهو الذى يرى أن العقد ،

مهما كان أمره وموضوعه ، ينعقد بالقول أو الفعل الدال دلالة لا ليس فيها على إرادتي كل من طرفيه ، سواء كان العقد على هذا الوضع متعارفا أم غير متعارف . فكل ما يدل على البيع ينعقد به ، وكل ما يدل على الاجارة ينعقد بها ، وكذلك الشركة والوكالة والسلم والعقود الأخرى على اختلافها وتعدددها . إن الضابط عند الذين ذهبوا هذا المذهب هو أن يكون ما يستعمله العاقدان من قول أو فعل يدل بيقين على ما يريدانه من إنشاء العقد وإبرامه ، دون نظر إلى ما تعرف من الصيغ والأشكال التي ينعقد بها العقد . وهكذا نرى هذا الرأي يسير في عدم الشككية ، إلى أقصى الحدود ، وهو الرأي الغالب على أصول مذهب مالك ، كما أنه ظاهر مذهب ابن حنبل ، وهو ما نراه رأي النابغة (١) . كل هذا يدل على أن من المقبول في الفقه الإسلامي ، وهذه نصوصه ، القول بأن أي مظهر للتعبير عن الإرادة ما دام قاطعا في دلالة على الرضاء يكتفي في انعقاد العقد . وعلى هذا التخرج جرت المادة ٧٩ من التقنين المدني العراقي الجديد بما يأتي : « كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة ، يكون بالمسكوبة ، وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس ، وبالمبادلة العقلية الدالة على التراضي ، وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي » .

(٥) السكوت :

بقي السكوت على اعتبار أنه دال على الرضاء . والسكوت مظهر للتعبير عن الإرادة يختلف عن جميع المظاهر الأخرى التي قدمناها ، بأنه موقف سلبي محض .

(١) ويشير كل من الاستاذ محمد ابو زهرة والاستاذ محمد يوسف موسى الى فتاوى ابن تيمية جزء ٣ ص ٢٦٧ - ص ٢٧١ . وقد جاء في هذه الفتاوى ما يأتي : « انها (أي العقود) تصح بالافعال كالبيعات بالمعاطاة والوقوف في مثل من بنى مسجدا وأذن للناس في الصلاة فيه ، أو سبل أرضا للدفن ، أو بنى مظهرة وسبلها للناس . وكبعض أنواع الاجارة ، كمن دفع ثوبه الى غسال أو خياط يعمل بالاجرة ، أو ركب سفينة ملاح ، وبالكهدية ونحو ذلك . فان هذه العقود لو لم ينعقد بالافعال الدالة عليها لفسدت أمور الناس . ولأن الناس من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ، ما زالوا يتعاقدون في مثل هذه الأشياء بلا لفظ ، بل بالفعل الدال على المقصود . وهذا القول يسير على أصول أبي حنيفة ، وهو قول في مذهب أحمد » (فتاوى ابن تيمية جزء ٣ ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨) .

فالسالك لم يعبر بطريق إيجابى عن أية إرادة . لذلك قيل فى الفقه الإسلامى « لا ينسب لسالك قول » ، ويصدق هذا على الإيجاب دون القبول ، فالإيجاب لا يمكن أن يستخلص من محض السكوت . أما القبول فيجوز استخلاصه من الظروف الملازمة ولذلك قيل تسكلمة للعبارة الأولى : « ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان » .

وقد جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٨) بيان للحالات التى يعتبر فيها السكوت قبولا نظرا للظروف الملازمة فيما يأتى : « لا ينسب إلى سالك قول فلو رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لم يكن وكىلا بسكوته ، ولو رأى القاضى الصبى أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشترى فسكت لا يكون إذنا فى التجارة ، ولو رأى المرتن الراهن يبيع الراهن فسكت لا يبطل الرهن ولا يكون رضا فى رواية ، ولو رأى غيره يتلف ماله فسكت لا يكون إذنا بإتلافه ، ولو رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن إذنا كذا ذكره الزيلعى فى المأذون ، ولو سكت عن وطء أمته لم يسقط المهر ، وكذا عن قطع عضوه أخذا من سكوته عند إتلاف ماله ، ولو رأى المالك رجلا يبيع متاعه وهو حاضر سالك لا يكون رضا عندنا خلافا لابن أبى ليلى ، ولو رأى قنه يتزوج فسكت ولم ينهه لا يصير إذنا له فى النكاح ، ولو تزوجت غير كفء فسكوت الولى عن مطالبة التفريق ليس برضا وإن طال ذلك ، وكذا سكوت امرأة العنين ليس برضا ولو أقامت معه سنين وهى فى جامع الفصولين ، وفى عارية الخانية الإعارة لا تثبت بالسكوت . وخرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق . الأولى سكوت البكر عند استثمار ولها قبل التزويج وبعده . الثانية سكوتها عند قبض مهرها . الثالثة سكوتها إذا بلغت بكر . الرابعة حلفت ألا تزوج فزوجها أبوها فسكتت حنثت . الخامسة سكوت المتصدق عليه قبول الموهوب له . السادسة سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه إذن . السابعة سكوت الوكيل قبول ويرتد برده . الثامنة سكوت المقر له قبول

ويرتد برده . التاسعة سكوت المفوض له قبول التفويض وله رده . العاشرة سكوت الموقوف عاياه قبول . ويرتد برده وقيل لا . الحادية عشر سكوت أحد المتبايعين في بيع الناجمة حين قال صاحبه قد بدالى أن أجعله بيعا صحيحا . الثانية عشر سكوت المالك القديم حين قسمة ماله بين القامين رضا . الثالثة عشر سكوت المشتري بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشترى مسقط لخياره . الرابعة عشر سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع إذن بقبضه صحيحا كان البيع أم فاسدا . الخامسة عشر سكوت الشفيع حين علم بالمبيع مسقط للشفعة . السادسة عشر سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشترى إذن في التجارة . السابعة عشر لو حلف المولى لا يأذن له فسكت حنث في ظاهر الرواية . الثامنة عشر سكوت القن وانقياده عند بيعه أو رهنه أو دفعه بجنابة إقرار برقه إن كان يعقل ، بخلاف سكوته عند إجارته أو عرضه للبيع أو تزويجه . التاسعة عشر لو حلف لا ينزل فلانا في داره وهو نازل في داره حنث ، لا لو قال له اخرج منها فأبى أن يخرج فسكت . العشرون سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهمنته إقرار به فلا يملك نفية . الحادية والعشرون سكوت المولى عند ولادة أم ولده إقرار به . الثانية والعشرون السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب رضا بالعيب إن كان الخبر عدلا ، لا لو كان فاسقا عنده ، وعندهما هو رضا ولو كان فاسقا . الثالثة والعشرون سكوت البكر عند إخبارها بتزويج الولي على هذا الخلاف . والرابعة والعشرون سكوته عند بيع زوجته أو قريبه عقاراً إقرار بأنه ليس له على ما أفتى به مشايخ سمرقند خلافاً للمشايخ بخارى فينظر المفتي فيه . الخامسة والعشرون رآه يبيع أرضا أو داراً فتصرف فيه المشتري زماناً وهو ساكت تسقط دعواه . السادسة والعشرون أحد شريكي العنان قال للآخر إني أشتري هذه الأمة لنفسى خاصة فسكت الشريك لا تسكون لهما . السابعة والعشرون سكوت الموكل حين قال له الوكيل بشراء معين إني أريد شراءه لنفسى فشراه كان له . الثامنة والعشرون سكوت ولي الصبي العاقل إذا رآه يبيع ويشترى إذن . التاسعة والعشرون

سكوته عند رؤية غيره يشق زقه حتى سال مافيه رضا . الثلاثون سكوت الخالف لا يستخدم مملوكه إذا خدمه بلا أمره ولم ينهه حنث . هذه الثلاثون في جامع الفصولين وغيره . وزدت ثلاثا ، اثنين من القنية . الأولى دفعت في تجهيزها لبنتها أشياء من أمتعة الأب وهو ساكت فليس له الاسترداد . الثانية أنفقت الأم في جهازها ما هو معتاد فسكت الأب لم تضمن الأم . الثالثة باع جارية وعليها حلي وقرطان ولم يشترط ذلك للمشتري لكن تسلم المشتري الجارية وذهب بها والبائع ساكت كان سكوته بمنزلة التسليم فكان المال لها ، كذا في الظهيرية . ثم زدت أخرى : القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة نطقه في الأصح . وأخرى على خلاف فيها : سكوت المدعى عليه ولا عذر به إنكار ، وقيل لا ويحبس ، وهي في قضاء الخلاصة . فهي خمس وثلاثون : ثم رأيت أخرى كتبتها في الشرح من الشهادات : سكوت المزكى عند سؤاله عن الشاهد تعديل . السابعة والثلاثون سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة إذن كما في القنية ، انتهى .

وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٧ — ص ٩٨) : « لا ينسب إلى ساكت قول ، هذه عبارة الشافعي رضي الله عنه . ولهذا لو سكت عن وطء أمته لا يسقط المهر قطعا ، أو عن قطع عضو منه أو إتلاف شيء من ماله مع القدرة على الدفع لم يسقط ضمانه بلا خلاف ، بخلاف ما لو أذن في ذلك . ولو سكتت الثيب عند الاستئذان في النكاح لم يقيم مقام الإذن قطعا . ولو علم البائع بوطاء المشتري الجارية في مدة الخيار لا يكون إجازة في الأصح . ولو حمل من مجلس الخيار ولم يمنع من الكلام لم يبطل خياره . وخرج عن القاعدة صور . منها البكر سكوتها في النكاح إذن للأب والجد قطعا ، ولسائر العصبية والحاكم في الأصح . ومنها سكوت المدعى عليه عن الجواب بعد عرض اليمين عليه يجعله كالمنكر الناكل وترد اليمين على المدعى . ومنها لو نقض أهل الذمة ولم ينكر الباقيون بقول ولا فعل بل سكتوا انتقض فيهم أيضا . ومنها لو رأى السيد عبده يتلف مالا لغيره وسكت عنه ضمنه . ومنها إذا

سكت المحرم وقد حلقه الحلاق مع القدرة على منعه لزمته الفدية في الأصح .
ومنهالو باع العبد البالغ وهو ساكت صح البيع ، ولا يشترط أن يعرف البائع
سيده في الأصح . ومنها القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة لفظه في
الأصح . ومنها مسائل أخرى ذكرها القاضي جلال الدين البلقيني ، أكثرها
على ضعيف وبعضها اقترن به فعل قام مقام النطق ، وبعضها فيه نظر .

من هذه النصوص يتبين أن السكوت في الفقه الإسلامي يعتبر قبولاً إذا
اقترنت به ملابسات تجعل دلالته تنصرف إلى الرضاء . وقد أخذ التقنين
المدني العراقي بهذه القاعدة ، فجرت المادة ٨١ منه بما يأتي :
١ - « لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة
إلى البيان يعتبر قبولاً » .

٢ - « ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين
المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من
وجه إليه . وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها
قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط » .

فعدد التقنين العراقي من هذه الملابسات التي تنصرف دلالة السكوت إلى
الرضاء ثلاثة .

(أولاً) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا
التعامل . ويدخل في ذلك سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق
عليه ، وسكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة ، وسكوت المشتري بالخيار
حين رأى العبد يبيع ويشترى ، وسكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين
رأى المشتري قبض المبيع ، وسكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة .

(ثانياً) إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه . ويدخل في ذلك
سكوت المتصدق عليه ، وسكوت المفوض ، وسكوت الموقوف عليه .

(ثالثا) سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبول لما ورد في قائمة الثمن من شروط . والملابس هنا فرع عن ملابس أعم ، هو أن يكون الشخص في وضع بحيث لو لم يكن راضيا لما سكنت عن التصريح بالرفض ، فيعتبر سكوته رضاء . ويدخل في ذلك سكوت البكر عند الزواج فهي تتخرج من إظهار الرضاء لا من التصريح بالرفض ، بخلاف الثيب فهي لا تتخرج في الحالتين . ويدخل في ذلك أيضا سكوت الشفييع حين علم بالبيع ودلالة السكوت هنا الرفض لا القبول . ويدخل في ذلك أخير سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشترى ، وسكوت القن ، وسكوت الزوج عند الولادة ، وسكوت المولى عند ولادة أم ولده ، والسكوت قبل البيع عند الاخبار بالعيب ، والسكوت عند بيع الزوجة أو القريب عقارا ، وسكوت شريك العنان . وقس على ذلك سائر الحالات التي ورد ذكرها في النصوص .

فهرس

تمهيد

الصفحة

١	تحديد الموضوع وبيان أهميته
٢	خطة البحث

مقدمة

١ - الحق الشخصي والحق العيني ومصادر كل منهما في الفقه الإسلامي

٤	الحق والرخصة في الفقه الغربي - منزلة وسطى
٥	هذه المنزلة الوسطى يعرفها الفقه الإسلامي

١ - الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي

أولا - الحق الشخصي أو الالتزام

٩	التعريف مستعار من الفقه الغربي
١٠	الالتزام يشتمل على روابط قانونية متعددة
١٠	الالتزام بالدين
١١	الالتزام بالعين
١٢	الالتزام بالعمل
١٢	الالتزام بالتوثيق
١٣	الدين والعين
١٤	التمييز بين الدين والعين غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني
١٥	بروز التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي - نظرية الذمة
١٦	نظرية الذمة في الفقه الإسلامي
١٨	الدين والعين في نطاق نظرية الذمة
٢٠	اختفاء التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي
٢١	هل تطور التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي الى تمييز بين الحق الشخصي والحق العيني

ثانيا - الحق العيني

الصفحة

٢٦ حصر الحقوق العينية وتقسيمها الى أصلية وتبعية

(١) الحقوق العينية الأصلية

٢٦	حصرها وردّها الى حق الملك
٢٧	حق الملك التام
٢٨	حق المنفعة
٢٩	حق الرقبة
٣٠	حقوق الارتفاق
٣١	حق التبعية في الحقوق العينية الأصلية

(ب) الحقوق العينية التبعية

٣١	حقان عينيان في الفقه الاسلامي
٣٢	حق الرهن
٣٢	حق الحبس
٣٣	مقارنة بالفقه الغربي
٣٣	حق شخصي ينقلب الى حق عيني
٣٤	تدرج الحقوق في الفقه الاسلامي من حيث تعلقها بالعين أو بالذمة

٢ - حصر مصادر الحق في الفقه الاسلامي أولا - مصادر الحق الشخصي أو الالتزام

(١) العقد

٣٦	استخلاص نظرية عامة للعقد في الفقه الاسلامي
٣٧	تقديم الفقه الاسلامي من حيث رضائية العقد

(ب) الارادة المنفردة

٣٨	اتساع ميدان الارادة المنفردة في الفقه الاسلامي
٣٩	تصرفات هي عقود في الفقه الغربي وتتم في الفقه الاسلامي بارادة منفردة
٤٢	تصرفات تتم بارادة منفردة
٤٣	الارادة المنفردة تحدث آثارا أخرى غير انشاء الالتزام

(ح) العمل غير المشروع

٤٤	لا توجد قاعدة عامة
٤٤	حق الله وحق العبد
٤٥	جزاء حق الله

الصفحة

٤٦		جزاء حق العبد
٤٦		المقوبة الخاصة
٤٨		الجزاء الذى يدور بين العقوبة والضمان
٥٥		الضمان

(د) الاثراء بلا سبب

٥٥		مقارنة بين الفقه الاسلامى والقانون الرومانى والقانون الانجليزى
٥٦		دفع غير المستحق
٥٧		الاثراء بلا سبب
٥٩		الفصالة

(هـ) القانون

٦٠		التزامات مصدرها الشرع
٦٠		تأثير الفقهاء المحدثين بالفقه الغربى

ثانيا - مصادر الحق العينى

٦١		ترتيب البحث
٦٢		اسباب الملك
٦٣		اسباب الحقوق المجردة أو حقوق الارتفاق
٦٤		اسباب الرهن والحبس
		تأصيل مصادر الحق الشخصى والحق العينى وردها جميعا الى التصرف القانونى
٦٥		والواقعة القانونية
٦٧		الفقه الغربى
٦٧		الفقه الاسلامى

القسم الأول

التصرف القانونى فى الفقه الإسلامى

٧٢		ترتيب البحث
----	-------	-------------

مقدم

تعريف العقد وتقسيماته

(١) تعريف العقد

الصفحة

٧٣		أمور ثلاثة تستخلص من التعريف
٧٣		أولاً - العقد يدخل في عموم التصرف القانوني
٧٤		ثانياً - العقد ارادتان متطابقتان لا ارادة واحدة
٧٧		ثالثاً - تعريف العقد ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الاسلامي

(٢) تقسيمات العقد

٧٨		العقود المذكورة في كتب الفقه الاسلامي
٧٩		الترتيب المنطقي للعقود
٨٠		مبدأ حرية التعاقد في الفقه الاسلامي

الباب الاول

أركان العقد

الفصل الأول

التراضي

الفرع الأول

وجود التراضي

المبحث الاول - صيغة العقد

المطلب الاول - التعبير عن الارادة باللفظ

صيغة العقد اللفظية

١ - الاخذ بالارادة الظاهرة اذا كانت واضحة

الصفحة

٧٥	صيغ الحال والاستقبال
٨٨	صيغة الماضي
٨٨	صيغة المضارع
٨٩	صيغ الامر والاستفهام والاستقبال
٩٠	المبدأ العام

٢ - استعراض النصوص الفقهية في صيغة العقد اللفظية

٩١	المنهج الحنفى
٩٤	منهج مالك
٩٨	المذاهب الاخرى

المطلب الثانى - التعبير عن الارادة بمظاهر خارجية غير اللفظ

١٠٠	١ (الرسالة والكتابة
١٠٢	المنهج الحنفى
١٠٥	منهج مالك
١٠٥	المذاهب الاخرى
١٠٦	٢ (الاشارة
١٠٨	٣ (التعاطى أو المعاطاة
١٠٨	المنهج الحنفى
١٢٠	منهج مالك
١٢٣	المذاهب الاخرى
١٢٥	٤ (أى موقف آخر يدل على الرضا
١٢٩	٥ (السكوت

A.U.B. LIBRARY

DATE DUE



AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



00538076

JK

349.297

Sa22m A

v.1

c.2