

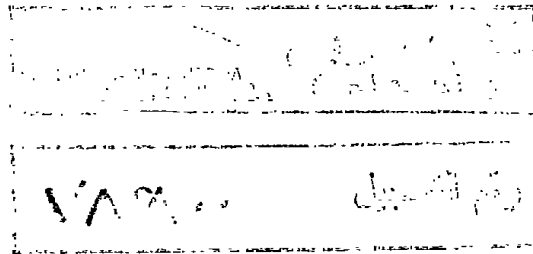
اهداءات ٢٠٠٢
حرم أ.د/ محسن خليل
الإسكندرية

محمد مصطفى شبلي
أستاذ الشريعة
كلية الحقوق — جامعة الإسكندرية

الملءءء

فى التعريف بالفقه الاسلامى
وقواعء الملكية والعقود فيه

مفوء الطبع ءفوظة للمؤلف



١٣٨٢ هـ — ١٩٦٢ م

مطبعة دار التأليف ٨ بن يعقوب بالمالية ٢١٨٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

افتتاحية الطبعة الجديدة

« الحمد لله الذى أنزل على عبده الكتاب ليخرج الناس من الظلمات إلى النور ،

« كتاب أحكت آياته ثم فصلت من لدن حكيم خبير ،

« كتاب لا يأتیه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد ،

« كتاب تكفل الله بحفظه من التغير والتبدیل ، إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون ،

كتاب أسس شريعة الإسلام على العدالة المطلقة والمساواة بين الناس ، فألغى نظام الطبقات ، وأهدر موازين المفاضلة والتكريم التى كانت تقوم على القوة والجاه ، وأقام ميزانا جديدا يعتمد على تقوى الله فحسب « إن أكرمكم عند الله أتقاكم ،

والصلاة والسلام على من جعل الله رسالته رحمة عامة شاملة « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ،

وختم به سلسلة الأنبياء والمرسلين « ما كان محمد أباً أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين ،

فبلغ الرسالة وأدى الأمانة ، وأبان ما خفى من التنزيل بالهام من الله العلى الخبير « إن علينا جمعه وقرآنه فاذا قرأناه فاتبع قرآنه ثم إن علينا بيانه ،

فترك لنا كتاب الله المحمـ كم وسنته الشارحة الميـنة ، وهما العاصم لمن تمسك بهما واقتدى بهديهما .

« تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنتي ،
ترك لنا الأسس والمبادئ التي لا تغيرها الأيام ، ثم فتح باب الاجتهاد
لأصحابه ليكون سنة الله في هذه الأمة ، فقاموا من بعده بتطبيق تلك المبادئ
على ما جد من وقائع تطبيقها بحق للأمة مصالحها ، وحفظ لهذه الشريعة روعتها ،
ثم جاء من بعدهم طائفة قامت بهذا الحق ، تلتها أخرى وأخرى ، وستبقى كذلك
حتى يأتي أمر الله كما أخبر الصادق الأمين .

« لاتزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق حتى يأتي أمر الله ،
وبعد فهذا كتابنا نقدمه لطلاب الفقه الإسلامي في طبعته الجديدة بعد
تنقيحه وتهذيبه والزيادة فيه حسبما أرشدتنا إليه دراستنا السابقة وتمشيا مع
واقعنا الذي نميش فيه ، والله أسأل أن يجعله خالصا لوجهه الكريم ، وأن يحقق
به النفع العام إنه أكرم مسئول ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

المؤلف

حدثنا شبرا في { ربيع الثاني سنة ١٣٨٢ هـ
سبتمبر سنة ١٩٦٢ م }

مقدمة الطبعة الأولى

ربنا ولك الحمد ، عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير .
والصلاة والسلام على خاتم رسل الله محمد بن عبد الله المبعوث رحمة للعالمين ،
وعلى جميع الأنبياء والمرسلين ، دعاة الخير والرشاد .
« ربنا آتانا من لدنك رحمة وهيء لنا من أمرنا رشداً » .

وبعد . فإن الفقه الإسلامي قانون عام منظم للعلاقات ، مبين لحكم كل
ما يصدر من تصرفات ، فردية كانت أو جماعية أو دولية ، فهو يتحدث عن الصلة
بين العبد وربّه ، وعن الصلة بين الإنسان والإنسان ، أفراداً وجماعات ، وضع
الوحي الإلهي قواعده العامة ، ومبادئه السامية كاملة في فترة الرسالة « اليوم أكملت
لكم دينكم وأتممت عنايتكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً » . ثم أخذ ينمو
على مر الزمان بفضل ما بذله رجاله من جهد مشكور ، حتى وصل في فترة وجيزة
من الزمن إلى غاية لم يصل إليها غيره في قرون عديدة .

ذلك أنه أسس على قواعد مرنة قابلة للتطبيق مهما اختلفت الأزمان ،
وتنوعت البيئات ، طبقها الفقهاء في يسر وسهولة على ما جد في أزمانهم من
أحداث ، ولم تقف بهم عند هذا الحد ، بل طأوعتهم إلى عالم الفرض والتقدير ،
فقرضوا المسائل ، وقدروا لها الأحكام على ضوء تلك القواعد ، فتكون من
مجموع تلك الاجتهادات بناء ضخم يعتبر ثروة عظيمة صالحة للارتفاع بها في
التقنين الحديث إذا ما مستها يد التنظيم .

ولقد أدرك رجال القانون الغربيون — من زمن بعيد — ما في هذا الفقه
من مميزات ، وما فيه من حلول لمشاكل الحياة ، فأخذوا منه الشيء الكثير ، ثم
اعترفوا به كمصدر من مصادر القانون ، وأنه مستقل عن غيره ، وذلك في
مؤتمراتهم العامة .

فالمؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في مدينة « لاهاي » في دورته الأولى عام ١٩٣٢ م يعترف أعضاؤه من قتماء الألمان والإنجليز والفرنسيين بأن الشريعة الإسلامية مرنة قابلة للتطور ، وإنها إحدى الشرائع الأساسية التي سادت ، ولا تزال تسود العالم .

وفي دورته الثانية عام ١٩٣٧ م في نفس المدينة يقرر بإجماع الآراء القرارات الآتية :

أولاً : اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام .

ثانياً : اعتبارها حية قابلة للتطور .

ثالثاً : اعتبارها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها .

وذلك بعد أن تقدم مندوبا الأزهر في المؤتمر ببحثين . أحدهما في المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية في نظر الإسلام ، . وثانيهما عن « نفي العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني » :

وفي سنة ١٩٤٨ م انعقد مؤتمر المحامين الدولي بمدينة « لاهاي » أيضاً ، وقد اشتركت فيه ثلاث وخمسون دولة ، وكان من ضمن قراراته بناء على اقتراح من لجنة التشريع المقارن فيه ما يلي :

اعترافاً بما في التشريع الإسلامي من مرونة ، وماله من شأن هام يجب على جمعية المحامين الدولية أن تقوم بتبني الدراسة المقارنة لهذا التشريع ، وبالتشجيع عليها .

وأخيراً تنبه رجال القانون عندنا إلى ما سبقهم إليه غيرهم ، فأخذوا طائفة كبيرة من أحكام الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه ، وأدخلوها في تقنينهم ، ثم خطوا خطوة أخرى ، فجعلوا هذا الفقه مصدراً رسمياً من مصادر القانون .

بمعنى أن القاضى إذا لم يجد نصاً تشريعياً ولا عرفاً طبق مبادئ الشريعة الإسلامية ، كما قرر ذلك القانون المدنى الجديد فى الفقرة الثانية من المادة الأولى . ونصها :

« إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف . فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية . فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » (١) .

جاء فى مقدمة المذكرة التفسيرية لمشروع ذاك القانون ما يلى .

بقيت الشريعة الإسلامية كمصدر من المصادر التى استند إليها المشروع ، وقد استمد منها كثيراً من نظرياتها العامة ، وكثيراً من أحكامها التفصيلية ، وقبل هذا وذاك أدخل المشروع فى شأن الشريعة الإسلامية تجديدات خطيرة ، فقد جعلها من بين المصادر الرسمية للقانون المصرى إذا لم يجد القاضى نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه ، والفروض التى لا يعثر فيها القاضى على نص فى التشريع ليست قليلة فسيرجع القضاء إذن للشريعة الإسلامية يستلهم مبادئها فى كثير من الأحكام ، وفى هذا فتح عظيم للشريعة الغراء ، لا سيما إذا لوحظ أن ما ورد فى المشروع من نصوص هو أيضاً يمكن تخريجه على أحكام الشريعة دون كبير مشقة ، فسواء وجد النص أو لم يوجد فإن القاضى فى أحكامه بين اثنتين . إما أن يطبق أحكاماً لا تتناقض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، وإما أن يطبق أحكام الشريعة ذاتها . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، بل أخذ المشروع بنظريات عامة فى الشريعة الإسلامية ، وبأحكام تفصيلية منها ، ثم أفاضت المذكرة فى بيان بعض هذه النظريات .

(١) وفى بعض المواضع يحيل صراحة على أحكام الشريعة الإسلامية فالمادة - ٣٢ - تنص على أنه « يسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية » .

وجاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عن مشروع القانون المدني الجديد بشأن موقف المشروع من الشريعة الإسلامية استمداً منها ، وجعلها مصدراً من مصادره ، كما ورد في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ - ما يلي .

وتبينت اللجنة كذلك أن المشروع اعتمد على الشريعة الإسلامية إلى حد بعيد بين مصادره ، فجعلها مصدراً عاماً يرجع إليه القاضى إذا لم يجد حكماً في التشريع أو العرف ، وجعلها مصدراً خاصاً لطائفة لا يستهان بها من أحكامه ، ولا ينكر ما للفقهاء الإسلامى من مكانة رفيعة بين مذاهب الفقه العالمى ، فكيف وقد كان ولا يزال معتبراً القانون العام فى كثير من المسائل فى مصر ، وفى تقوية الصلة بين المشروع وأحكام الشريعة إبقاء على تراث روحى حرى بأن يسان وأن ينتفع به ، واللجنة تسجل ما صادفت فى المشروع من أحكام أخذت عن الشريعة الإسلامية . كالأحكام الخاصة بنظرية التعسف فى استعمال الحق ، وحالة الدين ، ومبدأ الحوادث غير المتوقعة ، وهذه الأحكام جميعاً تتضمن من القواعد ما يعتبر شاهداً من شواهد التقدم فى التقنيات الغربية ، وإن كان فقهاء الشريعة قد فطنوا إلى ما حوت من أحكام أحكموا سبكه وتطبيقه على ما عرض فى عصورهم من أفضية لقرون خلت قبل أن يخطر شئ من ذلك ببال فقهاء الغرب ، أو من تولوا أمر التشريع فيه .

ونقل المشروع أيضاً عن الشريعة الإسلامية طائفة من الأحكام التفصيلية يكفى أن يشار فى صدها إلى ما تعلق بمجلس العقد ، وإيجار الوقف والحكر ، وإيجار الأراضى الزراعية ، وهلاك الزرع فى العين المؤجرة ، وانقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه بالعدر . هذا إلى مسائل أخرى كثيرة سبق أن اقتبس التقنين الحالى أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وأبقاها المشروع ، كبيع

المريض مرض الموت ، والغبن ، وتبعة الهلاك في البيع ، وغرس الأشجار في العين المؤجرة^(١) والعلو والسفل ، والحائط المشترك ، أما الأهلية والهبة^(٢) والشفعة ، والمبدأ الخاص بأن لا تركة إلا بعد سداد الدين فقد استمد المشروع أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وهي أحكام لها أهميتها في الحياة العملية .

وفي حدود هذا المصدر الثاني كان مسلك المشروع قويا ارتاحت إليه اللجنة وآنست فيه اتجاهها إلى تقدير ما للفقهاء الإسلامى من مزايا أدركها علماء الغرب من زمن بعيد ، وبقي على دول الشرق أى تحملها المحل الخلق بها ، وأن تعبر عمليا عن اعتزازها بها ؛ وحرصها على استدامتها ، ولعل من نافلة القول أن يشار إلى أن هذا المسلك أمعن في رعاية ما للماضى من حرمة ، وأبلغ في قضاء حق القدماء الذين تعهدوا الفقه الإسلامى باجتهدهم ، وأسبغوا على أحكامه من المرونة ما جعلها تتسع لما درج الناس عليه في معاملاتهم ، ولا ترى اللجنة في الرجوع إلى الشريعة الإسلامية على هذا الوجه أى مساس باستقرار المعاملات ، بل ترى فيه تمسكنا لأسباب الاستقرار من طريق تقصى التقاليد الصالحة التى ألفها المتعاملون في البلاد منذ مئات السنين .

هذا ولم يشترط شراح القانون في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامى غير مراعاة التنسيق ما بين الأحكام التى تؤخذ ، والمبادئ العامة التى يقوم عليها التشريع المدنى^(٣) .

(١) جاء في المذكرة التفسيرية لهذا القانون : واستمد المشروع الأحكام الموضوعة في الهبة من الشريعة الإسلامية ، وبخاصة من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا . وبعد كلام تقول : والرجوع في الهبة نقلت أحكامه عن الشريعة الإسلامية .

(٢) راجع الوسيط للدكتور السنهورى ص ٤٥ وما بعدها .

ولنا كبير الأمل في أن لا يقف أمر الفقه الإسلامى فى تشريعنا عند اقتباس بعض الأحكام منه أو الإحالة عليه عند عدم وجدان النص التشريعى، بل يتخطى ذلك إلى ما هو أعم منه وأشمل، يتخطاه إلى أن يُعاد له مكانته ويجعل هو الأساس للتشريع، فهو فقه ولد فى الشرق، ونما وترعرع فى تربته.

ونحن فى عصر نهضة ثورية تهدف إلى القضاء على التبعية والانحياز فى كل شىء، نهضة تقوم على الاكتفاء الذاتى والاستقلال فى كل ناحية، ولا يتم لنا ذلك إلا بتخليص تشريعنا من كل زخيل أو فكرة جاءتنا مع الاستعمار.

والفقه الإسلامى كمغيره من القوانين له خصائصه ومميزاته التى يمتاز بها من حيث نشأته، وتطوره، والأسس التى بنى عليها، والمصادر التى يستمد منها، وفيه مذاهب عديدة تتفق فى بعض نواحيها، وتختلف فى بعضها الآخر.

لهذا ولغيره كان لا بد من تمهيد لدراسته يميز الطريق أمام طالبه، ويجعله يسير فى بحثه على هدى، تمهيد يعطى للطلاب فكرة عامة عنه، ويرسم له صورة واضحة المعالم يرجع إليها إذا ما اشتبه عليه الأمر أو اختلط، تمهيد سمي فى الاصطلاح الحديث بـ « المرفل »

يعرف بهذا الفقه ونشأته، وأدوار تكوينه، وما طرأ عليه من عوامل كانت سبباً فى ازدهاره فى عصوره الأولى، وأخرى كانت عائقة له عن النهوض ومسايرة الزمن فى عصوره المتأخرة، كما يعرف بأشهر المذاهب الفقهية أصحابها ونشأتها وطريقة تكوينها، والتلاميذ الذين عملوا على نشرها، واختلاف الفقهاء وأسبابه فى العصور المختلفة، ثم يبين فى إيجاز مصادره، ما اتفق عليه منها، وما اختلف فيه.

وبعد هذا يعرض للمقارنة بينه وبين القوانين الوضعية، ولبعض ما أثير حوله من شبهات يدفعها فى هدوء، والى أن يكون هذا المدخل وافياً بالغرض.

منه محتقناً لمقصوده ينبغي أن يميم نحو بعض النظريات العامة ، فيعرضها بإيجاز لما فيها من قواعد ومصطلحات ، مجدها طالب الفقه في طريقه . يتعثر فهمه بها ، إذا لم يكن واعياً لها ، ملهاً بمعناها من قبل ، كنظرية الملكية أسبابها وأنواعها ، والعقد وتكوينه ، والشروط المقترنة به ومدى تأثيرها فيه ، والأهلية وعوارضها والولاية ، والنيابة وتقسيمات العقود ، وما يتأثر به العقد في صحته أو لزومه ، إلى غير ذلك من البحوث التي لا غنى عنها لمن أراد دراسة الفقه . .

وعلى ذلك ينقسم هذا المدخل حسبما يقضى به منطق البحث إلى قسمين :

القسم الأول في التعريف والتاريخ ، وما يتعلق بذلك من المقارنة وغيرها . .

القسم الثاني في بعض النظريات الفقهية . قواعدها ومصطلحاتها .

ولقد جعلته وسطاً بين مرتبتي الإيجاز والتطوير ليسكون مرجعاً للطلاب في استذكار ما سمعوه على من محاضرات وعلى الله قصد السبيل ، وهو ولى التوفيق .

محمد مصطفى شبلي

ربيع الأول سنة ١٣٧٦ هـ

أكتوبر سنة ١٩٥٦ م

القِسْمُ الأوَّلُ

فى التعريف بالفقه الإسلامى وبيان أدواره وأصوله وما يتبع ذلك.
من الكلام على المذاهب والمقارنة بينه وبين القوانين الوضعية.

الشريعة والدين والفقه والفرق بينها

الشريعة في لغة العرب تطلق على الطريقة المستقيمة . ومن هذا المعنى قوله تعالى « ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون » (١)

ومثلها في ذلك الشريعة قال تعالى « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » (٢) أى طريقة مستقيمة لا اعرجاج فيها ولا التواء ، كما تطلق على مشرعة الماء وهو مورد الشاربة .

والفقهاء المسلمون يريدون بها « الأحكام التي شرعها الله لعباده على لسان رسول من الرسل » .

وسميت هذه الأحكام شريعة لاستقامتها وعدم انحرافها عن الطريق المستقيم كما وأنها شبيهة بمورد الماء في أن كلا منهما سبيل للحياة ، فهي تحيى النفوس والعقول وهو يحيى الأبدان .

والفهم ماخوذ من الشريعة ، ويراد به سن الشرائع والأحكام ، كما أن شرع معناه . أنشأ الشريعة ، ومنه قوله تعالى « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه » (٣) وقوله « أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله » (٤)

والاصطلاح نسبة إلى الإسلام، والإسلام لغة مصدر أسلم ، وهو يستعمل في الاصطلاح الشرعى . بمعنى الخضوع والانقياد لأمر الله والتسليم لقضائه وأحكامه والرضى بها .

(٣) الشورى - ١٣

(٢) المائدة - ٤٨

(١) الجاثية - ١٨

(٤) الشورى - ٢١

ومنه قوله تعالى « إذ قال له ربه أسلم قال أسلمت لرب العالمين » (١) « وأنبيوا إلى ربكم وأسلموا له » (٢) « ربنا واجعلنا مسلمين لك ومن ذريتنا أمة مسلمة لك » (٣) .

كما استعمل في عقيدة التوحيد المشتركة بين الديانات السماوية كلها ، ولذلك صرح وصف الأنبياء والرسل السابقين بأنهم مسلمون « يحكم بها النبيون الذين أسلموا » (٤) « ما كان إبراهيم يهوديا ولا نصرانيا ولكن كان حنيفا مسلما » (٥) فلما أحس عيسى منهم الكفر قال من أنصاري إلى الله قال الحواريون نحن أنصار الله آمنا بالله وأشهد بأننا مسلمون » (٦)

واشتهر استعماله بمعنى الدين الذي بعث الله به محمدا صلى الله عليه وسلم . ومنه قوله تعالى « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً » (٧) وقوله . « ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه » (٨) وقوله « إن الدين عند الله الإسلام » (٩) « فمن يرد الله أن يهديه يشرح صدره للإسلام » (١٠)

وهو بهذا المعنى الأخير مرادف للشرعية الإسلامية ، فيشمل كل ما جاء به رسول الله من عقائد وتعاليم خلقية وأحكام تشريعية .

فالشرعية الإسلامية أو الإسلام مجموعة الأحكام التي نزل بها الوحي على محمد بن عبد الله صلوات الله وسلامه عليه ،

وهي تنقسم إلى ثلاثة أقسام

(١) البقرة - ١٣١	(٢) الزمر - ٥٤	(٣) البقرة - ١٢٨
(٤) المائدة - ٤٤	(٥) آل عمران - ٦٧	(٦) آل عمران - ٥٢
(٧) المائدة - ٣	(٨) آل عمران - ٨٥	(٩) آل عمران - ١٩
(١٠) الأنعام - ١٢٥		

١ — ما يتعلق بالعقائد الأساسية . كالأحكام المتعلقة بذات الله وصفاته ، وبالإيمان به وبرسله واليوم الآخر وما فيه من حساب وجزاء ، وقد تكفل بهذا النوع علم الكلام .

٢ — ما يتعلق بتهديب النفوس وإصلاحها . كالأحكام المبينة للفضائل التي يجب أن يتحلى بها الإنسان . كالصدق والأمانة والوفاء بالعهد والشجاعة والايثار والتواضع والإحسان والعفو والصفح ، والأحكام المبينة للردائل التي يتحتم على المرء أن يتخلى عنها . كالكذب والخيانة وخلف الوعد والجبن والأنانية والتكبر والإساءة إلى الغير والانتقام، وما إلى ذلك مما تكفل ببيانه علم الأخلاق .

٣ — ما يتعلق ببيان أعمال الناس وتنظيم علاقاتهم بخالقهم كأحكام الصلاة والصوم والزكاة والحج ، وتنظيم علاقات بعضهم ببعض كأحكام البيع والهبة والإجارة والرهن والزواج والطلاق وغيرها . وقد انفرد بهذا النوع علم خاص يسمى علم الفقه .

والمعنى في اللغة يطلق على معان كثيرة . منها ما يتدين به الشخص من الإسلام وغيره ، والطاعة والخضوع ، والجزاء والمكافأة ، والحساب ، والسلطان وغير ذلك ، وقد وردت في القرآن لعدة معان في أكثر من تسعين آية « إن الدين عند الله الإسلام » (١) « لكم دينكم ولي دين » (٢) « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك » (٣) « والذي أطمع أن يغفر لي خطيئتي يوم الدين » (٤)

وهي بوجه عام تدل على علاقة بين طرفين يعظم أحدهما الآخر ويخضع

(١) آل عمران - ١٩ (٢) الكافرون - ٦ (٣) الشورى - ١٣
(٤) الشعراء - ٨٢

له ، فتكون في أحدهما طاعة وخضوعاً ، وفي الآخر أمراً وسلطاناً ، والرباط الذى يربط الطرفين هو ما يدان به .
وهذا المعنى اللغوى يعم كل طاعة وخضوع ، كما يشمل كل ما يدان به من خلق وعادة ومذهب .

والشرعيون يريدون به خضوعاً خاصاً وهو خضوع العبد لربه الذى خلقه ، كما يريدون بما يدان به أحكاماً خاصة شرعها الله لعباده ، ليتعبدوا بها ثم يحاسبهم عليها فى الآخرة .

ومن يتبع كلمة الدين فى آيات القرآن التى أريد بها الأحكام المشروعة يمجدها تطلق فى آيات ويراد بها ما يرادف الشريعة ، وفى أخرى يراد بها ما هو أخص من ذلك ، وهو العقائد الأصلية والمبادئ التى اتفقت عليها الشرائع السماوية كلها .^(١)

فمن الأول قوله تعالى « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً » ، وقوله « إن الدين عند الله الإسلام » ، وقوله « لكم دينكم ولي دين » ، وقوله « ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه » .
فهذه الأحكام التى نزل بها الوحي تسمى شريعة عن جهة أن الله شرعها وأنشأها وتسمى ديناً من ناحية أن العامل بها بدين الله تعالى بعمله ويخضع له مبتغيًا رضاه ومن الثانى قوله تعالى « ألا لله الدين الخالص » والذين اتخذوا من دونه أولياء ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى ،^(٢) . وقوله « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك ، الآية فإن كلمة الدين فى هاتين الآيتين لا تتناول إلا ما اتفقت عليه الرسالات كلها ، وهو توحيد الله والإخلاص له فى العبادة الذى دل عليه قوله تعالى « وما أرسلنا من قبلك من رسول إلا نوحي إليه أنه لا إله إلا أنا فاعبدون » ،^(٣)

(١) الزمر - ٣ (٢) الأنبياء - ٢٥

وقول رسول الله ، نحن معشر الأنبياء أولاد علات ديننا واحد ، (١) .
ولا تتناول التشريعات التي اختلفت فيها الرسالات مما يدل عليه قوله
تعالى ، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ، (٢) .

والفقه لغة هو الفهم والفطنة . يقال : افقه عنى ما أقول لك . أى
أفهمه وافطنه .

وقال الراغب الأصفهاني ، الفقه معرفة باطن الشيء والوصول إلى أعماقه .
ولقد اهتم القرآن كلمة الفقه في الفهم الدقيق ، قال تعالى « فلو لا نفر من
كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين » (٣) . وقال لهم قلوب لا يفقهون بها ، (٤)
وقال « فما لهؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثاً » (٥) . « قالوا يا شعيب
ما نفقه كثيرأ مما تقول » (٦)

ولذلك قال ابن القيم في أعلام الموقعين (٧) : والفقه أخص من الفهم ، لأن
الفقه فهم مراد المتكلم من كلامه ، وهو قدر زائد على مجرد فهم اللفظ في
اللغة ، ويتفاوت الناس في الفهم بتفاوت مراتبهم في الفقه والعلم .

ثم استعمل في عرف الإسلام في نوع من الفهم العميق ، وهو فهم
الأحكام الشرعية .

يدل لذلك الآية السابقة « ليتفقهوا في الدين » وقول رسول الله « من يرد
الله به خيراً يفقهه في الدين » .

(١) بنو العلات : أولاد الرجل من نسوة شتى . سميت بذلك لأن الذي تزوج
امراً أخرى بعد الأولى يكون قد تمتع بالثانية بعد تمتعه بالأولى وهو مأخوذ من
قولهم : علل بعد نهل . أى شرب ثانياً بعد الشربة الأولى .

(٢) راجع تفسير ابن كثير ج ٢ ص ٦٦ ، ج ٤ ص ١٠٩ .

(٣) التوبة - ١٢٢ (٤) الأعراف - ١٧٩ (٥) النساء - ٧٨

(٦) هود - ٩١ (٧) ج ٢ ص ٢٦٤

ولقد كان في صدر الإسلام يطلق على فهم الأحكام الشرعية كلها اعتقادية كانت أو عملية ، فكانت كلمة الفقه مرادفة لكلمة الشريعة والدين بمعناه الأعم . كما كان يطلق على نفس الأحكام يدل لذلك قول رسول الله « رب حامل فقه إلى من هو أفقه منه » .

استمر ذلك الاطلاق الشامل حتى عصر الأئمة . فأبو حنيفة عرف الفقه . « بأنه معرفة النفس ما لها وما عليها » ، وكان يسمى علم الكلام بالفقه الأكبر . ولما تمايزت العلوم وشاع التخصص بين العلماء ضاقت دائرة الفقه وأصبح مختصاً بنوع من الأحكام . وهو الأحكام الشرعية العملية ، فكان يطلق مرة على معرفة تلك الأحكام ، وأخرى على نفس الأحكام التي تستنبط بالاجتهاد . وتبع هذا التخصص تخصيص لفظ الفقهاء بمن يعرف هذا النوع من العلم . ويعرف على الإطلاق الأول : بأنه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية وعلى الثاني : بأنه مجموعه الأحكام العملية المشروعة في الإسلام سواء أكانت شرعية بنص صريح من القرآن والسنة . أم بالإجماع أم باستنباط المجتهدين من النصوص والقواعد العامة .

ولما شاع التقليد بين الفقهاء توسع في إطلاقه فأصبح يطلق على مجموعة الأحكام التي نزل بها الوحي صراحة والتي استنبطها المجتهدون ، وما خرجة المقلدون على قواعد أئمتهم وأصولهم .

وأضحى هذا المجموع هو المسمى بالفقه ، ومن يشتغل به أو يحفظه يسمى فقيهاً ، وبما تقدم يتبين لنا أن الفقه أخص من الشريعة وليس مساوياً لها (١) .

وهذا الفقه نظام شامل ينظم علاقات الإنسان بخالفه ، والعلاقات بين الأفراد والجماعات ، والدولة الإسلامية بغيرها من الدول في السلم والحرب ،

(١) ومن الباحثين من يرى أن الشريعة مساوية للفقه لأنه اختار أنها اسم للأحكام العملية فقط وأنها أخص من الدين . راجع تفسير المنار ج ٦ ص ٤١٢ وما بعدها .

ولهذا قسمه الفقهاء إلى قسمين رئيسيين (١) . عبادات ، وعادات ، وهذا التقسيم مبناه اختلاف المقصود الأصلي منهما ، فما كان الغرض الأول منه التقرب إلى الله وشكره وابتغاء الثواب في الآخرة ، فهو من قسم العبادات ، كالصلاة والصيام والحج والجهاد لتكون كلمة الله هي العليا ، والنذر في القربات .

وما كان المقصود منه تحقيق مصلحة دنيوية ، أو تنظيم علاقة بين فردين ، أو جماعتين وما شاكل ذلك فهو من القسم الثاني « العادات » . كالبيع والإجارة والمزارعة والشركة والحوالة والكفالة والرهن وغيرها .

وهناك فرق آخر بين النوعين متفرع عن الفرق السابق ، وهو أن الأصل في العبادات أنها غير معقولة المعنى ، جاءت بها النصوص آمرة أو ناهية ، لا يعلم حقيقتها إلا الله ، وكل ما نعرفه من حكمها وعللها مما ورد به النص ، أو عرف بالاستنباط لا أثر له في قياس ولا إباحة ولا إلغاء .

ولذلك ضلت العقول ضلالا كبيرا فيها في زمن الفترات ، فخلطوا الحق بالباطل « وما كان صلاتهم عند البيت إلا مكاء وتصدية » (٢) « ما نعبدكم إلا ليقربونا إلى الله زلفى » (٣) .

(١) قسم فقهاء الشيعة الإمامية موضوعات الفقه إلى أربعة أقسام . العبادات ، والعقود ، والإيقاعات ، والأحكام . ووجه الحصر . أن المبحوث عنه في الفقه إما أن يتعلق بالأمور الأخروية أو الدنيوية ، فإن كان الأول فهو عبادات ، أما الثاني فإما أن يحتاج إلى صيغة أولا ، فغير المحتاج إلى صيغة هو الأحكام . كالديات والقصاص والميراث والأطعمة ، وما يحتاج إلى صيغة فقد يكون من الطرفين أو من طرف واحد ، فإذا كان من طرف واحد سمي بالإيقاعات ، كالطلاق والعقود والنذر ، وإن كان من طرفين سمي بالعقود ، وبدخل فيها المعاملات والنكاح . مقدمة المختصر النافع .

(٣) الزمر - ٣

(٢) الأنفال - ٣٥

ولا أدل على أنها مقصورة على التعبد بما تراه فيها من أمور كثيرة يعجز العقل عن إدراكها ، وإن أدركها فإنما يكون على وجه الإجمال لا التفصيل .

وأما العادات فالأصل فيها أنها معقولة المعنى ، يدرك العقل كثيراً من أسرارها ، لذلك نرى العقلاء في زمن الفترات استعملوا عقولهم في تشريعها ، فأصابوا في الكثير منها ، وإن كان الترفيق جانبهم في بعضها الآخر ، ولما جاء الإسلام أقر بما كانوا يتعاملون به أموراً غير قليلة .

برشدنا إلى ذلك أساليب التشريع فيها ، فهو لم يعتمد إلى التفاصيل ، بل جاء بالاصول الكلية ، والقواعد العامة : ثم أكثر من التعليل ليكون ذلك عوناً للفقهاء على التطبيق مهما تغير الزمن واختلفت البيئات ، وأما العادات فهي على العكس من ذلك ، فالقرآن جاء بها إجمالاً ، والرسول بينها . أكل بيان .

ثم إن العادات عندهم تنقسم إلى مجموعات اختلف الفقهاء في عددها حسب اختلاف أنظارهم ، ويمكن تسمية كل مجموعة باسم خاص .

والفقهاء لم يذهبوا طويلاً في طريق الفصل بين هذه المجموعات — كما فعل رجال القانون الوضعي — لانعدام الفائدة المترتبة على هذا الفصل في نظرهم . حيث لم يكن عندهم قضاء متنوع يختص كل نوع منه بالفصل في دعاوى خاصة ولم يكن هناك إجراءات مختلفة في إثبات الحقوق ، فالقضاء موحد ، والإجراءات تكاد تكون واحدة ، والقاضي يحكم في كل نزاع يرفع إليه لا فرق في ذلك بين ما يتعلق بالأموال ، وما يتعلق بالدماء والأعراض وغيرها .

ومع هذا فإننا نجد الفقه الإسلامي جاء بجميع فروع القانون الوضعي الحديث . العام منه والخاص .

فالقانون العام الخارجي : وهو المسمى بالقانون الدولي العام بحثه الفقهاء في

المسائل المتعلقة بالحروب وأسبابها ونتائجها (١) . وعلاقة الأمة الإسلامية بغيرها ، وهى مجموعة تحت عنوان السير (٢) والمغازى . وجميع كتب الفقه فى المذاهب المختلفة عرضت هذا النوع عرضاً وافياً ، كما أن الفقهاء ألفوا فيه تأليف خاصة ، ككتابتى السير الصغير ، والسير الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيبانى تلميذ أبى حنيفة ، وكتاب السير للإمام الأوزاعى إمام أهل الشام ، وكتاب الرد على سير الأوزاعى للإمام أبى يوسف تلميذ أبى حنيفة ، وغير ذلك مما حوته المكتبة الإسلامية .

والقانون العام الداخلى بأنواعه الأربعة : الدستورى ، والإدارى ، والمالى والجنائى بحثه الفقهاء ما بين موسع ومضيق .

فالجنائى بمجموع فى أبواب خاصة من كتب الفقه تحت عنوان « الجنائيات وقطاع الطريق ، والحدود والتعزيرات ، وفيها تفصيل لأنواع الجنائيات ، وتبيان للعقوبات التى قدرها الشارع لبعض الجنائيات ، والعقوبات التى تركها من غير تقدير مفوضة إلى أولى الأمر من الحكام والقضاة .

والقانون المالى ، بحثه الفقهاء فى مواضع متفرقة من كتب الفقه العامة عند الكلام على الزكاة ، والعشر والخراج ، والجزية ، والركاز وغيرها ، وفى كتب خاصة . ككتاب الخراج لأبى يوسف تلميذ أبى حنيفة ، وقاضى القضاة فى عهد هارون الرشيد ألفه لما طلب منه الخليفة وضع كتاب تسير عليه

(١) من عقد الصلح بعد الحرب والمعاهدات وتملك أموال الغنائم ومعاملة الأسرى والتصرف فيهم ومعاملة غير المسلمين من أهل الذمة والمستأمنين والحريين وغير ذلك .

(٢) سميت بالسير لأنها تبين سيرة المسلمين فى المعاملة مع المشركين من أهل الحرب ومع المرتدين عن الإسلام وغيرهم من الذميين والمستأمنين وأهل العهد ، وسميت بالمغازى لأن أصلها غزوات الرسول صلى الله عليه وسلم .

الدولة في السياسة المالية ، وهذا النوع بوجه عام يبحث في تنظيم بيت المال « خزانة الدولة » ببيان موارده والأموال التي توضع فيه ، والوجوه التي تصرف فيها هذه الأموال .

أما القانون الدستوري الذي يحدد شكل الحكم في الدولة ، ويبين السلطات العامة فيها ، ويوزع الاختصاصات بينها ، ويحدد علاقات التعاون أو الرقابة بين هذه السلطات ، وبين الحريات العامة ، وحقوق الأفراد قبل الدولة ، أو كما يقول الفقهاء : إنه ينظم علاقة الحاكم بالمحكومين ، وبيان كيفية اختيار الولاة وشروطهم ، وحقوق الناس عليهم ، وأحكام العدل والمساواة والشورى .

والقانون الإداري : وهو مجموعة القواعد التي تحكم نشاط السلطة التنفيذية في أداء وظيفتها . وقيامها على أمر المرافق العامة ، فلم تعرض لهما كتب الفقه بهذا العنوان وإنما عرضت لهما بعنوان السياسة الشرعية ، أو الأحكام السلطانية وفيها كتب خاصه مثل كتاب السياسة الشرعية لابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ وكتاب الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي المتوفى سنة ٤٥٠ هـ ، وكتاب الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى الخنيلي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ .
والقانون الخاص بفروعه .

القانون المدني المنظم للأحوال العينية فهو قسم من المعاملات في الفقه الإسلامي التي تنظم الأحوال كلها عينية كانت أو شخصية (١) .

(١) هذا التقييم اصطلاح قانوني غير موجود في الفقه الإسلامي ، ولقد حدد قانون تنظيم القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ م الأمور التي تعتبر من الأحوال الشخصية ليمتد اختصاص القضاء الشرعي والأهلي حينذاك . فالمادة ١٣ — منه تنص على أن الأحوال الشخصية تشمل المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة =

والقانون التجارى . بحث الفقهاء منه ما كانوا يحتاجون إليه فى زمنهم فى أبواب الشركات والمضاربة والتفليس ، ثم جعلوا العرف حكما فيما يحدد فيها ، لأن التجارة حينذاك لم تكن تشعبت وتعقدت صورها كما هى عليه الآن ، بل كانت سهلة يسيرة .

وأخيراً نجد قانون المرافعات . وهو مجموعة القواعد التى تبين ما يجب اتخاذه من أعمال وإجراءات لتطبيق أحكام القانون المدنى والتجارى ، فهو يتبع الدعوى منذ رفعها إلى تنفيذ الحكم فيها .

هذا القانون بحث الفقهاء أحكامه فى أبواب الدعوى والقضاء والشهادة ، بينوا فيها كيفية رفع الدعوى ، وما يجب إتخاذه من خطوات حتى تنتهى بالحكم فيها ، والدعوى الصحيحة التى تسمع ، وغير الصحيحة التى لا تسمع أمام القضاء . وهكذا نجد الفقه الإسلامى يحكم كل التصرفات الفردية والجماعية والدولية ، وما تراه من نقص فى تفصيل بعض فروع القانون يمكن تكميله على ضوء قواعده العامة ، وأصوله المرنة ،

نشأة الشرائع

الشرائع سواء كانت سماوية أو وضعية لا توجد إلا حيث يوجد المجتمع البشرى ، لأن المجتمع يعيش بروابط بين أفراد ، وهذه الروابط تحتاج إلى قانون ينظمها ، فإذا لم يوجد المجتمع انعدمت الروابط ، فلا حاجة إلى القانون ، ولذلك اتفق العلماء على أن تاريخ الشرائع مصاحب لتاريخ العمران فى هذا

== والأقرار بالآبوة وانكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصايا والقيامة والحجر والأذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً . وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالموارث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، ولما كان ==

الوجود (١) ، لانه لا عمران إلا باجتماع ، ولا اجتماع إلا باتفاق على طريقة توزيع العيش ، ولا اتفاق إلا بقواعد تحدد حقوق كل فرد وواجباته ، وهذه القواعد لا تبقى صالحة إلا بوجود سلطة تقررهما وتحافظ عليها .

حاجة الناس إلى التشريع

والإنسان في حياته محتاج إلى التشريع ، لانه خلق ومعه قوتان متنازعتان قوة الشهوة التي تدفعه إلى الشر ، فيتجاوز حدوده بانتهاك الحرمات ، والاعتدال على الخير ، وقوة العقل التي تدعوه إلى الخير ، فيسير في الطريق المستقيم معتدلاً في كل شيء . والعقل وحده لا يستطيع مقاومة الشهوة ، لأن الدنيا مليئة بالمغريات والملذات التي تثير في النفس عوامل الشر ، فيندفع الإنسان إلى تحقيق رغباته التي لا تقف عند حد ، والتاريخ أصدق شاهد على ذلك ، فكم من سوادث وقعت أثارتها شهوة جامحة عجز العقل عن كبحها أعقبتها شرور وآثام ؟

ومن هنا كان لابد للعقل من معين يسانده حتى تتغلب قوة الخير ، أو على الأقل تتعادل القوتان ، ويصبح الإنسان — بحق — خليفة الله في أرضه يقيم حدوده ، ويرعى محارمه ، هذا المعين هو القانون الذي يميز الخير من الشر ، ويبين لكل فرد ماله من الحقوق ، وما عليه من واجبات .

والقوانين الوضعية مهما ارتقت لا تحقق ذلك على أكمل وجه ، لأنها نتاج الفكر الإنساني ، والعقل البشري الذي عجز أول الأمر عن مقاومة الشر ، ولا أدل على هذا من كثرة التعديل والتغيير فيها لتلافي عيوبها ، وسد الثغرات التي تتسبب في بنائها كلما طال زمن تطبيقها .

== القانون المدني الجديد قد اعتبر الهبة عقداً مدنياً خالصاً نصت المادة — ١٤ — من القانون السابق على أن « الهبة تعتبر من الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك . »

(١) وسند الشرعيين في ذلك ثبوت رسالة آدم عليه السلام . جاء في تفسير القرطبي :

ويرجع ذلك إلى تفاوت العقول البشرية في إدراكها للأمور ، واختلاف مقاييس الخير والشر في نظرها ، وقصر إدراكها لحقائق الأشياء الغامضة ، وعدم استطاعتها كشف ما يحجب به المستقبل من أحداث ، وعدم عصمتها من الاندفاع وراء الشهوات ، وأخيراً خلوها من عنصرى الدين والأخلاق الذين يرجع إليهما الفضل في تهذيب النفوس : وبها يعم التنظيم ظاهر الإنسان وباطنه .

ولهذا كله كان الإيمان بتلك القوانين ضعيفاً ، والخضوع لها منشؤه الخوف من الوقوع تحت طائلة العقاب ، فإذا أمن المرء جانبه لم يكن في نفسه أثر لهيمنة والاحترام ، ولم يكن من الرجوع إلى قانون آخر يملك على الناس مشاعرهم باطنهم وظاهرهم على حد سواء ، حتى يقع الامتثال له عن رضا ورغبة لا عن خوف ورهبة ، ولن يكون إلا من صنع خالق البشر العليم بأسرار النفوس وخفاياها ، وأسرار المستقبل وما يحجب به من أحداث ، وليس لديننا منه إلا الشريعة الإسلامية التي ختمت بها رسالات السماء ، جاءتنا بقواعد ومبادئ عامة ، وأنس سائمة صالحة للتطبيق حتى يرث الله الأرض ومن عليها .

نشأة الشريعة الإسلامية

ظهرت هذه الشريعة أول ما ظهرت في شبه الجزيرة العربية ، ولمع أول شعاع من نورها في أوائل القرن السابع بعد الميلاد سنة ٦١٠ م . ظهرت بنزول

== ج ١ - س ٢٢٥ إن آدم عليه السلام أول رسول وهو خليفة الله في إمضاء أحكامه وأوامره ، كما في حديث أبي ذر قال : قلت يا رسول الله أنبيا كان مرسلًا؟ قال : نعم ، أرسل إل ولده وكانوا أربعين ولدًا في عشرين بطنًا في كل بطن ذكر وأنثى ، وتوالدوا حتى كثروا ، كما قال الله تعالى « خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء » ونزل عليه تحريم الميتة والدم ولحم الخنزير .

الوحي لأول مرة على محمد بن عبد الله صلوات الله وسلامه عليه . ونمت في هذه التربة ، واستقام عودها ، ومنها خرجت إلى البلدان الأخرى .

وإذا كان للبيئة تأثير كبير في كل شيء ، فلا نستطيع في دراستنا لتاريخ هذه الشريعة أن نلغى حالة العرب قبل الإسلام ، فنعرض بإيجاز لحالتهم العلمية والدينية والقانونية لنقف منها على البواعث الداعية لإنزال هذه الشريعة .

حالة العرب قبل الإسلام

كانت الأمة العربية — في مجموعها — أمة أمية لا تعرف القراءة ولا الكتابة ولا علم الحساب ، يقول الله تعالى « هو الذي بعث في الأميين رسولا منهم يتلو عليهم آياته ويزكيهم ويعلمهم الكتاب والحكمة وإن كانوا من قبل لفي ضلال مبين » (١) ويقول الرسول الكريم « بعثت إلى أمة أمية ، وفي حديث آخر « نحن أمة أمية لا نحسب ولا نكتب ، الشهر هكذا وهكذا وهكذا ، مشيراً بأصابعه (٢) .

وبعث الله فيهم رسولا منهم أميا كما أخبر بذلك القرآن في الآية السابقة ، وفي آيات أخرى كقوله تعالى « الذين يتبعون الرسول النبي الأمي » (٣) وقوله « فأمنوا بالله ورسوله النبي الأمي » (٤) وقوله « وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه يمينك إذا لارتاب المبطلون » (٥) .

(١) الجمعة — ٢

(٢) فسر الأمية في هذا الحديث بأنها لا تحسب ولا تكتب أي لا تعرف علم الحساب ولا الكتاب ، والأمي منسوب إلى الأم ، وهو الباقي على أصل ولادة أمه لم يتعلم كتابا ولا غيره ، فهو على أصل خلقته التي ولد عليها . راجع الموافقات ج ٢ ص ٦٩ وتفسير القرطبي ج ٧ ص ٢٩٨

(٣) ، (٤) الاعراف — ١٥٧ ، ١٥٨ (٥) العنكبوت — ٥٨ .

تعاونت هذه الأمية مع البداوة على إبعاد العرب حينذاك عن الحضارة والعلم ، فلم تسكن لهم حضارة تقوم على أسس يعرفونها ، ولا علوم مدونة في كتب يدرسونها ، وليس معنى هذا أنهم تجردوا من كل فضل ، بل كان لهم نصيب من ذلك وإن اختلط فيه الطيب بالخبث .

يقول الأستاذ أحمد أمين (١) : ولم يصل لأهل الحجاز من العالم المتحضر إلا أثارة من اليهودية والنصرانية ، وقليل من الحكمة والفلسفة من طريق غير معبد ومع هذا فإنهم وإن لم يرثوا المدنية وعلماً عن أمم حكموهم ، وتعاقبوا عليهم فقد أورثهم استقلالهم أنفة وعزة واعتداداً بالنفس ، وحرية جاوزت الحد ، حتى لقد حاولوا أن يكونوا ملوكاً أجمعين ،

ويقول الشاطبي في موافقاته (٢) « واعلم أن العرب كان لهم اعتناء بعلوم ذكرها الناس ، وكان لعقلائهم اعتناء بمكارم الأخلاق ، واتصاف بمحاسن الشيم ، فصحت الشريعة منها ما هو صحيح ، وزادت عليه ، وأبطلت ما هو باطل ، وبينت منافع ما ينفع ومضار ما يضر منه » .

وهذه العلوم عرفوها بالتجربة بما يتلائم مع حياتهم البدوية ، وقد كان منها الصحيح الذي جاء القرآن مقررراً له ، والفاسد الذي أبطله وشدد النكير على من أخذ به .

من ذلك علم النجوم وما يختص بها من الاهتداء في البر والبحر واختلاف الأزمان باختلاف سيرها ، وقد أقره القرآن في آيات كثيرة (٣) .

(١) فجر الإسلام ص ٢١١ .

(٢) ج ٢ ص ٧١٠

(٣) منها « وهو الذي جعل لكم النجوم لتهتدوا بها في ظلمات البر والبحر » « وبالنجم هم يهتدون » « هو الذي جعل الشمس ضياءً والقمر نوراً وقدره منازل لتعلموا عدد السنين والحساب » « يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج »

ومنها علم الأنواء (١) يعرفون به أوقات نزول المطر ، وهبوب الرياح
المثيرة لها وانشاء السحاب ، وكانوا يضيفون نزول الأمطار وهبوب الرياح
والحر والبرد إلى الأنواء فأبطل القرآن ذلك وبين أن الله هو صاحب القدرة
على هذه الأشياء ، ولادخل للسكواكب في شيء منها (٢) .

ومنها علم التاريخ وأخبار الأمم الماضية ، فأنهم القرآن بأخبار الغيب التي
لا يعرفونها ، تلك من أنباء الغيب نوحيها إليك ما كنت تعلمها أنت ولا قومك
من قبل هذا ، (٣) .

ومنها علم الشعر وروايته والتفنن في فنون البلاغة ، والخوض في وجوه
الفصاحة ، والتصرف في أساليب الكلام ، وكان هذا موضع نفخهم وهو أروج
يضاعتهم ، فجاءهم بالقرآن متحدياً أيأهم فعجزوا .

ومنها علم الطب : أخذوه من التجارب ، فأقر الإسلام صحيجه ، وأبطل
فاسده كما بطلاله التداوى بالخر ، فالرسول يقول في شأنها : إنها داء وليست دواء ،
وقال في شأن الرقي : لا بأس بما ليس فيه شرك ، وقال : إن الله تعالى أنزل

(١) الأنواء جمع نوء وهو - كما يقول الزخشرى في أساس البلاغة - أن يسقط نجم
مع طلوع الفجر ويطلع في حياله نجم على رأس أربعة عشر منزلاً من منازل القمر .
فيسمى ذلك السقوط والطلوع نوءاً . وفي القساموس النوء النجم مال للغروب ، أو
سقوط النجم في المغرب مع الفجر وطلوع آخر يقابله في ساعته في المشرق

(٢) قال تعالى : والله الذي أرسل الرياح فتثير سحاباً فسقناه إلى بلد ميت فأحييناه به الأرض
بعد موتها ، « وأرسلنا الرياح لواقح » ، وينشئ السحاب الثقال ، وفي الحديث
القدسي : أصبح من عبادي مؤمن بي وكافر فأما من قال : مطرنا بفضل الله ورحمته فذلك
مؤمن بي كافر بالسكواكب ، ومن قال مطرنا بنوء كذا وكذا فذلك كافر بي
مؤمن بالسكواكب ،

(٣) هود - ٤٨

الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداؤوا ولا تداؤوا بحرام ، أخرجه
أبو داود .

ومنها ما كان وسيلة إلى معرفة الغيب وما يقع في المستقبل كعلم العياقة (١)
أو الزجر والطيرة والاستقسام بالأزلام والكهانة وخط الرمل ، وهي وسائل
اخترعوها بعد أن كان طريق المعرفة عندهم الرؤيا وبشارات الأنبياء من قبلهم
فلما جاء القرآن أبطل ذلك لأنه تخرص على الغيب من غير دليل ، وبين لهم
الطريق السليم لمعرفة الغيب وأنه لا يكون إلا بالوحي ، عالم الغيب فلا يظهر على
غيبه أحداً إلا من ارتضى من رسول (٢) ، « ولو كنت أعلم الغيب لاستكثرت
من الخير وما مسنى السوء » (٣) ، فلما خر تبينت الجن أن لو كانوا يعلمون
الغيب ما لبثوا في العذاب المهين ، (٤)

ولما انقطع الوحي لم يبق إلا الرؤيا الصادقة ، وهي جزء من النبوة والإلهام
والفراسة وهما للخاصة فقط (٥) .

(١) العياقة هي زجر الطير ، وأصله أن يرى الطائر بحصاة أو يصيح به فان ولاه
في طيرانه ميامنه تفاعل به ، وإن ولاه مياسره تطير منه أي تشام . الطيرة بوزن العنية
ما يتشام به من الفأل الرديء ، وفي الحديث « إنه كان يحب الفأل الحسن ويكره الطيرة »
الأزلام جمع زلم وهي أقداح ثلاثة مكتوب على أحدها « أمرني ربى » وعلى الثاني
« نهاني ربى » والثالث غفل لاشيء عليه . وكانوا يضربون هذه القداح عندما يريدون
أمرأ من الأمور ، فان خرج الاول مضوا فيه ، وإن خرج الثاني تجنبوا هذا الأمر ،
وإن خرج الثالث الغفل ضربوها مرة أخرى إلى أن يخرج الأمر أو النسا هي .
والاستقسام طلب الانسان ما قسم له من جهتها ، راجع أساس البلاغة ؛ ومختار الصحاح
والقاموس ، والتاريخ الاسلامي للشيخ الخضرى .

(٢) الجن - ٢٦ (٣) الأعراف - ١٨٨

(٤) سبأ - ١٤ (٥) راجع حجة الله البالغة ج ١ ص ١٢٤ وما بعدها

والموافقات للشاطبي ج ٣ ص ٧١ وما بعدها .

ومن ذلك ما كان عندهم من الإلمام ببعض الضوابط الفقهية التي يفصلون بها خصوماتهم ، كقولهم في القصاص : القتل أنفى للقتل ، والدية على العاقلة ، ونظام القسامة (١) غير أن تطبيق هذه المبادئ ، كان يلتوى حيناً ، ويلغى حيناً آخر ، فيندفع أولياء القتيل في طريق معوج وهو الأخذ بالنار الذي لا يقف عند حد ويرجع ذلك إلى أنهم لم يكن عندهم سلطة عليا تشرف على التنفيذ ، وأن القضاء لم يكن ملزماً .

ولما جاء الإسلام أقر تلك المبادئ بعد أن هذبها ، وجعل القضاء بها ملزماً واجب التنفيذ ، وسوى بين الناس لا فرق بين رئيس ومزدوس ، ولا بين غنى وفقير ، ولا بين صغير وكبير ، ولا بين رجل وامرأة ،

وقد كانت لهم مع تلك العلوم معاملات مالية وغير مالية تعاملوا بها بحكم الحاجة إليهم ساروا فيها على ضوء ما بقى عندهم من شريعة إبراهيم وولده إسماعيل عليهم ما السلام ، وما نقل إليهم من الشريعة الموسوية التي دخلت بلادهم مع جماعة من اليهود (٢) الذين رحلوا إليهم من الشام من كثرة الاضطهاد وما عرفوه من أنظمة الدول المجاورة كالفرس .

(١) وهي أنه إذا وجد قتيل في محلة ولم يعرف تأنله جاء أهل القتل واختاروا خمسين رجلاً من أهل تلك المحلة يحلفون اليهم ما قتلوه ولا يعرفون له قاتلاً ، فإن فعلوا حكموا بالدية على جميع أهل المحلة لأولياء القتل .

(٢) دخل اليهود شبه الجزيرة العربية طلباً للرزق قبل ميلاد المسيح . وقراراً من اضطهاد أباطرة الرومان مرة أخرى بعد ظهور المسيحية ، وكان منهم المتعصب لدينه ومنهم الباحث عن المال وكسبه من أى طريق اتفق له ، فزرعوا وتاجروا وصنعوا السيوف والدروع وباعوها لقبائل العرب ليتقاتلوا بها ، وتعاملوا بالربا فأخذ العرب عنهم ؛ وتكونت لهم دولة في اليمن اضطهد ملوكها المسيحيين وقتلهم حتى جاء النجاشي ملك الحبشة المسيحي وانتقم للمسيحيين فأزال دولتهم إلى غير رجعة (راجع التاريخ الإسلامى للشيخ الحضري وحياة محمد الدكتور هيكمل)

والروم بواسطة الاتصال الذي كان يتم عن طريق التجارة والرحلات .

وقد دخل هذه المعاملات مفاسد كثيرة حتى كاد يضيع أساسها السليم ، فترى بجانب البيع عن تراض من المتبايعين البيع بإلقاء الحصاة وبيع الملامسة والمنازمة وبيع الغرر والربا .

كما تجد بجانب النكاح الصحيح وهو ما يكون بخطبة ومهر وعقد أمام شهود أنواعاً أخرى تمجها النفوس ، وتأنف منها الطباع السليمة ، كزواج الأخدان . وهو أن يشترك جمع من الرجال في الزواج بامرأة واحدة ، وقد حرمه الإسلام ، ومثله في ذلك زواج المقت ، وهو أن يرث الابن الأكبر زوجة أبيه بعد موته فيتزوجها شاءت أم أبت وغيرهما (١) .

حتى إن الزواج الصحيح عندهم ما كان يسير في طريق مستقيم لما أدخلوه عليه من مفاسد ، فتعدد الزوجات الذي لا يقف عند حد ، ونظام الطلاق الذي لا ينتهى عند عد ، فرجل يتزوج ماشاء من النساء وآخر يطلق امرأته ثم يعيدها . يفعل ذلك المرة بعد المرة دون حساب أو رقيب .

روى الترمذى بسنده عن عروة عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت كان الرجل في الجاهلية يطلق امرأته ماشاء أن يطلقها وهي امرأته إذا ارتجعها وهي في العدة وإن طلقها مائة مرة أو أكثر ، حتى قال رجل لامرأته : والله لا أطلقك فتبينى منى ولا آويك أبداً ، قالت وكيف ذلك ؟ قال : أطلقك فبكلمت عدتك أن تنقضى راجعتك ، فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخبرتها فسكتت عائشة حتى جاء النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته فسكت النبي حتى نزل القرآن « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، الآية (٢) » .

(١) راجع منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٥ .

(٢) المرجع السابق ص ٢١٤ .

وهكذا في بقية ما تعاملوا به من إجارة وشركات ومضاربة ورهن وغيرها .
وأما تدينهم فقد كانت لهم عبادات من صوم وحج وصلاة ، فصاموا يوم
عاشوراء ، وطافوا حول الكعبة وعظموها ، وصلوا ودعوا حول البيت ولكن
ذلك كان هزراً كما جاء في القرآن ، وما كان صلاتهم عند البيت إلا مكاء وتصدية
فدوقوا العذاب بما كنتم تكفرون ، (١) .

عبدوا الأصنام (٢) والأوثان ، وقربوا لها القرابين ، لاعتقادهم أنها تقربهم
إلى الله كما جاء في القرآن على لسانهم « مانعبدكم إلا لقربونا إلى الله زلفى » (٣) .
من هذا نرى أن العرب كان لهم دين لكنه لم يكن له وشرک ، ولهم قانون ولكنه
في نطاق ضيق ، غير أنه لم تكن هناك سلطة عليا تشرف على تنظيمه وتطبيقه
فالعربي مركز في طبيعته حب السلطان والرياسة ، وقلبا يخضع لسلطان غيره
إلا تحت تأثير القوة القاهرة ، أو الولزع الديني ، ولو كان ذلك الغير أباه ، أو
أنحاه ، أو أقرب الناس إليه .

وفي الحق أن هذا النظام لم يكن سائداً بين جميع العرب ، وكيف يسود وهم

(١) الأنفال — ٣٥ .

(٢) قيل الصنم معرب شمن وهو الوثن فهما واحد ، والمراد بهما ما عبده العرب من
دون الله مما اتخذوه من الأحجار أو الأخشاب أو المعادن .
وقيل بالفرق بينهما ، فالصنم ما كان على شكل الإنسان من معدن أو خشب ، والوثن
ما كان على شكله من حجر . القاموس وأساس البلاغة ، المختار . وحياة محمد للدكتور
هيكل .

وأول من أدخل عبادة الأوثان في العرب قيل هو عمرو بن لحي قبل بعثة الرسول
بما يقرب من ثلاثمائة سنة كما أدخل كثيراً من المفاسد كتسبيب السوائب وبحر
البحائر . راجع حجة الله البالغة ج ١ ص ١٢٤ وما بعدها .

(٣) الرمز - ٢ .

قبائل عديدة متباينة التقاليد والعادات ، والوطنية عندهم وطنية قبلية لاوطنية شعبية ؟

والتاريخ يحدثنا بالشئ الكثير عما كانوا عليه من الفوضى والاضطراب وما قبح من العادات .

فمن عاداتهم القبيحة التي أبطلها الإسلام . نكاح الشغار ، وهو أن يتفق شخصان على أن يزوج كل منهما قريبته للآخر ، فتعتبر المرأة مهرأ للآخرى ، حتى إذا ماتت إحدى الزوجتين يسترد زوجها قريبته من الآخر حتى يزوجه امرأة أخرى بدلا منها !!

هذا العمل ألغاه الإسلام ، وجعل للمرأة حرية اختيار الزوج ، وجعل لها مهرأ لازماً ، ومثله في ذلك نكاح الأخدان ونكاح المقت وقد سبقت الإشارة إليهما .

ومنها . أن المدين إذا عجز عن أداء ما عليه كان للدائن أن يسترقه في نظير دينه ، فجاء الإسلام وحرم ذلك فقال : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون » (١) بل زاد في ذلك فجعل الأداء على بيت المال عند الإعسار ، وجعل الغارمين صنفاً ممن يعطى لهم الصدقات ، وإنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين ، (٢)

وتلك حروبهم التي قامت لسبب تافه ، أو لغير سبب ، فمن أجل سبة لجارية ، أو لطمة لغلام تدور رحى الحرب ، وتدوم السنين الطوال حتى يعم الخراب والدمار ، فتؤيم النساء ، وتيتم الأطفال وتنتهك الأعراض ، ويبيت كل واحد منهم غير آمن على نفسه وماله ، (٣) وإذا دعا داع للحرب لبوا الدعوة من غير سؤال عن السبب ، حتى قيل في وصفهم :

(١) البقرة — ٢٨٠ . (٢) التوبة — ٦٠ .

(٣) فخر اليسوس التي قامت بين بكر وتغلب ومكثت أربعين عاماً كان سببها =

لايسألون أخاهم حين يندبهم في النائبات على ما قال برهانا
ولقد كان من مبادئهم (١) : أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً ، وفي هذا يقول
شاعرهم :

إذا أنا لم أنصر أخى وهو ظالم على القوم لم أنصر أخى وهو يظلم
وبالجملة فقد كانت النفوس والأموال والأعراض لآحرمة لها عندهم إلا في
القليل النادر .. يقول ابن خلدون في مقدمة تاريخه (٢) كلاماً كثيراً تقتطف منه
العبارة الآتية :

ليس عندهم في أخذ الأموال حد ينتهون إليه ، وليس لهم عناية بالأحكام
وزجر الناس عن الفساد إنما همهم ما يأخذونه من أموال نهباً أو مغرمات ، فإذا
توصلوا إلى ذلك أعرضوا عما بعده من تسديد أحوالهم ، والنظر في مصالحهم ،
وهم متنافسون في الرياسة ، وقل أن يسلم واحد منهم الأمر لغيره ، ولو كان
أباه أو أخاه أو كبير عشيرته إلا في الأقل النادر ، فتتعدد الأحكام منهم
والأمراء وتختلف الأيدي على الرعية في الجباية والأحكام ، فيفسد العمران
وينتقض .

= أن رمى أحدهم ضرع ناقة للفريق الآخر . وكانت - كما وصفها الواصفون - قد فنى
الحيان وشكلت الأمهات وتيمم الأطفال . دموع لا ترقأ وأجساد لا تدفن إلخ
وحرب داحس ، والغبراء التي أحدثت اضطراباً واسعاً وقتل بسببها الألوف
من البشر كانت من أجل السباق .

ولا تنس ما كان بين الأوس والخزرج من حروب طويلة مفضية قضى عليها الإسلام
(١) وأول من قاتلها جندب بن العنبر بن عمرو بن تميم وكانوا يريدون بها ظاهرها الذي
يتفق وحمة الجاهلية . فلما جاء الإسلام فسرّها النبي صلى الله عليه وسلم بما يتفق ومبادئ
الإسلام فشرح نصرة الظالم برده عن ظلمه .

(٢) ص - ١٢٦ .

ويقول الأستاذ الإمام محمد عبده في رسالة التوحيد (١) بعد أن وصف الفساد الذي ساد كل الأمم قبيل بعثة النبي صلى الله عليه وسلم « وكانت الأمة العربية قبائل متخالفة في النزعات خاضعة للشهوات ، شخر كل قبيلة في قتال أختها وسفك دماء أبطالها ، وسبي نساءها ، وسلب أموالها ، تسوقها المطامع إلى المعامع ويزين لها السيئات فساد الاعتقادات ، وقد بلغ العرب من سخافة العقل حداً صنعوا فيه أصنامهم من الحلوى ثم عبدوها ، فلما جاعوا أكلوها ، وبلغوا من تضعضع الأخلاق وهنا قتلوا فيه بناتهم تخلصاً من عار حياتهن ؛ أو تنصلاً من نفقات معيشتهم ، وبلغ الفحش منهم مبلغاً لم يعد معه للعفاف قيمة ، وبالجملة فكانت ربط النظام الاجتماعي قد تراخت عقدها في كل أمة ، وانقسمت عراها عند كل طائفة ، .

وهذه الحالة — كما ترى — تحتاج إلى علاج حاسم ، ولا علاج إلا بقانون عام ينظم أحزاهم ، ويقضى على الفساد فيهم ؛ ولا ينفع القانون إلا بوجود سلطة عادلة تشرف على تنفيذه كما قيل .

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهلهم سادوا
هذا عرض سريع لحالة العرب قبل الإسلام ومنه نرى أنهم كانوا في حالة لا يحسدون عليها . فوضى في الدين ، واضطراب في النظام ، الأمر الذي جعل بعض حكمائهم ينعون عليهم ما هم فيه ، ويسفهمون أحلامهم كورقة بن نوفل الاسدي ، وزيد بن عمرو بن نفيل العدوي (٢)

(١) ص ١٤٨ الطبعة الخامسة .

(٢) لقد أنكر زيد هذا عليهم شركهم وعبادتهم الاصنام واعترف بوحدانيه الإله هداه إليها تفكيره وفي هذا يقول :

أرب واحد أم ألف رب أدين إذا تقسمت الأمور

تركت اللات والعزى جميعاً كذلك يفعل الرجل البصير

أدين : أنقاد زيد هذا هو عدم عمر بن الخطاب لأمه وابن عمه لآبيه ، وذلك أن جده نفيل =

وفي وسط هذا المجتمع الزاخر بالمأسى بعث الله محمد بن عبد الله ليخرج
الناس من الظلمات إلى النور ، بعد أن اختاره من أشرف قبائل العرب وأكرمها
وتولاه منذ الطفولة بعنايته ، ولذلك كان مضرب الامثال فيهم في حسن الخلق
حتى لقبوه بالأمين .

ولما جاوز الأربعين من عمره جاءه وحى السماء في ١٧ رمضان ، ثم انقطع
فترة ، ثم جاءه مرة أخرى ، واستمر على ذلك مايقرب من ثلاث وعشرين
سنة ، شرع لهم في هذه الفترة ماأصلح به عقائدهم ، وهذب أخلاقهم ، ونظم
الروابط بينهم ، وسن لهم من القوانين ماسمى فيما بعد بالفقه الإسلامى .

أدوار الفقه الإسلامى

ومن هنا بدأت حياة هذا الفقه الخالد ، ثم سار مع الزمن حتى وصل إلى
وضعه الأخير ، ولكنه لم يسر سيرة واحدة ، بل مر بأدوار مختلفة ، وأثرت
فيه عوامل عديدة ، وتنوعت مصادر تدبعا لاختلاف أطوار حياته ، ولذلك
قسم المؤرخون حياته إلى أدوار . اختلفوا في عددها تدبعا لاختلاف وجهات
النظر . فهذا يقسمها إلى أربعة أدوار ، وذاك يقسمها إلى خمسة ، وثالث يقسمها
إلى ستة ، ورابع يقسمها إلى سبعة أدوار .

والواقع أنه لا توجد فواصل زمنية محددة لهذه الأدوار . لأن الفقه لم
ينتقل من دور إلى آخر دفعة واحدة ، بل وجد بين بعض أدواره تشابه كبير .

عن ابن عبد العزى خلف الخطاب والد عمر من امرأة ، وعمر من والد زيد من امرأة أخرى
فلما مات نفيل خلفه عمرو على امرأته الأخرى أم الخطاب فولدت له زيدا فكان زيد
أخا الخطاب لأمه وابن أخيه لأبيه ، وعم عمر لأمه وابن عمه لأبيه .

(١) ص ١٢٦

وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن أدواره الرئيسية ثلاثة يتبعها دور أخير . هو دور النهضة الفقهية الحالية .

الدور الأول : دور التأسيس . وكان في عصر النبوة . حيث وضعت أصوله العامة وقواعده السكينة ، ولم يبق إلا تطبيقها .

الدور الثاني : دور البناء والكمال . ويشمل عصور الاجتهاد . ويبدأ بعد وفاة الرسول مباشرة في سنة ١١ هـ . وينتهي في منتصف القرن الرابع الهجري تقريباً عندما قيل : إن باب الاجتهاد قد أغلق . وادعى الإجماع على ذلك .

الدور الثالث : دور التنظيم ثم الوقوف عن التقدم . ويبدأ حيث انتهى الدور السابق ويشمل عصور التقليد كلها .

الدور الأخير : دور النهضة الحالية .

الدور الأول : دور التأسيس

ومدته ثلاث وعشرون سنة تقريباً . وهي من الناحية التشريعية تنقسم إلى قسمين قسم ما قبل الهجرة إلى المدينة ، ومدته ما يقرب من ثلاث عشرة سنة ، وأعلى وجه التحديد اثنتا عشرة سنة وخمسة أشهر وواحد وعشرون يوماً^(١) . وقسم ما بعد الهجرة : ومدته تزيد على عشر سنوات ، ولهذا انقسم القرآن تبعاً لذلك إلى قسمين : مكي . وهو ما نزل قبل الهجرة . ومدني : وهو ما نزل بعدها على أصح الأقوال .

وفي القسم الأول من هذا الدور عنى الوحي أولاً بإصلاح العقيدة . وتخليصها من شوائب الوثنية . وتهذيب النفوس بتجريدتها من رذائل الصفات ،

(١) محاضرات الشيخ الحضري في التاريخ الإسلامي ..

حتى تجتمع القلوب على توحيد الله ، وتسمو النفوس ، وتترفع عن سفاسف الأمور .

ولذلك نرى معظم ما نزل من القرآن في هذه الفترة كان خاصاً بهذين الأمرين لأن العقيدة وما يتعلق بها هي الأساس الأول في بناء الدولة الجديدة وبما لا ريب فيه أن علاجه لهذه الحالة كان شافياً ، ومسلطه فيه كان حكماً .

دعاهم إلى استعمال عقولهم . والتأمل في ملكوت السموات والأرض وما فيهن ليبتدوا إلى وجه الحق . وأنكر عليهم إهدار عقولهم بعبارات متنوعة « أفلا تعقلون » ، « أفلا تتفكرون » ، « أفلا تبصرون » . ويندد بهم في تقليدهم الآباء والأجداد . فيرد عليهم ذلك التقليد بقوله « أو لو كان آباؤهم لا يعقلون شيئاً ولا يهتدون ، لما قالوا « بل تتبع ما ألفينا عليه آباءنا » ، (١) .

ولفت نظرهم إلى ما في الكون من آيات « إن الله فائق الحب والنوى يخرج الحي من الميت ومخرج الميت من الحي ذلكم الله فأنى تؤفكون . فائق الإصباح وجعل الليل سكناً والشمس والقمر حسباناً ذلك تقدير العزيز العليم » ، (٢) .

« ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ثم جعلناه نطفة في قرار مكين ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاماً فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر فتبارك الله أحسن الخالقين » ، (٣) .

« الله الذي خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفاً وشيبة يخلق ما يشاء وهو العليم القدير » ، (٤) .

« وفي أنفسكم أفلا تبصرون » ، (٥) .

(٢) الأنعام : ٩٥ ، ٩٦

(١) البقرة : ١٧٠

(٣) المؤمنون : ١٢ ، ١٣ ، ١٤ . (٤) الروم : ٥٥ . (٥) الذاريات : ٢١ .

« أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت . وإلى السماء كيف رفعت ،
وإلى الجبال كيف نصبت . وإلى الأرض كيف سطحت . فذكر إنما أنت
مذكر ، (١) .

« أفلم ينظروا إلى السماء فوقهم كيف بنيناها وزيناها ومالها من فروج .
والأرض مددناها وألقينا فيها رواسي وأنبتنا فيها من كل زوج بهيج . تبصرة
وذكرى لكل عبد منيب (٢) .

« ثم دعاهم إلى عبادة الله وحده « قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا
وبينكم أن لا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من
دون الله فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون » (٣) ،
« وبين لهم أن تعدد الآلهة مفسد للسكون ونظامه « لو كان فيهما آلهة إلا الله
لفسدتا فسبحان الله رب العرش عما يصفون » (٤) .

« كما طلب منهم الإيمان بالرسول السابقين وما أنزل إليهم « قولوا آمنا بالله وما
أنزل إلينا وما أنزل إلى إبراهيم وإسماعيل وإسحق ويعقوب والأسباط . وما
أوتى موسى وعيسى وما أوتى النبيون من ربهم لا نفرق بين أحد منهم . ونحن له
مسلمون » (٥) .

« آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون كل آمن بالله وملائكته
وكتبه ورسله لا نفرق بين أحد من رسله » (٦) .

« ثم أزال الفوارق بين الناس ، وقضى على العصبيات « يا أيها الناس إنا

-
(١) الغاشية : من ١٦ - ٢٠	(٢) ق ٦ ، ٧
(٣) آل عمران : ٦٤ .	(٤) الأنبياء : ٢٢ .
(٥) البقرة : ١٣٦ .	(٦) البقرة : ٢٨٥ .

خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله اتقاكم ، (١) .

وضرب لهم الامثال (٢) : « واضرب لهم مثل الحياة الدنيا كماء أنزلناه من السماء فاختلط به نبات الأرض فأصبح هشيماً تذروه الرياح وكان الله على كل شيء مقتدرآ » ، (٣) « اعلّموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو وزينة وتفاخر بينكم وتكاثر في الأموال والاولاد كمثل غيث أعجب الكفار نباته ثم يهيج فتراه مصفراً ثم يكون حطاماً وفي الآخرة عذاب شديد ومغفرة من الله ورضوان وما الحياة الدنيا إلا متاع الغرور ، (٤) .

« إن مثل عيسى عند الله كمثل آدم كتّل إدم خلقه من تراب ثم قال له كن فيكون ، (٥) ثم بين الحكمة في ضرب الامثال في قوله « ولقد ضربنا للناس في هذا القرآن من كل مثل لعلمهم يتذكرون ، (٦) .

وقص عليهم قصص السابقين وما نزل بهم من عذاب نتيجة عنادهم ، وكفرهم برسلمهم ، وأثبت لهم اليوم الآخر . وما فيه من جنة يثاب فيها المتقون ، ونار يعاقب فيها الجاحدون .

وحضهم على التخلق بالخلق الكريم الذي هو من لوازم العقيدة الصحيحة ،

(١) الحجرات : ١٣

(٢) عنى القرآن المنزل بمكة بهذه الامور عناية كبيرة ولم يتجاوزها الى التشريع العملي إلا نادراً ، والقرآن المنزل بالمدينة لم يترك هذه الامور ، بل كان ينزل بها مع التشريع العملي للتذكير ، من أجل ذلك كانت معظم الآيات التي سقناها هنا مكية وبعضها مدني نزل بالمدينة .

(٣) الكهف : ٤٥ (٤) الحديد : ٢٠

(٥) آل عمران : ٥٩ (٦) الزمر : ٢٧ .

والإنسانية المهدبة ، ونفرهم من الأخلاق المرذولة مبيناً ما يلحق صاحبها من
السوء في الأولى والآخرة في آيات عديدة :

« وعباد الرحمن الذين يمشون على الأرض هوناً وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا
سلاماً » (١) .

« يا أيها الذين آمنوا إذا قيل لكم تفسحوا في المجالس فافسحوا يفسح الله
لكم » (٢) .

« وأفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً » (٣) .

« فمن نكث فإنما ينكث على نفسه ومن أوفى بما عاهد عليه الله فسيؤتيه
أجرأ عظيماً » (٤) .

« وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين » (٥) .
« وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها » (٦) .

« قول معروف ومغفرة خير من صدقة يتبعها أذى » (٧) .

« يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيراً منهم .
ولانساء من نساء عسى أن يكن خيراً منهن ولا تلبسوا أنفسكم ولا تنابزوا
بالألقاب » (٨) .

« ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً » (٩) .

« ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً
محسوراً » (١٠) .

-
(١) الفرقان : ٦٢	(٢) المجادلة : ١١	(٣) الاسراء : ٣٤
(٤) الفتح : ١٠	(٥) النحل : ١٢٧	(٦) النساء : ٨٦
(٧) البقرة : ٢٦٣	(٨) الحجرات : ١١ ، ١٢	(٩) الاسراء : ٢٩

« ومن يتوكل على الله فهو حسبه » (١) .

ولم يعرض في هذه الفترة لشيء من التشريعات العملية إلا لماله ارتباط خاص بالعقيدة . كتحريم ما لم يذكر اسم الله عليه من الذبائح « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق » (٢) أو كان عبادة عملية تربطهم بالله ، وتوجههم إلى الخير . كالصلاة « وأقم الصلاة إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر » (٣) . حتى أنه بصدد إيداء الأعداء لم يأمرهم بمقاتلتهم ، بل أمرهم بالعفو والصفح الجميل ، والصبر على الأذى ، ولم يأذن لهم بالقتال إلا في أواخر أيامهم بمكة ، والسبب في ذلك أنهم كانوا قلة مستضعفين ، ولم تتكون لهم وحدة اجتماعية مستقلة بعد ، حتى يشرع لها من النظم والقوانين ما تسير عليه ، وتحكم به ، أو يكلفهم بالقتال .

وفي الفترة الثانية

وهي ما بعد الهجرة بدأت تتكون نواة الدولة الإسلامية ، وأصبح لها كيان دولي ، وحينئذ مست الحاجة إلى التشريع العملي على أتم صورته ، فاتجه الوحي إلى تنظيم الدولة داخلياً وخارجياً ، فشرع لهم الأحكام التي تتناول شئونهم كلها سواء منها ما يتعلق بحياة الفرد ، أو الجماعة ، أو بعلاقة الدولة بغيرها ، فشرع العبادات والجهاد ، ووضع الحدود والعقوبات للجنايات المختلفة ، كما وضع للقضاء نظاماً ، وللأسرة نظاماً كاملاً . فنظم الزواج ، وما يتعلق به من نفقات وثبوت نسب للأولاد ، ورسم طريق فصم عقدة الزواج إذا دعت إليه حاجة أو ضرورة بحيث لا يلحق أحد الطرفين ضرر ولا عنت ، فشرع الطلاق وحدد مراتبه بالثلاث ؛ كما شرع العدة حتى لا تختلط الأنساب ، ووضع نظام

(١) الطلاق : ٣ (٢) الأنعام : ١٢١ (٣) العنكبوت : ٤٥ .

الموارث . فجعل لكل قريب نصيباً حسب درجته من المورث بعد أن كانت الموارث عندهم إغداقاً على البعض ، وحيثاً على البعض ، وحرماناً للآخرين (١) ووضع نظام الحرب والسلم ليحفظ للدولة الإسلامية هيبتها وكرامتها من غير بغى ولا عدوان على أعدائها ، فجعل القتال والقتل ضرورة ، والسلم والمسألة هي الأساس فيقول جل شأنه « وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله » (٢) .

(١) كان الإرث في الجاهلية يثبت بالقرابة والتبني ، والحلف والمعاهدة . أما القرابة فما كانوا يورثون بها إلا الرجال المحاربين الذين يحمون الدمار ويحوزون الغنيمة ويحرمون منه النساء والأطفال . فجاء الإسلام وجعل لكل نصيباً « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً » . أما التبني فقد كان الرجل يدعى نسب ابن غيره فينسب إليه حتى ولو كان معلوم النسب ومتى تم ذلك أصبح هذا المدعى ولداً للمدعى يرثه كما يرثه الحقيقي سواء بل كان يأخذ كل ماله إذا لم يكن له ولد ذكر بلغ مبلغ الرجال . وهذا أبطله الإسلام فبطل كونه سبباً للإرث « أدعوهم لأبنائهم » أما الحلف والمعاهدة فقد كان الرجل إذا قال لغيره « دمي دمك وهدمي هدمك وترثني وأرثك وتطلب بي وأطلب بك » وقبله الآخر صار ذلك عقداً وحلفاً موجباً للإرث بين الرجلين . وقد أقره الإسلام أول الأمر بقوله « والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم » ثم نسخ ذلك عند بعض العلماء بنزول قوله تعالى : « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض » وذهب آخرون إلى أن الإرث بالحلف لم ينسخ إلا في حالة وجود القريب إعمالاً للايتين ، فإن قوله تعالى « فآتوهم نصيبهم » تنصيص على أن بالحلف يستحق النصيب من الميراث مع وجود القريب ، فلما نزل قوله « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض » في كتاب الله ، نسخ ميراث الحليف مع وجود القريب فقط وبقي الإرث في غير هذه الحالة . راجع أصول السرخسي ج ٢ ص ٨٥ .

(٢) الأنفال : ٦١

ويقول : « وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين وقاتلوهم حيث ثقفتهم وأخرجوهم من حيث أخرجوكم والفتنة أشد من القتل ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فإن قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين فإن انتهوا فإن الله غفور رحيم وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين (١) » .

ويقول : « إن شر الدواب عند الله الذين كفروا فهم لا يؤمنون الذين عاهدت منهم ثم ينقضون عهدهم في كل مرة وهم لا يتقون . فإما تثقفنهم في الحرب فشرد بهم من خلفهم لعلهم يذكرون : وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء إن الله لا يحب الخائنين » (٢) .

وبالجملة لم يترك ناحية من نواحي الحياة إلا نظمها تنظيماً دقيقاً بحكماً ، ولا يفهم من هذا أن كل ما جاء به الرسول من تشريعات كان جديداً ، بل منه ما كان جديداً ، ومنه ما كان معمولاً به قبله ، ولكنه أدخل عليه من التعديل ما يجعله صالحاً للعمل به .

وعلى هذا نستطيع أن نقول : إن الإسلام لم يهدم كل ما وجد عليه أهل الجاهلية ، بل نراه هدم الفاسد من كل وجه ، فخرم الربا لأنه أكل أموال الناس بالباطل ، والزنى لأنه انتهاك للأعراض ، وخلط للإنساب ، وحرّم الخمر لأنها مفسدة للعقول التي هي من أجل النعم ، وهذب ما احتاج إلى التهذيب . كالبيع حيث جعله مبنياً على التراضي « يأبى الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (٣) ، والسلم وهو بيع الإنسان شيئاً ليس عنده بثمن عاجل فقال : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » .

(١) البقرة : ١٩٠ - ١٩٣ . (٢) الأنفال : ٥٥ - ٥٨ (٣) النساء : ٢٩

وألغى بيوع الملامسة والمنازمة وإلقاء الحصاة ، ونظم الزواج ، فأقر منه النوع المعروف وهو ما يكون فيه خطية ومهر وشهود ، وألغى منه ما كان زنى أو قريباً منه ، وأقر أصل الطلاق ، وحدد مراتبه بالثلاث بعد أن كان عندهم لا يقف عند عدد معين ، وبعد هذا التهذيب والتنظيم يكون تشريعاً إسلامياً لا جاهلياً كما كان .

والسبب في ذلك أن الإسلام لم يأت لهدم ما كان عليه الناس من مدنية وأخلاق وعادات ليؤسس على أنقاضها مدنية جديدة وعادات وأخلاقاً أخرى وإنما كان ينظر إلى الأشياء من جهة ما فيها من مصلحة أو مفسدة ، ويعطيها الحكم تبعاً لذلك .

فهو إذاً جاء للبناء لا الهدم ؛ لأن غرضه الإصلاح لا الحكم والسلطان ، وهي خاصة لازمة عندما اجتاز حدود شبه الجزيرة العربية بعد وفاة الرسول الكريم ، فإن المسلمين لم يطلوا كل ما تعودته الناس من عادات ، بل كانوا يقررون الصالح ، ويلغون الفاسد .

طريقة التشريع في هذا الدور

جاء التشريع الإسلامي ليعالج ما كان عليه الناس من مفاصل اعتقادية وخلقية وعملية ، وليضع لهم دستوراً محكماً يسرون عليه في كل شيء ، فبدأ بإصلاح العقيدة وتهذيب الأخلاق ولما تم له ذلك . وتخلصت النفوس من رواسب الوثنية ، وتحلت بجميع الصفات الإنسانية اتجه إلى إصلاح الحياة العملية وتنظيمها ، وكان في ذلك واقعياً يسير مع الحوادث متجنباً سبيل الفرض والتقدير ، فرض الحوادث بعد تخطيطها وتقدير أحكامها .

فكلما وقعت حادثة تتطلب حكماً لجأ الصحابة إلى رسول الله — باعتباره المرجع الوحيد لهم — يسألونه البيان ، فإذا لم يكن عنده حكمها تطلع إلى السناء

فيأتيه الوحي تارة بآية أو آيات من القرآن فيها جواب ما سألوا (١) ، أو به وبأحكام أخرى ، وطوراً ينزل بغير قرآن يبين الجواب ويترك له التعبير عنه ، وهو ما عرف بالسنة ، وأنا يتأخر الوحي فلا ينزل بهذا ولا بذلك ، وهنا يدرك الرسول أن الله وكل إليه بيان الحكم باجتهاده ، فيجتهد على ضوء ما نزل عليه من أحكام ، وما ألهمه الله من سر التشريع ، مرة وحده ، وأخرى مع مشاورة أصحابه ، فإذا أصاب الاجتهاد وجه الحق أقره الله عليه ، وإن جانبه الصواب نبهه إلى ما وقع فيه من خطأ ، وقد ينزل عليه الوحي معاتباً إياه على تسرعه في الاجتهاد كما حدث بعد اجتهاده في أسارى بدر ، وإذنه للمتخلفين في غزوة تبوك .

ومن هنا كان من خصائصه أنه جاء متدرجاً مع الزمن والأحوال ، فلم ينزل دفعة واحدة كغيره من التشريعات السماوية السابقة ، ولم يصدر في وقت واحد كما هو متبع في التشريعات الوضعية .
ولا أدل على ذلك مما ورد في أسباب نزول آيات الأحكام ، ومجىء طائفة من الآيات جواباً لسؤال . أو رداً على استفتاء .

من ذلك قوله تعالى « يسألونك ماذا ينفقون قل ما أنفقتم من خير

(١) من ذلك ما رواه أصحاب السنن عن جابر بن عبد الله قال : جاءت امرأة سعد ابن الربيع إلى رسول الله بابنتها من سعد ، فقالت : يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً ، وأن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا ، ولا ينكحان إلا بمال ، فقالت : « يقضى الله في ذلك » فنزلت آية الميراث ، فأرسل رسول الله إلى عمهما فقال : « اعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو لك » ومعنى « لا ينكحان إلا بمال » : أن الأزواج لا يرغبون في نكاحهما إلا إذا كان عندهما مال على عادة أهل الجاهلية ، والمراد بآية الميراث قوله تعالى : يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، . . الآيات . راجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٤٨ .

فللوالدين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل وما تنفقوا من خير فإن الله به عليم ، (١) .

« يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير وصد عن سبيل الله وكفر به والمسجد الحرام وإخراج أهله منه أكبر عند الله والفتنة أكبر من القتل ، (٢) .

« يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما ، ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو . كذلك يبين الله لكم الآيات لعلكم تتفكرون . في الدنيا والآخرة . ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعتدكم إن الله عزيز حكيم وبعد آية يقول « يسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ، (٣) .

« يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات ، (٤) .

« يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول ، (٥) .

« يستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن ، (٦) .

« يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ، (٧) .

ومثل القرآن في ذلك السنة ، فقد جاء كثير من الأحاديث جواباً لسؤال ، أو قضاء في خصومة سأل بعض الصحابة رسول الله فقالوا يا رسول الله : إنا نركب البحر المالح وليس معنا من الماء العذب ما يكفي الوضوء . أفتتوضأ بماء البحر فقال الرسول هو الطهور ماؤه الحل ميتته ، (٨) .

(١) سورة البقرة آية ٢١٥ (٣، ٢) ، سورة البقرة آيات ، ٢١٧ ، ٢١٩ وما بعدها .

(٤) المائدة - ٣ (٥) الأنفال - ١ (٧، ٦) سورة النساء آيتي ١٢٧ ، ١٧٦ (٨) منتقى

الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ١ ص ١٣

وروى أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى عن جرير بن عبد الله قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجأة فقال : «إصرف بصرك» ، (١)
وروى أحمد ومسلم عن أبي هريرة قال : جاء رجل فقال : يا رسول الله ،
أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي ؟ قال فلا تعطه مالك . قال أرأيت إن قاتلني ؟
قال قاتله ، قال أرأيت إن قتلني ؟ قال فأنت شهيد ، قال أرأيت إن قتلته ؟ قال
هو في النار (٢) .

وروى البخارى ومسلم وغيرهما عن عائشة أن هنداً قالت يا رسول الله إن
أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى وولدى إلا ما أخذت منه وهو
لا يعلم ، فقال : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » ، (٣) .

والحكمة فى ذلك التدرج أن هذا النوع من التشريع يكون أقرب إلى
القبول والامتثال خصوصاً مع أولئك العرب الذين كانوا فى إباحية مطلقة
تجعلهم ينفرون من التكليف بالجملة ، ولأنه ييسر لهم معرفة الأحكام وفهمها
بوقوفهم على أسباب التشريع والظروف التى أحاطت به .

ثم إن هذا التدرج لم يقتصر على التشريع الكلى ، بل كثيراً ما سلك بهم
هذا الطريق فى تشريع الحكم الواحد . يتدرج بهم من حالة إلى أخرى حتى يصل
إلى غايته ، كما حدث فى تشريع الصلاة .

فقد شرعت أول الأمر صلاة بالغداة ، وأخرى بالعشى ، فلما ألفوها
شرعت خمس صلوات فى اليوم والليلة ركعتين ركعتين ماعدا المغرب ، ثم أقرت
فى السفر وزيدت فى الحضر إلى أربع فى الظهر والعصر والعشاء .

(٢) المرجع السابق ج ٥ ص ٢٧٦ .

(١) المرجع السابق ج ٦ ص ٩٥

(٣) المرجع السابق ج ٦ ص ٢٧٤

وفي الزكاة كان المفروض فيها أولاً ما يستطيعه كل واحد من غير تحديد
« ويسألونك ماذا ينفقوا قل العفو » (١) ، ثم حدد مقدارها وهو يختلف
بـاختلاف الأموال فقد يكون العشر أو نصفه أو رבעه ، وقد يكون غير ذلك ،
وفي تحريم الخمر سألوا أولاً عن حكمها ، فنزل (يسألونك عن الخمر والميسر
قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما) ، وليس في هذا
تحريم ، وإنما هو بيان ما فيها من منافع ومضار ، حدث بعد ذلك أن شرب جماعة
من الصحابة الخمر ، وقاموا للصلاة وهم سكارى ، فخلطوا في القراءة ، وتنازعوا
وكادوا يقتتلون فنزل قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم
سكارى حتى تعلموا ما تقولون) (٢) .

وهذا يفيد تحريمها في حالة خاصة ، وهي حالة الصلاة ، ولما سأل عمر بن
الخطاب البيان الشافي وقال : اللهم بين لنا في الخمر بياناً شافياً نزل الحكم
الآخير في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب
والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون . إنما يريد الشيطان
أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن
الصلاة فهل أنتم منتهون) (٣) الميسر : القمار ، والأنصاب ، جمع نصب وهي
الحجارة تنصب للعبادة ، أو للذبح عليها تقرباً ، والأزلام جمع زلم وهي القداح
التي كانوا يضربونها إذا أرادوا أمراً من الأمور .

وفي تحريم الربا تدرج معهم في خطوات ، فبين لهم أولاً الفرق بين الربا
والزكاة ، وأن الأول لانماء له عند الله ولا ثمرة له ، وأما الزكاة فهي مقبولة يضاعف
الله الثواب لمعطيها . جاء ذلك في قوله تعالى في سورة الروم .

(١) العفو هو ما يسهل على الناس إنفاقه (٢) سورة النساء : ٤٣
(٣) آية - ٣٩ .

« وما آتيتم من ربا ليربوا في أموال الناس فلا يربوا عند الله وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون .. »

ثم جاءت الخطوة الثانية تبين أن هذا الربا ظلم وبسديه حرم الله على اليهود كثيرا من الطيبات التي أحلت لهم ، فهي إنذار بخطور الربا عليهم .
وفي هذا يقول سبحانه في سورة النساء (١) .

« فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم وبصدمهم عن سبيل الله كثيرا وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل واعتدنا للكافرين منهم عذابا أليما .. »

ولما بين لهم أنه لا غناء فيه ولا يقبله الله ، وأن تعاطي اليهود له سبب لهم حرمانا من كثير من الطيبات ، وهذان الأمران كافيان للتحريم والمنع جاءت الخطوة الثالثة وهي النهي عن تعاطيه ولكن لأقبح صورته التي كانت شائعة عندهم فقال جل شأنه في سورة آل عمران (٢) « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة واتقوا الله لعلكم ترحمون .. » ولما استقر في نفوسهم أن الربا لا فائدة فيه وأن الله لا يريد له لهم جاء التحريم العام مصحوبا بالتهديد الشديد وإعلان الحرب على المراءين فيقول سبحانه في سورة البقرة (٣) .

« الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس . ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا . فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله . ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون يحق الله الربا ويربى الصدقات والله لا يحب كل كفار أثيم . إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم عند

(١) آيتي ١٦٠ ، ١٦١ (٢) آية - ١٣٠ (٣) الآيات من ٢٧٥ - ٢٧٩ -

ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون . يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله . وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون . » .

وهكذا في كثير من التشريعات ، ولا شك في أن هذا الأسلوب من التشريع هو العلاج الوحيد لمجوح نفوس هؤلاء ، والوسيلة التي بها يتقبلون هذه التكاليف ، وتحمل بينهم وبين النفرة منها .

وفي هذا تقول أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها : لو نزل أول ما نزل لا تشربوا الخمر لقالوا لا ندع شربها أبداً ، ولو قال لهم لا تنزوا لقالوا لا ندع الزنى أبداً .

أسلوب النصوص القرآنية في تشريع الأحكام

وعما ينبغي ملاحظته هنا أن جمال التشريع الإسلامي لم يقف عند طريقته الفريدة في نوعها ، بل تعدى ذلك إلى أسلوبه أيضاً ، فالقرآن الكريم لم يسلك في تشريع الأحكام أسلوباً واحداً شأن القوانين الموضوعية ، بل نوع وغاير وعدد الأساليب .

ففي طلب الشيء وإيجابه بحجى مرة بصيغة الأمر « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم » (١) « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » (٢) ،

وأخرى بعبارة كتب التي تدل على التحتم « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم

(١) التوبة - ٦٠٣

(٢) النساء - ٤

الصيام كما كتب على الذين من قبلكم ، (١) « كتب عليكم القصاص في القتلى » ، (٢) .
« كتب عليكم القتال وهو كره لكم » ، (٣) .

وثالثة ببيان ما يترتب على الفعل من خير في الدنيا أو الآخرة « ولا تستوى
الحسنة ولا السيئة ادفع بالتي هي أحسن فإذا الذي بينك وبينه عداوة كأنه ولي
حميم » (٤) فقد عبر عن وجوب دفع السيئة بالحسنة بما يترتب على الفعل في الدنيا
من خير ، وهو أن عداوة العدو تنقلب إلى صداقة قوية .

« إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم
عند ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون » (٥) « الذين استجابوا لله والرسول من
بعد ما أصابهم القرع للذين أحسنوا منهم واتقوا أجر عظيم » ، (٦) .

وفي طلب الترك وتحريم الفعل يحىء مرة بصيغة النهي نحو قوله تعالى .
« ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف » (٧) « يا أيها الذين آمنوا
لأناكلوا أموالكم بينكم بالباطل » ، (٨) .

وأخرى بلفظ التحريم « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم . . .
الآية (٩) .

حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة
والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب .
وأن تسيءتموا بالآزلام ، (١٠) .

وثالثة يعبر عنه بالتوعد الشديد على فعله « إن الذين يرمون المحصنات
الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم » (١١) .

(١) ، (٢) ، (٣) البقرة آيات - ١٨٣ ، ١٧٨ ، ٢١٦ (٤) فصلت - ١٤

(٥) البقرة - ٢١٧ (٦) آل عمران - ١٧٢ (٧) ، (٨) النساء - ٢٢ ، ٢٩

(٩) النساء - ٢٣ (١٠) المائدة - ٣ (١١) النور - ٢٣

« ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعدله عذابا عظيما ، (١) .

وفي إباحة الشيء دون قصد طلب فعله أو تركه يعبر عنها مرة بالاحلال وأخرى برفع الجناح أو الحرج ، وأحل لكم ما وراء ذلكم ، (٢) « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ، (٣) .

« والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا فليس عليهن جناح أن يضعن ثيابهن غير متبرجات بزينة وأن يستعففن خير لهن والله سميع عليم . ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتكم مفاتيحه أو صديقكم وليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعا أو أشتاتا فإذا دخلتم بيوتا فسلوا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة كذلك يبين الله لكم الآيات لعلكم تعقلون ، (٤) « ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة ، (٥) .

فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، (٦) .

وفوق تنوع الأساليب في التعبير عن المعنى الواحد فإنه لم يجمع هذه النصوص في مكان واحد ، ولا في سورة واحدة شأن التشريعات الأخرى ، بل جاءت الأحكام مفرقة في سور القرآن مبثوثة في ثنايا آيات العقائد والأخلاق وآيات الله في الكون وأخبار الأمم السابقة .

(١) ؛ (٢) النساء - ٥٣ ، ٢٣ (٣) المائدة - ٥ (٤) النور - ٦٠ ، ٦١

(٥) النساء - ٢٤ (٦) البقرة - ٢٢٩

كما أننا نجد الحكم الواحد ورد فيه عدة نصوص في مواضع عديدة بأساليب متنوعة .

وهذا كله يدلنا على أن القرآن الجامع لهذه الأنواع من البيان نزل بهذه الصورة لا ليكون كتاب تشريع فقط ، بل ليكون كتاب هداية للناس ليخرجهم من الظلمات إلى النور ، وإيكون معجزة لرسول الله تؤيد صدقه في دعواه الرسالة لارتفاع أسلوبه عن مستوى الذين أنزل بلغتهم وهم أهل الفصاحة وأرباب البيان .

أسس التشريع الإسلامى

ومع واقعية هذا التشريع ، وتدرجه مع الزمن فقد أقيم على أسس قديمة تجعل منه تشريعاً صالحاً لكل وقت ملاءماً لجميع البيئات ، وهى :

أولاً : التيسير وعدم الحرج

المتبع للتشريعات الإسلامية يجدها ناطقة بهذا المبدأ ، فاليسر ظاهر ، والحرج منفي ، فلا مشقة تعجز المكلفين عن أداء ما طلب منهم ، ولا حرج يلحقهم بما كلفوا به .

فالقرآن يقرر ذلك فى صراحة :

يقول الله تعالى فى آخر سورة البقرة « لا يكف الله نفساً إلا وسعها » . وفى آخر سورة الحج « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » ، ويقول سبحانه بعد بيان الطهارة من الوضوء والغسل والتيمم ، ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم لعلكم تشكرون » (١) ، ويقول بعد

(١) المائدة - ٦

تشريع الصيام « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » (١) ، ويقول في وصف الرسول « ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم » (٢) ، ويقول « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً » (٣) .

والرسول صلى الله عليه وسلم يؤكد ذلك في أحاديث كثيرة فيقول « يسروا ولا تعسروا » . ويصف ما جاء به من تشريع بقوله « بعثت بالملة السمحة الخفيفة البيضاء » (٤) وقد ثبت من سيرته أنه ما خیر بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً ، وأنه نهى عن السؤال عما لم ينزل به الوحي حينما سأله الأقرع بن حابس عن الحج : أفى كل عام يارسول الله ؟ فقال : لو قلت نعم لوجبت ذروني ماتركتكم فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة مسائلهم واختلافهم على أنبيائهم ، وفي بعض الروايات « فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه ، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » .

ويقول : « أعظم المسلمين في المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم على المسلمين فحرم عليهم من أجل مسألته » ، وأخيراً يقول : إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحد حدوداً فلا تعتدوها ، وحرم أشياء فلا تنتهكوها ، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تسألوا عنها » .

فهذه بعض النصوص المثبتة لهذا المبدأ في كتاب الله وسنة رسوله ، وغيرها كثير .

(١) البقرة — ١٥٨ . (٢) الأعراف — ١٥٧ . (٣) النساء — ٢٨ . (٤) يريد بالسمحة التي ليس بها مشاق الطاعات كما ابتدعه الرهبان ، بل فيها لكل عذر رخصة ويتأتى العمل بها للقوى والضعيف ، وبالخفيفة أنها كلمة إبراهيم عليه السلام فيها إقامة شعائر الله وكبت شعائر الشرك وإبطال التحريف والرسم ، وبالبيضاء أن عملها وحكمها والمقاصد التي بنيت عليها واضحة لا يريب فيها من تأملها ، وكان سامع بالعقل غير مكابر . راجع حجة الله البالغة ج ١ ص ١٢٨ .

والمتبوع لأحكام الشريعة يجد مظاهر هذا الأصل في شتى نواحيها ، فقلته التكاليف إلى مراعاة أعذار المعذورين إلى رفع التكليف أو عدم المؤاخذه في حالة الضرورة ، كل أولئك يدل في وضوح على اليسر وعدم الحرج .

فالعبادات المشروعة في حقنا بسيطة في كمها وكيفها إذ قيست بالشرائع السابقة ، فخمس صلوات في اليوم والليلة ، وصوم شهر واحد من اثني عشر شهراً وحج بيت الله الحرام مرة واحدة في العمر لمن استطاع إليه سبيلاً مع إسقاطها عن المعذورين ، أو تأجيلها لوقت آخر حتى يزول عذرهم تكاليف ليس فيها حرج ولا عنت .

والحرمات التي حرمت علينا ومنعنا من تناولها قليلة إذا قيست بما أباحه لنا بالأمر الصريح ، أو تركه على الإباحة من غير تحريم ولا تحليل .

يدل لذلك أننا وجدنا القرآن في مقام التحريم يعدد الأصناف المحرمة ، وفي مقام الحل يطلق الإذن في عبارة عامة لكثرة ما ينطوي تحت هذا النوع من الأصناف . ففي مقام تحريم بعض النساء يقول تعالى : حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم . . . ثم قال بعد أن عدد الأصناف : وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ولا متخذين أخدان ، (١) .

وفي شأن تحريم المطعومات يقول : حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به (٢) ، الآية .

وفي آية أخرى يقول : قل لا أجد فيما أوحى إليّ محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم ، (٣) .

(١) النساء - ٢٣ ، ٢٤ (٢) المائدة - ٣ (٣) الأنعام - ١٤٥

وفي آية أخرى يصرح بأنه فصل ما حرمه علينا ، وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ، (١) .

أما في جانب الحل فيقول (يسأؤئك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات) ، (٢) وفي آية بعدها يقول « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم » ، وفي غيرها يقول « خلق لكم ما في الأرض جميعاً » ، ثم ينكر على المحرمين من غير دليل « قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق » ، (٣) .

ومع أن ما حرمه قليل بالنسبة لما أباحه فقد رفع الجناح عن المضطر لتناول شيء من المحرمات « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » ، إلا ما اضطررتم إليه ، ، فأى يسر بعد هذا التيسير ؟

وفي تشريع المعاملات لم يفصل الأحكام كلها ، بل أتى بقواعد عامة صالحة للتطبيق في كل حين « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، (٤) ، « وأحل الله البيع وحرم الربا » (٥) ، « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (٦) .

ثم أتى بمصالح الناس على مختلف الأزمان والبيئات : ذلك لأنه تشريع عام للناس كلهم ، وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً ، (٧) ، قل يا أيها الناس إني رسول الله اليكم جميعاً ، (٨) ، ولو لم يكن محققاً لمصالح الجميع لكان نقمة عليهم مع أنه جعله رحمة لهم « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » (٩) .

(١) الأنعام - ١١٩ (٢) المائدة - ٤ (٣) الأعراف - ٣٢

(٤) المائدة - ١ (٥) البقرة - ٢١٥ (٦) النساء - ٢٩

(٧) سبأ - ٢٨ (٨) الأعراف - ١٥٨ (٩) الأنبياء - ١٠٧

ومن مظاهر هذا الاصل في عصر الرسالة وجود نسخ فيها (١) ، فقد يشرع الشارع حكماً لملاءمته للناس وقت تشريعه أو لمقصد خاص، ثم تزول ملاءمته أو ينتهى الغرض المقصود منه ، وأمثلة النسخ كثيرة في القرآن والسنة .

منها : أن الله أوجب الوصية للوالدين والأقربين بقوله تعالى «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين» (٢) ليعرفهم أن هؤلاء حقاً في أموالهم ، فلما امتثلوا ورضيت به نفوسهم نسخه الله بإيجاب أنصباؤه مقدرة بآيات الموارث ، وهنا يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «أن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث» .

ومنها . أن عدة المتوفى عنها زوجها كانت أول الأمر عاماً كاملاً ، وكان يجب على زوجها أن يرعى لها بالنفقة والسكنى في هذه المدة كما جاء في قوله تعالى «والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج» (٣) . ثم نقصت هذه العدة إلى أربعة أشهر وعشرة أيام بقوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) (٤) . ونسخت الوصية لها بآية الموارث حيث جعل الله لها فريضة مقدرة ، هي ربع تركته إن لم يكن له ولد ، أو ثمنها إن كان له ولد .

وقد كان جزاء الزناة في أول الأمر الإيذاء والحبس في البيوت حتى تظهر منهم التوبة والإصلاح . جاء ذلك في قوله تعالى (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم

(١) النسخ هو رفع الحكم الشرعى بدليل شرعى متأخر عن دليل الحكم السابق ، وهو متفق على جوازه ووقوعه ، ولم يخالف في ذلك - فيما نعلم - إلا أبو مسلم الأصمها نى فانه أنكر وقوعه في القرآن ، ولا مجال لمناقشة هذا الموضوع هنا . فليرجع إليه من شاء . في كتب الأصول والتفسير عند قوله تعالى « ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ألم تعلم أن الله على كل شيء قدير » .

(٢) البقرة - ١٨٠ (٣) البقرة ٣٤ . (٤) البقرة - ٢٣٤

فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ، واللذان يأتيانها منك فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان توابا رحيمًا (١) .

ثم نسخ ذلك بقوله (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) (٢) .

كذلك أمر الرسول لما هاجر إلى المدينة بالتوجه في الصلاة إلى بيت المقدس قبله . اليهود الموجودين بكثرة فيها ليبين لهم أنه ليس بدعا من الرسل ، ولا يرغبهم في الإسلام ، وليظهر ما في علم الله بما عنده هؤلاء من مكرو وخداع ، واستمر على ذلك عاما وبعض عام ، ثم نسخ هذا الحكم بأمره بالتوجه إلى الكعبة قبله إليه إبراهيم ، وأول بيت وضع للناس ، وفي هذا نزل قول الله تعالى (قد نرى تقلب وجهك في السماء فلنولينك قبلة ترضاها فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره) (٣) الآيات .

ولقد بعث رسول الله والناس يعبدون الأصنام والأوثان ، واليهود يعظمون قبور أنبيائهم حتى اتخذوها مساجد ، وهذا يؤدي إلى الشرك بالله ،

(١) سورة النساء ١٥ ، ١٦

(٢) للنور — ٢ ، والقول بالنسخ في هذا الموضوع هو ما ذهب إليه جمهور العلماء وخالف أبو مسلم الأصفهاني في ذلك بناء على رأيه أنه لا نسخ في القرآن ، ووجهه أن قوله تعالى (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم) أريد به المساخقة بين النساء وحدهن الحبس في البيوت حتى الموت . أو الزواج ، وقوله (واللذان يأتيانها منك) في اللواط ؛ وآية النور في الزانية والزاني راجع تفسير ابن كسير ج ١ ص ٤٦٢ ، والبحر المحيط لأبي حيان ج ٣ ص ١٩٤ . وتفسير المنار ج ٤ ص ٤٣٨ وأحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ١٤٨ وما بعدها وقد ذهب إلى عدم النسخ ولكن له وجهة توجيهها آخر ؛ . (٣) البقرة — ١٤٤

«فنهى عن زيارة القبور خشية فساد العقيدة ، وفي هذا يقول : « قاتل الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد » (١) . ولما سكن الإيمان قلوبهم ، وبعثوا عن الوثنية أذن لهم في زيارتها فيما رواه الترمذى عن بريدة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قد كنت نهيتكم عن زيارة القبور فقد أذن لحمد في زيارة قبر أمي ، فزوروها فإنها تذكركم الآخرة » (٢) .

ومن تأمل مواضع النسخ وجده قد يكون من الأخف إلى الأشد كما في نسخ حبس الزانية في البيت وإيذاء الزاني بالقول إلى الجلد أو الرجم ، وقد يكون بالعكس كما في عدة المتوفى عنها زوجها .

والحكم المنسوخ على كل حال كان ملائماً للحالة التي كانوا عليها ، فلما تغيرت شرع لهم الحكم الناسخ الذي يحقق غرض الشارع من شرعه ، ولولا ما كانوا عليه أولا لشرعه من أول الأمر .

وإذا تتبعنا الأحكام التي دخلها النسخ وجدت هذا المعنى واضحاً فيها .

نخذ لذلك مثلاً عدة المتوفى عنها زوجها - جعلها الشارع أولاً عاماً كاملاً : تنتظره المرأة في بيت الزوجية من غير زواج ، وقد كانوا يحبسون المرأة ، ويمنعونها من الزواج مدة طويلة فما كانت تخرج من بيت زوجها قبل مرور عام كامل (٣) تلبس فيه شرياًها وقد يمتد حبسها إلى آخر حياتها ، وفي هذا إجحاف

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٤ ص ٧٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٩٤ ، وفي رواية أخرى عن أبي هريرة قال : زار النبي صلى الله عليه وسلم قبر أمه فبكى وأبكى من حوله ، فقال استأذنت ربي أن أستغفر لها فلم يؤذن لي ، واستأذنته أن أزور قبرها فأذن لي فزوروا القبور فإنها تذكركم الموت (رواه الجماعة) .

(٣) روى البخارى ومسلم عن أم سلمة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للمرأة التي جاءت تستأذن رسول الله في أن تكسحل ابنتها حين اشتكت عينها =

بها أيما إجحاف ، فلو جعل عدتها من أول الأمر أربعة أشهر وعشراً مع إباحة خروجها لنفروا منه ، ولما أذعبرا ، لأنه يتنافى مع ما كانوا عليه كل المنافاة .
من أحل ذلك جعلها عاماً كاملاً ، وهو زمن ليس بالقليل ، وفيه إخراج لهم عن بعض ما ألفوه ، فإذا ما قبلته نفوسهم ، واطمأننت إليه قلوبهم جاء الحكم الأخير .

فالنسخ إذاً كان فيه مراعاة لأحوال الناس ومصالحهم في عصر النبوة ، وقد انتهى بوفاة الرسول ، فلا نسخ بعده .

أما مراعاة التشريع لمصالحهم بعد عصر النبوة فيستجلى في أمور :

منها : أن أحكامه شرعت لعل وحكم صرحت النصوص ببعضها ، وهي تتنادى بذلك .

ففي القرآن الكريم « لعلكم تتقون » ، « ذلك أزكى لكم » ، « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم » ، « كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم » ، « إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة » .

وفي السنة : « ألا فزوروها فإنها تذكر الموت » ، « إنكم إن فعلتم ذلك

بعد وفاة زوجها - « لا تسكتحل » ، قالها مرتين أو ثلاثاً . ثم قال : قد كانت إحداكن تمسك في شر أحلاسها أو شريبتها فإذا كان حول فركلب رمت ببعرة ، فلا حتى تمضي أربعة أشهر وعشر » .

أى أنها كانت تمضي حولا كاملاً في بيتها بدون زينة تلبس شريابها فإذا مضى الحول خرجت ورمت ببعرة أول كلب يمر عليها لئلا يرى من حضرها من الناس أن اهتمامها حولا في هذه الحالة أهون عليها من بعرة ترمى بها كلباً بالنسبة إلى فقيدتها وما يستحقه من الحداد . راجع زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم ج ٥ ص ٢٦٣ .

قطعتهم أرحامكم ، ، وغير ذلك كثير (١) .

وهذا التعليل يفيد - بوجه عام - أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا فإذا كانت المصلحة التي شرع لها الحكم دائمة لا تتغير فلا يتغير الحكم أبداً لعدم وجود ما يقتضي التغير ، وإذا ثبت أنها تتغير تبعاً لتغير الظروف والأحوال تغير الحكم معها ، وإلا لم تكن ثمة فائدة من شرعيته .
ومن هنا منع عمر بن الخطاب سهم المؤلفة قلوبهم - بعد أن كان رسول الله يعطيهم - لما زال سبب التأليف .

ومنها : اختلاف أسلوبه في التشريع ، ففي الأشياء التي لا تتغير مصالحها فصلها وبينها أجلى بيان ، كالعبادات وبعض الأنظمة المتعلقة بالأسرة من زواج وطلاق وميراث ، كما حدد عقوبات لبعض الجنايات التي لا تتغير مفسدتها على مر الأيام . كالقتل والزنى والسرقه وقطع الطريق والقذف .

وفي الأشياء التي تتغير مصالحها أو تختلف باختلاف الأزمان كالمعاملات وما يتعلق بالنظام الاجتماعي أتى تشريعه فيها على هيئة قواعد عامة صالحة للتطبيق ليطبقها أولوا الأمر حسبما يقتضيه صالح الناس .

ولذلك جعل للعرف أثراً كبيراً فيها ، فإنه يرجع الفصل فيما ليس فيه نص منها . وسيأتي تفصيله إن شاء الله ، ثم إنه بعد ذلك وجدناه يقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، ودفع المفسدة الكبيرة على دفع ما هو أقل منها . وهذا واضح في كثير من الأحكام ، وسيأتي شرح لبعض أمثلة هذا النوع .

ثالثاً : محبة العمل بين الناس كلهم :

فالتشريع الإسلامي ينظر إلى الناس كلهم نظرة المساواة في الخضوع لأحكامه

(١) راجع هذا الموضوع بتوسع في رسالتنا « تعليل الأحكام » .

وفي المؤاخذة على مخالفتها لافرق بين حاكم ومحكوم ، ولا بين غنى وفقير ، ولا بين شريف ووضيع ، ولا بين عربي وغيره ، ولا بين أبيض وأسود ، فلا يعنى شخص من المؤاخذة بما له من جاه أو سلطان .

فآيات العدل عامة لم تخص فريقاً دون آخر ، فالأمر فيها مطلق غير مقيد ، وفي بعضها تحذير من ترك العدل لأى سبب من الأسباب من بغض أو قرابة أو غيرهما .

« وإذا حكمت بين الناس أن تحكموا بالعدل » (١) ، « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا أعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون » (٢) .

« يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً » (٣) .

وهذا رسول الله يقول لمن جاءه يشفع لامرأة من بنى مخزوم سرقته إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرق لقطعت يدها .

وقصة هذه المرأة كما رواها البخارى ومسلم وغيرهما

أن امرأة من بنى مخزوم سرقت حلياً أو متاعاً ورفع أمرها إلى النبي صلى الله عليه وسلم فاعترفت بالسرقه . فخشى قومها أن ينفذ الرسول عقوبة السارق فيفتضحوا وجاءوا إلى أسامة بن زيد ، وكان معروفاً بحب النبي صلى الله عليه وسلم ولأبيه زيد وكلموه في أن يشفع للمرأة ألا ينفذ فيها العقوبة وكلم رسول

(١) النساء - ٥٨ (٢) المائدة - ٨ (٣) النساء - ١٣٥

الله فغضب عليه الصلاة والسلام وقال : أتشفع في حد من حدود الله ؟ ثم جمع الناس فخطب فيهم قائلاً : يا أيها الناس انما أهلك من كان قبلكم الخ .

فهذا الأسلوب القاطع في منع المحاباة في إقامة حدود الله وتنفيذ أحكامه يدل دلالة واضحة على أن المساواة بين الناس أصل أصيل في شريعة الإسلام .

أنظر إن شئت إلى ما قاله رسول الله في حجة الوداع بشأن إهدار ما بقي من ربا الجاهلية بادئاً بإهدار ما كان لعمه العباس وهو أقرب الناس إليه .

« ألا إن ربا الجاهلية موضوع عنكم كله لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون وأول ربا موضوع أبداً به ربا عمى العباس بن عبد المطلب » .

ولما طبق الخلفاء والأئمة من بعدهم هذا المبدأ استقام لهم الأمر ، ودخل الناس في دين الله أفواجا حباً في الإسلام العادل ، وفراراً من جور غير المسلمين من الحكام .

فهذا أبو بكر يقول في أول خطبة له : « أما بعد أيها الناس فإنني قد وليت عليكم ولست بخيركم ، فإن أحسنت فأعينوني وإن أسأت فقوموني . » ثم قال : والضعيف فيكم قوى عندي حتى أرد عليه حقه إن شاء الله ، والقوى فيكم ضعيف عندي حتى آخذ الحق منه إن شاء الله . »

وهذا عمر وعده الذي ملأ الدنيا بعد رسول الله يحييه مصرى شاكياً ابن حاكم مصر من قبله « ابن عمرو بن العاص ، لأنه ضربه من غير حق عندما سبقه ، فيستدعي الحاكم وابنه لمقر الخلافة ليقتص منه المظلوم ، ثم يقول للمصري : اضرب بن الأكرمين ، ويلتفت إلى عمرو ، ويوجه إليه الخطاب : (متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً) .

وكان إذا نهى الناس عن شيء جمع أهله فقال : إني نهيت الناس عن كذا

موكذا ، وإن الناس ينظرون إليكم نظر الطير إلى اللحم ، وأقسم بالله لا أجد أحدا منكم فعله إلا أضعفت العقوبة عليه .

ولقد ضرب ابنه أبا شحمة الحد في الشرب وفي أمر آخر فأت من ذلك .

وقال مرة لجلسائه : رأيتم إذا استعملت عليكم خير من أعلم ، ثم أمرته بالعدل أكنت قضيت ماعلي ، فرد الناس : بأن نعم ، فقال لهم : لآحتى أنظر في عمله أعلم بما أمرته أم لا .

لأنه رضى الله عنه كان يرى أنه مسئول شخصياً عن كل تصرف من تصرفات عماله ، ولقد قال مرة : (أيما عامل لى ظلم أحداً ، وبلغنى مظلمته فلم أغيرها فأنا ظلمته) .

وما كان رضى الله عنه يتردد فى رد الحق إلى صاحبه بأى وسيلة حتى ولو كانت تلك الوسيلة الضرب لكبير فى قومه . أنظر إليه وقد ظلم أبو سفيان مسليفاً أمره برد الحق لصاحبه فيتردد أبو سفيان فيموى عمر عليه بالدرة ولا يدعه حتى رد الحق إلى صاحبه

كما كان ينصف المظلوم مهما كانت منزلته وجنسيته وديانته . فلقد شك أحد الرعية من الفرس الوالى إليه لأنه اغتصبه أرضا استغلها للنفع العام بغير رضا منه فكتب إليه عمر : بعد تحية الإسلام يقول : انصف فلانا من نفسك وإلا فأقبل والسلام .

ويروى أنه وقع بين الرشيد — وهو خليفة — وبين نصرانى خصومة رفعا أمرها إلى القاضى أبى يوسف فحكم على الرشيد ، وحين أدركته الوفاة قال : اللهم إنك تعلم أنى وليت هذا الأمر فلم أمل إلى أحد الخصمين إلا فى خصومة نصرانى مع الرشيد لم أسو بينهما وقضيت على الرشيد وبكى .

هذا هو عدل الإسلام فى أحكامه وفى قضائه ، وهذا هو مسلك المطبقين له .

مصادر التشريع في هذا النور

ليس للتشريع مصدر في هذا الدور إلا وحي السماء ، كما صرح القرآن بذلك ، في غير آية (وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى) (١) ، (ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء) (٢) .

والرسول صلى الله عليه وسلم كما أمر بتبليغ الوحي في قوله تعالى (يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك فإن لم تفعل فما بلغت رسالته) (٣) أمر ببيانه في قوله تعالى (وأنزلنا إليك الذكريات لتبين للناس ما نزل إليهم) (٤) .

فبين ما خفي عليهم من القرآن ، وما ورد بحمل فيه بإلهام الله تعالى كما جاء صريحاً في قوله تعالى (لا تحرك به لسانك لتعجل به . إن علينا جمعه وقرآنه فإذا قرأناه فاتبع قرآنه ثم إن علينا بيانه) (٥) ، وقوله (إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيماً) (٦) .

وكان بيانه صلى الله عليه وسلم تارة بالفعل كما في الصلاة ، حيث صلى أمامهم ، ثم قال : (صلوا كما رأيتموني أصلي) ، وتارة بالقول كما في بيان الزكاة التي أمرنا ، القرآن بإيتائها من غير بيان مقدارها . فقال الرسول : (هاتوا ربع عشر أموالكم) ، وأخرى بالتقرير فيما إذا رأى شخصاً يفعل فعلاً باجتهاده ، ويصيب فيه ، فيقره على فعله بترك الإنكار عليه .

وهذا البيان بأنواعه هو المسمى بالسنة ، وهي أقوال الرسول وأفعاله . وتقريراته ، فنأخذ من هذا أن الوحي نوعان : قرآن وسنة ، والكل من عند الله ، وأن الله كما أمرنا بطاعته أمرنا بطاعة الرسول .

(١) النجم — ٣ ، ٤ . (٢) النحل — ٨٩ .

(٣) المائدة — ٦٧ . (٤) النحل — ٤٤ .

(٥) القيامة من ١٦ — ١٩ (٦) النساء — ١٠٥ .

(يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول) (١) . بل جعل طاعة الرسول طاعة لله في قوله (من يطع الرسول فقد أطاع الله) (٢) . بقيت مسألة اجتهاد الرسول عندما كان يسأل عن الحكم ، ويتأخر الوحي . فيفتي السائل باجتهاده . هل يعتبر هذا الاجتهاد مصدراً ثالثاً للتشريع ؟ والجواب : أن هذا الاجتهاد لا يعتبر مصدراً مستقلاً ، لأنه يرجع إلى الوحي ، حيث إن إقراره له إن كان ضوابعاً ، وبيان وجه الخطأ فيه إن كان غير ذلك يجعله في النهاية مستنداً إلى الوحي .

إذاً تكون مصادر التشريع في هذه الفترة منحصرة في القرآن والسنة . ومن أمثلة اجتهاده صلى الله عليه وسلم أنه شاور أصحابه فيما يفعله بأسارى بدر ، فأشار أبو بكر بأخذ الفداء قائلًا للرسول : (يا رسول الله بأبي أنت وأمي . قومك فيهم الآباء والأبناء والعمومة وبنو العم والإخوان ، وأبعدهم منك قريب ، فامنن عليهم من الله عليك ، أو فادهم يستنقذهم الله بك من النار ، فتأخذ منهم ما أخذت قوة للمسلمين . ففعل الله أن يقبل بقلوبهم) . وأشار عمر بقتلهم قائلًا : (يا رسول الله ، هم أعداء الله ، كذبوك وقتلوك وأخرجوك . اضرب رقابهم . هم رؤوس الكفر وأئمة الضلالة يوطئ الله بهم الإسلام ، ويذل بهم أهل الشرك) . فاختر الرسول في النهاية رأى أبي بكر . فنزل القرآن معاتباً له على ذلك (ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن (٣) في الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم . لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم) (٤) .

(١) و (٢) النساء - ٥٩ ، ٨٠ .

(٣) يثخن : يغلب على كثير من الأرض ويبالغ في قتل أعدائه .

(٤) الأنفال - ٦٧ ، ٦٨ .

ولعل ذلك العتاب يرجع إلى أن الرسول كان في أول مراحل الجهاد مع المشركين وهذا يقتضى أن يشتد معهم ولا يلين ، فيقتلهم ليكنوا عبرة لغيرهم .

ومنه أن الرسول أذن للمتخلفين في غزوة تبوك بالبقاء ، وعدم الخروج وكان منهم المؤمنون الصادقون ، والمنافقون الكاذبون فنزل القرآن مبيناً خطأه ، وأنه كان يجب عليه أن يتثبت من أمرهم قبل الإذن .

« عفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين » (١) .

ومن اجتهاده الذى لم يقره الله عليه ماورد في قصة خولة بنت ثعلبة امرأة أوس بن الصامت حين ظاهر منها زوجها ، وقال لها : أنت على كظهر أمي ، فقصدت رسول الله تشكو إليه قائلة : « إن أوساً تزوجني وأنا شابة مرغوب في » ، فلما خلت ستي ونثر بطنى جعلني عليه كأمه ، فقال لها الرسول : « حرمت عليه » . فقالت يا رسول الله : ماذا كرت طلاقاً ، وإنما هو أبى ولدى وأحب الناس إلي » ، فقال : « حرمت عليه » ، وكلما ناقشته قال : « حرمت عليه » ، فقالت : أشكو إلى الله فاقضى ووجدى « أى حزنى » ، فسمع الله لها ، وأنزل فيها قرآناً « قد سمع الله قول التى تجادل فى زوجها وتشتكى إلى الله والله يسمع تحاوركما . إن الله سميع بصير » الآيات من أول سورة المجادلة بين فيها أن الظهار ليس طلاقاً ، بل هو قلب للحقائق ، والواجب فيه كفارة هى تحرير رقبة ، فإن لم يتيسر فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يتيسر فإطعام ستين مسكيناً ، وهذه الكفارة تأديب لمن يتلاعب بالألفاظ التى تهدد الأسرة بالانهيار والتفكك .

وكذلك ثبت أنه صلى الله عليه وسلم أذن لبعض أصحابه فى الاجتهاد إذا

كانوا بعيدين عنه ، فاجتهد كثير منهم . إلا أن هذه الاجتهادات كانت تعرض عليه فيقر الصواب منها .

فلقد ثبت أن رسول الله لما أرسل معاذ بن جبل إلى اليمن قاضياً قال له : بم تقضى قال بكتاب الله ، قال فإن لم تجد ، قال فبسنة رسول الله ، قال : فإن لم تجد ، قال فبرأى ، فقال الرسول : الحمد لله الذى وفق رسول الله إلى ما يرضى الله ورسوله ، وهذا الحديث يعتبر أساساً فى الإذن بالاجتهاد .

وروى أن رسول الله لما بعث على بن أبى طالب قاضياً إلى اليمن قال له : إن الله سيهدى قلبك ، ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء .

ولم يقف الأمر عند هذا ، بل تعداه إلى أن الرسول أمر بعض الصحابة بالقضاء فى خصومة أمامه . فقد روى أنه صلى الله عليه وسلم قال يوماً لعمر بن العاص : أحكم فى هذه القضية ، فقال عمرو : أأجتهد وأنت حاضر ؟ قال : نعم إن أصبت فلك أجران وإن أخطأت فلك أجر (١) .

وحوادث اجتهادات الصحابة فى أسفارهم كثيرة ، ولو لا خشية لإطالة لعددنا منها الكثير .

بقى أن يقال : إذا كان اجتهاد الرسول وأصحابه فى هذا العصر مرده إلى الوحى فما فائدة الاجتهاد والإذن فيه ؟ .

والجواب : أن الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع ، وهى شريعة الله إلى يوم الدين ونصوصها لم تستوعب أحكام الحوادث الجزئية . ما جد منها وما لم يجد ، والحوادث

(١) راجع إعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ، وكتاب الأحكام لابن حزم ج ٦ ص ٢٦ ، والميسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٧٠

متجددة على مر الأيام ، فلو لم يكن هناك اجتهاد لاستنباط أحكام لهذه الحوادث الجديدة لوقفت الشريعة . وما وسعت كل شيء .

من أجل ذلك أذن الله لرسوله بالاجتهاد ، فاجتهد وعلم أصحابه ، وبين الله لهم في القرآن علل بعض الأحكام لينفتح المجال أمامهم بالقياس عليها . فكان الاجتهاد من خصائص هذه الشريعة (١) .

(١) يقول صاحب تفسير المنار عند تفسير قوله تعالى : ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ولكن ليبلوكم فيما آتاكم ، ولو شاء الله أن يجعلكم أيها الناس أمة واحدة ذات شريعة واحدة ومنهاج واحد في سلوكها والعمل بها لفعل بأن خلقكم على استعداد واحد وألزمكم حالة واحدة في أخلاقكم وأطوار معيشتكم بحيث تصلح لها شريعة واحدة في كل زمن ، وحينئذ تكونون كسائر أنواع الخلق التي يقف استعدادها عند حد معين كالطير أو النمل أو النحل . ولكنه لم يشأ ذلك بل جعلكم نوعا ممتازا يرتقى في أطوار الحياة بالتدريج وعلى سنة الارتفاع فلا تصلح له شريعة واحدة في كل أطوار حياته بل جعل لكم في كل طور شريعة تصلح له لغيره وختم شرائعه ومناهجه بالشرعية الحميدة المبنية على أصل الاجتهاد وجعل أمره في القضاء والسياسة والاجتماع شورى بين أولى الأمر من أهل المسكنة والعلم والرأى ليبلوكم أي ليعاملكم بذلك معاملة المختبر لاستعدادكم فيما أعطاكم من الشرائع .

ثم قال إن الفروق بين الشرائع تظهر بالمقارنة بين اليهودية والنصرانية والاسلام فاليهودية شريعة مبنية على الشدة وتربية قوم ألقوا العبودية والذل وفتدوا الاستقلال في الارادة والرأى ، فهي مادية جسدية شديدة ليس لأهلها فيها رأى ولا اجتهاد ، خالقائم بتنفيذها كالمربي للطفل العارم الشكس .

والمسيحية يهودية من جهة وروحانية شديدة من جهة أخرى ، فهي تأمر أهلها أن يسلبوا أمورهم الجسدية والاجتماعية للتغلبين من أهل السلطة والحكم مهما كانوا عليه من الفساد والظلم وأن يتبلاوا كل ما يسامون به من الخسف والذل ، ويجعلوا عنايتهم كلها بالأمور الروحية وتربية العواطف والوجدانيات النفسية فهي القائمة على أساس العقل والاستقلال المحقة لمعنى الإنسانية بالجمع بين مصالح الروح والجسد ، وبهذا =

وهنا يبرز سؤال آخر يقول : إذا كان الوحي ينزل على رسول الله وأبيح له الاجتهاد تعليماً لأمة فلم تركه الله في بعض اجتهاداته يخطئ الصواب ثم يعاتبه بعد ذلك ولم لم يلهمه الصواب في كل ما اجتهد فيه ؟ !

والجواب أن وراء هذا الخطأ حكمة بالغة هي أن الاجتهاد من لوازم هذه الأمة وبخاصة بعد وفاته صلى الله عليه وسلم ، والاجتهاد أى وهو عرضة للصواب والخطأ ، فخطأ رسول الله في اجتهاده يكون عزاء للمخطئين في اجتهاداتهم من جهة وإرشاد للناس إلى اجترام آراء المجتهدين وعدم التسرع في الحكم عليهم بالخطأ وعدم التشنيع عليهم فيما أخطئوا فيه من جهة أخرى . وبهذا يتحقق أن بعثة رسول الله كانت ولا تزال رحمة لهذا الأمة كما صرح القرآن بذلك ، وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين .

ويجب أنه نلاحظ هنا الأمور الآتية :

الأول : أن الشريعة كملت أصولها وقواعد قبل وفاة الرسول . مصداقاً لقوله تعالى « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً » (١) التى نزلت فى حجة الوداع قبل وفاة الرسول بثلاثة أشهر ، ولذلك قيل لم ينزل بعدها حلال ولا حرام .

== يصدق عليها قوله تعالى « كنتم خير أمة أخرجت للناس » ، وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس ، فهى مبنية على أساس الاستقلال البشرى اللائق بسن الرشد وطور ارتقاء العقل ، ولذلك كانت الأحكام الدينية فى كتابها قليلة وفرض فيها الاجتهاد ، لأن الراشد يفوض إليه أمر نفسه فلا يقيد إلا بما يمكن أن يعقله من الأصول القطعية . ومن مقومات أمة الملية التى لا تختلف باختلاف الزمان والمكان . (هـ)

(١) المائدة - ٣ .

وعلى هذا يكون التشريع على الحقيقة انتهى بوفاة الرسول، ولم يبق إلا التطبيق للقواعد، والاستنباط من النصوص.

النتائج: كان الرسول هو المرجع في القضاء والاستفتاء وحده تبعاً لاتحاد مصدر التشريع، ومن هنا لم يوجد في واقعة من الوقائع أكثر من رأى واحد، ولم يلجأ أحد في استفتائه إلا إلى الرسول، والأحكام التي صدرت في خصومات من أحد الصحابة في البلدان البعيدة لا تعتبر تشريعاً إلا إذا أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم.

النتائج: أن الفقه في هذا الدور كان واقعياً عملياً، وقد انتهى ولم يدون منه شيء غير ما جاء في القرآن، لأن الرسول أمر بكتابته، ونهاهم عن كتابة السنة خروفاً واختلاطاً بالقرآن.

وفي نهاية هذا الدور يقول رسول الله لأصحابه: «تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنتي».

الدور الثاني . دور البناء والكمال

ويبدأ من سنة ١١ هـ وينتهي في منتصف القرن الرابع الهجري تقريباً .
قدمنا أن الرسول اجتهد في بعض الحوادث . وأذن لأصحابه في الاجتهاد، بل ودرهم عليه مع نزول الوحي تمهيداً للحياة المستقبلية، وإعداداً لهم للخلافة .
فما أن انتهى الدور الأول، وهو دور التأسيس ووضع القواعد والمبادئ بوفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى بدأ الدور الثاني، وهو دور البناء والكمال .
وهذا الدور — بوجه عام — كان مطبوعاً بطابع الاجتهاد وأخذ الأحكام من النصوص إن وجدت، فإن لم توجد فبالرأى الجماعى متى أمكنت المشورة فيما يتعلق بشأن الجماعة . أو الفردى إذا تعذرت الشورى، أو كان الأمر متعلقاً بمسائل فردية .
فكان كل من تأهل للاجتهاد يجتهد فيما نزل به وفيما استفتى فيه متى تعينت عليه الفتوى، ومن لم يبلغ هذه المنزلة لجأ إلى غيره من أهل الفتيا .
وكانت حرية الاستفتاء مكفولة لأول الأمر، فلم يكن الشخص ملزماً باستفتاء

شخص معين، ولا تقليد واحد بعينه، ولم يوجد ذلك التقليد^(١) إلا عندما تكونت المذاهب الفقهية . وتميزت عن بعضها ، وأصبح لها أتباع يسرون في فلكها . ومع هذا التقليد لم ينته الاجتهاد دفعة واحدة ، بل كان السبيل إلى استنباط الأحكام التي لا يوجد فيها نقل عن الأئمة كما صرح^(٢) بذلك الفقيه الحنفى أبو الحسن الكرخي المتوفى سنة ٣٤٠ هـ .

وهذا الدور ينقسم إلى ثلاث مراحل ، كل مرحلة تتميز عن الأخرى ببعض الخصائص .

المرحلة الأولى . عصر الخلفاء الراشدين .

بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم انتقلت قيادة الأمة في أمور الدين والدنيا إلى خلفائه الراشدين ، وكبار الصحابة ، فواجهوا أحداثاً لم تكن في عصر النبوة لاتساع رقعة الدولة الإسلامية بفتح الشام والعراق ومصر وفارس وغيرها ، وفي هذه البلاد نظم لم يألفوها ، وعادات وتقاليدها غير ما عندهم في شبه الجزيرة العربية ، وأحداث جديدة ما كانت تعرض لهم في بلادهم ، وكل ذلك يتطلب حكم الإسلام فيه ، وهم يحكم قيادتهم مكلفون بهذا ، فإذا يفعلون .

(١) يقول ابن حزام في كتابه الأحكام ج٦ - ١٤٦ : إن بدعة التقاليد ظهرت في الناس . وابتدئ بها بعد الأربعين ومائة من تاريخ الهجرة ، وهي بعد القرن الثلاثة التي أخبر عنها الرسول صلى الله عليه وسلم ، ثم لم تزل حتى عمت بعد المائتين إلا من عصم الله .

(٢) يقول الكرخي في رسالته الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية ، الأصل أن الحادثة إذا وقعت ولم يجد المؤول فيها جواباً ونظيراً في كتب أصحابنا فإنه ينبغي له أن يستنبط جوابها من غيرها . إما من الكتب أو من السنة أو غير ذلك مما هو الأقوى فالأقوى فإنه لا يعدو حكم هذه الأصول .

والنصوص لم تصرح بالكثير منه ؟ ، فلم يكن لهم منفذ إلا الاجتهاد ، واستعمال
الرأى على ضوء القواعد الشرعية ، فاجتهدوا تأسيساً برسول الله - واستصحاباً
لإذنه لهم بالاجتهاد في عصره ، واستنباطاً من تعليل النصوص لبعض الأحكام
فإن في هذا التعليل إشارة إلى أن التشريع قصد به تحقيق مصالح الناس ، وهذا
يدعوهم إلى الاجتهاد عند فقدان النص الصريح .

طريقة فهم في الفتيا والقضاء

إذا وقعت الحادثة بحثوا عن حكمها في كتاب الله ، فإن وجدوه حكموا به .
وإن لم يعثروا عليه فيه التمسوا حكمها في السنة ، فإن لم يسعفهم نص من هذين
جمع الخليفة كبار الصحابة وشاورهم في الأمر ، فإذا اتفقوا على رأى صدر الحكم
الجماعى ، وإن اختلفوا أعادوا النظر ، وقلبوا المسألة على جميع وجوهها الممكنة ،
فإذا لم يوجد اتفاق أخذ فيها برأى الأغلبية ، وفي هذه الحالة تسلم الأقلية لرأى
الأغلبية حسباً لمادة الخلاف ، وهذا طبعاً في المسائل التي لها مساس بالحكم . أما
المسائل الفردية التي تخص الأشخاص فإنه كان يكفي فيها الاجتهاد الفردى .

وما يدلنا على أن هذه كانت طريقة فهم ما رواه البغوى في مصابيح السنة قال :
كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله ، فإن وجد فيه ما يقضى
به بينهم قضى به ، وإن لم يجد في الكتاب وعلم من رسول الله في ذلك الأمر
سنة قضى بها ، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين وقال : أتأتى كذا وكذا فهل علمتم
أن رسول الله قضى في ذلك بقضاء ؟ فربما اجتمع عليه نفر كلهم يذكر عن
رسول الله قضاء ، فيقول أبو بكر : الحمد لله الذى جعل فينا من يحفظ عن نبينا ،
فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله جمع رؤوس الناس وخيارهم ، فإن
أجمع رأيهم على أمر قضى به ، وكان عمر يفعل ذلك فإن أعياه أن يجد في القرآن
والسنة نظر هل كان فيه لآبى بكر قضاء ؟ ، فإن وجد آبا بكر قضى فيه بقضاء

قضى به ، وإلا دعا رؤوس المسلمين ، فإذا اجتمعوا على شيء قضى به (١) .
فهذا أسلوبهم فيما كان يعرض عليهم من قضايا ، وبه أوصوا قضاتهم الذين
كانوا يرسلونهم إلى المدن البعيدة بعد أن فصل أمر القضاء عن الولاية لما كثرت
الأعمال في عهد عمر .

فلقد أثر عن عمر رضى الله عنه أنه لما ولي شريحا أمر القضاء في الكوفة :
قال له : أقض بما استبان لك من قضاء رسول الله . فإن لم تعلم كل أقضية رسول
الله فاقض بما استبان لك من قضاء أئمة المهتدين ، فإن لم تعلم كل ما قضت به الأئمة
المهتدون فاجتهد رأيك واستشر أهل العلم والصلاح .

وبعد فترة من الزمن أرسل له كتاباً يذكره بالخطة القويمة الواجب اتباعها
فيقول له : إذا حضرك أمر لا بد منه فانظر في كتاب الله فاقض به ، فإن لم
يكن ففيمما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن لم يكن ففيمما قضى به
الصالحون وأئمة العدل ، فإن لم يكن فأنت بالخيار ، إن شئت أن تجتهد رأيك
فاجتهد رأيك ، وإن شئت أن تؤامرني ، ولا أرى مؤامرتك إياي إلا خيراً
لك (٢) والسلام .

من ذلك نرى أنه جد مصدر جديد للفقهاء ، وهو استعمال الرأي الذي لم يحدد
بمعنى خاص في هذا الوقت ، بل كان — كما يقول ابن القيم في إعلام الموقعين —

(١) إعلام الموقعين ج ١ ص ٧٠

(٢) ففي هذا الكتاب يرسم له طريق القضاء السليم ، وبخيره في النهاية بين الاجتهاد
وبين أن يكتب إليه ، ويجعل المكاتبه خيراً له ، لأن طريقة عمر فيما يأتيه من ولاته
وقضاته هي ، المشورة وأخذ الرأي الجماعي ، وبه تكون الكتابة إليه بشأن الخصومة
التي ليس فيها نص ولا قضاء سابق أحسن من قضاء القاضي برأيه وحده .

ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه
الآمارات .

والرأى عندهم — كما رأيت — نوعان : رأى جماعى ، ورأى فردى ، أو
اجتهاد الجماعة واجتهاد الفرد ، ونحن إذا تتبعنا مواضع استعمالهم للرأى وجدنا
هذه الكلمة شاملة لأنواع من الأدلة التى تميزت بأسماء خاصة فيما بعد . كالقياس
والاستحسان والاستصلاح مع ملاحظة أنهم لم يهملوا العرف :

ومع استعمالهم للرأى لم يكن الواحد منهم يجزم بأن هذا حكم الله ، بل ينسبه
إلى نفسه إن كان خطأ .

يدل لذلك ما روى عن أبى بكر الصديق أنه كان إذا اجتهد وبأن له الرأى
الراجع عنده يقول : هذا رأى ، فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فنى
وأستغفر الله .

وما روى عن عبد الله بن مسعود لما سئل عن المرأة التى تزوجت ، ولم
يفرض لها زوجها صداقاً . ومات قبل أن يدخل بها قال : أقول فيها برأى « لها
مهر مثلها لاوكس (١) ولا شطط ، فإن يكن صواباً فمن الله وإن يكن خطأ فمنى
ومن الشيطان ، والله ورسوله منه بريتان »

وأخرج الطبرانى عنه أنه قال : عسى رجل أن يقول : إن الله أمر بكذا
أو نهى عن كذا ، فيقول الله عز وجل له : كذبت ، ويقول : إن الله حرم
كذا وأحل كذا فيقول الله عز وجل : كذبت .

ولقد كتب كاتب لعمر فى فتيا : هذا ما رأى الله ورأى عمر : فقال له
بئسما قلت هذا ما رأى عمر ، فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فمن عمر ،
ثم قال : السنة ماسنه الله ورسوله ، لا تجعلوا خطأ الرأى سنة للأمة (٢) .

(١) الوكس النقص ، والشطط الزيادة . (٢) إعلام الموقعين ج ١ ص ٦٢

وفي رواية أخرى « يا أيها الناس . إن الرأى كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم مصيباً لأن الله كان يريه ، وإنما هو منا الظن والتكلف ، وقال : السنة ماسنه الله ورسوله ، لا تجعلوا خطأ الرأى سنة للأمة » .

وروى عنه أنه كان يقول « لا يقوان أحدكم قضيت بما أراى الله تعالى ، فان الله تعالى لم يجعل ذلك إلا لنبيه صلى الله عليه وسلم وأما أحدنا فرأيه يكون ظنا لا علما » (١) .

وبما يؤكد ذلك أن الواحد منهم كان يسر ويحمد الله تعالى إذا ظهر له أن اجتهاده وافق حديث رسول الله .

من ذلك ما رواه مسلم (٢) أن عمر بن الخطاب خرج إلى الشام وقبل أن يدخلها علم بوقوع الوباء بها فشاور المهاجرين فاختلفوا ثم شاور الأنصار فاختلفوا ثم شاور مشيخة قريش من مهاجرة الفتح فلم يختلفوا وأشاروا عليه بالرجوع ، فقرر عمر الرجوع ، فقال له أبو عبيدة بن الجراح : إفرارا من قدر الله ، فقال عمر : لو غيرك قالها يا أبا عبيدة ، وكان عمر يكره خلافه ، نعم نفر من قدر الله إلى قدر الله ، أرايت لو كانت لك ابل فبهطت واديا له عدوتان « ناحيتان » إحداهما خصبة والأخرى جدبة ، أليس إن رعيت الخصبة رعيتها بقدر الله ، وإن رعيت الجدبة رعيتها بقدر الله ، فجاء عبد الرحمن بن عوف وكان متغيبا في بعض حاجته ، فقال : إن عندى من هذا علما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه ، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه » قال : فحمد الله عمر بن الخطاب ثم انصرف .

(١) تفسير المنار ج ٥ ص ٣٩٥ نقلا عن الإمام الرازى وراجع تفسير البحر المحيط ج ٣ ص ٣٤٣ .

(٢) صحيح مسلم ص ٢٧ ، ص ٢٨ من القسم الثانى من الجزء الثانى .

ومنه ما روى عن ابن مسعود (١) أن سائلا سأله عن المرأة التي تزوجت من غير أن يفرض لها زوجها صداقا ثم توفي عنها فقال بعد شهر : أقول فيها بنفسى فإن يك صوابا فمن الله ورسوله ، وإن يك خطأ فمن نفسى وفى رواية . فمن ابن أم عبد ، وفى رواية فمضى ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان . أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط . فقام رجل يقال له معقل بن سنان وأبو الجراح حامل راية الأشجعين فقالا : نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الأشجعية بمثل قضائك هذا ، فسر عبد الله بن سعود سرورا لم يسره مثله قط بعد إسلامه ، وبروع بكسر الباء فى المشهور ويروى بفتحها .

ولقد روى الترمذى والنسائى وأبو داود هذا الأثر بروايات أخرى مختصرة . قال البيهقى جميع روايات هذا الحديث وأسانيدها صحاح .

وثمة ظاهرة أخرى صاحبت استعمالهم للرأى لا تقل فى أهميتها عن سابقتها وهى احترام الرأى المتبادل بينهم ، فما كان الواحد منهم يتعصب لرأيه بمحاولة جعله مذهبا يرد الناس إليه عند الاختلاف فى الاجتهاد حتى ولو كان صاحب سلطان ، والحادثة الآتية تصور لنا مدى ما وصلوا إليه من احترام بعضهم لآراء بعض .

روى الطبرى : أن عمر بن الخطاب — وهو خليفة — لقي رجلا له قضية فسأله ماذا صنعت ؟ ، فقال قضى على بكذا ، قال عمر : لو كنت أنا لقضيت بكذا ، قال الرجل : فما يمنعك والأمر إليك ؟ فأجابه عمر . لو كنت أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة رسوله لفعلت ، ولكنى أردك إلى رأى والرأى مشترك

(١) فتح القدير لابن الهمام ج ٢ ص ٤٤٠

ولست أدري أى الرايين أحق عند الله (١) .

وأمثلة إفتائهم بالرأى كثيرة . منها فتوى ابن مسعود السابقة .

ومنها ما روى أن عمر رضى الله عنه رفعت إليه قضية رجل قتلته امرأة أبيه وخليما ، فتردد عمر في قتل الجماعة بالواحد ، لأن كتاب الله يقول (النفس بالنفس) فقال على : أرأيت يا أمير المؤمنين لو أن نفراً اشتهر في سرقة جزور ، فأخذ هذا عضواً وهذا عضواً أكنث قاطعهم؟ قال نعم . قال فكذلك ، فعمل عمر برأيه وكتب إلى عامله : (أن أقتلهم ما فلو اشتهر فيه أهل صنعاء كلهم لقتلتهم به) .

ومنها إفتاؤهم بتضمين الصناع إذا ادعوا هلاك ما عندهم من متاع بدون إقامة بينة على دعواهم ، وفي هذا يقول على رضى الله عنه : « لا يصلح الناس إلا ذاك » .

ومنها منع عمر رضى الله عنه إعطاء المؤلفة قلوبهم في خلافة أبي بكر لزوال السبب الموجب لإعطائهم ، ووافقه أبو بكر على رأيه .

ومنها : أنهم أفتوا بأن المرأة التي طلقها زوجها في مرض موته ترثه إذا مات ، لأنه بطلان هذا يعتبر فالأ من ميراثها ، فمعاملة له بنقيض مقصوده حكموا بإرثها ، وكان عمر يقول : ترث منه إذا مات وهي في العدة فقط ، وخالفه عثمان بن عفان ، فقال ترثه مطلقاً . مات في العدة أو بعدها .

ومنها حكمهم بتشريك الجدتين في السدس بعد تقدم قضاء رسول الله به للجدة من قبل الأم . روى مالك (٢) عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه

(١) راجع تاريخ التشريع للخضرى ، وحاشية الجوى على الأشياء والنظائر ج ١

(٢) الموطأ بشرح الباجى ج ٦ ص ٢٣٩ .

قال : أنت الجدتان إلى أبي بكر الصديق ، فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الأم ، فقال له رجل من الأنصار : أما إنك تترك التي لو ماتت وهو حي كان إياها يرث ، فجعل أبو بكر السدس بينهما ، وروى مثل ذلك عن عمر .

اختلفوا في الامتهار وأسبابه :

ومع هذه الشورى والاجتهاد الجماعي وقع الاختلاف بينهم في الاجتهاد ، وهذا الاختلاف يرجع إلى أسباب نجملها فيما يلي :

أولاً : اختلافهم في فهم القرآن ، لأن دلالة آياته ليست قطعية كاملاً ، بل كثير منها ظني الدلالة ، إما بسبب لفظ مشترك بين معنيين ، فيحمله واحد على أحد المعنيين بينما يحمله الآخر على المعنى الثاني لقرينة تظهر له . كما في قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ، والقراء في اللغة مشترك بين الحيض والطمهر ، فحمله بعضهم على الحيض ، وقال : عدتها ثلاث حيض ، وآخرون على الطهر . وقالوا : عدتها ثلاثة أطهار .

وإما بسبب لفظ اختلف فيه هل هو حقيقة أو مجاز : كاختلافهم في أن الجد يحجب الإخوة من الميراث كالأب ، فذهب أبو بكر إلى ذلك ، لأن القرآن سماه أباً « واتبعت ملة آبائي إبراهيم وإسحق ويعقوب (١) » ، ووافقه على ذلك ابن عباس وابن الزبير وابن عمر وحذيفة بن اليمان ومعاذ بن جبل وأبي بن كعب وعائشة وغيرهم . وخالفه في ذلك علي وزيد بن ثابت وابن مسعود فقالوا لا يحجبهم بل يتقاسمون الميراث ، فلم يجعلوه بمنزلة الأب ، وتسميته في القرآن بالأب كانت بطريق المجاز . والرواية عن عمر مختلفة وإن كان المشهور عنه أنه يوافق

أبا بكر في رأيه ، ولقد أثر عنه أنه كان يقول لزيد وعلى : لولا رأيكما لاجتمع رأيي ورأي أبي بكر في الجدد . كيف يكون إبنائي ولا أكون أباه (١) .

ولما بسبب تعارض ظواهر النصوص ، مثل اختلافهم في عدة الحوامل المتوفى عنها زوجها ، فقال على رضى الله عنه تعتد بأبعد الأجلين جمعاً بين الآيتين (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً (٢) وآية (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن (٣)) ، وقال عمر وابن مسعود تعتد بوضع الحمل عملاً بالآية الأخيرة لتأخرها في النزول .

ثانياً : اختلافهم في فهم السنة كذلك مع اختلافهم في حفظها ، فإنها لكثرتها لم يتيسر لواحد منهم حفظها كلها خصوصاً وأنها لم تكن مكتوبة ، فنشأ عن ذلك أن أحدهم يفتى برأيه حيث لم يوجد عنده حديث بينما يخالفه الآخر لوجود الحديث عنده .

ثالثاً . استعمالهم للرأى ، وهو يختلف باختلافهم ، لأنه لم يكن محمداً بنوع خاص كما نقلناه عن ابن القيم فيما تقدم .

رابعاً : قد يكون الاختلاف راجعاً إلى اختلاف الزمن وتغير أحوال الناس كما في مسألة ضوال الإبل ، فقد كانت في عهد رسول الله ، وفي زمن أبي بكر وعمر لا يتعرض لها أحد انتهى النبي عن ذلك بقوله للسائل : « مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وترعى الكلا (٤) » ، فلما تغيرت النفوس في زمن عثمان أمر بتعريفها فإن وجد صاحبها سلمت له . وإن لم يوجد بيعت

(١) راجع شرح السراجية ص ٢٤٩ وما بعدها .

(٢) البقرة - ٢٣٤ (٣) الطلاق - ٤

(٤) روى مسلم بسنده عن زيد بن خالد الجهني أنه قال : جاء رجل إلى النبي =

واحتفظ بشئها له حتى يجيء ، وفي زمن على رضى الله عنه ما كانت تباع ،
ولكن تبقى على ذمة صاحبها ، وتعلف من بيت المال علفاً لا يسمنها ولا يزلها ،
لأنه رأى المصلحة في ذلك (١) .

ولكن دائرة الاختلاف بينهم كانت محدودة لم تتشعب كما حدثت في
العصور التالية لأمور :

١ - تقرر مبدأ الشورى بينهم ، فإن الشورى تقضى على الخلاف في
الغالب .

٢ - تيسر الإجماع لاجتماع كبار الصحابة وأهل الفتيا منهم في المدينة

= صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة ، فقال : أعرف عفاصها وكاءها ثم عرفها سنة
فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها ، قال فضالة الغنم ، قال لك أو لأخيك أو للذئب ،
قال فضالة الأبل قال : مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى
يلقاها ربها .

وفي رواية قال : عرفها سنة ثم اعرف وكاءها وعفاصها ، ثم استنفق بها فإن جاء
ربها فأدها إليه ، قال فضالة الغنم ، قال : خذها فانما هي لك أو لأخيك أو للذئب -
أعرف وكاءها وعفاصها أى لتعلم صدق واصفها من كذبه . والعفاص الوعاء الذى
يكون فيه اللقطة جلداً كان أو غيره . والوكاء هو الخيط الذى يشد به الوعاء لك أو
لأخيك أو للذئب . هذا نذب إلى أخذ ضالة الغنم صيانة لها عن الضياع أى لك أخذها
وإن لم تأخذها أنت يأخذها غيرك أو يأخذها الذئب .

قال النووي . فإذا أخذها وعرفها سنة وأكلها ثم جاء صاحبها لزمته غرامتها
عندنا وعند الحنفية : راجع صحيح مسلم الجزء الأول من القسم الثانى ص ١٢٤
(١) راجع شرح الباجى على الموطأ ج ٦ ص ١٤٢ .

عاصمة الخلافة ، فقد كان عمر ينهزم عن الخروج إلى جهة أخرى إلا بإذن خاص منه .

٣ - تورعهم عن الفتيا ، وإحالة بعضهم على بعض . يقول ابن القيم (١) . وكان السلف من الصحابة والتابعين يكرهون التسرع في الفتوى ، ويود كل واحد منهم أن يكفيه إياها غيره ، فإذا رأى أنها قد تعينت عليه بذل اجتهاده في معرفة حكمها من الكتاب والسنة ، أو قول الخلفاء الراشدين ثم أفتى .

ويروى عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أنه قال : « أدركت عشرين ومائة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فما كان منهم محدث إلا ود أن أخاه كفاه الحديث ، ولا مفت إلا ود أن أخاه كفاه الفتيا » .

٤ - قلة رواية الحديث لتحذير عمر لهم من ذلك خوف الكذب على رسول الله (٢) . كما كان يطلب ممن روى له حديثاً البيئته على أنه سمعه من رسول الله .

روى البخاري (٣) بسند ، إلى عبيد بن شعير قال : استأذن أبو موسى على عمر

(١) إعلام الموقعين ج ١ ص ٣٧ .

(٢) ولقد أصاب الفاروق في ذلك لأن بعض الذين روى الأحاديث بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم اشتبه عليهم بعضها . يدل لذلك ما رواه مطرف بن عبد الله أن عمران بن حصين قال : والله إن كنت لأرى أني لو شئت لحدثت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يومين متتابعين ، ولكن بضائي عن ذلك أن رجلاً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعوا كما سمعت ، وشهدوا كما شهدت ، ويحدثون أحاديث ما هي كأقولون ، وأخاف أن يشبه لي كما شبه لهم ، فأعلمك أنهم كانوا يغلطون لأنهم كانوا يتعمدون ، تأويل مختلف الحديث لابن قتيبة ص ٤٩ .

(٣) صحيح البخاري ج ٩ ص ١٣٣ .

فكأنه وجده مشعُولا ، فرجع فقال عمر : ألم أسمع صوت عبد الله بن قيس
أئذنوا له ، فدعى له فقال : ما حملك على ما صنعت ، فقال : إنا كنا نؤمر بهذا ،
قال : فأتني على هذا بيينة أولا فعلن بك ، فانطلق إلى مجلس من الأنصار فقالوا :
لا يشهد إلا أصاغرنا ، فقام أبو سعيد الخدري فقال : قد كنا نؤمر بهذا ، فقال
عمر : خفي على هذا من أمر النبي صلى الله عليه وسلم ألهاني الصفيق بالأسواق .
وكان أبو بكر قبله لا يقبل حديثاً من راو إلا إذا جاءه بشاهد على صدقه
يروى لنا مالك (١) بسنده إلى قبيصة بن ذؤيب أنه قال : « جاءت الجدة إلى أبي
بكر الصديق تسأله ميراثها ، فقال لها أبو بكر : مالك في كتاب الله شيء ،
وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً ، فارجعي حتى أسأل
الناس ، فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة : حضرت رسول الله صلى الله عليه
وسلم أعطاهما السدس ، فقال أبو بكر : هل معك غيرك ؟ ، فقام محمد بن مسلمة
الأنصاري فقال مثل ما قال المغيرة ، فأنفذه لها أبو بكر الصديق ، . وكذلك على
من بعده كان يحلف الراوي على أنه سمع الحديث من رسول الله (٢) .

(١) الموطأ شرح الباجي ج ٦ ص ٢٣٧ .

(٢) جاء في تأويل مختلف الحديث ص ٤٨ « وكان عمر شديداً على من أكثر
الرواية أو أتى بخير في الحكم لا شاهد له عليه ، وكان يأمرهم بأن يقلوا الرواية يريد
بذلك ألا يتسع الناس فيها ويدخلها الشوب ، ويقع التدليس والكذب من المنافق
والفاجر والأعرابي ، .

وفي ص ٤٩ « وقال على رضي الله عنه : كنت إذا سمعت من رسول الله صلى الله
عليه وسلم حديثاً نفعتني الله بما شاء منه ، وإذا حدثني عنه محدث استحلقتني فإن حلف
لي صدقته ، وإن أبا بكر حدثني ، وصدق أبو بكر ، .

وراجع كذلك كتاب أبي يوسف في الرد على سيرا الأوزاعي والتعليقات عليه ص
٣٠ وما بعدها .

وهذه الأمور يجب ملاحظتها

الأول : أن الفقه في هذه المرحلة كان واقعياً عملياً يتبع الحوادث بعد وقوعها كما كان في عصر النبوة ، فلم يفترضوا وقوع حوادث ثم يقدرها لها أحكامها ، كما فعل بعض الأئمة فيما بعد لضيق وقتهم عن هذا العمل ، ولغلبة الورع عليهم ، وشدة تحزيمهم من الخطأ حتى كان الواحد منهم إذا جاءه مستغث أخاله على غيره .

وقد روى عن زيد بن ثابت أنه كان إذا استفتى في مسألة سأل عنها ، فإن قيل له وقعت أفتى فيها ، وإن قيل له لم تقع قال : دعوها حتى تكون .

الثاني : أن الصحابة لم يتركوا فقهاً مدوناً ، بل أحكاماً وفتاوى محفوظة عنهم ، وعدم تدوينهم لها يدل على مبلغ احترامهم لحرية الرأي ، وأنه لا يلزم أحد بالانزام رأى معين قد يكون صواباً ، وقد يكون خطأ ، وعياداتهم السابقة ناطقة بذلك ، (١) ولئلا يشتغل الناس بتلك الفتاوى عن القرآن ، وهذا احتياط منهم كما احتاطوا بعدم جمع السنة خوف اختلاطها بالقرآن .

وإنما اقتصر التدوين والكتابة على القرآن فقط حيث جمع مرتين . إحداهما في زمن أبي بكر ، والأخرى في زمن عثمان ، وسنفصل ذلك في موضعه إن شاء الله .

الثالث . أنهم لم يكونوا في استعمال الرأي في درجة واحدة ، بل كان منهم

(١) يقول السرخسي في أصوله ج ٢ ص ١٠٧ : والدليل على أن الخطأ محتمل في فتوَاهم ما روى أن عمر سئل عن مسألة فأجاب ، فقال رجل : هذا هو الصواب ، فقال عمر : والله ما يدري عمر أن هذا هو الصواب أو الخطأ ولكني لم آل عن الحق ،

من يتخرج في الأخذ به خشية الكذب في دين الله ، وأن الرأى مهما كان عرضة للخطأ ، والحكم به حكم بغير دليل وانحس من الشرع ، وكان على رأس هذه الطائفة عبد الله بن عمر ، وزيد بن ثابت .

ومنهم من توسع فيه لكنه ينسب الخطأ إلى نفسه — كما سبق — وعلى رأس هذه الطائفة عمر ، وعلى ، وعبد الله بن مسعود .

وهذا الاختلاف في طريقة الاجتهاد كان تمهيداً لتكوين مدرستين للفقهاء عرفت فيما بعد باسم مدرسة الحديث ومدرسة الرأى .

الرابع : أنه في هذا العصر وجدت اجتهادات تبعاً للمصلحة غيرت بعض الأحكام التي كان العمل بمقتضاها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم خصوصاً في عهد الخليفة الثاني عمر الفاروق رضى الله عنه . كما في مسألة إيقاع الطلاق الثلاث ، وتقسيم الغنيمة ، وإسقاط سهم المؤلف قلوبهم من الزكاة ، وهذا التغيير ليس نسخاً كما توهمه البعض (١) ، بل هو تغيير الحكم تبعاً لتغير غلته ، أوزوالها ، وهو يتفق مع مبادئ الشريعة السامية التي تسير الزمن ، ولا تتخلف عن ركب الحضارة .

المرحلة الثانية : وهي عصر صغار الصحابة والتابعين « عصر الأمويين » . في هذه المرحلة جرت أحداث سياسية ، وغير سياسية كان لها أثر ظاهر في الفقه

(١) جاء في كتاب أصول القانون للدكتورين السنهوري وحشمت أ. ستيب ص ١٢٦ في بحث الكلام على الشريعة الإسلامية وتأثير الفقه والقضاء في تكوينها مانصه « إن عمر يمكن اعتباره المؤسس لمدرسة الرأى كما قدمنا ، فقد كان جريئاً في اجتهاده حتى نسخ بعض الأحكام المأثورة عن النبي عليه الصلاة والسلام لما تغيرت ظروفها ، كما فعل في جرمان المؤلف قلوبهم ، وفي إيقاع الطلاق الثلاث » .

جعلته يختلف في أسلوبه عما كان عليه في المرحلة السابقة ، وهذه الأحداث نجملها فيما يأتي .

أولاً : انقسام الأمة بسبب الخلافة واللاحق بها إلى طوائف (١) ثلاث :

١ - **خوارج :** وهم جماعة من المسلمين لم يعجبهم سياسة عثمان في خلافته ، كما لم يعجبهم قبول علي للتحكيم ، وتولى معاوية الخلافة بالقوة ، فخرجوا على الجميع ، وجعلوا مبدأهم : أن الخليفة يجب أن يختار بانتخاب حر من المسلمين . بصرف النظر عن كونه قرشياً أو غير قرشي . عربياً كان أو غير عربي . متى كان كفؤاً ، وأن الخليفة يجب طاعته مادام عمله في حدود القرآن والسنة فإذا خرج عن ذلك وجبت معصيته ، ولقد استعملوا العنف في سبيل تحقيق مبدأهم ، وظلوا على ذلك طوال عهد الأمويين ، وشطراً من عصر العباسيين .

٢ - **شيعة :** وهم الذين نشيعوا لعلي وذريته ، ورأيهم في الخلافة : أنها تقتصر على علي وذريته ، لأن رسول الله أوصى بالخلافة له من بعده ، وهؤلاء اختلفوا في مسلكتهم فكان منهم المعتدلون ، ومنهم المتطرفون . الأمر الذي جعلهم يتنوعون إلى زيدية ، وإسماعيلية ، وكيسانية ، واثني عشرية ، وغير ذلك مما حدثنا التاريخ عنهم .

٣ - **جمهور معتدل :** وهم أهل السنة والجماعة الذين لم يذهبوا مذهب هؤلاء ولا مذهب هؤلاء .

(١) أما المرجئة وهم الذين اشتهروا أول الأمر بالاعتدال وعدم الغلو كما غلت الشيعة والخوارج ، فهم لا يخرجون عن جمهور المسلمين الذين رضوا بحكم بني أمية إذا استثنينا غلاتهم كجهم بن صفوان ، لأنهم لم يكفروا أحداً بمعصية مهما بلغت تاركين أمر الفصل في ذلك لله وحده . تاريخ الإسلام للدكتور حسن إبراهيم ج ١ ص ٤١٧ .

وكان رأيهم في الخلافة : أنها ليست وصية لأحد ، بل الخليفة ينتخب من أكفاء قريش عملاً بالحديث « الأئمة من قريش » (١) ، كما كان رأيهم في الصحابة أنهم سواء ، وأن ما صدر عنهم من الخلاف كان اجتهاداً أو تأويلاً .

وهذه الطوائف الثلاث تميزت كل واحدة منها عن غيرها بسبب اختلافهم فيما يستدل به من السنة ، فالشيعة لا يقبلون حديثاً إلا إذا كان مروياً عن آل بيت الرسول ، والخوارج لا يقبلون إلا المروى عن رجالهم ، والجمهور يقبلون ما صح من الأحاديث بصرف النظر عن راويه .

ثانياً : انصراف الخلفاء الأمويين إلى السياسة ، وابتعادهم عن سيرة السلف من الخلفاء ، فأحدثوا أموراً لم تكن مشروعة في الإسلام . مما جعل العلماء ينظرون إليهم نظرة أخرى غير نظرهم للخلفاء الراشدين ، فاجتنبوهم ، وحصلت الجفوة بينهم ولم يعد للشورى مكانها الأول .

فلقد أحدثوا ولاية العهد ، فكان الخليفة يجمع الناس في حياته ليعقد البيعة لابنه أو لأخيه إن لم يكن له ابن ينتزع ، منهم بيعة صورية يكره الناس عليها بقوته وسلطانه ، ولا يترك الأمر شورى للمسلمين .

ولما في هذا الأمر من مخالفة لأصول الشريعة أباه الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز ، وأعلن في الناس أنه متنازل عن الخلافة لما آلت إليه ، فلقد دخل المسجد بعد أن تولى الخلافة مباشرة ومعه المسلمون فصعد المنبر ثم قال : « أيها الناس إني قد ابتليت بهذا الأمر عن غير رأي مني فيه ولا طلبه له ولا مشورة من المسلمين وإني قد خلعت ما في أعناقكم من بيعتي فاختراروا لأنفسكم » .

(١) وفي حديث آخر : إن هذا الأمر في قريش لا يعاديهم أحد إلا كبه الله على وجهه ما أقاموا الدين وهو يرشد إلى أن المراد بالحديث الذي معنا « الأئمة من قريش » لإرشاد لقريش أن تتمسك بهذا الدين وتتولى شؤنه حتى يكون لها الإمامة .

فتصارع من في المسجد من المسلمين وقالوا بصوت واحد : قد اخترناك
يا أمير المؤمنين .

ولما حضرته الوفاة طلب منه الناس أن يعهد بالخلافة إلى من يحب أبي
وحذر المسلمين أن يقعوا فيما وقع فيه بنو أمية من الخروج على الإسلام في أصل
من أصوله .

كما خالفوا حكم الإسلام في التبني الذي أبطله القرآن ، فقد استلحق معاوية
زياد بن أبيه (١) ، واعترف بأخوته له .

وفي هذا يقول سعيد بن المسيب : قاتل الله فلاناً يريد معاوية ، كان أول
من غير قضاء رسول الله ، وقد قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

ومعنى الحديث : الولد للفراش ، أى لصاحب الفراش ، أى لمن كانت
المرأة فراشاً له ، وللعاهر الحجر أى للزاني الحجر ، والمراد به الحرمان والخيبة ،
والمعنى ليس للزاني شيء في الولد . والعرب تقول : له الحجر وبفيه التراب ،
ويريدون . ليس له إلا الخيبة ، وقيل كنى بالحجر عن الرجم بالحجارة
إذا زنى (٢) .

وأكثر من هذا أن بعضهم كان يعمل برأيه ، فإذا ماروى له ما يخالفه من
السنة تمسك برأيه .

(١) وزياد هذا هو بن عبيد الرومي وقبل استلحاق معاوية وفرح به مع أنه
يعرف نسبه . فعل ذلك والرسول يقول في شأن التبني « من ادعى لغير أبيه فليتبوأ
مقعده من النار » ويقول « من رغب عن أبيه فهو كفر » رواهما الشيخان .

(٢) راجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٧ ، وشرح السندی لسنين ابن ماجه
ج ١ ص ٦١٩ .

يقول الإمام الشافعي في رسالته ص ٤٤٦ : أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار ، أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها ، فقال له أبو الدرداء : سمعت رسول الله ينهى عن مثل هذا ، فقال معاوية : ما أرى بهذا بأساً ، فقال أبو الدرداء : من يعذرني من معاوية ! أخبره عن رسول ويخبرني عن رأيه ! ؟ لا أساكتك بأرض (١)

. ويعلق على ذلك الشافعي فيقول :

(١) السقاية الإناء الذي يشرب فيه . من يعذرني : أي من يقوم بعذري إن كافأته على سوء صنيعه فلا يلومني .

وهذا الأثر رواه النسائي في سننه . ثم إن هذه القصة وقعت لمعاوية مع صحابي آخر هو عبادة بن الصامت . راجع تعليقات الشيخ أحمد شاكر على الرسالة وليس معنى هذا أن كل خلقاء بني أمية كانوا يفعلون ذلك ، وإنما معناه أن ذلك كان طابعهم العام خصوصاً في أول عهدهم ، وإلا فقد أثر عن عمر بن عبد العزيز خلاف ذلك ، فما كان يرى حرجاً في ترك قضائه ورأيه إذا ظهر أنه يخالف قضاء رسول الله .

يقول الشافعي في رسالته ص ٤٤٨ : أخبرنا من لا أتهم عن ابن أبي ذئب عن مخلد ابن خفاف قال : « ابتعت غلاماً فاستغلته ، ثم ظهرت منه على عيب فخاصمت فيه إلى عمر بن عبد العزيز ، فقضى لي برده وقضى على برد غلته ، فأتيت عروة فأخبرته فقال : أروح إليه المشية فأخبره أن عائشة أخبرتني أن رسول الله قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمآن ، فعجلت إلى عمر فأخبرته ما أخبرني عروة عن عائشة عن النبي ؛ فقال عمر : فما أيسر على من قضاء قضيته الله يعلم أنني لم أرد به إلا الحق فبلغني فيه سنة عن رسول الله ، فأرد قضاء عمر ، وأنفذ سنة رسول الله ؛ فراح إليه عروة فقضى لي أن

أخذ الخراج من الذي قضى به علي له . »

كما يروى لنا الشافعي أيضاً في ص ٤٥٠ من رسالته فيقول : أخبرني من لا أتهم من أهل المدينة عن ابن أبي ذئب قال : قضى سعد بن إبراهيم (وهو قاضي المدينة وجده) =

فرأى أبو الدرداء الحجة تقوم على معاوية بخبره ، ولما لم ير ذلك معاوية فارق أبو الدرداء الأرض التي هو بها إعظاماً لأن ترك خبر ثقة عن النبي .

ومن ذلك تصرفات معاوية في أموال المسلمين فقد أنفقها على غير سنن الخلفاء الراشدين أنفق الكثير منها لمصلحته الخاصة ، فكان يشتري ضمائر كثير من أهل الكوفة والبصرة ليفسدهم على علي واستمر على ذلك حتى بعد أن استقام له الأمر ليجمع الناس حول عرشه .

ثم أحدث مظاهر الترف التي لم يسبق بها فبنى لنفسه قصرًا فخماً سخر فيه آلاف العمال لنقل الأحجار من الرمال .

فقال له أبو ذر الغفاري في صراحة : إن كانت هذه الأموال التي تشيد بها قصرك من أموال المسلمين فهي الخيانة وإن كانت من أموالك فهو الترف والاسراف .

وكلمه مرة أخرى بشأن المال في خلافة عثمان فقال له (إن أموال النبي من حقوق المسلمين جميعاً ، وليس لك أن تحتزن منها شيئاً ، ولكنك خالفت الرسول وأبا بكر وعمر وكنزتها لك ولبنى أمية ، لقد أغنيت الغنى وأفقرت الفقير) .

وفي مناسبة أخرى يقول : (لقد حدثت أعمال ما أعرفها والله ما هي

=عبد الرحمن بن عوف) على رجل بقضية برأى ربيعة بن عبد الرحمن « ربيعة الرأي » فأخبرته عن النبي بخلاف ما قضى به ، فقال سعد لربيعة : هذا ابن أبي ذئب ، وهو عندي ثقة يخبرني عن النبي بخلاف ما قضيت به فقال له ربيعة : قد اجتهدت ومضى حكمك ، فقال سعد : واعجباً أنفذ قضاء سعد بن أم سعد وأرد قضاء رسول الله ؟ ، بل أرد قضاء سعد بن أم سعد وأنفذ قضاء رسول ، فدعا سعد بكتاب القضية فشقه وقضى للقضى عليه ،

في كتاب الله ولا في سنة نبيه ، والله إنى لأرى حقاً يخبو وباطلاً يحيا وشرها
بغير تقى) .

ولقد استباحوا حرم المدينة ومكة مع أن الله حرم مكة في كتابه ، ورسوله
حرم المدينة ، فبدأ يزيد بن معاوية فاستباح المدينة ثلاثة أيام .

وجاء من بعده عبد الملك بن مروان فأذن للحجاج في أن يستباح مكة ففعل
فيها كل ما سولت له نفسه من إجرام لتخضع تلك البلاد المقدسة لبني أمية .
ولا تنس ما فعله ابن زياد عن أمر يزيد بن معاوية من قتل الحسين وأبنائه
وأخوته وسبي بنات النبي صلى الله عليه وسلم .

ثالثاً : تفرق علماء المسلمين في الأمصار الأخرى بعد أن كان عمر بمنهم
من الخروج من المدينة ، ليسهل التشاور في أمر المسلمين ، وهذا التفرق مدعاة
للاختلاف وتشعب الاجتهادات ، لأن كل واحد يفتى بما يراه بعد اجتهاده
من غير أن يلقى أخاه ويناقشه رأيه .

وإذا كان كل إقليم له عرفه وعاداته ، فالفقيه يتأثر في اجتهاده بالبيئة التي
يعيش فيها ، فيفتى بما يلائم أحوالها ، وكذلك القاضى ، فاختلقت أحكام
القضاء ، حيث كانت القضية الواحدة ترفع في وقت واحد إلى قاضيين في مكانين
مختلفين فيحكم فيها بحكمين مختلفين تبعاً لاختلاف الاجتهاد الأمر الذي تنبه له
بعض^(١) المفكرين في عهد العباسيين فأشار على أحد خلفائهما بجمع الناس على
رأى معين ، وإلزامهم به ، ومن هنا جاءت محاولة المنصور العباسى مع الإمام
مالك بن أنس ، ومن بعده هارون الرشيد .

(١) هو عبد الله بن المقفع الذى كتب كتاباً إلى المنصور يبين له مساوىء
الاختلاف في الاجتهاد في القضاء ، ويشير عليه بأن يجمع الناس على رأى واحد ،
ويلزمهم العمل به دون غيره .

٢١٤١ : شيوخ رواية الأحاديث لما دفعتهم الحاجة إلى البحث عن الحديث ، وتبع كثرة التحدث عن رسول الله ظمور الوضاعين للحديث ، فألفوا المقالات وصاغوها على هيئة أحاديث نسبوها إلى الرسول تحقيقاً لرغبتهم في إفساد الدين ، وهذا من غير شك يتعب الفقيه ، لأنه مضطر أولاً إلى البحث عن صحة الحديث قبل الاستدلال به .

٢١٤٢ : اتجاه الجمهور المعتدل في مسلكتهم الفقهية إلى ناحيتين . الوقوف عند النصوص ، والتوسع في استعمال الرأي والاجتهاد فتفرقوا فرقتين .

فرقة وقفت عند النصوص ، فتوقفوا عن الإفتاء إذا لم يجدوا نصاً آخذين بظاهر قوله تعالى (ولا تقف ما ليس لك به علم) (١) فبسموا لذلك بأهل الحديث .

وفرقة أخرى رأت أن أحكام الله معللة بعلة وشرعت لغايات ، فتبعته على الأحكام وتوسعت في استعمال الرأي . مستندين إلى فعل كبار الصحابة ، فسموا لذلك بأهل الرأي ، وكان مركز الفريق الأول المدينة بالحجاز ، ومركز الفريق الثاني الكوفة بالعراق ، ولقد كان الفقه في مدرسة الحديث واقعياً ، فلم يفرضوا المسائل ، ويقدرها لها أحكامها .

وفي مدرسة الرأي كان واقعياً أول الأمر ، ثم اتجه إلى الفرض والتقدير لما وضعوا الضوابط والقواعد ليفرعوها عليها ، فما وقع من الحوادث أعطوه حكمه ، وما لم يقع فرضوه وأعطوه من الأحكام ما يتفق مع هذه الضوابط .

(١) الإسراء : ٢٦

ولقد شاع في مناقشتهم . أن يقولوا في فروضهم : رأيت لو كان نذا وكذا . حتى سباهم خصوصهم بالأرايتين .

والسبب في اختلاف المدرستين . أن الحياة في الحجاز سهلة لبداوتها ، وما يجد فيها من الحوادث قليل ، والأحاديث موفورة ، وفتاوى أبي بكر وعمر كذلك ، فلم يكن هناك ما يدعوهم إلى استعمال الرأي إلا في القليل النادر ، وأما العراق فبلد فيه حياة جديدة ، ومدنيات مختلفة ، والحوادث كثيرة ، والأحاديث لم تكن بالكثرة التي في المدينة ، وتشدد العلماء في شروط قبول الحديث بسبب ظهور الوضاعين للحديث هناك كل ذلك جعلهم يتوسعون في استعمال الرأي .

تلك هي أهم الأحداث التي حدثت في هذه المرحلة ، ومنها اتسعت دائرة الخلاف مما يتعذر معه الإجماع إلا ما كان عن طريق المصادفة .

وقد انقضت هذه المرحلة ولم يدون فيها شيء من السنة أو الفقه ، ولم تتكون فيها مذاهب معينة ، فهي تشبه المرحلة السابقة من هذه الناحية ، وتخالفها من ناحية كثرة الاختلاف ، وتشعب الآراء .

المرحلة الثالثة : وهي تبدأ من أواخر عصر الأمويين وتنتهي في منتصف القرن الرابع الهجري تقريباً حين ضعفت الدولة العباسية ، وانقسمت إلى دويلات صغيرة تابعة للخلافة إسماً فقط .

في هذه المرحلة نشط الفقه نشاطاً عظيماً ، واتسعت دائرته ، وأصبح علماء قائماً بنفسه بعد أن كان مقصوراً على الإفتاء والقضاء ، ووجدت طائفة من العلماء تخصصت فيه ، ووقفت حياتها عليه .

وتعتبر هذه المرحلة - بحق - مرحلة ازدهار الفقه الإسلامي ، وتماهه لأسباب عديدة منها :

أولاً - عناية الخلفاء العباسيين بالفقهاء والفقراء :

لأن دولتهم قامت باسم الدين لإرجاع الخلافة إلى آل بيت الرسول ، فصبغت بصبغة الدين وإن كان هذا في ظاهر الأمر ، لذلك شجعت العلماء وقربتهم .

فالمنصور يحاول تقريب الإمام مالك إليه ، ويشير عليه بأن يجعل كتابه الموطأ دستوراً للدولة تسير عليه ، ويترك الناس ماعداه ، وقيل : إنه هو الذي أمره (١) بوضع هذا الكتاب ، فلما انتهى منه شاوره في أن يجعله دستوراً للدولة .

والمهدي يفعل مع قضائه ما يزيدهم رفعة ، من ذلك ما روى أن شريكاً ، القاضي ، دخل عليه ، فقال الخليفة للخادم : هات عود القاضي . يعنى البخور إكراماً لقاضيه ، فجاء الخادم بعود يضرب به ، لأنه لم يدرك غرض الخليفة ، ووضعه في حجر شريك ، فقال ما هذا ؟ فبادر المهدي ، وقال : هذا عود أخذه صاحب العسس البارحة فأحببت أن يكون كسره على يدك . فدعا له وكسره (٢) .

وهارون الرشيد يكرر محاولة تقريب الإمام مالك إليه ، ثم يقرب أبا يوسف صاحب أبي حنيفة ، ويكل إليه أمر القضاء والقضاة ، ويطلب منه وضع كتاب في نظام الإسلام للأموال وجبايتها ، ليكون دستوراً للدولة تسير عليه في هذا الباب ، فيستجيب أبو يوسف ويؤلف كتاب الخراج ، ومرة أخرى يرسل ولديه الأمين والمأمون لسماع موطأ الإمام مالك منه في المسجد مع عامة الناس .

(١) فقد روى أنه طلب منه أن يؤلف كتاباً يتجنب فيه شذائد عبدالله بن عمر ورخص عبدالله بن عباس ، وشواذ عبدالله بن مسعود ، وأن يوطئه للناس توطيئاً .

(٢) تاريخ القضاء ص ١٢٢ .

والمأمون من بعده يفتح بابه للعلماء ، ويعقد بينهم المناظرات في مجلسه ، ويشجع المتفوقين منهم .

فهذا التشجيع وتلك العناية تبعهما إطلاق الحرية للفقهاء في اجتهادهم ، فاجتهد كل فقيه حسب الطريقة التي رسمها لنفسه ، ومن هنا تعددت الآراء في المسألة الواحدة كما أن القضاة لم يقيّدوا بالقضاء برأى معين فأتسع المجال أمامهم حتى أخذت القضية الواحدة أكثر من حكم حينما تعرض على قضاة مختلفين في وقت واحد في بلدان مختلفة ، وهذه الأفضية وتلك الآراء تدخل في دائرة الفقه فزيدها اتساعا .

ومن مظاهر هذه الحرية أن القاضي كان يحكم على الخليفة حينما يختصمه شخص من عامة الناس ، ويجسد الحق في جانب خصمه ، فيخضع الخليفة لهذا الحكم ثم ينفذه، كما روى عن أبي يوسف أنه قضى على هارون الرشيد في خصومة له مع نصراني .

ومما ينبغي ملاحظته هنا: أن حرية الإجتهد ظلت مكفولة من الخلفاء مادامت بعيدة عن مسائل الخلافة والسياسة ، فإذا مستها من قريب أو بعيد كان المنع ، بل كان الضرب والتعذيب ، كما حدث للإمام مالك لما أفتى بعدم وقوع طلاق المكره ، وقد كان الخلفاء العباسيون حينما يأخذون البيعة يلفون الناس بالطلاق على عدم نقضها .

ثانيا : اتساع الدولة الإسلامية : مما أدى إلى وجود خليط من العادات والتقاليد . وكثرة الأحداث التي تتطلب أحكاماً شرعية . وحرص المسلمين في كل مكان على أن تكون أفعالهم وتصرفاتهم مطبوعة بالطابع الإسلامي موافقة لمبادئ الشريعة وأحكامها . هذا الحرص جعلهم يرجعون إلى الفقهاء يستفتونهم في كل ما يعين لهم . والفقهاء من جانبهم حريصون على القيام بواجبهم . فما ردوا سائلا بدون جواب .

وقد تبع اتساع الدولة الإسلامية وتراعى أطرافها أن تعددت مراكز الفقه فيها . ففي الحجاز نجد المدينة بفقهاءها ، ومكة بعلماؤها الذين استوطنوها أو وفدوا إليها في مواسم الحج ، وفي العراق مقر الخلافة اشتهرت الكوفة والبصرة ومن بعدهما بغداد بكثرة الفقهاء ، كما نجد فقهاء آخرين عاشوا في دمشق الشام ، أو فسطاط مصر ، وقد ورث هؤلاء وهؤلاء علم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين رحلوا إلى تلك البلدان ، كما أخذوا عنهم ما عندهم من الأحاديث فكان لكل مركز من تلك المراكز فقهه الذي يختلف عن فقه الآخرين من بعض الوجوه مما جعل نفوس الفقهاء تتطلع إلى ما عند غيرهم من علم وفقه ، فجاءت الرحلات العلمية التي قام بها بعض الفقهاء . كرحلة محمد بن الحسن تلميذ أبي حنيفة إلى المدينة ، وتلقيه فقه الإمام مالك عنده وروايته كتابه الموطأ ، ورحلة الإمام الشافعي من الحجاز إلى العراق ، وبالعكس ، ومن العراق إلى مصر ، ورحلة الكثير من تلاميذ الإمام مالك إليه في مدينة الرسول .

ولاشك في أن هذه الرحلات أفادت الفقه كثيراً ، فزادت في نشره ، وقربت بين المذاهب المختلفة ، بل ومزجت بينها في بعض الأحيان ، كما فعل الإمام الشافعي في فقه الحجازيين والعراقيين .

ثانياً : سبوع الجمل والمناظرات بين الفقهاء :

لما تعددت المذاهب ، وتكونت رغبة أصحاب كل مذهب في معرفة ما في المذاهب الأخرى كي يقارنه بما عنده ليتبين له إن كان على صواب أم خطأ ، فإذا التقى فقيهان في مجلس سأل أحدهما الآخر عما عنده في مسألة معينة ، فإذا أجابه بما يخالف ما وصل إليه باجتهاده ناقشه رأيه ، ويطول الأخذ والرد بينهما حتى يسلم أحدهما للآخر أو يتمسك كل برأيه إذا لم يقتنع بما يقوله الآخر .

وهكذا نشأت المناظرات بين الفقهاء مع تكوين المذاهب ، ثم تطورت وزادت حتى عمت المجالس كلها . ففي المساجد ، وحلقات الدرس ، ومجالس الخلفاء . وأما كن العزاء . كانت تعقد المناظرات ، ويحتمد الجدل بين أتباع المذاهب كل يدلي بما يؤيد مذهبه ، وقد تستمر المناظرة الواحدة أياماً عديدة يحاول كل طرف من المتناظرين ترجيح مذهبه ، فيفتش عن الأدلة التي تساعد . وهذه المناظرات — كما ترى — لا تخلو من فائدة أقلم — تمحيص الرأي والكشف عن الأدلة نتيجة التعمق في البحث ، ولم يقتصر الأمر على المناظرة الشفوية ، بل تعداها إلى المناظرة بالمسكاتبة ، كما وقع بين الإمام مالك وبين الإمام الليث بن سعد ، فقد تناظرا في حجة إجماع أهل المدينة .

رابعاً : ترجمة العلوم الأجنبية :

لما فتحت البلدان المختلفة ودخل سكانها من غير العرب في الإسلام ، وهم أصحاب ثقافات عديدة لأعد للعرب بها رغب المسلمون في تعرف ما عند هؤلاء من ثقافات ، فترجمت العلوم إلى العربية ، ووقف الفقهاء على الكثير مما فيها ؛ فتأثروا بها ، وبخاصة بالمنطق والفلسفة ، لكن هذا التأثير لم يكن في أصل الاستنباط ، وإنما كان في طريقة الاستدلال على المسائل ، وترتيبه على مقدمات توصل إلى نتائجها . وأكثر ما كان ذلك في المناظرات .

خامساً : التدوين :

لم يكن أحد بتدوين العلوم في العصور السابقة على هذا العصر ، فلم يدون غير القرآن الذي كتب في صحف متفرقة في عهد الرسول ، ثم جمعت هذه الصحف بعد إعادة كتابتها وكون منها مصحف في خلافة أبي بكر . ثم جمع المصحف مرة أخرى ووجد في عهد عثمان ، أما غير القرآن من السنة

والاجتهادات التي وجدت فلم يدون منها شيء يذكر قبل هذه المرحلة ، وإن وجد فهو محاولات فردية لم تلبث أن ضاعت مع الزمن .

أما عصرنا هذا الذي نتكلم عنه فقد كان للتدوين فيه شأن كبير ، فدونت السنة ، وهي المصدر الثاني للفقهاء بعد القرآن ، كما وضع علم أصول الفقه ، وهو عبارة عن قواعد الاستنباط التي يسير عليها المجتهدون ، وترتيب الأدلة والشروط الواجب توافرها في المجتهد ، كما دون الفقه نفسه ، فبعض الأئمة دون مذهبه بنفسه قبل وفاته ، ومن مات ولم يترك وراءه مذهباً مدوناً دونه تلاميذه من بعده ، كما حصل في مذهب أبي حنيفة .

ولا ينكر مال هذا التدوين من أثر في ازدهار الفقه والعمل على نشره وذيوعه فقد ذلل الضعاب أمام الفقيه . فبعد أن كان يبحث عن الحديث ويتلقفه من ألسنة الرواة أضجى يحده أمامه ، كما أصبحت قواعد الاستنباط ميسرة له ، ولكن معظم الفقهاء بعد هذه المرحلة لم ينتفعوا بهذا التيسير ، فساروا في طريق آخر ، طريق التقليد فحسبوا أنفسهم في دوائر المذاهب لم يخرجوا عنها إلا في القليل النادر ، كما سيأتي بيانه .

الفقه الثماني بصرى :

وإذا كان الفقهاء في عصرى الخلفاء الراشدين والأمويين قد ساروا مع الواقع في اجتهاداتهم ، ولم يبحثوا عن غيره ، ولم يتركوا لنا فقهاً مدوناً ، كما لم توجد عندهم تجمعات عند رأى معين ، ولا التفاف حول صاحبه ، فإن فقهاء هذه المرحلة خلفوا لنا فقهاً مدوناً يتمثل في مذاهب متعددة التف حولها الأتباع يقلدونها ويعملون بها ، فقهاً لم يقف عند أحكام ما وقع من أحداث ، بل تخطاها إلى عالم الفرض والتقدير ، فرض الحوادث وتقدير وقوعها .

واستنباط أحكام نلائمها استعداداً للبلاء قبل نزوله ، كما يقول أبو حنيفة ،
فاذا وقع عرفنا الدخول فيه والخروج منه .

وكان هذا نتيجة حتمية لتخصص الفقهاء لفقهمهم . وجمع التلاميذ حولهم
يسألونهم وهم يجيبون ، والتوسع في استعمال الرأي . وكثرة الجدل والمناظرة
بين الفقهاء ، وأخيراً كثرة الاستفسارات عن المسائل الغريبة التي تفنن فيها
الداخلون في الاسلام من غير العرب ، وبخاصة أهل العراق .

وأول من عنى بهذا النوع من الفقه الإمام أبو حنيفة الذي برع في علم
الكلام . وما يقوم عليه من جدل ، وتوجيه السؤال تلو السؤال قبل أن يكون
فقيهاً . فلما تفقه وصار إماماً . والتف حوله التلاميذ يأخذون عنه الفقه كون
من هؤلاء التلاميذ مجلس شورى يطرح عليهم المسائل ، ويناقشهم فيها ؛ ثم
تقلب المسألة على جميع وجودها وتقدير لها الأحكام المناسبة لها .

وقد كان طابع العراقيين عامة في السؤال أن الواحد منهم لا يكتفي بسؤال ،
فاذا سأل عن مسألة وأجيب عنها أردف ذلك بسؤال عن وجه آخر في مسألته
فيقول : أرأيت إن كان كذا ، ثم أرأيت وأرأيت . سلسلة من الأسئلة متشابهة
في مسألة واحدة تقلب على وجوها ، وقد تلد السلسلة سلسلة أخرى . كما روى
عن الإمام مالك أنه قال يوماً لتلميذه أسد بن القرات — لما أكثر من هذه
الأسئلة — هذه سلسلة بنت سلسلة ، إن أردت هذا فعليك بالعراق (١) ،

ولما وجد أبو حنيفة شغف الناس في بلده بهذا النوع من الأسئلة ،
ووجد من نفسه قدرة على استخراج الكثير من الأحكام بمعونة التلاميذ
وفر على الناس جهدهم وقام بفرض المسائل وتقدير أحكامها ، ثم تبعهم في
ذلك فقهاء الشافعية والمالكية فيما بعد ، ولكن عملهم هذا كان عملاً تقليدياً

(١) فجر الاسلام ص ٢٩٧ .

محضاً ، فتغالوا في فروضهم حتى فرضوا النادر الوقوع ، بل المستحيل الذي لا يقع .

مصادر الفقه في هذه المرحلة :

كان الفقهاء في هذا العصر يرجعون في الاستنباط إلى كتاب الله وسنة رسوله بعد أن وضع كل فقيه الشروط لما يأخذ به من السنة ، وإلى أقوال الصحابة المتفق عليه منها والمختلف فيه والرأى الذى فصل إلى أنواع من قياس واستحسان ، واستصلاح وسد الذرائع ، وأخيراً إلى العرف الذى تجلى واضحاً في هذا العصر لوجود أعراف كثيرة ظهرت نتيجة اتساع الدولة الإسلامية .

الدور الثالث : دور التنظيم ثم الوقوف عن التقدم

لما تكونت المذاهب في الدور السابق ، وتميزت عن بعضها ، وجد لكل مذهب أتباع يقلدونه ، ويعملون به . وتنتج عن ذلك أن ركبت حالة الاجتهاد المطلق ، وأخلد الراغبون في الفقه إلى الوقوف عند هذه المذاهب . عكفوا عليها ، واشتغلوا بها ، وانتصروا لها بدعوة الناس إلى الانتساب إليها والعمل بها ، فألفوا كتباً في مناقب الأئمة . وأصدروا فتاوى تمنع انتقال المقلد من مذهب إلى غيره .

وبهذا زادت المنافسة بين أتباع تلك المذاهب ، وانصرف الناس عن مصادر الشريعة الأولى ، كتاب الله . وسنة رسوله ، واشتغلوا بتفهم كلام الأئمة ، وما خلفوه من فتاوى ، والتفريع على أصولهم وقواعدهم ، حتى أصبحت الشريعة في نظرهم هي أقوال أولئك الفقهاء ، وما أثر عنهم .

أسباب التقليد :

ويرجع انصراف الفقهاء عن الاجتهاد إلى التقليد إلى أمور .
الأول : أنهم وجدوا مذاهب مدونة كاملة فيها أحكام ما جد من
الحوادث وما يمكن أن يحدث منها ، والنفوس بطبيعتها ميالة إلى الراحة .

الثاني : ضعف الدولة العباسية ، وانقسامها إلى دويلات صغيرة ، وفي
الأندلس دولة للأمويين ، وفي مصر أخرى للاخشيديين ، وفي شمال أفريقية
ثلاثة للفاطميين ، هذا عدا ما وجد في العراق نفسها مقر خلافة العباسيين من
دول بني بويه والسلاجقة وغيرهما ، والدولة — كما قدمنا — كانت تشجع
العلماء وتقربهم وبعد هذا الانحلال لا تشجيع ولا تقرب ، فتكون النتيجة
لذلك فتور الهمم ، والوقوف عندما ورثوه عن أسلافهم .

الثالث : أن الولاة والقضاة في هذا العصر كانوا يختارون من المقلدين
لمذهب معين لإلزامهم بالحكم به بعد أن كانوا قبل ذلك يختارون من المجتهدين
فالترزم بعض الراغبين في القضاء المذهب المتبع في الدولة كي يصل إلى مأربه .

الرابع : أنهم وجدوا بعض من لم يتأهل للاجتهاد يدعيه ؛ ويفتي الناس
برأيه ؛ فعمدوا إلى سد الطريق أمامهم : فنادوا بقفل باب الاجتهاد . وادعوا
الاجماع على ذلك منعاً لأولئك المدعين وأمثالهم من أن يضلوا عباد الله باسم
اجتهادهم المزعوم (١) .

(١) جاء في خطط المقرئ ما ملخصه : إن القضاة في صدر الاسلام كانوا
يولون من المجتهدين دون أن يلزموا بالقضاء برأى معين إلى أن تولى أبو يوسف
وظيفة قاضى القضاة ، فاكان يشهد إلا بتولية حنفى غالباً ، ومن هنا بدأ تولى أتباع =

وبما يؤسف له أن هذا العمل - مع أنه لم يحقق غرضهم منه - جر على
الفقه وبلاط وويلات ، فبسيبه وقف الفقه عن التقدم ، وفتح ثغرة لأعداء هذا
الدين ينفذون منها للطعن فيه بالجمود وعدم مسيرته للزمن .

وينبغي هنا ملاحظة أن هذا التقليد لم يحصل دفعة واحدة ، وإنما جاء
تدريجياً مع الزمن ، وسار مع الدولة التي كان لها الفضل في ازدهار هذا الفقه ،
فلما ضعفت وانقسمت إلى دويلات صغيرة ترك الفقهاء الاجتهاد المطلق ، وقلدوا
أئمتهم ، بيد أنهم لم يتركوا الاجتهاد بالسكينة ، بل اجتهدوا في حدود المذاهب
التي اعتنقوها ، ولما دالت تلك الدولة وقضى عليها نهائياً باستيلاء المغول على
عاصمتها بغداد ، امتدت جذور التقليد في نفوس الفقهاء حتى تركوا كل ألوان
الاجتهاد ، ولم يبق عندهم منه إلا ما أثر عن بعضهم من شيء من التمييز بين
الأقوال ، وبيان قوتها من ضعفها ، وشغلوا أنفسهم بتأليف الكتب واختصار
ما خلفه لهم الفقهاء السابقون ، وتباروا في هذا الاختصار حتى غدت تلك
الكتب ألغازاً أو ما يقرب من الألغاز ، فكان عملهم هذا عاملاً من عوامل
تأخر الفقه ،

= المذاهب القضاء ، وقد استمرت هذه الحالة إلى آخر القرن الرابع الهجري
حيث ضعفت الخلافة العباسية في هذا العصر ، وساد الفساد ولم يقتصر على حالة الدولة
المدنية والحربية ، بل تعدى ذلك إلى القضاء أيضاً تولى من لا يوثق به ومن ليس أهلاً
لهذا المنصب الخطير ، ومن ثم بدأت تشيع الفوضى في الفقه ، واختلفت الأحكام في
الأقضية المتشابهة في البلد الواحد مع أنها تستند إلى شريعة واحدة ، وكان من جراء
ذلك أن فزع رجال العلم من هذه الحالة التي وصل إليها الفقه ولم يجدوا مناصاً من الحكم
- أواخر القرن الرابع الهجري - بأقوال باب الاجتهاد وتقييد القضاء والاقتناء برأي
الأئمة السابقين ، وبهذا أصبح الفقهاء والقضاة مقلدين لا مجتهدين ، ومنذ ذلك التاريخ
اقتصروا على تقليد أئمة المذاهب الأربعة وانصرفوا عن البحث في مصادر الأحكام
الشرعية واستنباط الأحكام منها .

وأُقد حدد المؤرخون للفقهاء الإسلامى حدأ زمنياً يفصل بين الفترتين ، هو سقوط بغداد فى أيدى التتر على يد قائدهم هولا كوكما دخلها ، وقتل المعتصم بالله آخر الخلفاء العباسيين فى سنة ٦٥٦ هـ ، فتكون فترة الاجتهاد فى المذاهب ثلاثة قرون تقريباً ، تبدأ من منتصف القرن الرابع ، وتنتهى فى منتصف القرن السابع ، تجمى بعدها فترة الجمود والتأخر ، وتستمر حتى أواخر القرن الثالث عشر .

ومن هنا انقسم هذا الدور إلى فترتين ، إحداهما فيها اجتهاد ، والثانية خالية منه فقد قام الفقهاء فى أولاهما بعمل جليل مكمل لمذاهب الأئمة السابقين ، فقاموا :

أولاً : بتعليل الأحكام المنقولة عن أئمتهم وضبطها ، حتى يتمكنوا من التفريع عليها .

ثانياً : استخلصت كل جماعة قواعد إمامها مما نقل عنه من الفروع ، وبهذا تمت قواعد علم الأصول ، وهو عمل جليل لولا ما صاحبه من التعصب الذى جعل هذه الأصول تلتوى أحياناً ، وتجنب الإنصاف أحياناً أخرى ، وتبع تدوين علم أصول الفقه تدوين علم آخر يشبه علم أصول الفقه إلى حد ما وهو علم الخلاف ، وأول من أخرج هذا العلم وأسس قواعد الإمام أبو زيد الدبوسى المتوفى سنة ٤٣٢ هـ .

ثالثاً : قاموا بالترجيح بين الآراء المختلفة فى المذهب الواحد ؛ وذلك لأن الإمام كان يرى رأياً فبأخذه عنه تلاميذه ، ثم يرجع عنه إلى غيره ، فبعبه بعض التلاميذ دون الآخرين . فلما نقلت هذه الآراء بمبحثها الاتباع ، ورجحوا بعضها على ضوء الأدلة .

هذا بمجل ما قام به الفقهاء فى تلك الفترة ، وهو عمل محصور فى دائرة

المذاهب ، بيد أنه كان لهم عمل آخر تعدى حدود المذاهب ؛ وهو المناظرات بين أتباع المذاهب المختلفة ، مناظرات لم يقصد بها في أغلب الأحيان إلا الانتصار للمذهب ، وإظهار الغلب على الخصوم ، لكنها على كل حال لم تخل من فائدة ، فقد كانت أحياناً توصل إلى تقييد قول مطلق ، أو تخصيص عام ، مع أنها كانت باعثة للهمم على البحث والتقصي عن علل وأدلة يؤيد بها المتناظرون أقوالهم ، وقد كان لهذا أثره في كتب الفقه المؤلفة في هذا الدور ، فإنها كثيراً ما تعرض للمذاهب الأخرى مع بيان أدلتها . ولم تلبث أن انقلبت فيما بعد إلى مهارات مذهبية لا تعرف للحق طريقاً .

وأكثر ما كانت هذه المناظرات بين الحنفية والشافعية تارة ، وبين الشافعية والحنابلة تارة أخرى ، وأما المالكية فقد كانوا أبعد الناس عن تلك المناظرات . وفي الفترة الثانية اتجه الفقهاء وجهة أخرى . اتجهوا نحو تأليف الكتب ، وقصروا همهم على ذلك ، ولم يعد للتخريج والاستنباط مكان إلا في القليل النادر . وقد كانت الكتب في أول أمرها سهلة مبسطة ، فلما قترت هم الطالبين اضطرت العلماء إلى اختصارها ، ثم توالى عليها الاختصارات كلما رغب عنها الطلاب لطولها حتى غدت أغازاً ، أو ما يشبه الأغاز ، وحينئذ عجز الراغبون في الفقه عن فهمها ، فاضطر العلماء إلى شرحها ، ثم إلى شرح ما غمض من الشروح ، ثم توضيح ما خفي في تلك الشروح الأخيرة . ونتج عن ذلك أن ترك لنا هذا العصر ألواناً من الكتب مختلفة الأساليب عرفت فيما بعد بالمتون والشروح والخواشي والتقارير والتعليقات .

ومما يؤسف له أن كثيراً من هذه الخواشي وغيرها عنت عناية خاصة بالبحث وراء الالفاظ والتراكيب وصحتها مما أضاع المعاني المطلوبة في وسط هذه الأبحاث اللفظية في كثير من المواضع .

ومن هذا نرى أن التقليد لم يفد الفقه الإسلامي بشيء ، بل أضرب به ضرراً بالغاً ، فقد أضاع جهد رجاله الذين وقفوا حياتهم على تفهم أقوال أئمتهم ، بل

على تفهم عبارات صدرت عن فقهاء مثلهم ، لم يفضلوهم في شيء غير تقديم الزمن بهم ، وتركوا النظر في مصادر الشريعة الأولى . كتاب الله ، وسنة رسوله ظلماً منهم أنهم لم يتأهلوا لهذا النظر ، وأن فضل الله قد ذهب به السابقون حتى لم يبق لمن جاء بعدهم منه نصيب ، فكانت ثمرات أعمالهم ما خلفوه لنا من تلك الكتب المعقدة التي تستعصى على الفهم في كثير من موضوعاتها .

ومع هذا التقليد ، وذاك التعقيد في التأليف لم يخل ذلك العصر من وجود فقهاء أو مصلحين بين آونة وأخرى يدعون المتفقهين إلى ترك التقليد . ويحثونهم على الاجتهاد ليعود للتشريع الإسلامي مكانته الأولى ، ووجود صنف آخر من الكتب فيه بساطة وسهولة ، وإن كان قليلاً بجانب الصنف الأول .

فابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية قاما في القرن الثامن الهجري بهذه الدعوة فلقبت دعوتها معارضة شديدة من دعاة التقليد وحاميه ، ورغم هذه المعارضة وقسوتها ظلت باقية إلى وقتنا هذا ، لها كثير من الاتباع والآنصار .

وفي القرن الماضي قام المصلح العالمي السيد جمال الدين الأفغاني يدعو لتحرير الفكر سياسياً ودينياً وعلمياً ، وكان له تلاميذ في كل قطر إسلامي اعتنقوا فكرته ، وعملوا على نشرها بعد وفاته سنة ١٨٩٨ م ، ومن أشهر هؤلاء التلاميذ بمصر الأستاذ الإمام محمد عبده الذي حمل حملة على الكتب عامة فقهية وغير فقهية ، والتقليد ورجاله ، والقضاء وأسلوبه ، ولعل ما نلنسه الآن من نهوض فقهى في مصر أثر من آثار تلك الصيحات التي أرسلها لتخليص الفكر من الجهود .

أما الكتب فقد ترك لنا المجددون في الفقه الإسلامي كتباً فقهية سهلة المأخذ جمة الفائدة . مثل كتاب السياسية الشرعية لابن تيمية ، وكتايب إعلام الموقعين ، والطرق الحكيمة لابن القيم وغيرها .

كما ترك غيرهم من الفقهاء المقلدين نوعاً آخر من الكتب .

هو كتب الفتاوى التى سارت مع الحياة العملية ، وجمعت أحكام الحوادث فى أسلوب سهل مفهوم مدعم بالنصوص الفقهية المأخوذ منها الحكم ، وهى مفيدة إلى حد ما رغم أنها حلول جزئية لمسائل فردية .

وهذه الكتب يجمعها أصحابها بعد أن يتوفر عندهم مجموعات كبيرة من هذه الفتاوى فيعمدون إلى تقسيمها إلى مجموعات تمثل أبواب الفقه ، ثم ترتب ، وهى فى الغالب تتبع طريقة ذكر السؤال ثم الجواب عنه مع ذكر النصوص المذهبية التى منها أخذ الجواب .

ولا شك فى أن هذه الطريقة سهلت معرفة كثير من الأحكام للقضاة والمفتين فيما بعد .

ولا يزال بعض هذه الكتب من أهم المراجع الفقهية إلى الآن ، كما أن منها ما هو مطبوع متداول بين طلاب الفقه وغيرهم . كالفتاوى الهندية (١) والخاتية والبزازية (٢) وثلاثها مطبوعة فى مجموعة واحدة . الهندية فى ستة مجلدات ،

(١) وتسعى الفتاوى العالمية . نسبة إلى الملك محمد أورنگ زيب الهندى الملقب باسم « عالمكير » أى فاتح العالم الذى ملك من سنة ١٠٦٩ إلى سنة ١١١٩ هـ الموافقة لسنة ١٦٥٨ - ١٧٠٧ م جمع هذا الملك فقهاء عصره من الحنفية برئاسة الشيخ نظام الدين ووكلائهم جمع الأقوال الصحيحة المعول عليها من المذهب ، ووضع تحت تصرفهم مكتبة عظيمة وأجرى عليهم النفقات ، فقاموا بعملهم خير قيام ، وجمعوا هذه الفتاوى فأصبحت مرجعاً يستغنى به عن غيره ولا يستغنى بغيره عنه . وقد طبعت فى مصر مرتين الأولى سنة ١٢٨٢ هـ والثانية سنة ١٣٢١ هـ فى ستة مجلدات كبيرة .

(٢) الخاتية نسبة إلى قاضى خان المتوفى سنة ٥٩٢ هـ والبزازية لابن البزاز الكردى المتوفى سنة ٨٢٧ هـ

والخاتمة على هامش الأجزاء الثلاثة الأولى ، والبرازية على هامش الأجزاء الثلاثة الأخيرة في الطبعة الثانية .

وكالفتاوى الخيرية لخير الدين الرملى المتوفى سنة ١٠٨١ هـ وهو مطبوع في جزأين ، والفتاوى الزينية لابن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠ هـ .
والفتاوى المهدية للبهدي العباسي المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ :

ومنها ما بقى مخطوطاً إلى الآن في دار السكتب المصرية ، كالفتاوى الظهيرية لظهير الدين أبى بكر المتوفى سنة ٦١٩ هـ في مجلدين ، والفتاوى التتار خاتمة لعالم بن علاء الغزى في خمسة مجلدات ، والفتاوى العتائية للعتابى المتوفى سنة ٥٨٦ هـ وغيرها أو في مكتبة بلدية الاسكندرية . كالفتاوى السراجية لسراج الدين الهندي المتوفى سنة ٧٧٣ هـ ، وهذه كلها في مذهب الحنفية ، ويوجد بالمذاهب الأخرى كتب للفتاوى كثيرة . كفتاوى (١) ابن تيمية الحنبلي المتوفى سنة ٧٢٨ هـ وهي مطبوعة في خمسة مجلدات سنة ١٣٢٨ هـ . وكالفتاوى الكبرى لابن حجر الشافعي المتوفى سنة ٩٧٤ هـ وهي مطبوعة في أربعة مجلدات سنة ١٣٠٨ هـ ؛ وبها مشها فتاوى الرملى الشافعي المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ .

وهذا النوع من السكتب إن دل على شيء فإنما يدل على أن الفقه الإسلامى لم يقف أمام ما يجد من الحوادث حتى في عصور تأخره ، بل حاول — ما استطاع أصحابه — إيجاد الحلول وإن كان من طريق البحث فيما نقل عن الأئمة ، وما استنبطه الفقهاء تخرجاً على قواعد أئمتهم .

مراتب الفقهاء :

وإذا كان الفقه الإسلامى قد مر بمراحل مختلفة ، فيها اجتهاد تقليد ، اجتهاد مطلق في مصادر الشريعة الأولى ، واجتهاد مقيد في حدود مذاهب معينة .

(١) لهذه الفتاوى مختصر مبوب على أبواب الفقه للشيخ بدر الدين البعلى الحنبلي المتوفى سنة ٧٧٧ هـ وهو مطبوع في مجلد بعنوان مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية .

وتقايد اختلفت فيه همم المقلدين وما قاموا به من أعمال ، فكان طبيعياً أن تختلف مراتب الفقهاء .

ومن هنا قسم المشتغلون بالفقه المذهبي الفقهاء إلى مراتب ليكون من يفتى بقولهم على علم وبصيرة بحال الفقيه الذى يفتى بقوله ومنزلته بين الفقهاء ، فلا يخلط بين الأقوال من غير تمييز بين صحيحها وسقيمها .

وفقهاء المذاهب متفقون على مبدأ التقسيم وإن اختلفوا فى عدد الطبقات .
فبينما نجد ابن حجر الهيتمى من الشافعية يقول فى تقسيمه (١)

المجتهد إما مجتهد مطلق ، أو منتسب (٢) ، أو مجتهد مذهب أو فتوى ، ثم مجتهد المذهب هم أصحاب الوجوه الذين يخرجون المسائل على أصوله ، ويستنبطونها من قواعده ويجهدون فى بعضها . إذ بنا نجد فقهاء الحنفية يجعلونها سبع طبقات ، يقول ابن عابدين فى كتابه رد المحتار (٣) نقلاً عن ابن كمال باشا من فقهاء الحنفية ، مملخصه

الفقهاء على سبع مرات :

الأولى : طبقة المجتهدين فى الشرع كالأئمة الأربعة ، ومن سلك مسلكهم فى تأسيس قواعد الأصول ، وبه يمتازون عن غيرهم .

الثانية : طبقة المجتهدين فى المذهب . كبعض أصحاب أبى حنيفة الذين استنبطوا

(١) راجع كتاب تاريخ القضاء فى الإسلام للقاضى محمود عرنوس ص ١٥٩

(٢) هذا التقسيم يقارب تقسيم الحنفية للمجتهدين ، فالمجتهد المطلق هو الطبقة الأولى عندهم والمنتسب هو الطبقة الثانية ، ومجتهد المذهب أو الفتوى هو طبقة المجتهدين فى المسائل وتركه لذكر بقية الطبقات لا يعنى عدم اعترافيهم بها .

(٣) ج ١ ص ٥٧

الأحكام للحوادث بناء على القواعد والأصول التي قررها أستاذهم ، فهم يخالفونه في بعض الفروع ، ولكنهم لا يخالفونه في الأصول .

الثالثة : طبقة المجتهدين في المسائل التي لا نص فيها عن صاحب المذهب ، كالخفاف والطحاوي والكرخي والسرخسي وغير الإسلام البزدوي ، فهؤلاء لا يخالفون صاحب المذهب لا في الأصول ولا في الفروع ، ولكنهم يستنبطون الأحكام في المسائل التي لا نص فيها على حسب الأصول والقواعد .

الرابعة : طبقة أصحاب التخريج من المقلدين ، كالخصاص والرازي ، وأمثالهما ، فهؤلاء لا يقدرّون على الاجتهاد ، ولكنهم لإحاطتهم بالأصول ، وضبطهم للآخذ يقدرّون على تفصيل قول بحمل ذي وجهين ، أو حكم مبهم محتفل لأمرين منقول عن صاحب المذهب ، أو أحد أصحابه ، فعلمهم يرجع إلى إزالة الخلاف والإيهام الذي يوجد في بعض أقوال الأئمة .

الخامسة : طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين . كأبي الحسن القدوري ، وصاحب الهداية ، وأمثالهما ، وعمل هؤلاء ينحصر في ترجيح بعض الروايات على البعض الآخر كقولهم هذا أولى ، أو أرفق بالناس .

السادسة : طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الأقوى والقوى والضعيف وظاهر الرواية والنوادر ، كأصحاب المتنون المعتبرة من المتأخرين . كصاحب الكنز وصاحب المختار ، وهؤلاء لا ينقلون الأقوال الضعيفة ، ولا الروايات المردودة

السابعة : طبقة المقلدين الذين لا يستطيعون شيئاً مما سبق ، فهؤلاء ينقلون الأقوال فقط من غير تمييز بين صحيحها وغير الصحيح منها .

الدور الأخير : دور النهضة الحالية

عرفنا أن الفقه الإسلامى مر بأدوار رئيسية ثلاثة ، وهى متميزة عن بعضها تمام التميز باعتبار الغرض الأسمى فى كل دور ، فدور التأسيس كان لوضع الأسس والقواعد ومصدر هذا الوحي أولاً وأخيراً ، وسلطة التشريع فيه كانت بيد الرسول وحده ، فهو المرجع فى التشريع والقضاء ، فلم هذا لم تختلف الأحكام فى القضايا والمسائل التى عرضت فيه ، وفقهه كان واقعياً يسير مع الزمن وأحداثه ، ولم يدون فى هذا الدور شيء من الفقه إلا ما كان فى ضمن نصوص القرآن .

ودور البناء كان للتفريع على الأسس التى تمت فى زمن الوحي ، وتطبيق القواعد على ما يجد من أحداث ، ومصدر هذا هو الاجتهاد بنوعيه . الجماعى والفردى ، وسلطة التشريع كانت بيد الخلفاء أولاً لم يستبدوا بها ، بل جعلوها شورى بينهم تطبيقاً لتعاليم القرآن وهدى رسول الله ، ثم توزعت بين الحكام والأئمة الذين نصبوا أنفسهم للفتوى والتدريس ، ومن هنا وجد الاختلاف وتعددت الآراء . زاد هذا الاختلاف وكثر التعدد كلما ضعفت الشورى أو قلت ، وما وجد فى هذا الدور من التقليد عند ما تكونت المذاهب لم يمنع الاجتهاد متى وجدت الحاجة إليه ، كما لم يكن إجبارياً ، بل كان لطالب الفقه أن يختار المذهب الذى يقلده ، فإذا عنّ له أن ينتقل إلى مذهب آخر انتقل إليه من غير أن يكون لأحد سلطان عليه .

والدور الثالث كان لتنظيم تلك الثروة الفقهية التى تركها أصحاب المذاهب مع تكميلها باستنباط قواعدها ليسهل التخرج عليها ، فلم يكن فيه اجتهاد بالمعنى السابق . بل تقليد لآراء معينة ، واجتهاد فى حدود تلك الآراء ، ثم تعصب لها أدى إلى التقاتل أحياناً ، ثم مغالاة فى التقليد والتعصب بالزام كل

واحد بالبقاء على تقليده المذهب الذى اعتنقه لا ينتقل منه إلى غيره ، بل زادوا على ذلك فأفتوا بأن من انتقل من مذهب إلى آخر يعزره أى يعاقب بعقوبة يقدرها القاضى حسبما يراه رادعاً له . .

وكان من نتيجة ذلك أن شغل الفقهاء أنفسهم بتأليف كتب مذهبية فيها تعقيد وصعوبة ، وكان التنافس بينهم فى تحليل الالفاظ ، وضبط التراكيب ، وتحديد معانيها وكان التدريس للفقهاء تدریساً مذهبياً ، فالحنفى حنفى ، والشافعى شافعى لا يعرف أحدهما شيئاً عن مذهب الآخر إلا ما نقل فى كتب مذهبه التى كثيراً ما حرفت النقول ، والقضاة ملزمون بالقضاء بالمذهب الذى يختاره الحاكم لا يجيدون عنه إلى غيره حتى ولو أدى ذلك إلى غنت المتقاضين وإيقاعهم فى حرج بين .

هذه هى المميزات الرئيسية بين تلك الأدوار . وحى مع أحكام موحدة ، واجتهاد تتعدد به الآراء مع حرية فى العمل والقضاء ، وتقليد يلازمه تعصب للآراء ، وحجر فى العمل ، وقضاء بمذهب معين ، وتدریس لمذاهب منفصلة ، وتأليف خال من المقارنة الحرة بين المذاهب .

وهذه الحال السيئة التى آلت إليها الفقه والفقهاء فى عصور التقليد المظلمة بدأت تتغير فى أواخر القرن الماضى ، وأخذ هذا التغير يتزايد على مر الأيام ، وينتقل من حسن إلى أحسن بفضل استجابة ذوى الرأى والمنتسبين إلى الفقه لصيحات الإصلاح المدوية ؛ فأصبح الفقه بذلك التغير فى نهضة ، بدأ يسترد معها مكانته الأولى ؛ فخطا خطوات موفقة فى طريق التخلص من آثار الجمود ، وأخذ رجاله ينفضون عنه غبار الماضى الذى ستر مافيه من جمال وصلاح عن أعين الناس طيلة القرون الماضية . لما عرفوا أسباب جموده وانصراف الناس عنه .

فالعصبية المذهبية انقضت عهدها - والحمد لله - وصارت المذاهب تدرس على السواء ، وأصبح الفقه المقارن من أهم المواد الدراسية في الكليات التي تعنى بدراسة الفقه ، ككلية الشريعة في جامعة الأزهر ودمشق ، وكليات الحقوق بالجامعات في جمهوريتنا العربية تقارن فيه المذاهب مقارنة حرة تدور حول الأدلة ، فتوصل إلى ترجيح الرأي بقوة الدليل بصرف النظر عن صاحبه ، وقد تخرج المقارنة من دائرة المذاهب الفقهية إلى المقارنة بين فقه الإسلام والشرائع الوضعية .

أما التأليف فقد تخلص من أضرار الماضي ، فطرح عنه رداء المذهبية ، وبعد عن التعقيدات اللفظية ، وسار في طريق غير طريق المتون والشروح والخواشي طريق يقترب من الحياة العملية يحاول حل مشكلاتها ، وما جد فيها من أحداث ، فنرى منه ألواناً متنوعة ، فمن فقه مقارن يقارن بين مذهب الفقهاء . إلى آخر يقارن الشريعة بالقوانين . إلى نوع ثالث صاغ أبواباً من الفقه الإسلامي على هيئة مواد القانون إلى غير ذلك مما كان شرحاً لتلك المواد ، أو شرحاً لقوانين صدرت للعمل بها مأخوذة من هذا الفقه .

وأما القضاء فقد سار شوطاً بعيداً في طريق القضاء على فكرة إلزام القاضي بالرجوع إلى مذهب معين لا يحيد عنه . حيث أبدل ذلك بمجموعة من القوانين أخذت من الفقه الإسلامي من غير تفرقة بين مذهب وآخر في الوقف والوصية والموارث ، وبعض مسائل الطلاق والنفقة وحقوق الأولاد . لم يلاحظ فيها عند وضعها إلا ما بها من يسر وملاءمة ، والدولة في سبيل إعداد تشريع شامل للأحوال الشخصية كلها لا يتقيد بمذهب خاص ، بل ولا بالمذاهب الأربعة المشهورة (١) وينتظر صدور من وقت لآخر .

(١) ومن هنا نستطيع أن نقول : إن عصرنا هذا يعتبر - بحق - دوراً مستقلاً =

وعلى ذكر القوانين المأخوذة من الفقه الإسلامى يحسن بنا أن نذكر كلمة
عن تاريخ التقنين فيه متى بدأ ، وأهم القوانين التى أخذت منه .

== من أدوار الفقه الإسلامى تميزه عن سابقه بمميزات تجعله مغايراً له مغايرة تكاد
تكون تامة .

وقد كنت ترددت أول الأمر فى جعله دوراً مستقلاً . حيث جرىت فى التقسيم
على مبدأ التباير السكلى ، فمن وحي إلى اجتهاد إلى تقليد ، ونحن لازلنا نعيش فى عصر
التقليد ، ولكن ظهر لى أن التقليد الذى نعيش فيه تقليد يباير التقليد فى الدور السابق
فهناك تقليد مذهبى مع تعصب يتبعهما حجر على العقول ، وهنا تقليد مع حرية الاختيار ،
وهو قريب من الاجتهاد ، بل هو نوع منه ، فما كان الفقيه فى عصور الاجتهاد يتمتع عن
أن يأخذ برأى غيره فى فتواه أو فى قضائه ، فالأئمة أصحاب المذاهب أثر عنهم أنهم
أخذوا بأقوال الصحابة ، بل أخذوا ببعض أقوال التابعين ، والقضاة فى عصرهم ، بل
وفى العصر الذى سبقهم ما كانوا يتمتعون عن أن يحكموا بأراء فقهاء سابقين أو معاصرين ،
وهذا الاختيار لم يخرجهم عن أن يكونوا مجتهدين .

جاء فى تاريخ القضاء فى الإسلام أن الهادى الخليفة العباسى خوصم إلى أبى يوسف
القاضى فى بستان وكان الحكم فى الظاهر للهادى وفى الباطن خلاف ذلك ، فقال الهادى
لأبى يوسف : ما صنعت فى الأمر الذى تتنازع إليك فيه ، فقال : خصم أمير المؤمنين
يسألنى أن أحلف أمير المؤمنين أن شهوده شهدوا على حق ، فقال له الهادى : وترى
ذلك ؟ ، قال : فقد كان ابن أبى ليل يراه ، فقال أردد البستان عليه .

والشافعى فى رسالته ص ٥٠٤ يقول : أخبرنى من لا أتهم من أهل المدينة عن ابن
أبى ذئب قال : قضى سعد بن ابراهيم على رجل بقضية برأى ربيعة بن أبى عبد الرحمن
« ربيعة الرأى ، فأخبرته عن النبى بخلاف ما قضى به ، فقال سعد لربيعة : هذا ابن أبى
ذئب ، وهو عندى ثقة يخبرنى عن النبى بخلاف ما قضيت به ، فقال له ربيعة : قد اجتمعت
ومضى حكمك ، فقال سعد : واعجباً أنفذ قضاء سعد بن أم سعد وأرد قضاء رسول ==

الفقه الإسلامي والتقنين :

لم يعرف التأليف في الفقه الإسلامي طريقة التقنين إلا في أواخر القرن الماضي ، وكان ذلك في تركيا إبان الخلافة العثمانية ، حينما أنشئت المحاكم النظامية ونقل إليها بعض اختصاصات المحاكم الشرعية ، ولم يكن في استطاعة قضاة تلك المحاكم أن يأخذوا الأحكام من الكتب الفقهية لاختلاف أساليبها ، وكثرة الآراء فيها ، ولأن التمييز بين تلك الآراء يحتاج إلى ملكة فقهية خاصة وتدريب خاص ، ولم يتوفر لهؤلاء القضاة غير الشرعيين شيء من ذلك ، فاقترضوا الأمر علاج هذه الحالة بجمع أحكام تلك المسائل وصياغتها على هيئة قانون ليسهل الرجوع إليها ، وأخذ الأحكام منها . فصدرت إرادة سلطانية بتأليف لجنة من مشاهير الفقهاء برئاسة وزير العدالة لوضع هذه المجموعة ، وابتدأت اللجنة عملها سنة ١٣٨٥ هـ - ١٨٦٩ م ، وانتهت من وضع أحكام المعاملات في سنة ١٢٩٣ هـ - ١٨٧٦ م ، وكان ذلك في - ١٨٥١ - مادة ، وعرفت هذه المجموعة باسم « المجموعة العربية » وهي مأخوذة من الفقه الحنفي ، وقد اقتضى التيسير أن يؤخذ فيها ببعض الأقوال المرجوحة ، وابتدأ العمل بها في ٢٦ شعبان سنة

== الله ١٩ بل أرد قضاء سعد بن أم سعد وأنفذ قضاء رسول الله ، فدعا سعد بكتاب القضية فشقه ، وقضى للبقي عليه .

سعد هذا هو سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف قاضي المدينة توفي سنة ١٢٧ هـ .

فهذان الأثران يدلان على أن القاضي في عصور الاجتهاد كان يأخذ أحيانا برأى غيره ، وأن هذا كان يسمى اجتهادا ، فإذا كان شعار عصرنا عدم التقييد بمذهب خاص ، واختيار الأصلح والأوفق للعمل به نكون قد بدأنا الاجتهاد ؛ فيستقل هذا العصر عن سابقه .

١٢٤٣ هـ ، وطبق في تركيا والبلاد التابعة لها . ولم يكن لمصر نصيب من العمل بهذا القانون ، لأنها استقلت عن الدولة العثمانية قبل ذلك في سنة ١٢٩١ هـ ١٨٧٤ م .

ثم ظهر بعد ذلك قانون العائلات الذى يختص بالزواج والفرقة ، ولم يلتزم هذا القانون أحكام المذهب الحنفى ، بل خرج عنه ، وأخذ بغيره فى بعض الأحكام ، كفساد زواج المكره ، وبطلان طلاقه .

ولم يقف الأمر فى التقنين عند الحدود التركية ، ولا اقتصر على مسائل المجلة وقانون العائلات ، بل تجاوز حدودها ، وشمل مسائل أخرى غيرها .

ففى مصر ألف قدرى باشا كتابه المشهور « مرشد الخيران فى معرفة أحوال الإنسان ، فى المعاملات ، وهو مأخوذ من مذهب الحنفية ، ألفه من ٩٤١ - مادة ، وطبع سنة ١٨٩٠ م .

ثم ألف كتاب « العدل والإنصاف فى مشكلات الأوقاف » ، وهو مؤلف من ٦٤٦ - مادة ، وطبع على نفقة نظارة المعارف سنة ١٨٩٣ م .

كما ألف كتاباً ثالثاً فى الأحوال الشخصية « الهبة والحجر والإيصاء والوصية والميراث وغيرها ، وهو مكون من ٦٤٧ - مادة .

وهذا العمل فى ذاته وإن كان فردياً لم يأخذ صفة التقنين الرسمية إلا أنه نبه الأذهان إلى ذلك .

ولقد بدأ العمل الجماعى فى هذا النوع من التأليف فى العقد الثانى من القرن العشرين .

فى سنة ١٩١٥ ألفت لجنة من كبار العلماء برئاسة وزير الحقانية لوضع

قانون المسائل الأحوال الشخصية ، فأعدت اللجنة مشروع قانون الزواج والطلاق والمسائل المتعلقة بهما ، استمدت أحكامه من المذاهب الأربعة ، وطبع مرتين أولاهما في سنة ١٩١٦ م ، والثانية في سنة ١٩١٧ م بعد تنقيحه ، ولكنه لم يصدر به قانون للمعارضة الشديدة التي واجهته من علماء المذاهب المختلفة ، وساعد على ذلك الظروف السياسية الناتجة عن قيام الحرب العالمية الأولى .

وفي سنة ١٩٢٠ م صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ ، وهو مؤلف من ١٣ مادة ، ومعظم التغييرات التي فيه مستمدة من مذهب الإمام مالك ، فتقبل الناس ذلك ، بما شجع أولى الأمر على السير في طريق التجديد .

وفي سنة ١٩٢٣ م صدر قانون رقم ٥٦ بتحديد سن الزواج معتمداً في ذلك على رأى ابن شبرمة وعثمان البني وأبي بكر الأصب ، فقابله الناس بالنقد الشديد ، لخروجه عن المذاهب الأربعة ، ولكن الناس ألفوه بعد حين لما أدركوا فائدته .

وفي سنة ١٩٢٦ م ألفت لجنة أخرى ، فوضعت مقترحات ، منها :

منع الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ، واعتبار ما تشترطه المرأة من شروط لا تتنافى مع مقتضى العقد ، فميت على هذه المقترحات أعاصير من النقد قضت عليها في مهدها .

وفي سنة ١٩٢٩ م صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ — وهو مؤلف من ٢٥ مادة ، وفيه معظم المقترحات السابقة ، وقد التزم هذا القانون حدود المذاهب الأربعة ، ولم يخرج عنها إلا في مسألتين : الطلاق الثلاث بلفظ واحد ، والطلاق المعلق ، فقد أخذ فيهما بمذهب ابن تيمية ، وتلميذه ابن قيم الجوزية ، وهو أن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة ، وأن الطلاق المعلق

إذا قصد به الحيل على فعل شيء أو تركه لا يقنع ، وبهذا انفتح أمام المشرعين أبواب التجديد ، والخروج عن دائرة المذاهب الأربعة إلى المذاهب الأخرى .
وفي سنة ١٩٣٦ م ألقت في وزارة العدل لجنة من كبار العلما برئاسة شيخ الأزهر لاجراء قوانين في الأحوال الشخصية ، فأخرجت قوانين ثلاثة .

القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ م ، وهو خاص بالمواريث مؤلف من ٤٨ مادة . صدر في ١٢ أغسطس على أن يعمل به بعد شهر (٢) .

والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ م ، وهو خاص بالوقف مؤلف من ٥٢ مادة ، صدر في ١٢ يونيه ، وعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية في ١٨ يوليه .

ولقد ألغى القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ م العمل بجزء صغير من هذا القانون .

(١) نشر القانون في الجريدة الرسمية ، الوقائع المصرية ، واجب ليعلم المخاطبون به ، وقد كان دستور سنة ١٩٢٣ م يعتبر التشريع نافذاً بمعنى ثلاثين يوماً على نشره في الجريدة الرسمية ، ومع هذا أجاز قصر هذا الميعاد أو مده بنص صريح ، فإذا كانت الضرورة تدعو إلى الإسراع ينص على أنه يعمل به فور نشره كما في قانون الوقف ، وحيث تدعو إلى التأخير ينص عليه ، كما في التقنين المدني الجديد نشر في ١٩ يوليه سنة ١٩٤٨ م ، ونص على العمل به في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . وهو التاريخ الذي ألغيت فيه المحاكم المختلطة .

ثم تغير هذا التشريع في دستور سنة ١٩٥٦ حين قضت المادة - ١٨٧ - منه على أنه « تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها . ويعمل بها بعد عشرة أيام من تاريخ نشرها . ويجوز مد هذا الميعاد أو تقصيره بنص خاص في القانون .

والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م ، وهو خاص بالوصية مؤلف من ٨٢ مادة . صدر في ٢٤ يونيه على أن يعمل به بعد شهر من تاريخ نشره .

وهذه القوانين لم يتقيدوا بوضعها بمذهب معين ، بل ولا بالمذاهب الأربعة .

وبعد إلغاء المحاكم الشرعية ، وضم اختصاصاتها إلى المحاكم الوطنية فكرت وزارة العدل في وضع قانون شامل للأحوال الشخصية « الزواج والطلاق وما يتعلق بهما ، ليسهل رجوع رجال القضاء إليه ، فشكلت لجنة لاختيار أحكامه من الفقه الاسلامي ، ولاتزال اللجنة تعمل جاهدة على الانتهاء منه في وقت قريب .

المذاهب الفقهية

نشأتها والتعريف بها

قدمنا أن الاجتهاد مشروع في شريعة الاسلام ، وأن أصحاب رسول الله اجتهدوا في كل مالم يوجد فيه نص ، فنشأ عن هذا الاجتهاد اختلاف في الرأي كان محدوداً أول الأمر ، ثم زاد على مر الأيام كلما جددت له أسباب جديدة ، زاد هذا الاختلاف بعد الفتنة التي أثارها الدخلاء في الاسلام الناقون عليه ، وضعاف النفوس من المسلمين الذين اتخذوا بما زينه لهم هؤلاء الدخلاء ، والتي أدت إلى مقتل عثمان ، وكان أن انقسم المسلمون بعدها إلى طوائف ثلاث شيعة ، وخوارج ، وجمهور . عرفوا فيما بعد بـ « أهل السنة » انقسموا بسبب الاختلاف في الخلافة واللاحق بها ، وما صاحب ذلك من التحكيم في النزاع بين علي ومعاوية ، فكان لكل طائفة من تلك الطوائف رأي يخالف رأي غيرها ، وقد أشرنا إلى ذلك من قبل .

سارت كل فرقة في طريقها تعمل جاهدة لنصرة عقيدتها ، فتولد عن ذلك

اختلاف آخر في بعض الأحكام العملية مما أدى إلى وجود فقه للخوارج ،
وآخر للشيعة ، وثالث لأهل السنة ، ولم يقف الأمر عند هذا الحد ، بل تجاوزه
إلى وجود اختلاف بين كل طائفة ، فتعددت المذاهب الفقهية ، وسترى من
التعريف بهذه المذاهب أن مذاهب أهل السنة متقاربة ، لأنها تسير في فلك
القرآن والسنة ، والاختلاف بينها نشأ من اختلاف طرائق الاستنباط ،
ويقرب منها بعض مذاهب الخوارج والشيعة ، أما بقية المذاهب فقد ابتدع
أصحابها أشياء باعدت بينها وبين المذاهب الأخرى حتى خرجوا بها عن
الاسلام .

وإليك التعريف ببعض هذه المذاهب .

الخوارج : قوم متشددون في الدين ، ورأيهم في الخلافة أنها تكون بالاختيار
الحر من المسلمين (١) ، ولا تنحصر عندهم في طائفة معينة ، كما حصرها الشيعة في
علي وذريته ، والجمهور في قریش ، فمن انتخب كان خليفة يجب طاعته مادام
يسير على طاعة الله والرسول ، وليس له أن يتنازل عنها ، ولا أن يحكم في
شأنها ، ولأمانع من تعدد الخلفاء بتعدد البلدان .

وقد كان لهم نشاط فقهي في صدر الإسلام بنى على التشدد في أوامر الدين
والعمل بالكتاب والسنة التي وصلتهم عن طريق علمائهم ، واجتهاد فقهاءهم فيما
لم يوجد فيه نص ، ولم يعترفوا بالإجماع كدليل ، لأنه يتنافى مع مبدئهم من
الخروج على جماعة المسلمين .

(١) كانت نظرتهم في الخلافة أولاً أنها حق لكل عربي حر . ولكنهم عدلوا
هذا الشرط فجعلوه الإسلام والعدالة فأصبحت حقاً لكل مسلم عدل عربياً كان أو غير
عربي حرّاً كان أو غير حر . فعلوا ذلك حينما انضم إلى صفوفهم كثير من المسلمين
غير العرب . تاريخ الاسلام للدكتور حسن ابراهيم حسن ج ١ ص ٣٨٨ .

وهؤلاء أفتروا إلى فرق كثيرة عدها بعضهم عشرين فرقة منها الأزارقة ،
والنجدية والصفورية ، وكان لكل فرقة مذهبها الخاص وتعاليمها الخاصة . منها
المتشدد ، ومنها المعتدل إلى حد ما ، وقد انقرضت هذه المذاهب كلها ، ولم يبق
منها إلا مذهب الأباضية (١) المنسوبة إلى رئيسها عبد الله بن أباض الذي توفي في عهد
الأمويين في خلافة عبد الملك بن مروان بعد سنة ٨٠ هـ .

وهذا المذهب معتدل في تعاليمه ، فهو لا يمنع تزوجهم من بقة المسلمين ،
ولا يمنع التوارث بينهم وبين غيرهم من المسلمين أيضاً ، ولا يحجز قتال غيرهم إلا
بعد الدعوة ، وإقامة الحجة وإعلان القتال . بينما نجد غلاة الخوارج يحرمون
التزوج من غيرهم وأكل ذبائحهم ، ويمنعون التوارث بينهم وبين من عداهم ،
ويحجزون القتال من غير دعوة ولا إعلان ، ويكفرون مرتكب الكبيرة ،
ويستحلون دماء أهل الذمة وأموالهم .

وهم متفقون في كثير من الفروع مع أهل السنة ولكنهم خالفوهم في مسائل
منها . إجازتهم الوصية للوارث ، وقولهم بالوصية الواجبة ، وغيرهما .

وفقه هذا المذهب مدون في كثير من الكتب ما بين مخطوط ومطبوع ،
ومن أهم كتبهم المطبوعة كتاب شرح النيل لمحمد بن يوسف بن أطفيش ، وهو
مطبوع في عشرة أجزاء .

وأتباع هذا المذهب الآن موجودون ببعض بلاد المغرب في شمال أفريقية ،
وعمان في شبه الجزيرة العربية وهي موطن إمارتهم .

(١) الأباضة بكسر الهمزة وينطقها أهل شمال أفريقية بالفتق وقد اختلف المؤرخون
في تعيين السنة التي توفي فيها زعيمهم عبد الله بن أباض وكلها تتفق على أنها بعد سنة ٨٠ هـ .

مذاهب الشيعة

الشيعة قوم جعلوا الإمامة ركناً من أركان الدين ؛ وأن الرسول أوصى لعلي بها ؛ ولكنهم تفرقوا إلى فرق عديدة بسبب اختلافهم في الخلافة ، ولمن تكون . هل تكون لأولاد علي من فاطمة بنت الرسول أو لأولاده منها ومن غيرها ، وإذا كانت في أولاد فاطمة فهل تثبت بالنص عليهم واحداً بعد واحد ، أو تكون فيهم بالاختيار متى تحققت صفة الإمامة ، واختلافهم كذلك في موقف الشيخين ، أبي بكر وعمر ، منها ، أكانا محقين في توليها أم كانا غاصبين لها؟ وهذه الفرق منها المعتدل الذي لم يبعد عن أهل السنة كثيراً ، ومنها غير ذلك . فرق تغالت وأمعنت في الغلو حتى خرجت عن الإسلام ، وقد انقرضت هذه الفرق ولم يبق منها إلا بعضها كالزيدية ، والإمامية الإثني عشرية ، والإسماعيلية .

أما الزيدية فهم ينتسبون إلى زيد بن علي زين العابدين بن الحسين الذي نهياً للخلافة بالعلم والاجتهاد ، وقام بالدعوة ضد الأمويين وقاتلهم فبويع له بالخلافة بالكوفة ، لأن مبادئهم أن الإمامة لا تكون بالنصر عليها كما يقول الإمامية ، وإنما تكون لسكل فاطمي عالم زاهد شجاع في الحق قادر على القتال يخرج على السلطان (١) مطالباً . سواء أكان من أولاد الحسن أم من أولاد الحسين . فهي لا تنحصر عندهم في عدد معين .

والزيدية أعدل فرق الشيعة في تعاليمها ، ومذهبهم أقرب المذاهب إلى فقه أهل السنة وبخاصة فقه العراقيين ، لأن العراق موطنهم الأول ! ويزداد قرباً من مذهب الحنيفة ، لأن أبا حنيفة أخذ عن إمامهم .

(١) فالإمامة في نظرهم عملية لا سلبية كما هي عند الإمامية . كما يقول الأستاذ أحمد أمين في فجر الإسلام ص ٢٣٣ .

وسبب اعتدال هذا المذهب هو اعتدال إمامه زيد الذي صحح خلافة أبي بكر وعمر ، ولم يبح لنفسه الطعن عليهما (١) ، ولا التبرأ منهما ، كما فعل غيره من أئمة الشيعة ؛ بل كل ما قاله فيهما : إنهما سبقا جده بالخلافة ، وقد كان أحق بها منهما ، ومن هنا كان من مبادئهم جواز إمامه المفضول مع وجود الأفضل إذا اقتضت مصلحة الأمة ذلك ، ولم يقولوا بعصمة الأئمة التي ترفعهم إلى مرتبة النبوة .

هذا وقد خالفوا فقه أهل السنة في بعض الأحكام ، فحرموا ذبيحة غير المسلم ، كما حرموا الزوج من الكسبايات ، ولم يحيزوا المسح على الخفين في الطهارة . وفقهم يستند إلى الكتاب والسنة والإجماع والاجتهاد بالقياس وغيره ، ولهم كتب كثيرة منها المجموع المنسوب للإمام زيد ، وشرحه الروض النضير . واتباع هذا المذهب موجودون الآن في بلاد اليمن ، وقد تشعب إلى شعب منها القاسمية والناصرية والهادوية .

أما الإمامية : فهم الذين يعتقدون أن الرسول أوصى بالخلافة لعلي بالذات ثم من بعده لولده ، وأن الأئمة معصومون من الخطأ ، ومن ثم حكموا بتخطئة أبي بكر وعمر ، بل تغالى بعضهم وحكم بتفكيكهما ، فاستباحوا لأنفسهم الطعن عليهما ، والتبرأ منهما . وهؤلاء طوائف .

منها الإمامية الاثنا عشرية : (٢) وهم فرقة تقول : بأن الأئمة اثنا عشر

(١) كان رؤية في أبي بكر وعمر السبب المباشر في خذلان أهل الكوفة له ، وانصرافهم عنه حتى قتله الحجاج الثقفي أمير الكوفة في خلافة هشام ، ثم صلبه وأحرق جثته سنة ١٢١ هـ

(٢) وتسمى الجعفرية أيضا لأن فقهم مأخوذ عن الإمام جعفر الصادق .

إماماً ، تبدأ بعلي بن أبي طالب ؛ ثم تنتقل من بعده إلى ولده من فاطمة ، وهم الحسن والحسين ، ومن يعقبهما من الأبناء إلى الثاني عشر (١) « محمد المهدي » ، ولا تنتقل من بعده لأحد ، لأنه لم يمت ، ولكنه اختفى عن الدنيا سنة ٢٦٠ هـ ، وسيظهر في آخر الزمان . فيملاً الأرض عدلاً وأمناً بعد أن ملئت جوراً وخوفاً ، ولذلك سموه بالمنتظر ، ويقولون : إن علماءهم نواب عنه في فترة غيبته ، وقد بالغوا في وصف الإمام ، فادعوا عصمته من الخطأ ، لأنه يوحى إليه بطريق الإلهام الصادق ، أو لأن الرسول استودعه علم ما لم تدعه الحاجة إلى بيانه من الأحكام في زمنه ، ولذلك جعلوا الإيمان بالإمام جزءاً من الإيمان بالله ، وقالوا في وصفه « معصوم مؤيد موفق مسدد قد أمن من الخطأ والزلل والعتار يخصه الله بذلك ليكون حجته على عباده وشاهده على خلقه » (٢) .

وفقه هؤلاء يرجع إلى الكتاب ، والسنة المروية عن علمائهم ، وأقوال أئمتهم المعصومين في نظرهم ، ولا يعترفون بالإجماع ، ومن جعله منهم دليلاً أراد به إجماع أهل البيت ، ومع ذلك شرط فيه أن يكون معهم إمامهم المعصوم حتى لا يتسرب الخطأ لذلك الإجماع ، وهذا في الحقيقة يرجع إلى تقي اعتبار الإجماع بالكلية ؛ لأن الحجية في قول الإمام المعصوم ، وأنكروا القياس (٣) لعدم

(١) وأئمتهم هم : علي المرتضى ، والحسن المجتبى ، والحسين الشهيد ، وعلي زين العابدين ، ومحمد الباقر ، وابنه جعفر الصادق ، وموسى الكاظم ، وعلي بن موسى الرضا ومحمد التقي ، وعلي التقي ، والحسن العسكري الذكي ، ومحمد المهدي .

(٢) أصول الرضا ص ٩٧ .

(٣) وقد شاع عن أئمتهم أن الشريعة إذا قيست بحج الدين : أصل الشيعة وأصولها للشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء ص ٩٣ .

الحاجة إليه بعد القول بعصمة أئمتهم ؛ وأنه يوحى إليهم ، لأن كل مسألة لها حكمها عند الله ، وقد عرفناه الرسول والأئمة من بعده (١) .

وهم يخالفون أهل السنة في كثير من الفروع بعد مخالفتهم لهم في الأصول .
منها قولهم بشرعية زواج المتعة ، وهو ما يكون بعقد ومهر أمام شهود إلى أجل ،
ويثبت به النسب ، ويوجب التوارث بين الزوجين ، وأهل السنة ومعهم الزيدية
من الشيعة يذهبون إلى عدم شرعيته لنسخه .

ومنها أنهم يقولون : إن الطلاق لا يقع إلا أمام شاهدين لقوله تعالى
« فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم » (٢) .
ومنها أن الطلاق الثلاث في مجلس واحد يقع طلقة واحدة ، وأن زواج
السكرانية حرام لقوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » (٣) . وأهل السنة
يقولون : إن هذه الآية خاصة بالمشركات .

ومنها بعض مسائل الميراث ، كتقديم بن العم الشقيق على العم لأب ، وهذه
مبنية على عقيدتهم في أن علياً وذريته مقدمون على العباس وذريته .
ومنها أنهم يقولون إن الكذب على رسول الله مبطل للصيام ، فيجب فيه
القضاء والكفارة ، ويؤخرون الفطر إلى زوال الشفق الأحمر .

(١) ولا يخالف هذا ما قاله صاحب المختصر النافع منهم من أن مصادر الأحكام
عندهم أربعة الكتاب والسنة والاجماع والعقل أو الأدلة العقلية ، لأن الأدلة العقلية ،
لها تفسيحات ليس القياس منها ، فبعضهم يقول : إنها البراءة الأصلية أو الاستصحاب ،
وآخرون يفسرونها بلحن الخطاب وخفى الخطاب ، وهذا ترجع إلى طريقة الاستدلال
بالنصوص .

(٢) الطلاق — ٢ (٣) الممتحنة — ١٠

والموطن الأصلي لهذا المذهب هو إيران ، فالإيرانيون كلهم من الشيعة الإمامية وبه يدين أغلب العراقيين ، وله أتباع في سورية والهند والباكستان .

الاسماعيلية^(١) : وهم فرقة من الإمامية ظهرت في العصر العباسي تنسب إلى إسماعيل بن جعفر الصادق ، فقد جعلوه الإمام بعد أبيه جعفر ، وخالفوا الإمامية الذين جعلوها من بعده لابنه موسى الكاظم ، وهذه الفرقة من غلاة الشيعة الذين خرجوا بتعاليمهم عن الإسلام ، فهم يقولون : إن القرآن ظاهره وباطنه ، فيجب تأويله ولا يتمسك بحرفيته ، ومن هنا سمعوا بالباطنية ، وزعموا أن الوحي هو صفاء النفس لانزول ملك ، وأن الشعائر الدينية لا تلزم إلا العامة ، وأما الخاصة فغير ملزمين بها ، وأن الأنبياء سواس العامة ، أما الخاصة فأنبياءهم الفلاسفة .

ثم يشككون بعد ذلك في تعاليم الإسلام ، فيقولون : مامعنى رمى الجمرات ، ومامعنى السعى بين الصفا والمروة ، وهم موجودون في الهند بكثرة ، وفي غرب أفريقية وفي أماكن أخرى ، وزعيمهم أغاخان .

مذاهب أهل السنة

في عصر الاجتهاد وجد كثير من الفقهاء المجتهدين من أهل السنة تخصصوا في الفقه ، ووقفوا حياتهم عليه استنباطاً وتدريساً ، والتف حول كل واحد منهم تلاميذ يتلقون عنه فقهه ، ويرجعون إليه فيما أشكل عليهم ، وقد خلف هؤلاء الفقهاء وراءهم مجموعات اجتهاداتهم إما مدونة في كتب ، أو أمانة في أيدي

(١) وتسمى الباطنية . ومنهم العبيدون أو الفاطميون الذين ظهروا بالمغرب ثم استولوا على مصر وما جاورها .

التلاميذ عرفت هذه المجموعات فيما بعد بالمذاهب الفقهية منسوبة إلى أصحابها ، وكان منها مذاهب سجدت بالبقاء إلى يومنا هذا ، لوجود تلاميذ أوفياء وأتباع يعملون بها ، ويدعون الناس إليها ، كالمذاهب الأربعة المشهورة : الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي ، ، وأخرى قدر لها البقاء معمولاً بها خلال القرون الأولى ، ثم تفرق عنها أتباعها ، كمذهب داود الظاهري ، والأوزاعي إمام أهل الشام ، وطائفة ثالثة ماتت بموت أصحابها ، ولكنها بقيت موزعة بين سطور الكتب ، تتناقلها كتب المذاهب ، والفقه المقارن عند المناسبات ، كمذهب الليث بن سعد فقيه مصر ، وسفيان الثوري وغيرهما .

ونحن نقدم لك تعريفاً بأصحاب المذاهب الأربعة ، وطريقتهم في الاجتهاد ، وإمامة يسيرة عن تلاميذهم الذين كان لهم الفضل بعدهم في نشر تلك المذاهب والمحافظة عليها ، ثم نيمم بك نحو المذاهب المنسثرة لنعرفك ببعض أصحابها . فنقول وبالله التوفيق ،

المذهب الحنفي

بين دولتين كبيرتين من دول الإسلام الأولى ، وفي بيئة متأثرة بالحضارة الفارسية تجمعت بها طوائف من العرب الفاتحين ، وأخرى من سكان البلاد الأصليين ، واختلط فيها ما روى من صحيح الأحاديث بما وضعه الكذابون ، ونسبوه زوراً إلى رسول الله نشأ هذا المذهب وتكوّن ، ثم خرج إلى البلدان الأخرى على أيدي التلاميذ والرواة .

أسس هذا المذهب أبو حنيفة النعمان بن ثابت الفارسي الأصل ، ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ ، وتفقه فيها ، ثم انتقل إلى بغداد بعد أن بناها المنصور العباسي لتسكون عاصمة الدولة الإسلامية ، واستقدم إليها العلماء والفقهاء ، فبقي فيها حتى توفي سنة ١٥٠ هـ كما يقول بعض المؤرخين .

تلقى العلم عن طائفة من العلماء واشتغل أولاً بعلم الكلام ، وبعد أن وصل فيه إلى درجة كبيرة انتقل إلى الاشتغال بالفقه ، ولازم شيخه حماد بن أبي سليمان المتوفى سنة ١٢٠ هـ مدة ثمانى عشرة سنة حتى صار إماماً فيه ، ولقب بالإمام الأعظم .

كون مذهبه بطريقة الشورى مع أصحابه (١) ، فكان يعرض عليهم المسألة فيختلفون فيها ، فهذا يأتى بجواب ، وذلك يأتى بغيره ثم يرفعونها إليه ، فينتهى فيها معهم إلى رأى ، ثم يأمرهم بكتابتها ، وكان ينهاهم عن كتابة المسائل قبل تمحيصها ، ولم يكتف بالاجتهاد فى أحكام الحوادث التى تعرض عليه . بل فرض المسائل ، وقدر لها أحكامها ، فلما اعترض عليه بعض العلماء فى ذلك قال : إنا نستعد للبلاء قبل نزوله ، فإذا نزل عرفنا الدخول فيه والخروج منه (٢) .

ومع هذا لم يكن متعصباً لزيه ، فقد قيل له : يا أبا حنيفة هذا الذى تفتى به هو الحق الذى لا شك فيه ؟ فقال : والله لا أدري لعله الباطل الذى لا شك فيه .

(١) روى ابن البزارى فى مناقب أبى حنيفة ج ٢ ص ١٢٥ أنه قال فى أصحابه الذين لازموه مرة هؤلاء ستة وثلاثون رجلاً . منهم ثمانية وعشرون يصلحون للقضاء ، وستة يصلحون للفتوى واثنتان يصلحان لتأديب القضاة وأرباب الفتوى وهما أبو يوسف وزفر .

(٢) راجع كتاب الخيرات الحسان لابن حجر الهيتمى ص ٥٢ ففيه أن قتادة لما نزل الكوفة قال : لا يسألنى أحد عن مسألة من الحلال والحرام إلا أجبتة ، فسأله أبو حنيفة عن مسألة دقيقة ، فقال له قتادة : أوقعت هذه المسألة ؟ قالوا لا ، قال فلم تسألونى عما لم يكن ؟ فقال أبو حنيفة إن العلماء يستعدون للبلاء ويتحرزون منه قبل نزوله ليعرفوا الدخول فيه والخروج منه .

أما طريقته في الاستنباط وترتيب الأدلة : فقد قال « أخذ بكتاب الله إذا

وجدته فإذا لم أجد فيه أخذت بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والآثار
الصحيح عنه التي فشئت في أيدي الثقات ، فإذا لم أجد في كتاب الله ولا سنة
رسول الله أخذت بقول أصحابه من شئت ، وأدع قول من شئت ، ثم لم أخرج
عن قولهم إلى قول غيرهم ، فإذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبي وابن سيرين
وسعيد بن المسيب . وعد رجالا من التابعين فلي أن أجتهد كما اجتهدوا ، وفي
رواية فهم رجال ونحن رجال ، (١) .

وهذا المسلك فيه رد قاطع على من ادعى أنه كان يترك الحديث ويعمل
بالرأى ، نعم إنه كان يتشدد في قبول الحديث والعمل به لما قدمنا من أن العراق
كثر فيه وضع الحديث ، فوضع شروطاً لقبول الحديث لم يسلم معها إلا
القليل ، ومع ذلك لم يطعن أحد من معاصريه الأئمة الأعلام في دينه ؛ ولا في
خلقه ، بل كلهم أثنى عليه ثناء جميلاً .

فهذا سفيان الثوري وابن المبارك يقولان : أبو حنيفة أفقه الناس ، وقال
الإمام مالك : إنه لفقيهه ، وقال الإمام الشافعي : « الناس عيال في الفقه على أبي حنيفة » .
كان أبو حنيفة ورعاً زاهداً في الدنيا ، ذكياً يحسن التخلص من المآزق .

أما ورعه وزهده فيدل عليه أنه امتنع عن تولى القضاء ، وقد طلب له
مرتين . الأولى أيام الأمويين ، والثانية في عهد العباسيين في خلافة أبي جعفر
المنصور ، فأبى وامتنع ؛ ولم يثنه عن إباءه ضربه في الأولى ، وحبسه في الثانية .

(١) تاريخ بغداد ج ١٣ ص ٣٦٨ .

ومن هنا كان جريثاً في الحق لا يجامل أحداً على حسابه حتى ولو كان الخليفة نفسه .

يروى أن أهل الموصل نقضوا عهد المنصور الذي أخذه عليهم ، وقد كانوا شرطوا ، إن فعلوا ذلك تحمل دماؤهم له ، فجمع المنصور الفقهاء ، وفيهم أبو حنيفة ، فقال : ألم يصح أنه عليه السلام قال : المؤمنون عند شروطهم ، وأهل الموصل قد شرطوا ألا يخرجوا على ، وقد خرجوا على عاملي ، وقد حلت لي دماؤهم ، فقال رجل . يدك مبسوطة عليهم ، وقولك مقبول فيهم ، فإن عفرت فأنت أهل للعفو ، وإن عاقبت فيما يستحقون ، فقال لأبي حنيفة : ما تقول أنت يا شيخ ، ألسنا في خلافة نبوة ، وبيت أمان ؟ قال : إنهم شرطوا لك ما لا يملكونه ، وشرطت عليهم ما ليس لك ، لأن دم المسلم لا يحل إلا بأحد معان ثلاثة . فإن أخذتهم أخذت بما لا يحل ، وشرط الله أحق أن توفي به ، فأمرهم المنصور بالقيام فتفرقوا ، ثم دعاه وقال : يا شيخ القول ما قلت . انصرف إلى بلادك . ولاتقت الناس بما هو شين على إمامك فتبسط أيدي الخوارج ، (١) .

وأما ذكاؤه وحسن تخلصه فيظهر ذلك مما رواه الربيع بن يونس « حاجب المنصور ، أنه قال : رأيت أمير المؤمنين المنصور ينازل أبا حنيفة في أمر القضاء ، وأبو حنيفة يقول له : اتق الله ولا تشرك في أمانتك إلا من يخاف الله والله ما أنا بمأمون الرضا فكيف أكون مأمون الغضب ؟ . وإني لأصلح لذلك فقال له : كذبت أنت تصلح له ، فقال : قد حكمت على نفسك يا أمير المؤمنين فكيف يحل لك أن تولى قاضياً على أمانتك وهو كذاب ؟ ١٢

كما كان حاضر البديهة ، سريع الجواب فيما يعرض عليه ، قال الليث بن سعد

فقيه مصر المتوفى سنة ١٧٥ هـ . إنه شهد مجلس أبي حنيفة بمكة ، وقد سئل في ابن يزوجه أبوه — وليس له غيره — بصرف مال كثير فيطلقها ، ويشتري له جارية فيعتقها ، فأوصى أبو حنيفة السائل أن يشتري لنفسه جارية تقع عليها عين الابن دأى تعجبه ، ثم يزوجها إياه ، فإن طلقها رجعت مملوكة له ، وإن أعتقها لم يحز عتقه . قال الليث : والله ما أعجبنى صوابه كما أعجبنى سرعة جوابه (١) .

وبعد ذلك كله كانت له حيل لطيفة للخروج من مأزق الأيمان الملتوية التي تفنن فيها أهل العراق . منها ما جاء في إعلام الموقعين لابن القيم في بحث الحيل . أن رجلاً أتاه بالليل ، فقال أدركني قبل الفجر وإلا طلقت امرأتى ، فقال : وما ذاك ؟ قال تركت الليلة كلامي ، فقلت لها : إن طلع الفجر ولم تكلميني فأنت طالق ثلاثاً ، وقد توصلت إليها بكل أمر أن تكلمني فلم تفعل ، فقال له . اذهب فمر مؤذن المسجد أن ينزل فيؤذن قبل الفجر ، فلعلها إذا سمعته تكلمك ، واذهب إليها وناشدها أن تكلمك قبل أن يؤذن المؤذن ، ففعل الرجل وجلس يناشدها وأذن المؤذن فقالت . قد طلع الفجر وتخلصت منك ، فقال قد كلمتني قبل الفجر وتخلصت من اليمين ، قال ابن القيم : وهذا من أحسن الحيل .

أصول مذهب أبي حنيفة :

سبق أن بينا طريقته في الاستنباط وترتيب الأدلة ، وهي أنه يأخذ بكتاب الله ثم بسنة رسول الله ، ثم بأقوال الصحابة ، فإذا لم يجد شيئاً من ذلك اجتهد . وفي هذا إجمال للمصادر التي يستند إليها ، وتفصيلها كما في كتب أصحابه . أنه يأخذ بالكتاب ما كان يقدم عليه شيئاً ، ثم بالسنة التي توفر فيها ما شرطه

(١) الانتقاء لابن عبد البر .

من الشهرة ، وإن كان المروى عنه من الفروع يفيد أنه أخذ بأحاديث لم يتوفر فيها الشهرة ، بل هي من أخبار الآحاد . والأحاديث المرسلة « مرسل الصحابي أو التابعي » . والاجماع متى وجد ونقل نقلاً صحيحاً ، وقول الصحابي فيما ليس للاجتهاد فيه مجال ، لأنه يظنه أثراً رواه الصحابي عن الرسول ولم يسنده إليه . وهذا يقدمه على القياس ، وأما ما فيه مجال للاجتهاد فما كان يقدمه على القياس إلا إذا وجد معه دليلاً آخر يرجح ، ومن هنا تحمل العبارة الواردة عنه مطلقة في العمل بقول الصحابي على أنها مقيدة بما إذا لم يعارضه قياس أو دليل آخر .

وبعد هذا يعمل بالقياس والاستحسان والعرف . ويلاحظ أن بعض أنواع الاستحسان يتفق مع ما أخذ به غيره من المصالح المرسلة ، فيكون من أصول مذهبه المصالح المرسلة ؛ وإن لم يأخذ بها بهذا العنوان .

وبما يلاحظ هنا أن أبا حنيفة لم يدون مذهبه بنفسه كما فعل غيره من الأئمة وإنما دونه تلاميذه ، اللهم إلا إذا اعتبرنا أمره لتلاميذه بتدوين المسائل بعد تمحيصها تدويناً ، وفي الحق أن التدوين في هذا الموضع لا يقصد به إلا التدوين المرتب المبوب ، وهو ما لم يفعله أبو حنيفة .

تلاميذه

كان لأبي حنيفة كثير من التلاميذ . تترجم لثلاثة منهم اشتهروا معه ، حتى كانت لهم آراء تخالف آراءه ، وهم زفر بن الهزيل ، وأبو يوسف . ومحمد ابن الحسن .

زفر : هو زفر بن الهزيل بن قيس السكوني ، عربي من تميم ، كان أبوه والياً على البصرة ، أو أصفهان ، وأمه أمة فارسية ولد سنة ١١٠ هـ ، ولما كبر طلب الحديث ، وتفقه على أبي حنيفة حتى كان من أبرز أصحابه أخذاً بالقياس ،

ومن كلماته . نحن لا نأخذ بالرأى مادام أثر ، وإذا وجد الأثر تركنا الرأى ،
وكان جيد اللسان فصيحاً . ناظر أبا يوسف فغلبه .

زهد في الدنيا حتى أنه أكره على القضاء فاختنى ، فهدم منزله ، ثم خرج
وأصلحه ثم أكره عليه مرة أخرى ، فأبى فهدم منزله مرة ثانية . فلم يؤثر ذلك
في امتناعه ، (١) وأثر أن يشتغل بالعلم والتعليم حتى توفي سنة ١٥٨ هـ بالبصرة
بعد وفاة إمامه بثمانى سنوات ، ويذكر اسمه في كتب الحنفية كثيراً غير
منسوب للصحبة .

أبو يوسف : (٢) . هو يعقوب بن إبراهيم الأنصارى عربى الأصل ، ولد
بالكوفة سنة ١١٣ هـ ، نشأ فقيراً معدماً كما ينشأ النبغاء ، فلما وصل حد التمييز
سمع الحديث ، ثم اشتغل بروايته حتى عد من المحدثين ، وتفقه أولاً على ابن أبي
ليلى المتوفى سنة ١٤٨ هـ . ثم انتقل إلى أبي حنيفة لما رأى فيه من سعة الأفق
وكثرة العلم فكان من أكبر تلاميذه . وأعانه أبو حنيفة لفقر والديه . فكان
يمده بالمال بين الحين والآخر كما حدث عن نفسه (٣)

(١) راجع الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٧٦ ، والمؤرخون يذكرون امتناعه
عن تولى القضاء عند المقارنة بينه وبين أبي يوسف الذى تولاه ، ولذلك وصفوه بأنه
أورع من أبي يوسف . هذا وقد ذكر الشيخ السنهورى في مقدمة الموسوعة ج ١ ص
٢٩ أن زفر تولى قضاء البصرة وكان مع ذلك يدرس الفقه للناس وينسب آراءه إلى أبي
حنيفة حتى حجبهم في فقهه .

(٢) كنى بأبى يوسف لأن أحد أولاده كان يسمى باسم يوسف تولى القضاء
بالجانب الغربى من بغداد في عهد أبيه قاضى القضاة .

(٣) كنت أطلب الحديث والفقه ، وأنا رث الحال ، فجاءنى أبى يوماً وأنا عند
أبى حنيفة فانصرفت معه ، فقال لى يا بنى : لاتمدد رجلك مع أبى حنيفة ، فإن أبا=

تولى القضاء لثلاثة من خلفاء العباسيين . المهدي ، وألهادي ، والرشد من سنة ١٦٦ هـ إلى أن توفي سنة ١٨٣ هـ ، وكان أول من تولى منصب قاضي القضاء في عهد الرشيد . وهو منصب خطير ، لأنه جزء من حقوق الخلافة الإسلامية إذ كان الخليفة يباشره بنفسه ، فلما أسند إليه وأصبحت تولية القضاء راجعة إليه في ولايات الدولة لم يكن يستعمل على القضاء إلا من كان حنفياً ، وبهذا ساعد على انتشار المذهب ، واعتناق العلماء له .

وهنا قد يتساءل إنسان . كيف ساغ لأبي يوسف أن يخالف طريقة إمامه ويتعارن مع هؤلاء الخلفاء ؟ .

ونحن نجيب عن هذا التساؤل ، بأنه قد تكون الحاجة هي التي دفعت أبا يوسف إلى قبول الوظيفة ، لأنه لم يكن صاحب تجارة ولا صناعة تقوم بحاجته .

ولم يكن له مذهب . يأسى يخالف مذهب الخلفاء . فقد كان أبو حنيفة يميل إلى العلويين ويعمل على مساعدتهم ، وكثيراً ما تعرض لذلك في درسه ، ولعله كان السبب الأول في محنته .

== حنيفة خبره مستو ، وأنت تحتاج إلى المعاش ، فقصرت عنه كثيراً في الطلب ، وآثرت طاعة أبي قتقدني أبو حنيفة وسأل عني فجعلت أتعاهد مجلسه ، فلما كان أول يوم أتيت به بعد تأخرى ، قال ماذا شغلك عنا ، قلت الشغل بالمعاش ، وطاعة والدي ، فجلست ولما انصرف الناس دفع إلي صرة وقال . استمتع بها فاذا فيها مائة درهم ، وقال لي لازم الحلقة وإذا فرغت هذه فأعلمني ، فلزمت الحلقة فلما مضت مدة يسيرة دفع إلي مائة أخرى ثم كان يتعهدني وما أعلمته بخلة قط ولا أخبرته بنفاد شيء ، وكأنه كان يخبر بنفادها حتى استغنيت وتحولت ، وقيل إن والده مات وهو صغير ، وأن أمه هي التي انكرت عليه حضور الحلقة بعد أن كانت أسلمته إلى قصاب يتعلم منه ويعيش في كنفه .

على أن أبا يوسف لم يمالئ الخلفاء على حساب الحق ، بل إن التاريخ يحدثنا عنه أنه أقام العدل . وأدى واجبه كفقهاء ، فنصيحته لهارون الرشيد في مقدمة كتابه (١) الخراج تشهد بذلك ، وكيف يمالئ الخليفة وهو الذي حكم عليه ونصر خصمه ، وإذا عرفنا أن الخصومة كانت مع نصراني لا كبرناه ؟ !

(١) جاء فيها موجه الخطاب إلى أمير المؤمنين (لا تؤخر عمل اليوم إلى غد فانك إذا فعلت ذلك أضعت ، إن الأجل دون الأمل ، فبادر الأجل بالعمل فإنه لا عمل بعد الأجل . إن الرعاة مؤدبون إلى ربهم ما يؤد الراعي إلى ربه فأقم الحق فيما ولاك الله وقلدك ولو ساعة من نهار ، فان أسعد الرعاة عند الله يوم القيامة راع سعدت به رعيته ، ولا تزغ فتزيع رعيته . وإياك والأمر بالهوى والأخذ بالغضب ، وإذا نظرت إلى أمرين أحدهما للآخرة والآخر للدنيا فاختر أمر الآخرة على أمر الدنيا فان الآخرة تبقى والدنيا تفتى ، وكن من خشية الله على حذر ، واجعل الناس عندك في أمر الله سواء القريب والبعيد ، ولا تخف في الله لومة لائم واحذر فان الحذر بالقلب وليس باللسان ، واتق الله فان التقوى بالتوقي ومن يتق الله يقه ، واعمل لأجل مفضوض وسبيل مسلك وطريق مأخوذ وعمل محفوظ ، ومنهل مورود فان ذلك المورد الحق والموقف الأعظم الذي تطير فيه القلوب وتنقطع فيه الحجج لعزة ملك قهرهم جبروته والخلق له وآخرون بين يديه ينتظرون قضاءه ويخافون عقوبته وكان ذلك قد كان . . .

ثم يقول فالله الله فان البقاء قليل والخطب خطير والدنيا هالكة وهالك من فيها والآخرة هي دار القرار . فلا تلق الله غدا وأنت سالك سبيل المعتدين فان ديان يوم الدين إنما يدين العباد بأعمالهم ولا يدينهم بمنزلهم ، وقد حذر الله فاحذر - إنك لم تخلق عبثا ؛ ولن تترك سدى ! وإن الله سائلك عما أنت فيه وعما عملت به فانظر ما الجواب .

وبعد كلام بقول : فاحذر أن تضيع رعيك فيستوفى ربها حقها منك ويضيعك — بما أضعت — أجرك الخ . . .

فلقد وقع بين الرشيد ونصراني خصومة ورفع أمرها إلى القاضي أبي يوسف
فحكم على الرشيد ، وحين أدركته الوفاة قال ؛ اللهم إني أعلم أني وليت هذا
الأمر فلم أمل إلى أحد الخصمين حتى بالقلب إلا في خصومة نصراني مع
الرشيد لم أسو بينهما وقضيت على الرشيد وبكى (١) .

وقد خوصم أمير المؤمنين الهادي إليه في بستان وكان الحكم في الظاهر
للهادي . وفي الباطن خلاف ذلك ، فقال الهادي لأبي يوسف : ما صنعت في
الأمر الذي تتنازع إليك فيه ؟ فقال خصم أمير المؤمنين يسألني أن أحلف
أمير المؤمنين أن شهوده شهدوا على حق ، فقال له الهادي . وترى ذلك ؟ قال .
فقد كان ابن أبي ليلى يراه ، فقال اردد البستان عليه ، وإنما احتال عليه
أبو يوسف لعلمه أن الهادي لا يحلف .

ولقد رد شهادة الفضل بن الربيع لما شهد أمامه في خصومة ، فشكاه إلى
الخليفة الذي قال له . إن وزيرى رجل دين لا يشهد الزور فلم رددت شهادته ؟
قال لأنى سمعته يقول يوما للخليفة أنا عبدك ، فإن كان صادقا فلا شهادة للعبد ،
وإن كان كاذبا فكذلك ، فعذره الخليفة .

وبعد : فإن أبا يوسف هو أول من صنف في مذهب إمامه . ألف

(١) في المبسوط ج ١٦ ص ٦١ حكى أن أبا يوسف رحمه الله قال في مناجاته عند
موته : اللهم إن كنت تعلم أنني تركت العدل بين الخصمين إلا في حادثة واحدة
فاغفرها لى ؛ قيل وما تلك الحادثة قال : ادعى نصراني على أمير المؤمنين دعوى فلم
يمكننى أن آمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحابة مع خصمه ولكنى رفعت النصراني
إلى جانب البساط بقدر ما أمكننى ثم سمعت الخصومة قبل أن أسوى بينهما في المجلس
فهذا كان جورى .

(٢) راجع تاريخ القضاء في الاسلام والبحر الرائق ج ٨ ص ١٠٠ ،

كتباً كثيرة لم يبق منها إلا بعضها ، ككتاب الخراج ، وكتاب الرد على سائر الأوزاعي ، وكتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى .

رحل إلى المدينة وأخذ عن الإمام مالك بعد أن ناظره في كثير من المسائل ولما رجع إلى العراق عمل على التقريب بين المذاهب ، مذهب الحجازيين ، ومذهب العراقيين . وكانت وفاته ببغداد لأنه انتقل إليها مع إمامه بعد بنائها . وبقى بها إلى أن توفي فيها ،

محمد بن الحسن الشيباني: كان أبوه من الشام ، وقدم إلى العراق فولد له محمد بواسطة سنة ١٣٢ هـ ، وهو من الموالى ، ونسبته إلى شيبان بالولاء . نشأ بالكوفة وطلب الحديث ، وصحب أبا حنيفة ، وأخذ عنه الفقه ، ولكن وفاة الإمام وهو صغير جعلته ينتقل إلى أبي يوسف ، ويتلمذ له ، ونبغ في ذلك حتى سبق شيخه أبا يوسف ، ولهذا حصلت بينهما وحشة في أواخر أيام أبي يوسف .

رحل إلى المدينة ، وأخذ عن الإمام مالك ثلاث سنين ، وروى الموطأ عنه ، وأخذ عنه الشافعي ، وقد أثر في فقهه لقاءه لمالك والشافعي . وإليه يرجع الفضل في تدوين مذهب أبي حنيفة بما ألفه من كتب كثيرة .

تولى القضاء في عهد الرشيد بالرقعة ، ثم عزل سنة ١٨٧ هـ ، ورجع إلى بغداد ، وتوفي وهو في رحلة مع الرشيد سنة ١٨٩ هـ .

هؤلاء هم أشهر أصحاب أبي حنيفة أخذوا الفقه عنه ، واجتهدوا بعده ، وخالفوه في كثير من المسائل ، ولذا تذكر آراؤهم في كتب الحنفية مع آراء إمامهم ، إما موافقين ، أو مخالفين . كلهم أو بعضهم ، أما زفر فيذكر رأيه منسوباً إلى اسمه ، وأما أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد فتارة يتفق رأيهم ، وتارة يختلف ، فإذا كان لأحدهم رأي منفرد نسب إلى اسمه ، وإن اجتمع

أثنان على رأى فان كان أبو حنيفة وأبو يوسف معاً . قيل : هذا رأى الشيخين
لأنهما شيخا محمد بن الحسن ، وإذا كان أبو حنيفة ومحمد قيل : هذا رأى
الطرفين لأن أبا يوسف يتوسطهما فى السن ، وإذا كان أبو يوسف ومحمد قيل
هذا رأى الصاحبين ، لأنهما صاحباً أبى حنيفة ، واليهما يرجع الفضل فى تدوين
المذهب ونشره ، وإذا اتفق الكل قيل . هذا رأى أئمتنا . ويقابله رأى غيرهم
من الأئمة الآخرين .

هذا وقد قسم علماء الحنفية مسائل الفقه عندهم إلى ثلاث طبقات .
الطبقة الأولى . مسائل الأصول ، والثانية مسائل النواذر ، والثالثة الفتاوى
والواقعات .

أما مسائل الأصول ، وتسمى « ظاهر الرواية » فهى التى رويت عن أبى
حنيفة وأصحابه لكنها فى الغالب تكون قول الإمام وصاحبيه أبى يوسف
ومحمد ، أو قول بعضهم ، كما أشرنا إلى ذلك .

جمع الإمام محمد هذه المسائل فى كتب ستة (١) تسمى كتب ظاهر الرواية ،
لأنها رويت عنه برواية الثقات . وهى : المبسوط ، والجامع الصغير ، والجامع
الكبير ، والزيادات . ألفها بعد تأليف الجامع الكبير استدراكاً لما فاتته فيه من

(١) والفرق بين كتب أبى يوسف وكتب محمد أن كتب أبى يوسف مملوءة
بالاستدلال ، وبيان وجهة نظره ونظر إمامه فيما نقله عنه ، وأما كتب محمد فهى
خالية من الاستدلال ، إلا ما كان يصدر به كل باب من أبوابه بذكر الآثار التى تعتبر
بمثابة الأصل فى الباب . هذا إذا استثنينا كتابه الرد على أهل المدينة الذى نقله الشافعى
فى الأم فإنه مملوء بالاستدلال بالآيات والأقيسة ، ولعل السبب فى ذلك أن محمداً
كان يقصد تدوين المذهب كله فاكتمل بذكر المسائل المجردة .

المسائل ، والسير الصغير ، والسير الكبير^(٢) ، وهما موضوعان في قوانين الحرب . هذه الكتب جمعها الحاكم الشهيد المتوفى سنة ٣٣٤ هـ في كتاب الكافي بعد حذف المكرر منها ، ثم شرح الكافي بعد ذلك محمد بن أبي سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠ هـ في كتاب المبسوط ، وهو يقع في ثلاثين جزءاً وطبع في مصر . وأما مسائل النوادر فهي التي رويت عن أبي حنيفة وأصحابه في كتب أخرى كالأرونيات والكيسانيات والرقيات^(٣) للإمام محمد بن الحسن ، وكتاب المجرد للحسن بن زياد .

وأما الفتاوى والواقعات فهي المسائل التي استنبطها المجتهدون في المذهب من علماء الحنفية لما سئلوا عن هذه المسائل ، ولم يجدوا فيها رواية عن أهل المذهب المتقدمين ، وأول كتاب عرف في هذا الموضوع كتاب النوازل للفقيه أبي الليث السمرقندي المتوفى سنة ٣٧٣ هـ ، كما يقول ابن عابدين ، وقد قدمنا ذكر أمثلة لكتب الفتاوى ، وهي تخالف هذه في أن ما فيها مأخوذ من كتب الفقه ، وقليل منه مستنبط حكمه .

ومذهب الحنفية تنقل في بلاد كثيرة ، وهو الآن المذهب الغالب من

(٢) قيل في تحليل التكرار في أسماء كتبه : الجامع الكبير والجامع الصغير ، والجامع الكبير والسير الصغير إن اسم الصغير . جمع المسائل التي اتفق فيها مع أبي يوسف ورواه عنه أو اطلع عليه وأقره . ولذلك يقول في أول كل فصل د محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة ، وأما الكبير فمن صنعه وحده ولم يروه عن أبي يوسف .

(٣) الأرونيات . مسائل أملاها في دولة هارون الرشيد . والكيسانيات نسبة إلى راويها شعيب بن سليمان الكيسانى . والرقيات كتاب جمع فيه ما عرّض له من المسائل وهو قاضى الرقة .

مذاهب أهل السنة في جمهورية العراق وإقليم سورية والباكستان ،
والأفغانستان ، وتركيا ، وفي البرازيل بأمريكا الجنوبية .

المذهب المالكي

في رحاب المدينة مهبط الوحي ، ومقر التشريع قرابة أربعين عاماً في
عصرى النيرة والخلفاء الراشدين ، وموطن جمهرة الصحابة ، ومحط رجال
الفقهاء والعلماء ، حيث تروى أحاديث الرسول القولية ، ويتابع الناس العمل
بسنته العملية جيلاً بعد جيل ، ويتناقلون سنة الخلفاء من بعده .

في هذا الجو العلي الروحي نشأ المذهب المالكي . أسس بنيانه ، وشيد
أركانه ، ووطأ طرقه وعبدها إمام دار الهجرة مالك بن أنس بن مالك بن عامر
الأصبحي ، سليل بيت العلم . فجدّه مالك تابعي كبير ، وجدّه الأعلى أبو عامر
صحابي جليل ، ونسبته إلى قبيلة ذى أصبح اليمنية ، جاء أحد أجداده إلى المدينة
وسكنها وتناسل حتى ولد له هذا الإمام سنة ٩٣ هـ ، فلما كبر تلقى العلم والحديث
عن شيوخها الكثرين ، ولما كمل عقله ، وتم نضجه ، وتأهل للتدريس جلس
له وسط حلقات شيوخه بعد أن شهد له منهم سبعون شيخاً كما أخبر عن نفسه ،
ولقد حببت له المدينة موطنه ومدرسته ، فأثرها بما حباه الله من فضل وعلم ،
فظل فيها طول حياته - لم يخرج منها إلا للحج - يفتي ويعلم حتى توفي سنة
١٧٩ هـ في خلافة الرشيد .

ولقد قصده العلماء والطلاب من كل قطر ليأخذوا عنه ، فانتشر مذهبه
في كثير من الأقطار على أيدي هؤلاء التلاميذ .

شهد له الأئمة بالفضل والأمانة والعلم ، حتى قيل : لا يفتى ومالك بالمدينة .
أنظر إليه وقد جاءه رجل في مسألة ليستفتيه ، فيقول له . لا أحسنها ، فلما
قال له الرجل . تقول لا أحسنها وقد ضربت إيلسك الأرض من كذا وكذا

لأسألك عنها ؟ ماذا أقول لأهلي ؟ قال : قل لهم سألت مالكا فقال : لا أحسنها .
وكان يقول : « إن هذا العلم دين فانظروا عمن تأخذون دينكم ، لقد
أدركت سبعين من يقولون : قال رسول الله عند هذه الأساطين « عمد المسحذ ،
فما أخذت عنهم شيئا ، وأن أحدهم لو أوثق على بيت مال لكان أمينا » .

زهد في الدنيا . ولم يركن إليها ، يدل لذلك أن الرشيد لما أراد الرجوع
إلى العراق بعد تمام حجه قال له : ينبغي أن تخرج معي ، فإنني عزمته أن أحمل
الناس على الموطأ كما حمل عثمان الناس على القرآن ، فقال : أما حمل الناس على
الموطأ فليس إلى ذلك سبيل ، لأن أصحاب رسول الله افترقوا بعده في الأمصار
فخذثوا فعند أهل كل مصر علم ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اختلاف
أمتي رحمة » ، وأما الخروج معك فلا سبيل إليه ، لأن رسول الله قال :
« سيخرجون بعدى من المدينة لأجل الدنيا ، والمدينة خير لهم لو كانوا يعلمون (١)
حافظ على جلال العلم وعزته ، فما هو ذا يأتي أن ينتقل إلى بيت الخليفة
هارون الرشيد لما طلب منه الحضور إليه ليسمع منه ابنه الأمين والمأمون
كتابته الموطأ ويقول في صراحة مفعلة : « أعز الله أمير المؤمنين إن هذا العلم
منكم خرج ، فإن أنتم أعزتموه يعز ، وإن أذلتموه ذل » ، والعلم يترقى ولا يأتي ،
فقال : صدقت ، أخرجنا إلى المسجد حتى تسمعنا مع الناس ، قال مالك : بشريطة
ألا يتخطيا رقاب الناس ، ويجلسا حتى ينتهي بهما المجلس ، فحضر بهذا الشرط (٢) .

وقد امتحن سنة ١٤٧ هـ . وضرب (٣) بالسياط ، وانفكت ذراعه ، وبقي
مريضا حتى مات ، وسببها أنه أفق بعدم لزوم طلاق المسكوه ، وقد كانوا
يكرهون الناس على الحلف بالطلاق عند البيعة ، فرأوا أن الفتوى تنقض
البيعة . وتهون الثورة عليهم ، وقيل في سببها : إن تلبسته ابن القاسم سأل عن

(١) مفتاح السعادة ج ٢ ص ٨٧

(٢) المرجع السابق ص ٨٦ (٣) ضربه جعفر بن سليمان وإلى المدينة .

البغاة : أي جوز قتالهم ؟ فقال : إن خرجوا على مثل عمر بن عبد العزيز ، قال : فإن لم يكن مثله ، فقال دعهم ينتقم الله من ظالم بظالم ثم ينتقم من كليهما .
ألف كتاب الموطأ (١) ، وأقام في تأليفه وتهذيبه نحو أربعين سنة ؛ وسماه بذلك لأنه وطأ ومهد للناس ، ما اشتمل عليه من الحديث والفقه . أولان العلماء المعاصرين له بالمدينة واطئوه ووافقوه عليه . وهو كتاب جمع بين الحديث والفقه .

ومن الكتب التي حفظت المذهب : كتاب المدونة التي رواها سحنون عن ابن القاسم عن الإمام مالك رضي الله عنه . وغيرها من الكتب .

أصول مذهب : الكتاب ثم السنة ثم الإجماع الذي يعبر عنه بقوله : إنه الأمر المجتمع عليه . . والقياس . وأعطى لعمل أهل المدينة منزلة في العمل حتى كان يقدمه على خبر الواحد من الأحاديث إذا كان مخالفاً له . لأن عملهم في نظره بمنزلة مرويهم ، فهم توارثوه عن سبقتهم طبقة عن طبقة إلى الصحابة

(١) ألفه في أواخر عهد المنصور وانتهى منه لأول مرة سنة ١٤٨ هـ ، وجملة ما فيه من الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة والتابعين ١٧٣٠ حديثاً ، المسند منها ٦٠٠ ، والمرسل ٢٢٢ ، والموقوف ٦١٣ ، ومن أقوال التابعين ٢٨٥ وقيل إنه روى مائة ألف حديث اختار منها في الموطأ عشرة آلاف ، ثم لم يزل يعرضها على الكتاب والسنة العملية حتى رجعت إلى ٥٠٠ حديث مسند .

ولقد روى الموطأ بروايات كثيرة ، قيل إنها بلغت عشرين أو ثلاثين لم يصلنا منها إلا اثنتان . رواية يحيى بن يحيى (المتوفى سنة ٢٣٤ هـ) ، ورواية محمد بن الحسن ، والاختلاف كثير بين هذه الروايات ، وسببه يرجع إلى اختلاف أوقات سماع هؤلاء الرواة من الإمام ، وكثرة تغييره وتعديله فيه ، ويجب أن يلاحظ أن كتاب الموطأ ليس من كتب الحديث ، بل كتاب جمع بين الحديث والفقه لأن طريقة تأليفه أن يذكر الأحاديث والآثار التي صحت عنده في الموضوع الواحد ويعقبها بذكر أجوبة المسائل التي مثل عنها وقد يبدأ بذكر المسألة وحكمها وما يدل على هذا الحكم من أدلة . وحيثاً يذكر حكم علماء المدينة فيقول : الأمر الذي لا خلاف فيه عندنا .

وكان يعبر عنه بقوله « ذلك الذى عليه أمر الناس عندنا » أو « الذى عليه الأمر عندنا » فإذا اختلفوا اختار من أقوالهم واستحسن منها ، ويشير إليه بقوله « وعند بعض أهل العلم ببلدنا » . وخالفه غيره من الأئمة فى ذلك استناداً إلى أن كثيراً من الصحابة خرج بما معه من السنة إلى الأمصار الأخرى . ولم تكن السنة مقصورة على أهل المدينة فقط حتى يقال : إن عملهم بمنزلة مرويهم . وقد عمل أيضاً بالمصالح المرسلّة ، وتوسع فى العمل بها حتى نسب العمل بها إليه دون سائر الأئمة . كما عمل بالاستحسان فى مسائل كثيرة . وبأقوال الصحابة متى صح سندها ولم يرد فى موضعها حديث .

ومن هنا لم يكن الإمام مالك من مدرسة أهل الحديث التى تكره الرأى والعمل به ، بل كان من مدرسة أهل الرأى المعتدلين فى الأخذ به . أو من مدرسة الحديث الذين لم يقفوا جامدين عند النصوص . ذلك أنه لم يقتصر على الإفتاء فيما وقع فى بلده . بل أفتى فيه وفيما وقع فى البلدان الأخرى حينما سأله تلاميذه القادمون عليه من كافة الأقطار .

تميزه : كان للإمام مالك تلاميذ كثيرون ، تفقهوا عليه ، ثم نشروا مذهبه فى الشرق والغرب نذ كر منهم .

١ — أبو عبد الرحمن بن القاسم ولد سنة ١٢٨ هـ . وتوفى بمصر سنة ١٩١ هـ . سافر من مصر إلى المدينة ، ومكث ، يتلقى العلم عن الإمام مدة عشرين سنة ؛ حتى صار أول التلاميذ ، وخرج بشهادة عظيمة من إمامه ، فقد سئل مالك عن ابن القاسم وابن وهب فقال : « ابن وهب عالم وابن القاسم فقيه » ، بلغ درجة الاجتهاد المطلق ، ولكنه لم يستقل برأى خاص ، كما فعل أبو يوسف ومحمد ابن الحسن مع إمامهما ، وهو صاحب المدونة التى حفظت المذهب ورواها عنه سحنون .

٢ - أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم ولد سنة ١٢٥ هـ ، وتوفي في أواخر القرن الثاني قيل سنة ١٩٧ هـ ، رحل إلى الإمام لتلقي العلم عنه سنة ١٤٨ هـ ، وبقي معه مدة طويلة خرج بعدها بلقب المفتي ، لقبه إمامه به ، فقد كان الإمام إذا راسله يكتب إليه إلى ابن وهب المفتي ، ولم يكتب لغيره بهذا اللقب . ومع هذه المنزلة في الفقه كان ورعاً زاهداً في المناصب ، أبى أن يتولى القضاء بمصر لما عرض عليه ، واختفى ولزم بيته .

٣ - أشهب بن عبد العزيز القيسي ولد سنة ١٤٥ هـ ، وتوفي سنة ٢٠٤ هـ بعد وفاة الإمام الشافعي بثمانية عشر يوماً ، كان فقيماً بارعاً انتهت إليه رئاسة المذهب بمصر بعد ابن القاسم ، شهد له الإمام الشافعي بأنه لم يشهد أفقه منه في زمانه .

٤ - أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم المصري ولد بالإسكندرية سنة ١٥٥ هـ وتوفي سنة ٢١٤ هـ ، فقيه كبير انتهت إليه رئاسة المذهب بعد أشهب ، وكان مع فقهه صاحب جاه ومال . ولما جاء الشافعي إلى مصر نزل ضيفاً عليه . وتفقّه عليه ابنه محمد حتى صار إماماً في الفقه مثل أبيه .

٥ - أصبغ بن الفرج الأموي . تفقّه على ابن القاسم وأشهب وابن وهب ، ولم يأخذ عن الإمام ، لأنه دخل المدينة حين توفي ، وبالرغم من عدم لقياء للإمام وأخذه عنه مباشرة إلا أنه كان من أعلم خلق الله بآراء مالك ، يعرفها مسألة مسألة ، ويعرف متى قالها ، ومن خالفه فيها ، وهي مرتبة كبيرة لا يصل إليها إلا قليل التلاميذ ، وتوفي سنة ٢٢٥ هـ .

٦ - محمد بن إبراهيم الإسكندري المعروف بابن المواز . فقيه كبير ألف كتابه المشهور بالموازية ، رد فيه فروع المذهب إلى أصوله ، حتى قيل عنه : إنه أجل كتاب ألفه تلاميذ الإمام مالك ، وتوفي سنة ٢٦٩ هـ .

هؤلاء كلهم مصريون . والإمام تلاميذ غيرهم في كل الجهات منهم .

١ - أسد بن الفرات التونسي المنشأة أخذ الفقه عن مالك ، ثم انتقل إلى العراق ، وأخذ عن أصحاب أبي حنيفة ، ثم جاء إلى مصر وعرض على ابن القاسم ما أخذه من فقه الحنفية . فأفتاه في هذه المسائل بحكمها في مذهب مالك . فرتب ذلك في كتاب سمي بالأسدية ، وسمع هذا الفقه والرحلات فيه كان مجاهداً عظيماً تولى قيادة جيش لغزو صقلية فمات شهيداً ٢١٣ هـ .

٢ - سحنون وهو عبد السلام بن سعيد التنوخي . أصله شامي من حمص ولد سنة ١٦٠ هـ ، ثم انتقل إلى القيروان بشمال أفريقيا مع أبيه ، فأخذ العلم عن علمائها ؛ ثم انتقل إلى مصر ، وأخذ فقه مالك من ابن القاسم وأشهب وابن وهب ، ولقد عرض على ابن القاسم مدونة أسد بن الفرات فصحبها له ، ثم رجع بها إلى القيروان ونشرها هناك ، وترك الناس مدونة أسد الأسدية ، لامتناعه عن تغييرها ، وتولى القضاء في عهد بني الأغلب مجاناً ، فلم يكن يأخذ عليه أجرأ ، بل يأخذ لأعوانه فقط ، وتوفي سنة ٢٤٠ هـ .

ومذهب مالك تنقل في بلاد كثيرة ، وهو الآن الغالب في صعيد مصر والسودان ، والكويت وقطر والبحرين . والأحساء مع المذهب الحنبلي . وفي بلاد المغرب كلها ،

موازنة بين المذهبين « الحنفى والمالكى » :

بعد هذا العرض نستطيع أن نوازن بين هذين المذهبين فنقول :

إنهما يتوافقان في العمل بالكتاب والسنة ، والإجماع والرأى ، وأن الكتاب مقدم على كل ما عده ، ويجيء من بعده السنة الصحيحة التي لا يعارضها شيء آخر ، ثم الإجماع متى صح ونقل نقلاً صحيحاً ، ثم الرأى وهو لا ينحصر

عندهما في القياس كما ذهب إليه بعض الأئمة ، وقد اتفقا على العمل بأقوال الصحابة المتفق عليها والمختلف فيها ، وبعد ذلك يفترقان في أمور منها :

أولاً : أن أبا حنيفة شرط في العمل بالسنة أن يكون الحديث مشهوراً إذا كان في موضع تعم فيه البلوى ، فإذا لم يكن مشهوراً تركه لاحتمال أنه موضوع ، وفي غير مواضع عموم البلوى يعمل بأحاديث الآحاد المسنده ، والمرسلة التي أرسلها الصحابي أو التابعي لا يقدم عليها شيئاً وافقت عمل أهل المدينة أو خالفته .

والإمام مالك لم يشترط الشهرة في الحديث ، ولكنه شرط في أحاديث الآحاد عدم مخالفتها لعمل أهل المدينة ، فإذا خالف الحديث عمل أهل المدينة تركه وعمل بما عليه أهل المدينة ، لأنه يرى أن عملهم بمنزلة مرويه ، فهو في نظره سنة عملية متوارثة متفق عليها ، فتكون أقوى من حديث الآحاد ، بل تفيد أنه منسوخ .

ثانياً : إن الإجماع في نظر أبي حنيفة هو الإجماع العام الذي يكون من جميع المجتهدين في جميع البلدان سواء أكان صريحاً أم سكوتياً ، ولم يرد به إجماع علماء بلد بذاته ، والإمام مالك يتوسع فيه فيجعله شاملاً للإجماع العام ، وإجماع أهل المدينة .

ثالثاً : إن أبا حنيفة توسع في استعمال الرأي حتى عد من مدرسة أهل الرأي ، بل اعتبر إمامها ، والإمام مالك لم يتوسع توسعه ، بل أخذ منه بقدر حتى اختلف فيه العلماء ، فعده بعضهم من مدرسة أهل الحديث ، وآخرون من مدرسة أهل الرأي ، بينما اتفق الجميع على أن أبا حنيفة من مدرسة الرأي .

رابعاً : إن المذهب المالكي اعتمد على المصالح المرسلة كأصل من الأصول يستند إليها في كثير من الأحكام .

أما المذهب الحنفي فلم يعتبرها أصلاً مستقلاً ، بل أخذ منها بقدر تحت عنوان الاستحسان .

فأما : إن المذهب المالكي مذهب فردى جاء نتيجة اجتهاد إمامه وحده وليس لأصحابه فيه إلا قليل من الأحكام التي استنبطوها بناء على أصول إمامهم لأنه لم يكن فيهم من بلغ درجة الاجتهاد المطلق — إلا ما قيل عن ابن القاسم — كأصحاب أبي حنيفة بل كانوا من المجتهدين في المذهب ، ولذلك قل خلافهم مع إمامهم ، وبالعكس هذا كان المذهب الحنفي ، فلم يكن عملاً جماعياً اشترك فيه مع الإمام تلاميذه في حياته وبعد وفاته ، فقد كان فيهم من بلغ درجة الاجتهاد المطلق كأبي يوسف ومحمد ، ومن هنا كثرا اختلافهم مع الإمام حتى قيل — بحق — إن المذهب الحنفي هو جملة مذاهب تجمعت ونسبت إلى إمام واحد .

سادساً : يختلفان في طريقة النقل . فقد نقل المذهب الحنفي بطريق واحد وهو عمل التلاميذ حيث لم يدونه الإمام بنفسه . وأما المذهب المالكي فقد نقل بطريقتين .

١ — ما كتبه الإمام بنفسه في كتابه الموطأ — ٢ — رواية التلاميذ عنه . وهم كثيرون من كل قطر .

المذهب الشافعي

في مواطن الفقهاء المختلفة ، وفي نواحي الدولة الإسلامية ، ومن ثانياً الرحلات العديدة ، وفي ساحة المناظرات التي وقعت هنا وهناك تكون هذا المذهب وسطاً بين فقه الحجازيين وفقه العراقيين مدون الأصول والفروع بأسلوب عربي رصين من إملاء صاحبه الأول .

أنشأه وأسسَه الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي يلتقى نسبه مع رسول الله في عبد مناف ، ولد بغزة بالشام سنة ١٥٠ هـ ، ولم تكن وطن آبائه وإنما انتقل إليها أبوه فولد هناك ، وتوفي أبوه وهو صغير ، فتولت أمه تربيته فانتقلت به إلى مكة وطن آبائه الأصلي ، فكان ما حدث به هو عن نفسه ، قال مرّ على رجل وأنا أروى الشعر فقال: عزّ على ألا يكون مع هذه الفصاحة والذكاء فقه ، فتكون قد سدت أهل زمانك ، فقلت . ومن بقي يقصد ، فقال هذا مالك سيد المسلمين يومئذ (١) ، فوقع في قلبي ، فاستعرت الموطأ وحفظته في تسع ليال ورحلت إليه ، وهنا يقرأ الموطأ عليه عدة مرات ، ويظهر نبوغه ويفيض ذكاؤه عند شيخه فيحظى عنده بالمنزلة الرفيعة ويلازمه حتى وفاته سنة ١٧٩ هـ ، ثم يخرج إلى اليمن ليتولى وظيفة هناك ، وفي سنة ١٨٤ هـ انهم بالشيع ومبايعة أحد أئمة الزيدية ، فأخذ إلى العراق ، ولما تمت براءته أمام الرشيد وجد الفرصة مهيأة للاتصال بعلماء العراق ، فأضاف علمهم إلى ما عنده من علم الحجازيين ، ثم عاد إلى مكة ، واختلط بعلمائها ، ومن يفد إليها من علماء الأقطار الأخرى للاستفادة أو الحج ، وفي سنة ١٩٥ هـ عاد إلى العراق في خلافة الأمين . ومكث بها سنتين ، ثم رجع إلى مكة ، ومنها إلى العراق مرة أخرى سنة ١٩٨ هـ ، وأقام بها أشهراً كاتب فيها بعض علماء مصر ، حتى إذا ما سئحت له الفرصة جاء إليها ١٩٩ هـ ، وقيل سنة ٢٠٠ هـ ، ولعله جاء في أواخر سنة ١٩٩ هـ ومكث بها حتى توفي سنة ٢٠٤ هـ في خلافة المأمون .

(١) وقيل إنه بعد رجوعه من البادية وحفظه كثيراً من أشعارهم تفقه على مسلم ابن خالد مفتي الحرم فهو أستاذه الأول ، ثم رحل إلى المدينة وأخذ عن الإمام مالك ، وأيا ما كان فالإمام هو الأستاذ الذي أثر فيه حتى خرج من عنده فقيهاً استقل بمذهب خاص .

نداء العلماء عليه :

قال الإمام أحمد بن حنبل - كان الشافعي كالشمس للدين ، وكالعافية للناس فانظر هل لهما من خلف أو منهما عوض ؟

ويقول : « لولا الشافعي ما عرفنا فقه الحديث » .

وقال ابن هشام النحوي صاحب السيرة : طالت مجالستنا للشافعي ، فإسمعت منه لحنه قط ، ولا كلمة غيرها أحسن منها ، وكلامه لغة يحتج بها .

وقال عبدالرحمن بن مهدي : « لما نظرت الرسالة للشافعي أذهلتني لأنني رأيت كلام رجل عاقل فصيح ناصح فإنني لأكثر الدعاء له » .

وقال داود الظاهري : كان الشافعي رحمه الله سراجاً لحنلة الآثار ، ونقله الأخبار ومن تعلق بشيء من بيانه صار محجاجاً (١) .

فقه الشافعي :

كان الشافعي في مبدأ حياته الفقهية متتبلاً لما لك بن أنس إمام أهل المدينة يأخذ عنه ، ويعمل بتعاليمه ، فلما سافر إلى العراق في المرة الأولى سنة ١٨٤ هـ وجد فقهاء آخرين يختلفون عنه في إمامته في طريقته وبعض نواحيه ففتطعت نفسه إلى هذا الفقه ، فأخذ عن محمد بن الحسن تلميذ أبي حنيفة فقه الحنفية ، ولم يكن بعمله هذا يبغي إبدال مذهب بمذهب ولا تغيير إمام بإمام ، ولما كانت النفس الكبيرة الراغبة في الاستزادة لا تقنع بفضل ، ولا تقف عند حد ، نفس الشافعي الذي أخذ هذا وذاك ليقارن ويفاضل ، ويعرض ماسمعه على كتاب الله ، وما عنده من حديث رسول الله ، ليصل من ذلك إلى خير ما في الفقهاء ، ويحني أطيب ثمرات الطريقتين .

(١) راجع مقدمة كتاب الرسالة .

عاش مع هذه المقارنة قرابة عشر سنوات إلى أن قدم قدمته الثانية إلى العراق سنة ١٩٥ هـ ، وسنحت له الفرصة ليستقل بالرأى ، ويترك تقليد مالك حينما وجد من العراقيين إقبالا عليه ، والتفافاً حوله ، وطلبوا منه أن يكتب لهم على كتب الحنفية فألف كتاب الحجة الذي رواه عنه أربعة من تلاميذه العراقيين أحمد بن حنبل ، وأبو ثور ، إبراهيم بن خالد اليماني الكلبي البغدادي المتوفى سنة ٢٤٠ هـ ، وقيل سنة ٢٤٦ هـ ، ، والزعفراني ، الحسن بن محمد الصباح المتوفى سنة ١٦٠ هـ ، والكرابيبي ، أبو علي الحسين بن علي الكرابيبي المتوفى سنة ٢٤٥ هـ ، فعل ذلك بعد أن اتخذ لنفسه طريقة وسطاً بين الطريقتين ، طريقة أهل الحديث الذين يقفون مع النصوص ، ولا يعملون بالرأى إلا في النادر القليل وطريقة أهل الرأى الذين يتوسعون في العمل به ، ويتشددون في قبول الأحاديث وسجل هذه الطريقة في رسالته التي وضعها في أصول الفقه .

ومن هذا الوقت أصبح الشافعي صاحب مذهب خاص ، له أصوله المحددة ومعاله الواضحة ، يدافع عنه ويهاجم من هاجمه لا يفرق في ذلك بين حجازي وعراقي ، ومن ورائه تلاميذ يعملون به فذاع صيته في العراق وخارج العراق مما جعله يفكر في رحلة أخرى فرجع إلى الحجاز وطنه الأصلي ليودعه ثم يعود إلى العراق مرة ثالثة ليكتث بها شهراً ، ومنها يرتحل إلى مصر لتكون وطنه الأخير تأخذ علمه ، وتضم رفاته إلى اليوم ، وما إن وصلها حتى وجد بها ما جعله يفكر في إعادة النظر فيما أملاه بالعراق ، وجد أحاديث لم يسمعها من قبل ، وفقه إمامها الليث بن سعد ، وعادات وتقاليد تغاير ما رآه وشاهده بالعراق والحجاز ، وقد كانت ملة ملة الفقهية بلغت الغاية فبدأ اجتهاداً جديداً في هذا المجتمع الجديد ، وأمل على تلايته مذهباً الجديد الذي رجع فيه عن كثير من مسائل المذهب القديم ، ورواه عنه تلاميذه المصريون وعلى رأسهم البويطي والمزني والربيع المرادي .

ومن هنا كان للشافعي مذهبان . مذهب قديم يعبر عنه في كتب أصحابه بالقول القديم وآخر جديد يعبر عنه بالقول الجديد .

أصوله وطريقته في الاجتهاد :

أصول الشافعي واضحة ليست في حاجة إلى استنباط مما نقل عنه من فروع حيث صرح بها ورتبها في غير موضع من كتابيه . الرسالة والام ، وهى الكتاب والسنة الثابتة ، والإجماع إن تحقق ، فإن لم يكن فقول الصحابي الذي لا يخالف له فإذا اختلف الصحابة عمل بما يراه أقرب إلى الكتاب أو السنة ، أو بما يؤيده القياس ، ولا يخرج عن أقوالهم ، ثم يعمل بالقياس على أمر نص على حكمه في الكتاب أو في السنة ، أو أجمع عليه ، أو عرف عن الصحابة من غير خلاف (١) .

يقول في كتاب الرسالة (٢) « ليس لأحد أبداً أن يقول في شيء حل ولا حرم إلا من جهة العلم ، وجهة العلم الخبر في الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس ، وفي كتاب الام (٣) « والعلم طبقات الأولى الكتاب والسنة إذا ثبتت ، ثم الثانية الإجماع فيما ليس فيه كتاب ولا سنة والثالثة أن يقول بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ولا نعلم له مخالفاً منهم ، والرابعة اختلاف الأصحاب في ذلك ، والخامسة القياس على بعض الطبقات ، ولا يصار إلى شيء غير الكتاب والسنة وهما موجودان وإنما يؤخذ العلم من أعلى » .

تلك هى أصول الشافعي : الكتاب والسنة الثابتة والإجماع ، وقول الصحابة والقياس وإن كان لم يهمل العرف وعمل بالاستصحاب ، وظاهر من هذا

(١) راجع أسباب اختلاف الفقهاء للاستاذ على الخفيف .

(٢) ص ٣٩ وقريب منه في ص ٥٨

(٣) ج ٧

الترتيب أن قول الصحابي عنده مقدم على القياس مطلقاً . وقد نقل بعض
الأصوليين تفصيلاً في المسألة (١)

فهو يوافق أصحاب المذهبين السابقين في الأخذ بها - في الجملة - ويخالفهم في أمور
الأول : إنه لم يجعل من أصوله الاستحسان ، ولا المصالح المرسلة ،
ولا عمل أهل المدينة ، أما عمل أهل المدينة فلا يرى فيه حجة أصلاً ، لا في العمل
به ، ولا في ترك السنة التي تخالفه ، وأما المصالح المرسلة ، فقد استغنى عنها بما
سماه المناسبة . وهي طريق من طرق إثبات العلة في القياس ، وأما الاستحسان
فقد أنكره وبالغ في رده ، ولكن عند التحقيق نجد الاستحسان الذي أنكره
ليس هو الاستحسان الذي يقول به أبو حنيفة ومالك ، وإنما هو الحكم بالهوى
من غير دليل .

الثاني : أنه يأخذ بظاهر الكتاب والسنة لا يعدل عن هذا الظاهر إلا
إذا دل الدليل على أن المراد بالنص غيره .

الثالث : أنه يعمل بالسنة متى ثبتت ، ولا يشترط في الحديث الشهرة
ولا عدم المخالفة لعمل أهل المدينة ، كما شرط غيره ، فالحديث متى صح عمل
به وإن كان من أخبار الآحاد ما دام راويه ثقة ضابطاً ، ولا يطلق العمل بالمرسل
كما فعل أبو حنيفة ومالك ، بل قيده بشرط أن يؤيده دليل آخر ، كأن يكون
راويه لا يرسل إلا عن ثقة ، ولذلك قبل مراسيل سعيد بن المسيب كلها لتوفر

(١) يقول السرخسي من الحنفية في أصوله ج ٢ ص ١١٦ . وللشافعي قولان فيما
إذا تعارض قول الصحابي مع القياس ، ففي التقديم يقدم قول الصحابي ، وهو قول مالك ،
وفي الجديد يقدم القياس في العمل على قول الواحد والاثنين من الصحابة .

هذا الشرط فيها ، وفي هذا يقول في الأم « وليس المنقطع بشيء ماعداً منقطع ابن المسيب » .

الرابع : إنه لا يعترف إلا بالإجماع العام ، فلا عبرة عنده بإجماع بلد معين مهما كانت منزلة هذا البلد ، ثم إنه لا يحزم بتحقيق الإجماع ، فلا يقول أجمع الناس على كذا إلا لما ثبت في الدين بالضرورة ، أما غيره فيقول فيه . لأعلم في ذلك خلافاً (١) أو ماشابهها .

اماره العلهمة :

ترك الشافعي وراءه مذهباً مدون الأصول والفروع ، قام بتدوينه بنفسه ، أما مذهبه القديم فقد ألف فيه كتاب الحجة كما سبق بيانه ، ولكن هذا الكتاب لم يصل إلينا كما ألفه ، لرجوعه عن كثير من مسائله ، وأما الجديد فقد أملاه على تلاميذه المصريين الذين نقلوه عنه في كتاب الأم ، وكان من رواته البويطي ، والربيع المرادي ، ورواية الأخير هي التي وصلتنا ، وعليها تعليقات لراويها مما جعل بعض الباحثين يشك في نسبة الكتاب للشافعي ، وهذا الشك لا محل له ، لأن الكتاب من تأليف الشافعي أملاه على تلاميذه من حفظه كما يدل على ذلك كثير من عباراته ، ولغة الكتاب نفسها هي لغة الشافعي العربية الفصيحة كلغته في كتابه الرسالة التي لم يشك أحد في نسبتها إليه .

والكتاب مطبوع بمصر في سبعة أجزاء فيه فقه كثير غير ما حواه من كتب أصول الفقه والحديث ، ككتاب أحكام القرآن وإبطال الاستحسان وكتاب جماع العلم ، وكتاب القياس وغيرها .

(١) راجع الرسالة في ص ٥٣٤ وفي مواضع أخرى .

أما الأصول فقد ألف فيها كتابه الرسالة المشهورة أول مؤلف في أصول
الفقه . كتبها لما طلب منه عبد الرحمن بن مهدي (١) أن يضع له كتاباً فيه معاني
القرآن ، ويجمع قبول الأخبار فيه ، وحجة الإجماع ، ويسان الناسخ
والمنسوخ من القرآن والسنة فوضع له هذا الكتاب ، وأرسله مع الحارس
ابن سريج الخوارزمي ، ومن هنا سمي الكتاب بالرسالة ، وحامله بالنقل .
وهذه الرسالة كتبها وهو في مكة ، وقيل ببغداد ، وتعرف بالرسالة القديمة
ولما جاء إلى مصر أملاها مرة أخرى على الربيع بعد إملاء أكثر كتبه التي
في الأم ، وتعرف بالرسالة الجديدة وهي التي وصلتنا وطبعت عدة مرات بمصر
أما الأولى فلم يبق منها شيء . وبهذا يكون أهم آثار الشافعي العلمية هي كتاب
الرسالة ، وما جاء في كتاب الأم من كتب .

ومن هنا يكون مذهب الشافعي نقل بطريقتين . بما كتبه بنفسه أو أملاه
على تلاميذه ، وبرواية التلاميذ عنه فيما كتبوه من كتب .

تلاميذ الشافعي : كان للشافعي تلاميذ في العراق تلقوا عنه مذهبه القديم
وآخرون بمصر تلقوا عنه المذهب الجديد ، وهم كثيرون نترجم لتلاثة منهم :

١ - **المرزني :** وهو أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى المرزني ولد سنة ١٧٥ هـ
وتوفي سنة ٢٦٤ هـ ويعتبر أمهر أصحاب الشافعي لأنه لازمه من حين حضوره
إلى مصر إلى أن توفي ، بل ، والشافعية يعتبرونه مجتهداً مطلقاً حيث إنه خالف
إمامه في بعض آرائه ، وألف في المذهب كتباً كانت سبباً في نشر المذهب وحفظه
منها مختصرة المطبوع على هامش كتاب الأم .

(١) هو إمام من أئمة الحديث ولد سنة ١٣٥ هـ وتوفي في سنة ١٩٨ هـ وقال فيه
الشافعي : لا أعرف له نظيراً في الدنيا .

٢ — الربيع المرادي : ولد سنة ١٧٤ هـ وقد كان مؤذناً بالجامع العتيق الذي بناه عمرو بن العاص بالفسطاط ، فلما حضر الشافعي إلى مصر تولى خدمته وأخذ العلم عنه ، قال الشافعي فيه : ما خدمني أحد ما خدمني الربيع ولو أمكنني أن أطعمه العلم لأطعمته ، وهو راوى كتاب الأم عن الشافعي . سمعه منه وكتب نسخة في حياة شيخه ، ولما توفي قرأها على الناس وزاد فيها بعض الشيء مما يعارض به شيخه أو يخالفه فيه ، وهذه الزيادة لا تخرج الكتاب عن كونه كتاب الشافعي وإنما تعتبر كالتعليق عليه كما روى الرسالة وغيرها من كتب الشافعي وتوفي رحمه الله سنة ٢٧٠ هـ

٣ — البويطي : هو أبو يعقوب يوسف بن يحيى البويطي من قرية في صعيد مصر تسمى « بويط » بمديرية بني سويف أخذ العلم عن الشافعي حتى أصبح خليفته من بعده في حلقة درسه ، وقد سئل الشافعي حين حضرته الوفاة عن خلفه في مجلسه فقال : ليس أحد بمجلسي من أبي يعقوب ، وليس أحد من أصحابي أعلم منه ثم أنه وشى به إلى الخليفة الواصل بالله أيام المحنة بالقول بخلق القرآن فأمر بإحضاره إلى بغداد مقيداً ، وطلب منه القول بخلق القرآن ، فأبى فأمر به فحبس ببغداد إلى أن توفي سنة ٢٣١ هـ ، وما يروى عنه أنه كان يوم الجمعة في سجنه يغتسل ويغسل ثيابه ، فإذا سمع الأذان مشى إلى باب السجن ، فيقول له السجنان : إلى أين : فيقول ، أجيئ داعي الله ، فيقول له : إرجع يرحمك الله فيقول : اللهم إني أجيئ داعيك فمنعوني .

ومذهب الشافعي موجود الآن بالوجه البحري من الجمهورية العربية المتحدة وفي فلسطين وعدن وحضرموت ، وموجود بقلعة في العراق والباكستان والمملكة السعودية ، وهو المذهب الغالب أو الرسمي في أندونيسيا .

المذهب الحنبلي

صاحب هذا المذهب ومؤسسه هو أبو عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني ، ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ ونشأ بها . مات والده وهو صغير . فتعهدته أمه ووجهته إلى دراسة العلوم الدينية ، فحفظ القرآن وتعلم اللغة ، ولما بلغ الخامسة عشرة بدأ دراسة الحديث وحفظه ، وفي العشرين من عمره دخل في طلب العلم ، فرحل إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة والشام واليمن ، ثم رجع إلى بغداد ودرس على الشافعي من سنة ١٩٥ إلى ١٩٧ هـ ، وكان من أكبر تلاميذه البغداديين . ثم أصبح مجتهداً مستقلاً وقد برز على أقرانه بحفظ السنة والذود عنها وجمع شتاتها ، وكتابه المسند يحوى نيفاً وأربعين ألف حديث .

قال شيخه الشافعي : خرجت من بغداد فما خلفت فيها رجلاً أفضل ولا أعلم ولا أفقه من أحمد بن حنبل ، وأثنى عليه غيره من العلماء ثناء عظيماً .

فقره : يذهب بعض المؤرخين للفقهاء ، ومن كتبوا في اختلافهم إلى أن ابن حنبل ليس فقيهاً ولكنه محدث ، فابن قتيبة في كتاب المعارف لم يذكره ضمن الفقهاء ، ويذكره المقدسي في أحسن التقاسيم في أصحاب الحديث ، وابن جرير الطبري لم يذكر مذهبه في اختلاف الفقهاء ، ويقول عنه : إنه رجل حديث لا رجل فقه .

ولعل هؤلاء نظروا إلى أنه لم يترك لنا كتاب فقه كما فعل غيره من الفقهاء الذين سبقوه ، بينما ترك لنا مسنده الجامع لآلاف الأحاديث والآثار :

والحق أنه فقيه صاحب مذهب غلبت عليه نزعة التحديث بدليل أن تلاميذه من بعده جمعوا مسائله في الفقه وفتاويه ودونوها في مجاميع كبيرة مما جعلت له مذهباً مستقلاً يسير مع المذاهب الأخرى لا يقل عنها في شيء ،

فهو وإن لم يدون مذهبه بنفسه فقد دونه تلاميذه ونقلوه وتركه تدوينه

يرجع إلى أنه كان يكره تصنيف الكتب في غير الحديث خشية اشتغال الناس بالفقه عن الحديث كما يقول ابن القيم في إعلام الموقعين (١) .

ومن ينظر في الفقه الحنبلي يجد في أبواب المعاملات أيسر من غيره حيث يسير مع النصوص والآثار متى وجدت ، فإذا لم يكن أثر كانت الإباحة . فالقاعدة فيه أن الأشياء مباحة في أصلها ما لم يقر دليل الحظر .

محنة : في سنة ٢١٨ هـ في آخر سنة من خلافة المأمون العباسي أثرت مسألة القول بخلق القرآن وهي . هل القرآن مخلوق أو قديم . مسألة أثارتها المعتزلة قبل ذلك ، وكانت عقيدتهم فيها أنه مخلوق وليس قديماً ، وقد اقتنع المأمون بعقيدتهم فأراد أن يحمل الناس عليها ففتح فيها باب المناظرة في سنة ٢١٢ هـ . وجعل عقاب من لم يعترف بها من الفقهاء والعلماء حرمانه من وظائف الدولة أولاً ؛ ثم انتقل الأمر إلى العقاب بالضرب والتعذيب والسجن في سنة ٢١٨ هـ . وقد كان ذلك بتحريض وزير المأمون المعتزلي أحمد بن أبي دؤاد ومن كان معه من المعتزلة في حاشية المأمون .

وفي هذه السنة امتحن أحمد بن حنبل وجماعة من العلماء بهذه المسألة . فاعترف بها من اعترف ووقف ابن حنبل فيها موقفاً لا يلين ، فسيق مكبلاً بالحديد إلى حيث يقيم المأمون خارج بغداد في طرسوس لما خرج غازياً ، غير أن الخليفة مات قبل أن يصل إليه المقيّد بالحديد ، وتولى بعده أخوه المعتصم ، فسار على طريقة المأمون في المسألة بوصية منه . فسجن ابن حنبل ، وأمر به

(١) ج ١ ص ٢٢ ، وفي كشف الغمة للامام الشعراي ج ١ ص ٨ أنه قيل له مرة : لم لا تضع لأصحابك كتاباً في الفقه فقال : أو لأحد كلام مع كتاب الله وسنة محمد صلى الله عليه وسلم .

فضرب بالسياط المرة بعد المرة حتى كان يغمى عليه في كل مرة فلا يحس شيئاً واستمر في سجنه وتعذيبه قرابة ثمانية وعشرين شهراً ، ولما لم يغير ذلك من عقيدته . ولم يضعف من عزيمته أطلقوا سراحه ، فعاد إلى بيته مكث به حتى التأمت جراحه ، ثم عاد للتدريس إلى أن تولى الواثق فأعاد المحنة ومنعه من مخالطة الناس فاختلفوا وانقطع عن التدريس أكثر من خمس سنوات إلى أن تولى المتوكل ، وأبطل هذه البدعة سنة ٢٣٣ هـ ، وترك للناس حرية اعتقادهم ، فاسترد ابن حنبل حريته وبلغ في عصره مركزاً عظيماً وبقي على ذلك حتى توفي سنة ٢٤١ هـ .

أصول مذهبه : بنى الإمام أحمد مذهبه على أصول خمسة :

الاول : الكتاب والسنة المرفوعة لا يقدم على ذلك شيئاً فمضى وجد النمس عمل به لا يجيد عنه إلى غيره حتى ولو كان إجماعاً .

الثاني : فتاوى الصحابة التي لا يعلم فيها خلافاً إذا لم يجد نصاً في المسألة دون أن يعتبر ذلك إجماعاً .

الثالث : فتاوى الصحابة المختلف فيها فقد كان يختار منها أقربها إلى كتاب الله وسنة رسوله وما كان يخرج عنها ، فإذا لم يتبين له ذلك الأقرب حكى الخلاف ولم يجزم بترجيح أو يختار ما روى عن الخلفاء الراشدين .

الرابع : إذا لم يجد شيئاً مما سبق أخذ بالحديث المرسل أو الضعيف مادام راويه غير معروف بالكذب أو الفسق . ولم يوجد ما يدفعه من دليل آخر .

الخامس : القياس وهو آخر المراتب لأنه وضعه موضع الضرورة وكان يقول في الحديث الضعيف : ضعيف الحديث أحب إلى من رأي

الرجال (١) ، ومراده بالضعيف الذى لحقه الضعف من جهة الضبط لا ما كان فى روايته كذاب أو فاسق .

ويلاحظ أنه اعترف بحجية الإجماع متى وجد ، ولكنه كان يستبعد وجوده حتى نقل عنه أنه قال : من ادعى الإجماع فهو كاذب ، لعل الناس اختلفوا . وكان يعبر عنه بقوله : لا أعلم فى ذلك خلافاً .

كما ثبت عنه العمل بالاستصحاب كالشافعى لاستناده إلى دليل صحيح ، بل إن الحنابلة بعده توسعوا فيه حتى فاقوا غيرهم .

وعمل بالمصالح المرسلة فى المواضع التى لا يجد فيها نصاً ولا أثراً ولا قياساً متبعاً فى ذلك سلف الأمة الصالح ومن جاء بعدهم (٢) .

نمونه من مذهبه : قدمنا أن الإمام أحمد لم يدون فقهه كراهة اشتغال الناس به عن الحديث . بل كان ينهى أصحابه عن التدوين . لأن فتاويه فى نظره مجرد آراء قد يتبدل فيها فهمه واجتهاده ، وقد توفى ولم يترك وراءه فقهاً مدوناً . فقام تلاميذه من بعده بتدوين ما سمعوه منه من فتاوى ، بل قيل إن فقيها من الطبقة الثانية فى مذهبه هو الذى نقله عن الطبقة الأولى ودونه فى كتابه الجامع . ويقع فى عشرين سفرأ ، ذلك الفقيه هو أبو بكر أحمد بن محمد الخلال المتوفى سنة ٢١١ هـ (٣) .

نمونه من مذهب الإمام أحمد - كغيره - كثير من التلاميذ . منهم ولداه صالح المتوفى

(١) كشف الغمة ج ٢ ص ٨ .

(٢) راجع أسباب اختلاف الفقهاء للاستاذ على الخفيف .

(٣) راجع إعلام الموقعين ج ١ ، وكتاب ابن حنبل للاستاذ أبى زهره ص ١٨٢ وأسباب اختلاف الفقهاء للاستاذ الخفيف .

سنة ٢٦٦ هـ . وعبد الله المتوفى سنة ٢٩٠ هـ ، وأبو بكر أحمد بن محمد بن هانيء البغدادى المتوفى سنة ٢٧٣ هـ ، وأحمد بن محمد بن الحجاج المروزي المتوفى سنة ٢٧٥ هـ ، وعبد الملك بن عبد الحميد بن مهران الميموني المتوفى سنة ٢٧٤ هـ .

ومما يلاحظ أن هؤلاء التلاميذ لم يحاولوا تدوين المذهب الذى تركه صاحبه من غير تدوين ، وإنما قام بذلك من جاء بعدهم كأبي بكر الخلال المتقدم ذكره . وأبي القاسم بن أبي علي الحسين الخرقى البغدادى المتوفى سنة ٣٢٤ هـ .

ثم توالى الأيام حتى جاء الامامان أحمد تقى الدين بن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ . وتلميذه ابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ ، فقاما بحركة تجديد في المذهب ، بل في الشريعة عامة مما لفت نظر الناس إلى هذا المذهب ، والبحث عنه .

وفي القرن الثانى عشر الهجرى قام محمد بن عبد الوهاب بحركته التجديدية متبعاً طريقة ابن تيمية في عقيدته وفقهه الحنبلى ، فقام النجديون من بعده بنشر تعاليم هذا المذهب حتى غدا في عهد آل سعود المذهب الرسمى للدولة السعودية ، والغالب على أهل السنة بالأحساء مع مذهب مالك ، وموجود مع المذهب الشافعى فيما بقى من فلسطين .

تلك هى المذاهب الأربعة المشهورة التى قدر لها البقاء إلى اليوم من مذاهب فقهاء أهل السنة ، وهناك مذاهب أخرى منها لم يكتب لها البقاء ، أما لعدم تدوين أصحابها لها ، أو لعدم وجود تلاميذ يقومون عليها ، أو لأسباب أخرى سياسية أو غير سياسية ، وإليك التعريف ببعض هذه المذاهب .

١ — مذهب الليث بن سعد المصرى الذى ولد سنة ٩٤ هـ بقرية قلقشندة من قرى مديرية القليوبية وتوفى سنة ١٧٥ هـ ، وكان الليث فقيهاً جليلاً لا يقل

في فقهه عن الأئمة الأربعة (١) ، وله مذهب خاص لم يصمد للبقاء أمام مذهب مالك ، ومذهب الشافعي اللذين تقاسما مصر بعد وفاته لأسباب منها : ١ - عدم تدوينه له كما فعل غيره ٢ - قلة أتباعه الذين خلفوه على رعاية المذهب ٣ - حسد أقرانه له حيث كان مسموع الكلمة عند الخلفاء والأمراء ، فعملوا على تشجيع المذاهب الأخرى ، وصرف الناس عن مذهبه ، ولقد قال الإمام الشافعي فيه : « الليث أفقه من مالك إلا أنه ضيعه أصحابه » ، ولقد كان باراً بأصحابه وذوى الحاجات ينفق عليهم كل دخله الذي يبلغ خمسة آلاف دينار ، عرضت عليه الولاية على مصر من قبل المنصور العباسي فأبى .

٢ - **مذهب الأوزاعي** : وصاحبه أبو عمرو عبد الرحمن بن محمد الأوزاعي ولد بالشام سنة ٨٨ هـ . وقضى معظم حياته فيها إلى أن توفي سنة ١٥٧ هـ وقيل سنة ١٥٩ هـ ، كانت له رحلات لرواية الحديث والفقه عن كبار الفقهاء في عصره ، وكان من مدرسة أهل الحديث ، بنى مذهبه على النصوص ، فالعمدة عنده كتاب الله ، ثم سنة رسوله ما كان ليقدم على الحديث شيئاً بعد صحته ، حتى ليروى الذهبي في تذكرة الحفاظ (٢) أنه كان يقول : « إذا بلغك عن رسول الله عليه وسلم حديث فإياك أن تقول بغيره فإنه كان مبلغاً عن الله » .

انتشر مذهبه فترة من الزمان في بلاد الشام والأندلس ، ثم توارى أمام مزاحمة مذهب الشافعي في الشام (٣) ، ومذهب مالك بالأندلس في القرن الثالث

(١) ومراسلاته مع الإمام مالك تدل على مبلغ فقهه وقوة إدراكه وذكائه .

(٢) ج ١ صفحة ١٧٠

(٣) يروى أنه بقي منتشرأ بالشام حتى ولي قضاء دمشق أبو زرعة محمد بن عثمان من أتباع الشافعي الذي أدخل مذهبه بالشام وعمل على نشره ، وكان يهب لمن يحفظ مختصر المزني مائة دينار ، وكثرت الدعوة لمذهب الشافعي بالشام حتى انقرض أتباع الأوزاعي في القرن الرابع .

٣ — المذهب الظاهري : ومؤسسه أبو سليمان داود بن علي الأصفهاني ولد سنة ٢٠٠ وتوفي سنة ٢٧٠ هـ .

قائد الشافعي مدة ، وتعصب له ، ثم ترك تقليده واستقل بمذهب خاص بناه على ظواهر النصوص من القرآن والسنة ، ويترك كل أنواع الرأي من قياس واستحسان وغيرهما ، فالأصول عنده الكتاب والسنة والإجماع ، ويقصره على إجماع الصحابة ، لكنه لما اضطر إلى غير النصوص عمل بالرأي ، وسماه دليلاً أو استدلالاً .

ومن علماء هذا المذهب أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي المتوفى سنة ٤٥٦ هـ ، جاهد في نشر هذا المذهب والدفاع عنه ، وألف فيه كتاب المحلى في الفقه ، وكتاب الإحكام في أصول الأحكام في أصول الفقه ، وقد اشتهر ابن حزم بأسلوبه الشديد في مناقشة أئمة المذاهب الأخرى حتى ملئت كتبه بالعبارات القاسية .

وهذا المذهب قدر له البقاء فترة من الزمن ثم أخذ يضعف شيئاً فشيئاً حتى انتهى في القرن الثامن تقريباً .

٤ — مذهب فتيانه الثوري : ولد صاحبه سنة ٩٧ هـ بالكوفة ، وتوفي بالبصرة سنة ١٦١ هـ . كان فقيهاً جليلاً من مدرسة الحديث ورعاً لا يرهب في الحق أحداً ، وكانت له مواقف مشهورة مع الخلفاء ، أراد المنصور ليتولى القضاء ، فكتب له كتاباً يتولى به قضاء الكوفة على ألا يعترض عليه في حكم ، فأخذ الكتاب وخرج ثم رمى به في نهر دجلة وهرب ، فبحثوا عنه في كل بلد فلم يجدوه ، وبقي مختفياً حتى توفي رضى الله عنه ، ودفن عشاء وكان قد أوصى إلى عثمان بن سيف في كتبه فحارها وأحرقها .

موقف الأئمة من التقليد

قدمنا أن تدوين المذاهب الفقهية كان سبباً من أسباب التقليد ، وأن الفقهاء تركوا الاجتهاد ، واشتغلوا بهذه المذاهب منتصرين لها داعين الناس إلى العمل بها ، ونريد أن ننبه هنا إلى أن الأئمة لا دخل لهم في هذا المسلك ، فهم لم يلزموا الناس بتقليدهم بل نهوا عن ذلك ، وشددوا التأكيد على من يعمل بآرائهم من غير أن يقف على ما استندوا إليه من أدلة .

وإليك بعض ما روى عنهم في ذلك :

جاء في كتاب حجة الله البالغة (١) للدهلوي . روى عن أبي حنيفة رضى الله عنه أنه كان يقول : « لا ينبغي لمن لم يعرف دليلى أن يفتى بكلامى » .

وكان إذا أفتى يقول : « هذا رأى النعمان بن ثابت » يعنى نفسه ، وهو أحسن ما قدرنا عليه ، فمن جاء بأحسن منه فهو أولى بالصواب .

كما ثبت عن الإمام مالك أنه قال : « ما من أحد إلا وهو مأخوذ من كلامه ومردود عليه إلا رسول صلى الله عليه وسلم » .

وروى الحاكم والبيهقي عن الشافعى رضى الله عنه أنه كان يقول : « إذا صح الحديث فهو مذهبي » ، وفي رواية « إذا رأيتم كلامى يخالف الحديث فاعملوا بالحديث ، واضربوا بكلامى الحائط » ، وقال : مهما قلت من قول أو أصلت من أصل فبلغ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خلاف ما قلت ، فالقول ما قاله صلى الله عليه وسلم .

وقال يوماً لتلميذه المزنى : يا إبراهيم لا تقلدنى فى كل ما أقول وانظر فى ذلك لنفسك فإنه دين » .

ومن هنا قال المزني في أول مختصره الذي أخذه من فقه الشافعي: اختصرت هذا الكتاب من علم محمد بن إدريس الشافعي رحمه الله ، ومن معنى قوله لأقربة على من أراده مع إعلاميه نهيه عن تقليده وتقليد غيره ، لينظر فيه لدينه ، ويحتاط فيه لنفسه (١) .

ونقل عنه أنه قال : « مثل الذي يطلب العلم بلا حجة كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب وفيها أفعى تلدغه وهو لا يدري » .

وقال الإمام أحمد بن حنبل رضى الله عنه لرجل : لا تقلدني ولا تقلدنا مالكا ، ولا الأوزاعي ولا النخعي ولا غيرهم ، وخذ الأحكام من حيث أخذوا من الكتاب والسنة ، لا ينبغي لأحد أن يفتي إلا من يعرف أقاويل العلماء في الفتاوى الشرعية ويعرف مذاهبيهم » .

هذه بعض مقالات أصحاب المذاهب في النهي عن التقليد ، ومن يبحث في كتبهم يجد الكثير من ذلك .

ومن هنا ندرك أن تقليد الاتباع لهم في كل ما نقل عنهم ، والتزامهم ذلك مذهبا لا يحيدون عنه عمل جانبه الصواب إلى حد كبير ، ولو كانوا اتبعوا أقوالهم في النهي عن تقليدكم لما وقفوا بالفقه عن مسامرة الزمن ؛ ولكنها سنة الله . تقدم وتأخر ، وارتفاع وانخفاض ، واجتهاد وتقليد ، حتى يتحقق لهذه الأمة التجديد في دينها على مر الأيام كما أخبر رسول الله عليه وسلم « إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة عام من يجدد لها دينها » .

ولا يفوتنا أن نذكر كلمة عن :

أسباب إهمال الأئمة :

عرفنا من عرض طريقة الأئمة في الاستنباط أنهم متفقون على أن المرجع

(١) هامش ص ٤٢ من الرسالة ، والمختصر مطبوع على هامش كتاب الأم .

في ذلك هو كتاب الله أولا ، لا يقدم عليه غيره ، ثم من بعده السنة متى وجدت صحيحة ، ثم الإجماع متى تحقق ، وأخيراً الرأي على اختلاف في أنواعه وإذا كانوا متفقين على هذه الأصول فاختلافهم إذا يرجع إلى أمور أخرى وراء هذا .

ونستطيع أن نلخص أسباب اختلافهم فيما يأتي :

أولاً : اختلاف معاني الألفاظ ، سواء كانت من القرآن ، أو السنة ، واختلاف المعاني جاء من اشتراك الألفاظ ، وتردها بين الحقيقة والمجاز ، واختلاف العرف في معنى اللفظ .

ثانياً : اختلاف رواية الأحاديث ، فقد يصل الحديث إلى أحدهم ، ولا يصل إلى الآخر ، وقد يصل إلى هذا من طريق غير صحيح فيتركه ، وقد يصل إليهما من طريق واحد ، ولكن أحدهما يشترط في قبول الحديث شروطاً لم يشرطها الآخر فيعمل به أحدهما ، ويتركه الآخر .

ثالثاً : التعارض والترجيح بين ظواهر النصوص ، فقد اختلفوا في هذه القاعدة حتى كان لكل واحد مسلك يغير مسلك الآخر ،

رابعاً : اختلافهم في الأخذ بالقياس ، فمنهم من ضيق دائرته بكثرة ما شرطه من شروط في الأخذ به ، ومنهم من وسع دائرته ، والاختلاف في هذا الأصل هو أبرز نواحي الاختلاف كما يبدو للناظر في كتب الأصول .

خامساً : اختلافهم في بعض الأدلة ، والاعتماد عليها . كالاستحسان والاستصلاح والاستصحاب ، وقول الصحابي ، الذي جعله بعض الأئمة من الأدلة فيأخذ بقولهم ، ولا يخالفهم ، بينما يرى بعضهم أنها آراء اجتهادية لفقهاء غير معصومين فلا عليه حرج في مخالفتها في بعض المواضع .

سادساً : اختلافهم في بعض المبادئ اللغوية التي يتوقف عليها استنباط الأحكام من النصوص ، كاختلافهم في دلالة العام إذا لم يخصص ، هل هي قطعية كما ذهب أبو حنيفة ، أو ظنية كما يرى الشافعي ، وكاختلافهم في مفهوم المخالفة ، وهو دلالة اللفظ على ثبوت تقيض حكمه في المسكوت عنه ، وكاختلافهم في حمل المطلق على المقيد ، هل يشترط له اتحاد الحكم والسبب والحادثة أولاً ، وكالامر المطلق هل يحمل على الوجوب أو الندب ، والنهي يحمل على التحريم أو الكراهية ، والاستثناء بعد الجمل هل يرجع إلى الكل ، أو يرجع إلى الجملة الأخيرة فقط ؟ وغير ذلك من المبادئ المذكورة في علم أصول الفقه .

تلك هي جملة الأسباب (١) التي أدت إلى اختلاف الأئمة ، ومنها يعلم أن اختلافهم لم يكن ناشئاً عن هوى في نفوسهم ، وليس الاختلاف في ذاته معيباً ، فقد اختلف أصحاب رسول الله في اجتهاداتهم مع قريهم من زمن النبوة ، وتلقينهم الهدى عن صاحب الرسالة الذي قال « اختلاف أمتي رحمة » .

ولكن بعض ذوى النفوس المريضة جعلوا هذا الأمر الجميل ثغرة ينفذون منها إلى الطعن في هؤلاء الأئمة الأعلام ، أو العيب في شريعة الله ، فزعموا أن اختلاف الأئمة في الاجتهاد يؤول إلى تناقض الشريعة قائلين : إننا كثيراً ما نجدهم يختلفون في حكم الشيء الواحد ، فهذا يحكم عليه بالحل ،

(١) نقل الشاطبي في موافقاته ج ٤ ص ٢١١ عن ابن السيد الذي كتب كتاباً في أسباب اختلاف الأئمة أنه أرجع ذلك الاختلاف إلى ثمانية أسباب هي :

- ١ - الاشتراك الواقع في الألفاظ واحتمالها للتأويلات .
- ٢ - دوران اللفظ بين الحقيقة والجاز .
- ٣ - دوران الدليل بين الاستلال بالحكم وعدمه .
- ٤ - دورانه بين العموم والخصوص .
- ٥ - اختلاف الرواية .
- ٦ - جهات الاجتهاد والقياس .
- ٧ - دعوى النسخ وعدمه .
- ٨ - ورود الأدلة على وجوه تختلف الإباحة وغيرها .

وذلك يحكم عليه بالتحريم ، ومعنى هذا أن الشريعة تحرم الشيء وتحله في أن واحد ، وهذا يتنافى مع نص ص الشريعة القطعية الناطقة بأنه لا اختلاف فيها وقبل الجواب على هذا الزعم الفاسد نذبه إلى أن الناس كثيراً ما خلطوا بين الشريعة والفقه ، وظنوا خطأ أن ما نقل عن الأئمة المجتهدين من اجتهادات هو نفس الشريعة ، وتبع هذا الخطأ أنهم طعنوها مرة بالجمود ، وأخرى بالتناقض والشريعة - بحمد الله - لا جمود فيها ولا تناقض ، لأن الشريعة كما قلنا من قبل هي مجموعة الأحكام التي أنزلها الله على رسوله ، والتي أخبر القرآن بأنها كملت يوم حج الرسول حجة الوداع في قوله تعالى « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً » ، والذي تم إنزاله حينئذ مجموعة القواعد التي جاءت على هيئة نصوص عامة في كتاب الله وسنة رسوله ، لأن التشريع الإسلامي لم يأت بحلول جزئية لحوادث فردية ، بل أتى بالقواعد الكلية التي تصلح للتطبيق في كل حين .

وأما الفقه الإسلامي ، فهو مجموعات الأحكام العملية المشروعة في الإسلام سواء أ كانت شرعية من النص الصريح من القرآن والسنة أم من الإجماع أم من استنباط المجتهدين من النصوص والقواعد العامة .

فأغلب ما يسمى بالفقه الإسلامي جاء وليد اجتهاد المجتهدين ، وتطبيقهم لنصوص الشريعة ، وقواعدها مراعين في ذلك اختلاف البيئات والأعراف ومن هنا أتى الاختلاف في الفقه الإسلامي ، وهذا الاختلاف لا يؤدي إلى الاختلاف في الشريعة والتناقض فيها ، لأن القواعد لا تتناقض (١) .

(١) يرى الامام الشاطبي - والحق معه - أن الشارع لم يرد في الفروع إلا قولاً واحداً ، ولم يقصد وضع حكمين متخالفين في موضوع واحد ، واختلاف المجتهدين المشروع لا ينافيه لأن اختلافهم جاء في طلب الحكم الذي أراده الشارع ، راجع ج٤ ص ١١٨ وما بعدها .

إذا عرفنا الفرق بين الشريعة والفقه ، وأن الاختلاف في الفقه جاء نتيجة الاختلاف في الفهم والتطبيق ، فهل يكون هذا الاختلاف عيباً يرمى به الفقه والفقهاء ؟

لنا في الجواب عن هذا التساؤل مسلكان :

أمرهما : بما ورد عن رسول الله ، وما أثر عن فقهاء المسلمين ، وهذا لا يقنع إلا من آمن بهذه الشريعة ، وبما جاء بعدها من فقه الفقهاء .

وثانيهما : من طبيعة القوانين وتطبيقها . لا فرق بين السماوية منها والوضعية ، وهذا نسوقه أولاً لمن لم يصدق بشريعتنا ، وثانياً لمن آمن بها ليكون سنداً مؤيداً للجواب الأول :

المسلك الأول : روى عن رسول الله أنه قال : « اختلاف أمتي رحمة ، والمراد بالاختلاف هنا الاختلاف في الاجتهاد لا كل خلاف ، لأنه مذموم يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر : « أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » (١) ، ومادام الرسول شرع لأصحابه الاجتهاد ، وبين لهم

(١) جاء في رد المحتار لابن عابدين ج ١ ص ٥٠ هـ : « إن هذا حديث مشهور على السنة الناس ، ثم قال : رواه البيهقي بسند منقطع عن ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مهما أوتيت من كتاب فالعمل به لا عذر لأحد في تركه فإن لم يكن في كتاب الله فسنتي ماضية ، فإن لم تكن سنتي فما قاله أصحابي ، إن أصحابي بمنزلة النجوم في السماء فأياهم أخذتم به اهتديتم ، واختلاف أصحابي لكم رحمة ، ثم نقل عن جماعة من العلماء أنهم رووه بألفاظ أخرى . فليراجع .

(٢) ج ٣ ص ١١

طريقه ، والاجتهاد بطبيعته يسلم إلى الاختلاف ، فلا يكون الاختلاف بين المجتهدين معيباً .

وروى عن الأئمة في هذا المعنى مقالات كثيرة . منها ما جاء في كتاب الاعتصام (١) للإمام الشاطبي قال :

روى عن الخليفة العادل عمر بن عبدالعزيز أنه قال : « ما أحب أن أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لا يختلفون ، لأنه لو كان قولاً واحداً لكان الناس في ضيق ، وأنهم أئمة يقتدى بهم ، فلو أخذ رجل بقول أحدهم لكان سنة » .

ومنها ما روى عن القاسم بن محمد كما جاء في موافقات (٢) الشاطبي أنه قال : « لقد نفع الله باختلاف أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في أعمالهم لا يعمل العامل بعمل رجل منهم إلا رأى أنه في سعة ، ورأى أن خيراً منه قد عمله » .

ومنها ما روى عن الإمام مالك . كما جاء في كتاب حجة الله البالغة للدهلوي في بحث سبب اختلاف مذاهب الفقهاء نقلاً عن السيوطي « لما حج المنصور قال لمالك : قد عزمت أن أمر بكتيبك هذه التي صنعتها فتتسخ ، ثم أبعث في كل مصر من أمصار المسلمين منها نسخة ، وأمرهم بأن يعملوا بما فيها ، ولا يتعدوه إلى غيره ، فقال : يا أمير المؤمنين لا تفعل هذا ، فإن الناس قد سبقت إليهم أقاويل ، وسمعوا الحديث ، ورووا روايات ، فأخذ كل قوم بما سبق إليهم من اختلاف الناس ، فدع الناس وما اختار كل بلد منهم لأنفسهم .

وقيل إن الذي فعل ذلك هو هارون الرشيد ، وأنه شاور مالكا في أن يعلق الموطأ في الكعبة ويحمل الناس على ما فيه ، ولعل هذا الأمر تكرر مرتين . مرة من المنصور ، والثانية من هارون الرشيد .

(٢) ج ١ ص ١٤٥ .

(١) ج ٤ ص ٣١

المسألة الثانية : من المعلوم أن القانون شرعياً كان أو وضعياً لا يمكن أن تبين فيه أحكام الحوادث الجزئية ، وكيف يمكن استقراءها وهي متجددة بتجدد الأزمان ، ولكل زمان من جزئيات الحوادث ما ليس لغيره ، فلو جعل التشريع عبارة عن بيان أحكام جزئيات الحوادث تفصيلاً لأدى ذلك إلى إبطال التشريع ، فتعين إذاً أن يكون القانون عبارة عن قواعد كلية يتعرف منها أحكام جزئيات الحوادث على مرور الزمن ، فالشرائع السماوية عبارة عن قواعد كلية كسائر القوانين .

وإذا رجعنا للقوانين الوضعية على اختلافها ، وشروحها التي وضعت لإيضاح قواعدها الكلية وجدنا في هذه الشروح اختلافاً كثيراً في تفسيرها ، وتطبيقها على الحوادث الجزئية ، ولا أدل على ذلك من اختلاف الأحكام تبعاً لاختلاف الشرح والتطبيق ، فيكون الفعل الواحد مباحاً على رأى ، ومحظوراً على رأى آخر .

فإذا كان هذا مقبولاً في القوانين الوضعية ، فما الذى يجرمه فى القانون الشرعى حتى يجعل مطعنا فى شراحه إذا اختلفوا فى فهمه وتفسيره عند تطبيق بعض مواده على الحوادث الجزئية ؟

ونحن إذا نظرنا إلى الحقيقة فى ذاتها متجردين من كل عصبية لوجدنا هذا الاختلاف نتيجة حتمية لما جاء به القرآن من إطلاق الحرية للعقول ، وفك قيودها التى كانت ترسف فيها ، وإلا فكيف يتصور أن ديناً ينادى بحرية التفكير ، ثم يمنع الاختلاف فى الرأى والاجتهاد ، وهل يكون ذلك إلتفافاً ؟

وما ينبغى معرفته هنا أن هذا الطعن نشأ إما عن جهل بما فى الفقه الإسلامى ومذاهبه من محاسن ومزايا . وإما عن تجاهل لذلك .

لأننا نجد بين الحين والحين اعترافاً من رجال القانون الغربيين بما في هذا
الفقه من مزايا ، بل والتوصية بالبحث فيه والعناية به .

ففي سنة ١٩٥١ م عقدت شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدول للحقوق
المقارنة مؤتمراً للبحث في الفقه الإسلامى فى كلية الحقوق من جامعة باريس
تحت اسم « أسبوع الفقه الإسلامى » فدعا إليه أليفاً من أساتذة الشريعة
والقانون فى الجامعات العربية . كما وجه الدعوة إلى الأزهر ، فأرسل مندوباً
يحاضر باسمه هناك ، وحاضر هؤلاء فى بحوث منها . نظرية الربا فى الإسلام ،
وإثبات المالكية ، والمسئولية الجنائية ، وتأثير المذاهب الاجتهادية بعضها فى
بعض ، وغيرها .

وفى النهاية وضع المؤتمر تقريره بإجماع الآراء جاء فيه « بناء على الفائدة
المتحققة من المباحث التى عرضت أثناء أسبوع الفقه الإسلامى ، وما جرى
حولها من المناقشات التى تخلص منها بوضوح .

١ - إن مبادئ الفقه الإسلامى لها قيمة حقوقية تشريعية لا يمارى فيها .

ب - وأن اختلاف المذاهب الفقهية فى هذه المجموعة الحقوقية العظيمة
ينطوى على ثروة من المفاهيم والمعلومات . ومن الأصول الحقيقية هى مناط
الإعجاب . وبها يتمكن الفقه الإسلامى من أن يستجيب لجميع مطالب الحياة
الحديثة والتوفيق بين حاجاتها .

يعلنون رغبتهم فى أن يظل أسبوع الفقه الإسلامى يتابع أعماله سنة فسنة
ويكلفون مكتب المؤتمر وضع قائمة للموضوعات التى أظهرت المناقشات
ضرورة جعلها أساساً للبحث فى الدورة القادمة .

ويأمل المؤتمر أن تؤلف لجنة لوضع معجم للفقه الإسلامى يسهل الرجوع

إلى مؤلفات هذا الفقه ، فيكون موسوعة فقهية تعرض فيها المعلومات الحقوقية الإسلامية وفقاً للأساليب الحديثة (١) .

تفصيل : قد يبدو للناظر من عرض أسباب الخلاف بين الصحابة فيما سبق ، وأسباب الخلاف بين الأئمة في هذا الموضع أن ثمة خلافاً كبيراً بين الموضعين ، وأن خلاف الأئمة يرجع في بعض نواحيه إلى خلاف في الأسس والأصول ، كما قرره بعض السكاكين استناداً إلى أنهم اختلفوا في الأخذ ببعض الأدلة كالقياس والاستحسان ، كما اختلفوا في الأخذ ببعض أنواع الحديث . كالرسل مثلاً .

وليس الأمر كذلك ، بل الخلاف بين الفقهاء على اختلاف عصورهم — إذا استثنينا خلاف الشيعة والخوارج — يرجع في مجموعه إلى الاختلاف في فهم النصوص وتطبيق الأصول .

وإنني أوضح لك هذه القضية بمقدار ما يسمح به موضوع هذا الكتاب وإليك البيان .

عرفنا فيما سبق أن من بين أسباب اختلاف الصحابة ، استعمالهم للرأى ، أو اختلافهم في التوسع في الرأى ، فمنهم من توسع فيه ؛ ومنهم من ضيق دائرته ، ووقف بإزاء النصوص ، ولم يلجأ إليه إلا عند الضرورة .

وكلمة الرأى عندهم لم تكن محدودة بمعنى خاص ، بل كانت كما يقول ابن القيم — ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة الصواب ، وهذا الرأى نوعان . جماعى وفردى ، وبعبارة أخرى ، كان الرأى يصدق على ما عدا

(١) راجع مقدمة المدخل الفقهى العام للاستاء مصطفى الزرقاء .

النصوص من القرآن والسنة ، وهو الذى عنه معاذ بقوله : أجتهد رأيي ولا آلو .

فلم يكن هناك أسماء خاصة ، كالقياس والاستحسان والاستصلاح ، بل البكل رأى ، حتى ماسى فيما بعد بالاجماع كان يسمى رأياً .

وإذا رجعت إلى فتاوى الصحابة الجماعية منها والفردية التى مبنها الرأى والاجتهاد وجدت منها ماينطبق عليه اسم القياس ، كاجتهادهم فى عقوبة شارب الخمر ، إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، وحد المفتري ثمانون ، أليس هذا قياساً صحيحاً بينت فيه العلة الجامعة بين الفرع والأصل ؟ . كما تجد منها ماينطبق عليه حد الاستصلاح ، كما فى تحريم المعتدة إذا تزوجت بغير مطلقها فى العدة ، وإرث الزوجة من زوجها الذى طلقها فى مرض الموت فأرأ من إرثها .

وكذلك نجد فيها مايمكن إدخاله تحت الاستحسان . إذا فسرناه بأنه الخروج بالحادثة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر أرفق من الحكم الأول لدليل يدل على ذلك . أى أنه استثناء من القواعد العامة ، فالحكم بإرث المطلقة فى مرض الموت استثناء من قاعدة عدم إرث المطلقة بائنأ ، لانقطاع سبب الإرث وهو الزوجية ، استثنوا هذا لجزر الذين يريدون تغيير حدود الله ، ومعاملة لهم بتقيض مقصودهم .

ومثله فى ذلك تضمين الصانع استثناء من قاعدة عدم تضمين المؤمن .

وقضاء عمر بتوريث الأخوة الأشقاء مع الأخوة لأم فى المسألة المشتركة وهذه الأنواع من الرأى لم يعمل بها كل الصحابة ، بل منهم من عمل بها ، وتوسع فيها ، ومنهم من ضيق دائرتها .

فإذا جاء الأئمة واختلفوا في العمل ببعضها يقال : إنهم لم يوقفوا في اختلافهم عند الفروع ، بل تجاوزوه إلى أسس التشريع ؟؟ .

نعم إنهم توسعوا في استعمال الرأي بأنواعه نظراً لكثرة الحوادث كثيرة لا تكفي فيها النصوص الجزئية ، فيكون الاختلاف بينهم راجعاً إلى الاختلاف في تطبيق القاعدة - وهي استعمال الرأي - لا في أسس التشريع وأصوله ، لأن هذه الأنواع ما هي إلا رأي .

وأما أن اختلافهم في السنة يرجع إلى خلاف جوهرى في أسس التشريع فغير مسلم كذلك ، لأنه لا نزاع بين جمهور المسلمين في أن السنة الصحيحة حجة يجب العمل بها ما لم يثبت نسخها ، أو معارضتها بما هو أقوى منها ، فالصحابه كلهم عملوا بالأحاديث متى صحت ، ووثق بها من وجدها أياً كان نوع هذا الحديث ، ومن تأمل مسلك فقهاء الصحابة في الاحتجاج بها يجدهم مختلفين في الدليل المثبت للصحة ، فأبو بكر كان يشترط شهادة رجل آخر ، وعمر كان يشترط البيعة ، وعلى يحلف الراوى .

كما ردوا بعض الأحاديث لعدم وثوقهم فيها ، أو لمعارضتها بما هو أقوى منها . أنظر إلى قول عمر في حديث فاطمة بنت قيس : لا تترك كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت ، حفظت أم نسيت ؟ .

كما أن بعضهم ترك العمل بحديث يروى له لأنه غير معقول المعنى في نظره . فهذه أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها تقول ردأ على حديث « إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً ، فإنه لا يدرى أين باتت يده » تقول : فكيف نصنع بالممراس ؟ وهو الصخرة المنقورة .

والذى حصل من الأئمة لا يخرج عن هذا .

فأبو حنيفة لما اشترط في الحديث الشهرة - فيما تعم به البلوى - كما روى عنه فيما سبق ، وكما قال تلميذه أبو يوسف : « عليك من الحديث بما تعرف العامة ، وإياك والشاذ منه » (١) شرطه ليتحقق ثقته بالحديث حيث كان بالعراق ، وهي مهد وضع الأحاديث ، فالحديث غير المشهور يحتمل أن يكون من صنع الكذابين ، وشهرة الحديث وكثرة رواته ينتفي معها احتمال وضعه ، كما يمنع الوضع من التزيد فيه ، أو تغييره . وكذلك إطلاقه الأخذ بالحديث المرسل متى صح طريقه مخالفاً غيره الذي قيد العمل بالمرسل ليسد النقص في الأحاديث المرفوعة المتصلة ، فإذا يكون خلافه مع غيره خلافاً في التطبيق ، تطبيق أصل العمل بالسنة لا خلافاً في أسس التشريع وأصوله ، لاتفاقهم على الأصل العام ، وهو وجوب العمل بها متى صحت ، ووثق بما روى له ، وانتفى المعارض الأقوى ، ولم يكن منسوخاً .

مصادر الفقه الإسلامي

تمهيد : لكل قانون من القوانين ، سماوية أو وضعية ، مصادر يستقي منها ، وتجعل له قوة ملزمة ، ومرونة بها يتسع لكل ما يجد من أحداث في زمن تطبيقه ، فالحكم إذا لم يستند إلى مصدر تشريعي لا يكون له اعتبار ، بل لا تصح تسميته بحكم قانوني ، كما وأن القوانين الوضعية لها مصادر باتفاق الفقهاء كذلك الفقه الإسلامي له مصادره العديدة . منها ما هو متفق عليه ، ومنها ما هو يختلف فيه .

ويمتاز الفقه الإسلامي على غيره بأن مصادره عنى بها العلماء حتى جعلوا

(١) الرد على سير الأوزاعي ص ٢٤ ، وفي ص ٣١ يقول « فإياك وشاذ الحديث وعليك بما عليه الجماعة » من الحديث وما يعرفه الفقهاء .

لها علماً مستقلاً يبحث فيها ، وتوضح طريقة الاستناد إليها بصفة عامة ،
وطريقة عمل كل إمام بهذه المصادر بصفة خاصة . هذا العلم هو المسمى بعلم
أصول الفقه .

وقد اعترف بذلك رجال القانون الوضعي . جاء في كتاب أصول
القانون (١) في بحث عناية الشرائع القديمة بأصول القانون ماضيه ، وعنى فقهاء
الشرعية الإسلامية كفقهاء القانون الروماني بالصياغة الفنية ، وتفوقوا فيها
تفوق الرومان ، فعرضوا للقانون في تفصيلاته وتطبيقاته بمنطق قانوني بلغ من
الإحكام والدقة مبلغاً لا يعدله إلا منطق الرومان ، وقرب بعض الفقهاء
الأحكام التفصيلية بعضها من البعض الآخر ، واستخلص منها مبادئ عامة ،
ولكن فقهاء الشرعية الإسلامية امتازوا على الرومان وعلى غير الرومان من
الأمم التي تفوقت في القانون بوضع علم أقرب (٢) ما يكون لعلم أصول القانون

(١) للدكتورين السهوري وحشمت أبي ستيت ص ١١ .

(٢) نحن لانسلم دعوى القرب بين العلين ، أصول الفقه وأصول القانون ، إلا في
التسمية فقط . أما حقيقة العلين فهي مختلفة اختلافاً واضحاً ، لأن علم أصول الفقه علم
واضح العالم محدد الهدف فهو يبحث في أدلة الفقه ، ويوضح طرائق الآئمة إزاء كل
دليل منها ، وقد كان الغرض منه في أول وضعه بيان الطريق الصحيح للاجتهاد والنظر
في الأدلة ، كما فعل الإمام الشافعي في رسالته ، وهي أول مؤلف في هذا العلم وصل إلينا ثم
تتابع التأليف فزاد نماؤه حتى وصل إلى ما وصل إليه ، وأما علم أصول القانون فهو علم غير
واضح العالم إلى الآن كما جاء في هذا الكتاب نفسه في الفقرة الأولى منه ، بل هو مجموعة
أبحاث حاول الباحثون فيها رسم حدود واضحة لنظرية عامة في القانون كما جاء في مامش
هذه الفقرة . إن هذا العلم مختلط بعلم تاريخ القانون وعلم القانون المقارن ولا يوجد
بينهما حدود فاصلة دقيقة .

ومن هنا اختاف الكاتبون فيه في تسميته حتى خرج إلينا يحمل أسماء مختلفة فمن ==

هو علم أصول الفقه ، بحثوا فيه مصادر الشريعة الإسلامية ، وكيفية استنباط الأحكام التفصيلية من هذه المصادر ، وهذا العلم يميز الفقه الإسلامي عن أى فقه آخر . .

بعد هذا التمهيد نقول : إن مصادر الفقه الإسلامى متنوعة أولا إلى نوعين .

مصادر عقلية وأخرى عقلية :

فالعقلية هى التى لا يكون للمجتهد عمل فى تكوينها ، بل يستند إليها على أنها أمر منقول يجب عليه العمل به ، كالقرآن والسنة والإجماع والعرف .

والعقلية هى التى يكون للمجتهد عمل فى تكوينها كالقياس ، والاستحسان على أنه استثناء من القواعد العامة ، والاستصلاح ، فإن المجتهد حينها يستند إلى

== أصول القانون إلى المدخل للعلوم القانونية إلى نظرية القانون إلى غير ذلك من الأسماء مع اتحاد المسمى .

ومن جهة أخرى نرى أن أصول الفقه فى دراسته يؤخر عن دراسة الفقه فلا يدرسه الطالب إلا بعد أن ينال حظاً كبيراً من علم الفقه بينما نجد علم أصول القانون يقدم فى دراسته على دراسة القانون لأنه يعتبر بمثابة مبادئ عامة تنير الطريق أمام طالب القانون وإن كان بوضعه الأخير ارتفع عن مستوى الطلاب فى بدء دراستهم القانونية . كما يقول الدكتور محمد عرفه فى كتابه مبادئ العلوم القانونية ص ٦ من الطبعة الثالثة : ان دراسة هذه المبادئ العامة بتلك الطريقة يجعل منها مادة تسمو فى مستواها العلى - من بعض الوجوه - عن ادراك المبتدىء فى دراسة القانون وذلك ما قدرته الجامعات الانجليزية فأدجبتها ضمن مقرر السنة النهائية عندما يبلغ الطالب آخر مرحلة فى الدراسة القانونية ذاهبة - ولها كل الحق فيما ذهبت اليه - الى أن الشخص يكون أقدر على تفهم النظريات العامة عندما يألف القواعد المحددة التى تحكم نظامه التشريعي .

إلى القياس مثلاً فإنه يبحث في الواقعة التي لائنص فيها ، ويقارنها بالوقائع الأخرى التي وردت النصوص بأحكامها ليقف على مدى مشابقتها بها ، فإذا وجد لها شبيهاً قوياً بإحداها بحث عن علة حكم تلك الواقعة المنصوص عليها ، حتى إذا ما وقف عليها رجع إلى الحادثة الجديدة ليرى هل وجدت فيها علة مساوية لتلك العلة ، ولا مانع فيها من تعديده الحكم إليها ، فإذا ثبت إله ذلك حكم بإثبات حكم الحادثة الأولى للثانية الجديدة بناء على هذا القياس .

هذا مع ملاحظه أن كلا من النوعين محتاج إلى الآخر ، فالاستدلال بالمنقول محتاج إلى شيء كبير من النظر والتأمل بالعقل ، كما أن الاستدلال بالمعقول لا يعد صحيحاً إلا إذا كان في حدود ما دل عليه النقل ، فهو محتاج دائماً إلى تأييد النقل :

ومن جهة أخرى تنقسم المصادر إلى أصلية وتبعية

أما الأصلية فهي التي لا تتوقف دلالتها على الأحكام على دليل آخر ، وهي تنحصر في القرآن والسنة ، وأما التبعية فهي التي تتوقف دلالتها واعتبارها على غيرها وهي كثيرة ، منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء ، أو على الأقل ذهب إليه أكثرهم . ولم يخالف فيه إلا من شذ . كالإجماع والقياس . ومنها يختلف فيه . ولم يتفق الأصوليون على عدد هذا النوع . فمنهم من عدّه ستة . ومنهم من أوصله إلى تسعة . ومنهم من زاد على ذلك . ولا يعنيننا هنا ذكر هذا العدد . لأنها عند التحقيق تتداخل في بعضها وسنكتفي بذكر ثلاثة منها . هي الاستصلاح أو المصالح المرسلّة . والاستحسان . والعرف .

١ - القرآن

• حقيقته . طريقة نزوله . إعجازه . أسلوبه
في التشريع . حججه ودلالته على الأحكام
جمع المصحف . مصحف عثمان . خط
المصحف ونقطه وشكله .

القرآن وهو الكتاب المنزل على محمد صلى الله عليه وسلم لهداية الناس ،
وبيان الطريق المستقيم التي يسلكونها ، نزل به الروح الأمين . « جبريل عليه
السلام ، على رسول الله بلفظه ومعناه . يدل لذلك قوله تعالى : « وإنه لتنزيل
رب العالمين نزل به الروح الأمين . على قلبك لتكون من المنذرين بلسان عربي
مبين ، (١) ، « وقال الذين كفروا إن هذا إلا أفك أفزاه وأعانه عليه قوم
آخرون فقد جاءوا ظلماً وزوراً ، وقالوا أساطير الأولين اكتتبها فهي تملى
عليهم بكرة وأصيلاً ، قل أنزله الذي يعلم السر في السموات والأرض إنه كان
غفوراً رحيماً ، (٢) .

وبهذا يمتاز عن غيره من الكتب السماوية السابقة ، كما يمتاز عن أحاديث
رسول الله ، فإن معناها بإلهام الله ، ولفظها من عند الرسول .

والسر في إنزاله بلفظه ومعناه . أنه الكتاب الأخير لخاتم الرسل . أنزله
الله ليكون دستور الأمة الإسلامية إلى يوم الدين ، فلو نزل بمعناه فقط لكان

(١) الشعراء الآيات من ١٩٢ — ١٩٥ . (٢) الفرقان من ٤ — ٦ .

عرضة للتبديل والتغيير لكنه سبحانه أنزله بلفظه ومعناه ، وتكفل بحفظه
« إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون (١) » .

وتحقيقا لهذا الوعد القاطع ألهم الله الخليفة الأول أبا بكر الصديق رضى
الله عنه أن يقوم بجمع رقاعه التي كتب فيها أيام نزول الوحي ، وترتيبها على
ما هو محفوظ لهم ، ثم بجىء من بعده الخليفة الثالث عثمان بن عفان ، ويقضى على
الاختلاف في قراءته ، فيعهد إلى جماعة من القراء على رأسهم زيد بن ثابت أن
يكتبوا المصحف بلغة قریش ، ثم ينسخ من هذا المصحف عدة نسخ أرسلها
إلى الأمصار الإسلامية ، وألزمهم بها ، وترك ما يخالفها من مصاحف كان بعض
الصحابة كتبها لنفسه عند نزول الوحي بلغات أخرى ، وكان فيها بعض آيات
نسخت .

ومن هذا اليوم وهو منارة الهدى لا يعرف التغيير والتبديل طريقاً إليه
مصادقا لقوله تعالى « لا يأتية الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم
حميد ، (٢) » .

نزوله منجما ومكثما : نزل هذا القرآن على رسول الله منجما ، ولم ينزل
دفعه واحدة ليتمكن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حفظه وإملائه على كتاب
الوحي وقراءته على الناس للتعليم « وقرانا فرقناه لتقرأه على الناس على مكث
ونزلناه تنزيلا (٣) » ، المكث هو التأمل والتأني ، وليسهل حفظه على هؤلاء
الأميين الذين لم يكن لهم معرفة بالكتابة إلا قليلا ، فلو نزل جملة واحدة
لعجزوا عن حفظه ، ولما استطاعوا كتابته في وقت واحد ، ومن وراء هذا
وذاك تثبيت قلب الرسول بتكرار نزول الوحي عليه ، كما جاء في قوله تعالى ،

(١) الحجر — ٩ . (٢) فصلت — ٤٢ (٣) الاسراء — ١٠٦

وقال الذين كفروا لولا نزل عليه القرآن جملة واحدة كذلك لنثبت به فؤادك ورتلناه ترتيلاً ، (١) .

إعجازه الفرائد : والقرآن هو معجزة (٢) رسول الله كما صرح بذلك القرآن والسنة . قال تعالى « وقالوا لولا نزل عليه آيات من ربه قل إنما الآيات عند الله وإنما أنا نذير مبين أو لم يكفهم أنا أنزلنا عليك الكتاب يتلى عليهم إن في ذلك لرحمة وذكرى لقوم يؤمنون » (٣) .

ويروى لنا الأئمة أحمد والبخاري ومسلم بسندهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ما من نبي من الأنبياء إلا أعطى من الآيات ما مثله آمن عليه البشر وإنما كان الذي أوتيته وحياً أوحاه الله إليّ ، فأرجو أن أكون أكثرهم تابعاً يوم القيامة » (٤) .

تحدى به العرب فعجزوا مع أنهم أرباب الفصاحة والبلاغة ، وقصة تحديهم موجودة في مواضع عديدة من القرآن (٥) .

(١) الفرقان — ٢٢ .

(٢) والقرآن معجز بلفظه ومعناه ، فأعجازه من ناحية اللفظ يحىء من بلاغته في التركيب والأسلوب ، وإعجازه من ناحية المعنى يحىء من جهة إخباره عن الأمم الماضية ، وإخباره عن المستقبل في حوادث حدثت بعد نزوله . مثل البشارة بفتح مكة ، وغلبة الروم للفرس ، وغير ذلك ، وبيانه للحقائق العلمية التي يكشف عنها العلم الحديث مصداقاً لقوله تعالى « سنريهم آياتنا في الآفاق وفي أنفسهم » ، وأخيراً ما جاء به من شرائع بلغت غاية السمو والعدالة في الوقت الذي كانت الأمم المتحضرة تقوم على العنصرية في تشريعها .

(٣) العنكبوت — ٥٠ ، ٥١ (٤) المواقات ج ٣ ص ٣١٧ .

(٥) تدرج ذلك التحدى ، فطلب منهم أن يأتوا بمثله ، فلما عجزوا خفف الطلب

ولقد شهد له ألد أعداء الرسول ، وهو الوليد بن المغيرة حين سمع الرسول يقرأ منه شيئاً فقال لقومه : والله ما منكم رجل أعرف بالأشعار مني ، ولا أعلم برجزه وقصيده مني ، والله ما يشبه الذي يقوله شيئاً من هذا ، والله إن لقوله الذي يقوله لحلاوة ، وإن عليه لطلاوة ، وإنه لمثمر أعلاه ، مخدق أسفله ، وإنه ليعلو ولا يعلى عليه ، وإنه ليحطم ما تحته ، مخدق : غزير .

== إلى عشر سور من مثله ، ثم إلى سورة واحدة ، وفي كل مرة يقول لهم استعينوا بمن شتم من الإنس والجن ، وفي النهاية سجل عليهم العجز التام . وجابهم بالحقيقة الناطقة بأن القرآن ليس في متناولهم ، فهم معاندون ينتظرون جزاؤهم في نار وقودها الناس والحجارة .

يقول الله تعالى : « قل تأتوا بكتاب من عند الله هو أهدي منهما أتبعه إن كنتم صادقين فإن لم يستجيبوا لك فاعلم أنما يتبعون أهواءهم ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله إن الله لا يهدي القوم الظالمين » القصص — ٤٩ — ٥٠ . وفي أخرى يقول : « أم يقولون تقوله بل لا يؤمنون فليأتوا بحديث مثله إن كانوا صادقين » الطور — ٢٣ . وفي ثالثة يقول : « أم يقولون افتراه قل فأتوا بعشر سور مثله مفتريات وادعوا من استطعتم من دون الله إن كنتم صادقين ، فإن لم يستجيبوا إليكم فاعلموا أنما أنزل بعلم الله وأن لا إله إلا هو فهل أنتم مسلمون » هود — ١٣ — ١٤ . وفي غيرها يقول : « أم يقولون افتراه قل فأتوا بسورة مثله وادعوا من استطعتم من دون الله إن كنتم صادقين » يونس — ٣٨ .

وأخيراً يقول : « وإن كنتم في ريب مما نزلنا على عبدنا فأتوا بسورة من مثله وادعوا شهداءكم من دون الله إن كنتم صادقين . فإن لم تفعلوا ولن تفعلوا فاتقوا النار التي وقودها الناس والحجارة أعدت للكافرين » البقرة — ٢٣ — ٢٤ ، كما سجل عليهم العجز التام قبل ذلك بقوله « قل لئن اجتمعت الإنس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً » الإسراء — ٨٨

وإذا عجز العرب كلهم عن الإتيان بمثله ، وهو الذى نزل بلغتهم ، وهم أهل
الفصاحة والبلاغة فلا يعقل بعد ذلك أن يستطيع غير العربى مهما أوتى من
بلاغة الإتيان بما عجز عنه العرب أنفسهم فلزمت الحجة للجميع ، ووجب
التسليم بأنه كلام الله وأن مبلغه رسول الله ، وخاتم النبيين كما صرح به القرآن
« ما كان محمد أباً أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين » (١) .

والقرآن أصل للتشريع الإسلامى ، فهو الذى بين أسس الشريعة كلها .
سواء كانت اعتقادية ، أو خلقية ، أو عملية ، لكنه معنى بالاوليين ففصلهما
تفصيلاً تاماً .

وأما التشريع العملى فقد أوفاه إجمالاً ، ولم يعن بالتفصيل فيه إلا لبعض
أحكام لا تتغير على مر الأيام ، كأحكام الموارث ، وأحكام الأسرة ، ويظهر
ذلك جلياً من تتبع آياته واستقرائها ، فإننا نجد نصيب التشريع العملى قليلاً
بالنسبة لغيره .

والسبب فى ذلك أن العقيدة هى الأساس لغيرها ، والعقائد لا تتغير بمرور
الأيام ، وأما التشريعات العملية فهى أولاً تتبع تجدد الحوادث ، وثانياً تختلف
تبعاً لاختلاف الزمان والمكان ، على أن تفصيل أحكامها مع كثرتها يخرج
القرآن عن القصد الأول منه ، وهو أنه كتاب هداية وإرشاد ، لذلك أجمل
القرآن أحكامها وترك تفصيلها إلى السنة ، فأمر باتباع الرسول فقال : « وما آتاكم
الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » (٢) ، وفى آية أخرى جعل طاعة الرسول
طاعة لله « من يطع الرسول فقد أطاع الله » (٣) ، وأمر الرسول بالبيان
فى قوله « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون » (٤) .
والمتتبع لتشريع الأحكام فيه يجد ما جاء على هيئة نصوص عامة ،

(١) الأحزاب - ٤٠ . (٢) الحشر - ٧ . (٣) النساء - ٨٠ . (٤) النحل - ٤٤

وقواعد كلية فيها من المرونة واليسر ما يجعلها صالحة للتطبيق في كل عصر ، وفي كل مكان ، لأن القواعد لا تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة ، وإنما الذي يختلف هو الجزئيات ، ولقد فصل الرسول ما أجمله القرآن ، وجاء الأئمة والمجتهدون من بعده واستنبطوا من آياته الشيء الكثير .

ثم إن القرآن في تشريعه العملي لم ينس الغرض الأول من إنزاله ، وهو الهداية والتذكير ، فتراه يذكر الحكم الواحد في مواضع متفرقة ليكون بمثابة التنبيه والتذكير للقارئ حتى لا يغلبه النسيان ، وكثيراً ما يتبع الحكم ببيان الحكمة من تشريعه ، أو يردفه بالوعيد الشديد لمن لم يمتثل .

اقرأ إن شئت قوله تعالى « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيراً » (١) جاء هذا بعد بيان أحكام التصرف في أموال اليتامى .

وفي تشريع عقوبة السارق يقول : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم » (٢) :

وفي بيان حكم قطاع الطريق يقول : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم » (٣) .

ويقول في شأن الربا : « الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن

(١) النساء — ١٠ (٢) المائدة — ٢٨ (٣) المائدة — ٣٣ .

عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون يمحى الله الربا ويربى الصدقات والله لا يحب كل كفار أثيم . . إلى أن قال : يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ، (١) .

مهمة القرآن ودلالة على الامطام : وقد اتفق المسلمون على أن القرآن مصدر من مصادر التشريع ؛ وأن أحكامه واجبة الاتباع ، وأنه المرجع الأول لا يلجأ أحد إلى غيره إلا إذا لم يجد ما يطلبه فيه ، وأن دلالة على الأحكام قد تكون قطعية إذا كان اللفظ الوارد فيه يدل على معنى واحد ، ولا يحتمل غيره ، وقد تكون ظنية إذا كان لفظه يحتمل الدلالة على أكثر من معنى .

كيف وصل إلينا القرآن .

ويحسن هنا أن نذكر كلمة عن الطريقة التي وصل بها إلينا القرآن فنقول : نزل القرآن على رسول الله منجها حسب الحوادث والمناسبات ، وكان كلما نزل جبريل بشيء منه بلغه رسول الله لمن حضر من المؤمنين ، ثم يدعو كتاب الوحي ويأمرهم بكتابة هذا الجزء .

ومن متمات التنزيل أن يبين جبريل الأمين مكان ما ينزل به من السور حتى يحفظ القرآن مرتباً .

وفي شهر رمضان من كل عام كان يعرض رسول الله ما عنده من القرآن على جبريل . حيث كان ينزل لهذا الغرض ، وفي العام الأخير من حياة الرسول

(١) البقرة من ٢٧٥ — ٢٧٩ .

عرضه مرتين ، فكان جبريل يقرأ أولاً ، ثم يتلوه الرسول بالقراءة ، ولم ينتقل الرسول إلى الرفيق الأعلى إلا والقرآن كله محفوظ في صدور الصحابة مرتباً ، غير أنهم لم يكونوا كلهم في الحفظ سواء ، بل فيهم الحافظ لبعضه ، ومن يحفظه كله ومنهم من حضر العرضة الأخيرة التي استقر عليها وضع القرآن الأخير مجرداً مما نسخ منه ، ومنهم من لم يحضرها ، كما كان مكتوباً في الرقاع من قطع الأديم والعصب والاكشاف (١) وغيرها ، لكنه غير مجموع ولا مرتب السور والحكمة في عدم جمع الرسول لهذا المكتوب مرتباً واضحة ، وهي أنه كان ينتظر الوحي حتى آخر لحظة من حياته ، فربما نزل شيء ، أو نسخ منه آيات ، فيكفي حفظ الصحابة له مرتباً ، والله سبحانه من وراء ذلك كله متكفل بحفظه من الضياع والتبديل « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون » .

وئمة حكمة أخرى هي أن رسول الله لم يوجه كل عنايته لهذا المكتوب لئلا يفهم الصحابة أن المعول عليه في نقل القرآن هو الكتابة ، فيتراخوا في حفظه ، والكتابة حينذاك سهلة المحو والتبديل ، فترك ذلك ليستقر في نفوسهم أن المعول عليه أولاً هو الحفظ والنقل بطريق القراءة ، وإنما أمر بكتابته ليكون تذكراً للقراء ، وليكون له سندان الحفظ والكتابة .

جمع المصحف : واستمر الأمر على هذا بعد وفاة الرسول إلى أن كانت وقعة اليمامة في خلافة أبي بكر ، وقتل فيها عدد كبير من القراء ، فأشار عمر على أبي بكر رضي الله عنهما بجمع القرآن في المصحف خشية أن يذهب منه شيء بموت القراء ، وكان ما بينهما من المناقشة حتى شرح الله صدر أبي بكر لهذا العمل فدعا زيد بن ثابت وأمره بجمعه قائلاً له « إنك شاب عاقل لا تهتك كنت تكتب القرآن لرسول الله ، وقد حضرت العرضة الأخيرة ، فهذه العبارة

(١) العصب : الأجزاء العريضة من جريد النخل ، والاكشاف العظيم العريض في كتف البعير وغير ذلك من اللخاف وهي الحجارة الرقاق .

تبين سبب اختيار زيد لهذه المهمة الشاقة ، ولأنه حفظ القرآن كله في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

امثل زيد لهذا الأمر ، فأخذ يجمع القرآن من الرقاع المكتوبة وصدور الرجال ، ولم يكتف بواحد منهما عن الآخر زيادة في الاحتياط ، وليس معنى هذا أن زيدا وحده هو الذى كلف بهذا العمل ، وإنما كان هو صاحب المهمة الأصلية ، وقد عاونته غيره فيها .

يدل لذلك ما روى أن أبا بكر قال لعمر وزيد « أقعدا على باب المسجد فمن جاءكما بشاهدين على شيء من كتاب الله فاكتاباه ، على أن ذلك العمل كان على ملاء من الصحابة كلهم ، فوافقوا عليه ولم ينكره أحد .

ولهذا الجمع فوائد كثيرة يكفيها منها . أنه بحث عن الرقاع والتثبت منها ، وجمعها في مكان واحد كالأصل الذى يرجع إليه حتى يستتب الأمر ويؤمن من الضياع وتجديد ما عساه أن يكون قد تآكل من حروف الرقاع التى ليس من شأنها أن تحتفظ بما يرسم عليها من الحروف مدة طويلة ، وأخيراً اتصال السند الكتابى بأخذ الصحف البكرية من الصحف التى كتبت بين يدي رسول الله كما اتصل السند المتواتر فى الرواية ، والتلقى عن الشيوخ فيكون القرآن متواتراً جفظاً وكتابة .

وبعد أن تم الجمع وضعت هذه الصحف عند أبي بكر ، ثم عند عمر من بعده ثم عند حفصة بنت عمر أم المؤمنين بوصية عمر ، فبقيت عندها إلى أن توفيت فأخذها عبد الله بن عمر .

مصحف عثمان المومر

مضى زمن أبي بكر وعمر ، ولم يحد فى الأمر جديد حتى حدث فى زمن عثمان أن تنازع القراء فى القراءة واشتد النزاع بينهم ورمى بعضهم بعضاً بالخطأ .

حدث ذلك حينما كان المسلمون من أهل الشام والعراق يقاتلون لفتح أرمينية وأذربيجان رأى حذيفة بن اليمان وهو من كبار الصحابة هذا الحدث ففرع ورفع الأمر للخليفة قائلًا له « أدرك الأمة قبل أن يختلفوا بختلاف اليهود والنصارى قال فيماذا ، قال في كتاب الله ، وقص عليه الخبر فجمع عثمان الصحابة وشاورهم في الأمر ، فقالوا له ماذا ترى ؟ فقال أرى أن تجمع الناس على مصحف واحد ويحرق ما عداه فوافقوه على ذلك ، فأمر زيد بن ثابت وعبد الله بن الزبير وسعيد بن العاص وعبد الرحمن بن الحارث بن هشام بكتابة القرآن ، وقال للقرشين الثلاثة : إذا اختلفتم وزيد في شيء فاكتبوه بلغة قريش فإنه إنما نزل بلسانهم ، فلم يختلفوا في شيء إلا في التابوت ، فقال زيد بالهاء ؛ وقالوا بالتاء ، فعرضوا الأمر على عثمان فأمرهم بكتابته بالتاء .

ولما انتهوا من الكتابة (١) نسخ عدة مصاحف وأرسلها إلى الأمصار وأمر الناس بحرق ما عندهم من المصاحف (٢) التي تخالفها ، كما ألزمهم بالقراءة بما وافقها .

وهنا يجيء التساؤل عن مصير الصحف البكرية بعد نسخ مصاحف عثمان

وتوزيعها ؟

وللجواب عن هذا التساؤل : نقول إن العلماء مختلفون في هذا الموضوع على رأيين :

(١) كان هذا الجمع في أواخر سنة ٢٤ هـ وأوائل سنة ٢٥ هـ ، كما صرح بذلك الحافظ بن حجر .

(٢) روى ابن سعد في الطبقات الكبرى ج ٤ ص ١٧٠ وما بعدها عدة آثار تفيد أن قرأ من أصحاب رسول الله جمعوا القرآن في عهده وإن اختلفت هذه الآثار في عددهم . منهم معاذ بن جبل ، وأبي بن كعب ، وأبو الدرداء ، وزيد بن ثابت ، وعباد بن الصامت ، وسعد بن عبيد ، وأبو أيوب ، وأبو زيد وكلهم من الأنصار .

فمنهم من ذهب إلى أن عثمان بعد أن فرغ من نسخ مصاحفه محاماه هذه
الصحف لثلاث تكون مشار كلام فيما بعد . حيث يسهل محو ما بها من الكتابة
ويذهب فريق آخر إلى أنها ردت إلى حفصة بعد عرض المصاحف عليها
كما وعد عثمان ، وبقيت عندها إلى أن توفيت سنة ٤٥ هـ على أصح الأقوال ،
ثم أخذها عبدالله بن عمر بعد ذلك ، حتى أخذها منه مروان بن الحكم والى المدينة
من قبل معاوية ومحاها ، فقد روى أنه لما تولى إمرة المدينة طلب هذه الصحف
من حفصة فلم تعطها له ، فلما توفيت طلبها من أخيها عبد الله فأعطاهم له فغسلها .
وقال : « إنما فعلت هذا لأني خشيت إن طال بالناس زمان أن يرتاب في شأن
هذه الصحف مرتاب » .

وأنا أميل إلى هذا الرأي الأخير ، لأن عثمان وعد أم المؤمنين برد هذه
الصحف إليها ، وليس من المعقول ألا يوفي أمير المؤمنين بوعد ، ولأن
مصحف عثمان لم يكن مخالفاً لتلك الصحف في شيء حتى يمحوها كما حرق
غيرها من المصاحف التي كانت سبباً في الاختلاف ، وهي مصاحف قد كتبها
بعض الصحابة لأنفسهم ، وأثبتوا فيها بعض التأويلات مع الآيات ، لأنها
كانت مصاحف خاصة بأصحابها . مثل مصحف أبي بن كعب ، ومصحف عبد الله
ابن مسعود ، وكان أهل الشام يقرءون بقرأة أبي ، وأهل العراق يقرءون
بقرأة عبد الله بن مسعود ، فيأتي كل فريق بما لم يسمع الآخر .

والحادثة وقعت في الجيش المحارب من أهل الشام وأهل العراق .

ثم إن عثمان بعث مع كل مصحف إماماً يرشد الناس إلى وجوه قراءته .
فبعث عبد الله بن السائب مع المكي ، والمغيرة بن شهاب مع الشامي .
وأبا عبد الرحمن السلمي مع الكوفي ، وعامر بن قيس مع البصري ، وأمر زيد
ابن ثابت أن يقرء الناس بالمديني ، والأمر الذي رافق إرسال المصاحب هي

الاقتصار في القراءة على ما وافقها ، وترك ما خالفها الذي صار في حكم المنسوخ .

نقط المصحف العثماني : والخط الذي كتبت به المصاحف العثمانية وافق عليه الصحابة وعددهم حينذاك كبير ، وكان خالياً من النقط والشكل موافقاً لخط المصحف البكرية ، والرقاع النبوية .

ومن هنا وسع هذا المصحف جميع القراءات (١) .

وهذا الخط وإن كان يبدو مخالفاً لما وصل إليه الخط الآن إلا أنه لا ينبغي تغييره حتى لا يكون ذلك ذريعة إلى التحريف والتبديل في القرآن ، لأن

(١) القراءات في القرآن :

تسمع القراء يقرءون القرآن بقراءات تختلف عن بعضها في النطق، إما في المدوعدة، «كالك يوم الدين» ، وملك يوم الدين» ، وأما في شكل بعض الحروف. نحو «فناداها من تحتها» وناداها من تحتها» ، والقسطاس والقسطاس المستقيم» كل ذلك كان سيئه عند ربك مكروها» «كل ذاك كان سيئه» . وغير ذلك من أوجه الاختلاف . والقراءات كثيرة منها المواترة التي اتفق عليها المسلمون في كل عصر ، ومنها الشاذة التي انفرد بها بعض القراء .

والقرآن بقراءاته متلقى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كما تلقاه بدوره عن جبريل الأمين عليه السلام ، وبلغه الرسول إلى العرب مع اختلاف لهجاتهم ، وكان من تيسير الله عليهم أن أذن لهم بقراءته كل على ما ألفه من لغته ونطقه ،

يدل لذلك ما روى عن رسول الله أنه قال : « نزل القرآن على سبعة أحرف » وجاء في سبب هذا الحديث أنه قال : « أقرأني جبريل على حرف فاستزدته فأقرأني على حرفين ، وهكذا حتى بلغت سبعة » ، والواقعة مشهورة .

وكيف يتفق لإزام العرب على اختلاف لهجاتهم وكيفية النطق بكلماتهم — بطريقة

الخطوط مختلفة في رسومها ، وباب التغيير والتجديد فيها مفتوح ، فلو أيسح
كتابة القرآن بغير الخط العثماني لاختلقت خطوط المصاحف ، وحيلت يسمل
التحريف فيها ، ولم لاتكون هذه ميزة له . كما تميز يا عجز لغته ؟ .

نقط المصروف وسقطه : كان العرب بسليقتهم في غنى عن الشكل والنقط لتمييز
الحروف ومعرفة رسمها ، ولأن اعتمادهم في قراءته على التاني من الحفظة ، فهم
يقرون بقراءتهم .

== واحدة وفيه من المشقة ما لا يخفى مع قوله تعالى : « ولقد يسرنا القرآن للذكر فهل
من مدكر » .

والعرب قوم أميون لا يعرفون الكتابة ولا القراءة إلا قليلا منهم ، فكان من
لطف الله بهم التيسير عليهم في قراءة ما يسمعون من رسول الله .

ولقد أثر أن عمر بن الخطاب سمع هشام بن حكيم يقرأ سورة الفرقان على وجه
غير الوجه الذي حفظه من رسول الله فأخذه إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقرأ كل
واحد منهما عليه ما سمعه منه ، فقال لكل منهما بعد قراءته : هكذا أنزلت ، ثم قال : إن
هذا القرآن أنزل على سبعة أحرف فأقرءوا ما تيسر منها .

تلقى الصحابة هذه القراءات عن رسول الله وأقرءوها للناس كما سمعوا واشتهر منهم
بعد وفاته : أبي بن كعب ، وعثمان بن عفان ، وعلى بن أبي طالب ، وابن مسعود ،
وزيد بن ثابت ، وأبو الدرداء ، وأبو موسى الأشعري .

وعن هؤلاء أخذ كثير من الصحابة والتابعين في الأمصار ، ولما جمع القرآن في
عهد أبي بكر ، ثم نسخ في عهد عثمان ، نسخ بالخط الكوفي خاليا من الشكل والنقط ،
وكانت هذه النسخ تحتل تلك القراءات كلها المأثورة عن رسول الله .

== واشتهر من القراء بعد عصر الصحابة سبعة :

١ — نافع بن أبي نعيم الذي قرأ على تلاميذ ابن عباس وتوفي سنة ١٦٧ هـ .

٢ — عبد الله بن كثير الذي قرأ على تلاميذ ابن عباس أيضا وتوفي سنة ١٢٠ هـ .

٣ — أبو عمر بن العلاء المازني قرأ على تلاميذ ابن عباس أيضا وتوفي سنة ١٥٤ هـ .

٤ — عبد الله بن عامر الذي قرأ على تلاميذ عثمان وعلي وأبي الدرداء وتوفي

سنة ١١٨ هـ

٥ — أبو بكر عامر بن أبي النجود الذي قرأ على تلاميذ عثمان، وعلي، وأبي الدرداء

وابن مسعود، وأبي بن كعب، وزيد بن ثابت، وتوفي سنة ١٢٧ هـ .

٦ — حمزة بن حبيب الذي قرأ على تلاميذ علي وابن عباس، وعثمان، وتوفي

سنة ١٥٤ هـ

٧ — أبو الحسن علي بن حمزة الكسائي قرأ على حمزة بن حبيب وتوفي سنة ١٨٩ هـ .

وهؤلاء كانوا مفرقين في الأمصار الإسلامية . مكة والمدينة والبصرة والكوفة ودمشق وغيرها ، ثم تلا هؤلاء تلاميذ لم يكونوا أقل عناية بالحفظ والضبط ممن تلقوا عنهم من شيوخ القراءات ، بل زادت عنايتهم ، وتلقى عنهم القراء طبقة بعد طبقة حتى اتصل السند الحفظي كما اتصل السند الكتابي .

ولقد اعتمد علماء القراءات في صحة القراءة وقبولها على ثلاثة أمور ، متى توافرت كانت القراءة صحيحة ، ومتى اختلت أو اختل واحد منها كانت إما ضعيفة أو شاذة أو باطلة وهذه الأمور هي :

١ — أن توافق الرسم العثماني .

٢ — أن توافق ، اللغة العربية بوجه من وجوهها .

٣ — أن تكون صحيحة السند .

ولقد عنى العلماء بتلك القراءات وألفوا فيها كثيرا من الكتب وتلقاها الراغبون في تعلمها طبقة عن طبقة ثم زادت عناية الدولة بها ، فأنشئوا معهداً للقراءات يتبع لإحدى كليات الجامعة الأزهرية .

فلما اختلط العرب بالعجم ، وفست الألسنة تشابهت أوضاع الحروف عليهم ، فتوفرت الداعية للنقط والشكل ، وأصبح أمراً لازماً خوف اللحن في القرآن عند قراءته .

ابتدأ ذلك في أوائل عهد الأمويين ، فأمر زياد بن أبيه أمير العراق أبا الأسود الدؤلى المتوفى سنة ٦٩ هـ ، وهو من كبار التابعين المتقنين للقراءة والواضع لعلم النحو في زمن على كرم الله وجهه ، أمره أن يضع للناس علامات تضبط قراءتهم ، فشكل أواخر الكلمات من المصحف الشريف ، وجعل الفتحة نقطة فوق الحرف ، والكسرة نقطة تحته ، والضمة نقطة إلى جانبه ، وجعل علامة الحرف المنون نقطتين ، فانتشرت هذه الطريقة بين الناس وعملوا بها ، ولكنها لم تحفظ الألسنة من اللحن ، فوقع التحريف والتصحيف في القراءة من بعض الناس ، فدعا ذلك إلى إعجام الحروف « نقطها » وشكل أوائل الكلمات وأواسطها وأواخرها .

قام بالأعجام نصر بن عاصم المتوفى سنة ٩٠ هـ بأمر الحجاج الثقفي ، وقام بالشكل الخليل بن أحمد المتوفى سنة ١٧٠ هـ ، ففسر الشكل الذي وضعه أيو الأسود ، وجعل الفتحة ألفاً مسطوحة فوق الحرف ، والكسرة ياء تحته ، والضمة واو أو آ في أعلاه ، ووضع علامات للبد والتشديد ، وهكذا تدرج الشكل حتى وصل إلى وضعه الحال .

ثم غنى القراء والحفاظ بوضع علامات الفصل والوقف ، وزادت العناية به ، فوضعوا أحكام التجويد والقراءات ، وكل ذلك لم يغير رسم الكلمات الأصلية فلا يقال : إنكم غيرتم الرسم العثماني ؟

٢ - السنة

«معناها. المراد بها هنا . منزلتها من القرآن . تدوينها
الاختلاف فيها . دليل اعتبارها من القرآن ،

السنة في اللغة الطريقة المعتادة ، ومنه قوله تعالى «فلن تجد لسنة الله تبديلا»
«ولن تجد لسنة الله تحويلا» (١) ، وقول رسول الله : « من سن سنة حسنة فله
أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة ، ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها
ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة ،

وفي اصطلاح الشرع استعمل لفظ السنة في معنى أخص من المعنى اللغوي
وهو الطريقة المعتادة في العمل بالدين ، أو الصورة العملية التي بها طبق النبي
صلى الله عليه وسلم وأصحابه أوامر القرآن حسبما تبين لهم من دلالة القرآن
ومقاصده .

ويراد بها في هذا الموضع ما روى عن رسول الله من أقوال وأفعال
وتقريرات ، فهي بهذا المعنى مصدر من مصادر التشريع في المرتبة الثانية بعد
القرآن ، وهي بالنسبة إليه شارحة ومبينة ومؤكدة ، لأنها قد تبين مجملاته ،
مثل قول الرسول « صلوا كما رأيتموني أصلي » المبين لقوله تعالى « أقيموا
الصلاة » ، ومثل قوله « هاتوا ربع عشر أموالكم » ، وما في معناه المبين لقوله
تعالى « وآتوا الزكاة » ، ومثل بيانه لأعمال الحج والعمرة ، والبيع والربا إلى
غير ذلك .

وقد تكون مؤكدة لما جاء فيه ، مثل حديث « استوصوا بالنساء خيراً ، فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله ، فإنه مؤكد لقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ، وحديث « لا يحل مال امرئ إلا بطيب من نفسه » ، فإنه مؤكد لقوله تعالى « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، وأحاديث تحريم شهادة الزور ، وقتل النفس المعصومة ، والزنى ، وأحاديث حقوق الوالدين وغيرها .

وهي من ناحية بيانها وتوكيدها فيها معنى التبعية للقرآن ، وهذا لا ينفي كونها مصدر أمستقلاً للتشريع (١) ، لأنها أتت بأحكام كثيرة لم يرد ذكرها في القرآن مثل حديث « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ، وحديث « لا تنكح المرأة على عمتها أو خالتها ، ولا المرأة على ابنة أخيها أو أختها إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » ، وكالحديث الذي بين ميراث الجدة ، وأن لبنت الابن السدس

(١) يقول الإمام الشافعي في رسالته .. « لم أعلم من أهل العلم مخالفاً في أن سنن النبي صلى الله عليه وسلم من ثلاثة وجوه . أحدها ما أنزل الله عز وجل فيه نص كتاب فسنن رسول الله مثل ما نص الكتاب ، والآخر ما أنزل الله عز وجل فيه جملة فبين عن الله معنى ما أراد ، والوجه الثالث : ما سن رسول الله مما ليس فيه نص كتاب » . ويقول ابن القيم : والمسننة مع القرآن على ثلاثة أوجه .

أحدها : أن تكون موافقة له من كل وجه ، فيكون توارد القرآن والسنة على الحكم الواحد من باب توارد الأدلة وتضافرها .

ثانيهما : أن تكون بياناً لما أريد بالقرآن وتفسيراً له ، وهو يشمل تفصيل المجمل وتقييد المطلق وتخصيص العام .

ثالثها : أن تكون موجبة لحكم سكوت القرآن عن إيجابه ، أو محرمة لما سكوت عن تحريمه .

منع ألبنث وحديث صدقة الفطر، وكذلك أوجبت الدية على العاقلة ، وحديث منع القتال من الميراث ، ومنع التوارث بين المسلم والكافر وغير ذلك .

وليس كل ما نقل عن الرسول من أقوال وأفعال وتقريرات يعتبر مصدراً تشريعياً ، فإن ما صدر عنه باعتباره بشراً وإنساناً كالأكل والشرب والنوم والقيام والمشى وغيرها ليس من التشريع فى شىء ، وكذلك ما ثبت بالدليل أنه خاص به ، كالوصال فى الصوم ، والجمع بين أكثر من أربع من النساء، وزواجه بغير مهر فى بعض الأحيان ، كل ذلك لا يجب الاتباع فيه . بل هو خاص به صلى الله عليه وسلم ، ويلحق بذلك اجتهاداته فى الأمور الدنيوية ، كنهيه عن تأبير النخل ، وتنظيم الجيوش وغيرها ، وما عدا ذلك هو المصدر التشريعى الواجب علينا اتباعه فيه .

ثم إن نصوص السنة تختلف فى دلالتها على الأحكام - كاختلاف دلالة القرآن - فمنها ما هو قطعى الدلالة إذا كان النص لا يحتمل إلا معنى واحداً . ومنها ما هو ظنى الدلالة إذا كان النص يحتمل معنيين أو أكثر .

ترويض السنة : من الثابت المعلوم أن السنة لم تكتب فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كتب القرآن ، لأن لرسول نهام (١) عن كتابتها خوف اختلاطها بالقرآن ، وتوفى رسول الله وهى محفوظة فى صدور أصحابه كل على مقدار استعداده ، ومبلغ حضوره مجالس الرسول ، فبينما نرى واحداً منهم لا يحفظ إلا طائفة قليلة من الأحاديث إذ بنا نجد غيره يحفظ الآلاف منها ، ولم

(١) روى مسلم وأحمد والترمذى والنسائى عن أبى سعيد الخدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تكتبوا عني شيئاً سوى القرآن فمن كتب عني غير القرآن فليمحجه » وروى مسلم عن أبى سعيد أيضاً قال « حرصنا أن يأذن لنا النبى فى الكتابة فأبى »

يروى لنا التاريخ أنه كتب شيء منها في عهده إلا ما قيل: إنه كان لعبد الله بن عمرو ابن العاص صحيفة تسمى الصادقة دون فيها بعض الأحاديث ، وما روى كذلك عن علي كرم الله وجهه .

وفي خلافة أبي بكر رضى الله عنه لم يفكر أحد في تدوينها للسبب السابق ، ولقصر مدة هذه الخلافة ، فلما وليا عمر رضى الله عنه عرضت له فكرة التدوين فشاور الصحابة فيها ، فأشاروا عليه بجمعها ولكنه مكث شهراً يستخير الله حتى انتهى إلى العدول عن هذا الأمر لأسباب منها :

أنه وجد هذا العمل يصعب تنفيذه ، لأن رسول الله توفي تاركا سنته موزعة في صدور أصحابه وهم كثيرون ، تفرقوا في البلدان ، ولا يمكن جمعهم في مكان واحد ، ولو فرض إمكانه فلا يمكن كل واحد منهم أن يقول ما عنده مرة واحدة ، لأنها أقوال يتذكرها حافظها عند المناسبات ، كما كان يخشى احتلاطها بالقرآن ، واشتغال الناس بها عنه (١) .

ولم يقف الأمر به عند هذا الترك ، بل تخطاه إلى نهيه لهم عن كثرة الرواية وتخويفهم من ذلك ، وبعد هذا كان يتشدد في قبول الحديث — كما سبقت الإشارة إليه .

(١) جاء في كتاب بيان العلم لابن عبد البر ج ١ ص ٦٤ بهذا الشأن ما يلي :

روى عروة بن الزبير أن عمر بن الخطاب أراد أن يكتب السنن واستشار فيه أصحاب رسول الله ، فأشار عليه عامتهم بذلك ، فليث شهراً يستخير الله في ذلك شاكا فيه ، ثم أصبح يوما وقد عزم الله له ، فقال : إني كنت ذكرب لكم من كتابة السنن ما قد علمت ، ثم تذكرت فإذا أنا من أهل الكتاب من قبلكم قد كتبوا مع كتاب الله كتباً فأكبوا عليها وتركوا كتاب الله ، وإني والله لا ألبس كتاب الله بشيء فترك كتابة السنن ،

ثم عرضت هذه الفكرة للخليفة العادل عمر بن عبد العزيز في أواخر حياته
ففي سنة ١٠٠ هـ أمر أبا بكر ابن حزم قاضي المدينة (١) أن يجمع السنة ، فامتثل
ولكن الخليفة توفي بعد عام واحد في سنة ١٠١ هـ ، والعام لا يكفي لتحقيق هذا
الطلب حينذاك ، ولم يعن من جاء بعده من خلفاء بني أمية بهذا الأمر لاشتغالهم
بالسياسة وإدارة الحكم ، إذا استثنينا ما روى عن هشام بن عبد الملك أنه لما
تولى الحكم سنة ١٠٥ هـ حث ابن شهاب الزهري على تدوين الحديث ، بل قيل
إنه أكرهه على ذلك ، وتوفي هشام سنة ١٢٥ هـ .

وفي عهد العباسيين جمعت السنة ، وابتدأ تدوينها في منتصف القرن الثاني
- تقريباً - في مكة والمدينة والشام ومصر والكوفة والبصرة ، وكل بلد إسلامي
وجد به علماء دونوا السنة . أمثال الإمام مالك بالمدينة ، والإمام الأوزاعي
بالشام ، والإمام الليث بن سعد بمصر ، وسفيان الثوري بالكوفة إلا أن هذه
المجموعات لم يصلنا منها إلا القليل ، مثل كتاب الموطأ للإمام مالك بن أنس .
وهو يعطينا صورة عن الكتب التي ألفت في السنة حينذاك ، وهي أنها كانت
خليطاً من الأحاديث ، وأقوال الصحابة ، وفتاويهم ، ولم يعن أصحابها بالسنة
عناية من جاء بعدهم من تخصص في جمع الأحاديث وترتيبها .

تلك هي الخطوة الأولى في جمع السنة ، ثم تلتها الخطوة الثانية ، وفيها عنى
أصحابها بإفراد حديث رسول الله عن فتاوى الصحابة . وأقوال التابعين وكانت
هذه الخطوة على رأس المائتين ، ولكنها ابتدأت بطريقة المسانيد ، وهي جمع
أحاديث كل صحابي على حدة في جميع الأبواب ، وهذه وإن كانت جردت
الأحاديث من غيرها إلا أنها لم تفرد الصحيح من غيره .

(١) تولى قضاء المدينة سليمان بن عبد الملك ولعمر بن عبد العزيز وتوفي سنة

وفي القرن الثالث ظهرت طريقة جديدة وهي تمييز الأحاديث الصحيحة من غيرها ، والبحث عن الرواة ، فكان هذا أزهى عصور الحديث ، وفيه ألف البخاري المتوفى سنة ٢٥٦ هـ ، ومسلم بن الحجاج المتوفى سنة ٢٦١ هـ صحيحهما (١) وأبو داود المتوفى سنة ٢٧٥ هـ . وابن ماجه سنة ٢٧٥ هـ . والترمذي سنة ٢٧٩ هـ والنسائي سنة ٣٠٣ هـ سنتهم . وكتب هؤلاء هي المعروفة بالكتب الستة . ويلحق بها مسند الإمام أحمد المتوفى سنة ٢٤١ هـ

ولقد كان عدم تدوين السنة سبباً من أسباب وضع الأحاديث ، والكذب على رسول الله ، فظهرت طائفة من الناس تؤلف المقالات ، وتنسبها إلى رسول الله ، لأسباب عديدة (٢) . مما دعا العلماء إلى زيادة العناية بالسنة ،

(١) مكث البخاري في تأليف كتابه ست عشرة سنة وأخرجه من ٦٠٠ ألف حديث وعدد أحاديثه كما قال الحافظ ابن حجر في شرحه له ٢٥١٣ :
أما مسلم فألف كتابه من ٣٠٠ ألف حديث مسموعة وبلغ أحاديثه أربعة آلاف حديث دون المكرر .

(٢) منها الخصومة السياسية التي وقعت بين الشيعة وغيرهم ، وبين الأمويين والعباسيين والتنافس بين العرب والموالي أدى إلى وضع أحاديث فضل العرب على العجم وبالعكس ، والتعصب للمذاهب الفقهية والكلامية أدى إلى وضع أحاديث في فضل الأئمة ، ومنها التساهل في باب الفضائل والترغيب . كما حكى عن نوح بن أبي مزيم أنه وضع أحاديث في فضل سور القرآن ، فلما سئل عن ذلك قال : لما رأيت اشتغال الناس بفقهاء أبي حنيفة ومغازي محمد بن اسحاق وأعرضوا عن حفظ القرآن وضعت هذه الأحاديث حسبة لله تعالى .

ومنها التقرب إلى الحكام بوضع ما يوافق هواهم . كالذي حكم عن غياث بن ابراهيم أنه دخل على المهدي بن المنصور وكان يعجبه اللعب بالخمام ، فروى له حديث لاسبق إلا في خلف أو حافر (أوجناح) فأمر له بعشرة آلاف درهم ولما خرج قال : « أشهد =

والدفاع عنها ، وكشف حيل المحتالين ، وفضح أعمال الكذابين ، فوضعوا القواعد لقبول الحديث ، أو رده .

كما كان سبباً في انقسام الأحاديث باعتبار كثرة رواها ، وقلتهم إلى أحاديث متواترة ، وأخرى غير متواترة ، وهذه تنوعت باعتبار مركز راويها ، ومقدار

== أن قفاك قفا كذاب ما قال رسول الله أوجناح ، ولكنه أراد أن يتقرب إلينا ، ثم أمر بالحمام فذبح)

وتروى هذه القصة بأن الرشيد كان يعجبه اللهو بالحمام فأهدى إليه حمام وعنده أبو البخترى القاضي تولى قضاء المدينة ثم ولى قضاء بغداد بعد أبي يوسف وأوفى سنة ٢٠٠ في خلافة المأمون .

فقال: روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: لا سبق إلا في خف أو حافر أو جناح فزاد وجناح وهي لفظة وضعها للرشيد فأعطاه جائزة سنوية ولما خرج قال الرشيد: لقد علمت أنه كذاب وأمر بالحمام أن يذبح فقبل له : وما ذنب الحمام ؟ قال: من أجله كذب على رسول الله .

وأخيراً القصد إلى إفساد هذا الدين من الخاقدين عليه الذين دخلوه تقيية ، فلقد روى أن عبد الكريم بن أبي العوجاء الوضاع لما أخذ لتضرب عنقه بعد أن اشتهر عنه ذلك قال: لقد وضعت فيكم أربعة آلاف حديث أحرم فيها وأحلل .

ولقد تنبه العلماء المخلصون إلى هذه الظاهرة فامتنعوا عن سماع تلك الأحاديث ولم يقبلوا منها إلا ما وثقوا بصحته ثم وضعوا قواعد الجرح والتعديل لتوزن بها الأحاديث ويظهر أن هذا الوضع بدأ في عهد الصحابة لما رواه مسلم بسند أن بشيراً العدوى جاء إلى ابن عباس فجعل يحدث ويقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال فجعل ابن عباس لا يأذن لحديثه ولا ينظر إليه ، فقال: يا ابن عباس مالي لا أراك تسمع لحديثي ؟ أحدثك عن رسول الله ولا تسمع . فقال ابن عباس : إنا كنا مرة (زمناً) إذا سمعنا رجلاً يقول: قال رسول الله ابتدرته أبصارنا وأصغينا إليه بأذاننا فلما ركب الناس الصعبة والنلول لم نأخذ من الناس إلا ما نعرف .

الثقة فيه إلى أحاديث صحيحة ، وأخرى حسنة ، وثالثة ضعيفة ، كما تنوعت باعتبارات أخرى إلى أحاديث موصولة ، وأخرى منقطعة ، وأحاديث مرفوعة ، وأخرى مرسلّة أو موقوفة ، وغير ذلك مما هو معروف في علم مصطلح الحديث .

ومن هنا لم يكن ثبوتها كشبوت القرآن ، لأنه نقل كله بطريق التواتر القطعي فكان مقطوعاً بأنه كلام الله ، وأما السنة فقد كان منها المنقول بطريق التواتر ، ومنها المنقول بطريق الشهرة ، ومنها المنقول بطريق الآحاد . بعضه موصول السند ، وبعضه غير موصول . الأمر الذي أدى إلى الاختلاف في كون السنة تعتبر مصدراً تشريعياً كالقرآن أولاً .

وقد اتفق جمهور المسلمين على اعتبار السنة مصدراً من مصادر التشريع تلي القرآن في المرتبة ، لأنهم ما كانوا يلبثون إلّا إذا لم يجدوا نصّاً في كتاب الله ، أو وجدوه بجملاً غير مفصل . وإن اختلفوا في شروط اعتبارها .

وقد تقدم عند الكلام على المذاهب ما يشترطه كل إمام في الحديث الذي يعمل به .

وخالف في ذلك طائفة شذت ، فذهبت إلى أن السنة لا يعمل بها إلّا إذا وافقت القرآن ، مستندين إلى حديث طعنه العلماء بأنه موضوع مكذوب على رسول الله وهو : « ما آتاكم عنى فاعرضوه على كتاب الله فإن وافق كتاب فآنا قلته ، وإن خالف كتاب الله فآنا لم أقله ، وكيف أخالف كتاب الله وبه هدى الله ، فلقد قال فيه عبد الرحمن بن ممدى : الزنادقة والخوارج وضعوا ذلك الحديث وقال قوم : إننا عرضنا هذا الحديث على كتاب الله - كما يقول أصحابه - فوجدناه

مخالفاً له ، لأننا وجدنا كتاب الله يأمر بطاعة الرسول ، ويحذر من مخالفته ،
ويطلق التأسى به (١)

وهذه الطائفة المشككة انقرضت وأرخت عليها التاريخ ستار النسيان والحمد لله
والدليل على اعتبار السنة مصدراً تشريعياً ما جاء في القرآن من الآيات
الدالة على ذلك منها .

قوله تعالى : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » (٢) وقوله :
« وأطيعوا الله والرسول » ، وقوله « فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم
فتنة أو يصيبهم عذاب أليم » (٣)

وأخيراً يقول رسول الله « تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما
كتاب الله وسنتي » ويقول « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي » .

(١) أنظر الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١٨ ، ١٩ ، وكتاب (إيقاظ همم أولى
الأبصار ص ٤٨ للشيخ المحدث الفلاني نسبة إلى فلان قبيلة في السودان المتوفى سنة
١٢١٨ هـ . ولقد روى أبو يوسف في كتابه الرد على سيرا الأوزاعي ص ٢٥ وما بعدها
هذا الحديث بصدد تأييد مذهبه في الإقتصار من الأحاديث على ما اشتهر منها ، فهو
يقصد أن حديث الآحاد لا يقبل إلا إذا وافق كتاب الله وما اشتهر من أحاديث
رسول الله ، يؤيد ذلك أن المعلق على الكتاب العلامة أبو الوفا الأفعاني ذكر عدة
روايات لهذا الحديث جاء فيها رواية تقول : (إنه سيأتيكم عن أجاديث مختلفة فما
آتاكم موافقاً لكتاب الله وسنتي فهو مني ، وما آتاكم مخالفاً لكتاب الله وسنتي فليس
مني) ، ثم نقل عن المعتصر من المختصر من مشكل الآثار ص ٦٢ أن الطحاوي قال :
والحاصل أن الحديث المروي إذا وافق الشرع وصدقه القرآن وما تظاهرت به الآثار
ولوجود معناه في ذلك وجب تصديقه ، لأنه إن لم يثبت القول بذلك اللفظ فقد ثبت
أنه قال معناه بلفظ آخر . . وإن كان الحديث المروي مخالفاً للشرع يكذبه القرآن
والأخبار المشهورة وجب أن يدفع ويعلم أنه لم يقله وهذا ظاهر .

(٣) النور : ٦٣

(٢) الحشر : ٢٧

المصادر التبعية : النوع الأول :

١ - الإجماع ^(١)

تعريفه . إمكان تحققه . محل دلالته .
أنواعه . أمثلة مما ثبت به .

الإجماع هو المصدر الثالث من مصادر الفقه الإسلامى ، والعلماء مختلفون فى تعريفه ، وأحسن ما قيل فيه : « إنه اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته فى عصر من العصور على حكم شرعى » .

ومعنى ذلك . أن تقع حادثة بعد عصر الرسول لا يوجد نص صريح فى حكمها فيجتهد فيها المجتهدون كلهم . سواء أكانوا مجتمعين فى مكان واحد أم غير مجتمعين ، ثم ينتهى اجتهادهم إلى التوافق فى النتيجة واتحاد الحكم .

وكما اختلفوا فى التعريف اختلفوا فى إمكان تحققه :

والذى نراه فى هذا الأمر المختلف فيه . أنه كان ممكن التحقق فى عهد الخليفين أبى بكر وعمر رضى الله عنهما لقلة عدد الفقهاء المجتهدين ، واجتماعهم فى بلد واحد ، وإمكان معرفة رأى من كان خارج المدينة ، وتقرر مبدأ الشورى بينهم ، ومع كل ذلك فقد ثبت أن بعض ما قيل إنهم أجمعوا عليه كان رأى الأغلبية .

وأما بعد هذا العصر فقد تفرق العلماء فى الأمصار الإسلامية ، وزاد هذا

(١) اخترنا أن يكون الإجماع من المصادر التبعية . لأننا نريد بها ما جاء عن طريق الاجتهاد ، وهو محتاج دائماً إلى دليل يستند إليه .

التفرق ما جد من الأحداث السياسية ، وغير السياسية التي يتعذر معها الاتفاق ، أو على الأقل يتعذر معها معرفة رأى كل المجتهدين في المسألة (١) .

ثم إن الاتفاق وقع على مسائل هي معلومة من الدين بالضرورة ، وهي التي ثبتت بالقرآن ، أو بالسنة المتواترة ثبوتاً قاطعاً لا شك فيه ، مثل فرضية الصلاة ، وكونها خمساً ، وفرضية الزكاة والحج ، وصوم رمضان ، وما شابه ذلك مما اتفق عليه المسلمون جميعاً ، والإجماع في أمثال هذه المسائل لا يعتبر دليلاً لأنها ثابتة قبله بأدلة قطعية متواترة لا شبهة فيها .

وإنما يعتبر دليلاً في المسائل الاجتهادية التي لا يوجد لها دليل قاطع ، بل وجد لها دليل ظني سواء أكان حديثاً أم قياسياً ، فإذا اجتهدوا واتفقوا على دلالة هذا الدليل الظني أفادنا ذلك الاتفاق أن مدلول هذا الدليل هو مراد الشارع ، وانتقلت دلالاته من الظنية إلى القطعية .

وبعد هذا فالإجماع كما يقول علماء الأصول نوعان : صريح ، وسكوتي

(١) من أجل ذلك لم يحزم الإمام الشافعي بتحقيقه مع اعترافه به كدليل إن وجد فيقول في رسالته ص ٥٣٤ : لست أقول ولا أحد من أهل العلم يقول هذا مجمع عليه إلا لما لا تلقى عالماً ابداً إلا قاله لك ، وحكاه عن من قبله ، كالظهر أربع وكتحريم الخمر ، وما أشبه ذلك ،

ويوافقه الإمام أحمد بن حنبل في هذه الدعوى فيقول : ما يدعى فيه الرجل الإجماع فهو كذب . من ادعى الإجماع فهو كاذب . لعن الناس اختلفوا ، وفي رواية أخرى يعتبر الإجماع دليلاً ، ولكنه يكتفي باتفاق الأكثر مع مخالفة الأقل وليس بين الروايتين تناقض ، لأن الأولى تحيل اتفاق الكل عادة ، والثانية تعتبر اتفاق الأكثر وهو المتصور وقوعه في العادة .

الأول : أن يتفق كل المجتهدين بالقول أو بالفعل على حكم شرعي مجتهد فيه ، وهذا لانزاع في حجيته عند جمهور المسلمين متى وجد .

الثاني : أن يتكلم البعض بالحكم ، ويسكت الياقون من غير موافقة أو مخالفة صريحة ، أو يفعل البعض الشيء ، ويسكت الياقون كذلك .

وهذا النوع مختلف فيه . فمن الفقهاء من اعتبره دليلا ، لأنه يعتبر السكوت موافقة على ما صدر من البعض ، ولو كان غير صواب لأنكروا عليهم ، ويدينوا خطأهم .

ومنهم من لم يعتبره دليلا معللين ذلك بأن السكوت كما يحتمل الموافقة يحتمل غيرها ، ولا دلالة مع الاحتمال ، وعلى كل حال فأهل السنة من المسلمين يعتبرون الإجماع دليلا (١) شرعياً ، ومصدرا من مصادر الفقه الإسلامي متى تحقق بعد عصر الرسالة .

والشيعة يوافقون على اعتباره دليلا ، لكنهم جعلوا أهل الإجماع العلماء منهم فقط ، فالمعتبر في تحققه هو اتفاق علمائهم وافقهم غيرهم أولا .

(١) لم تنفرد الشريعة الإسلامية باعتبار الإجماع مصدرا من مصادر التشريع ، بل الشرائع الوضعية اعتبرته كذلك ، بل هو عندهم أساس لكل القوانين تشريعا وتطبيقا . ألا ترى أن القوانين لا تصدر إلا بموافقة أغلبية الهيئات التشريعية ، وأن النظريات القانونية التي يجمع عليها معظم الفقهاء لها قوة ملزمة وإن لم يصدر بها تشريع ، يجمع وأن القوانين الوضعية تجعل الحكم عند تعدد القضاة واختلافهم لرأي الأغلبية ؛ وعند اختلاف دوائر المحاكم العليا في تقرير المبادئ القانونية ؛ أو تفسير النصوص يكون الحكم لأغلبية قضاة الدوائر مجتمعين . وهذا من غير شك لا يقارب الإجماع الذي صورته العلماء المسامون ، ومع ذلك اعتبروه ملزما .

وأما الخوارج فلا يعترفون بالاجماع ، لأنهم خرجوا على الجماعة ، وحكموا بتكفير علي وعثمان والحكمين وكل من رضى بالتحكيم .

ومن أمثلة ما ثبت من الأحكام بالاجماع .

توريث الجد السدس عند عدم الأب مع وجود الابن ، فإنه ثابت بإجماع الصحابة ، وكذلك حكمهم بمشاركة الجدة لأب للجدة لأم في السدس إذا كانت كل منهما وارثة ، وكذلك تخريم شحم الخنزير ، فإن القرآن حرم لحمه ، ولم يعرض للشحم ، وكذلك إجماع الصحابة على جمع القرآن في مصحف واحد في زمن أبي بكر ، ومثله زيادة الأذان الثاني يوم الجمعة على الزوراء ، وهي دار في سوق المدينة في عهد عثمان لما كثرت المسلمون .

٢ - القياس

تعريفه . أركانه . مرتبته بين الأدلة . أمثلته .

القياس إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص في الحكم الشرعي الثابت للمنصوص عليه لاشتراكهما في علة هذا الحكم ، ومعنى هذا . أن توجد حادثة لم يرد في حكمها نص خاص ، فتلحق بحادثة أخرى مشابهة لها قد ورد فيها نص ، فيثبت حكم الحادثة المنصوص عليها للحادثة الأخرى إذا وجدت علة الحكم فيها .

وله أربعة أركان :

١ - المقيسى عليه : وهو الحادثة التي ورد النص ببيان حكمها ، ويسمى الأصل .

٢ — المقيس: وهو الحادثة التي لم يرد فيها النص ، ويراد معرفة حكمها ،
ويسمى الفرع .

٣ — المحكم : وهو الحكم الشرعي الذي يثبت به المجتهد للفرع بعد أن
كان ثابتاً في الأصل بالنص .

٤ — العلة: وهي الوصف الذي شرع لأجله الحكم في الأصل ، وتبين
وجوده في الفرع ، ومن أجله ثبت الحكم له .

والقياس يأتي في المرتبة الرابعة ، وهو مختلف فيه ، ولكن جمهور الفقهاء
يذهبون إلى اعتباره ، وإن كان تابعا للأدلة الأخرى ، لأنه لا يثبت به حكم
إلا إذا ثبت الحكم في الأصل بدليل من الأدلة الثلاثة السابقة ، ولذلك قالوا عنه
إنه أصل من وجه وفرع من وجه .

ومع هذه التبعية وتأخره في المرتبة فهو أوسع دائرة من الأدلة السابقة ،
لأن النصوص من القرآن والسنة على كثرتها لم تثبت أحكام كل الحوادث ،
بل بعضها فقط ، والإجماع قليل الحصول لاختلاف المجتهدين ، وتباعد أماكنهم
والقياس لا يشترط فيه اتفاق المجتهدين ، بل هو عمل فردي لكل مجتهد ،
والحوادث تتجدد كل يوم ، وتختلف باختلاف البلدان ، وليس لها من دليل
غير القياس الذي يلحقها بما هو منصوص عليه أو مجمع عليه .

ومن أمثلة القياس الشرعي :

١ — جاء النص بکراهية البيع وقت النداء للصلاة يوم الجمعة ، وهو قوله
تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله
وذروا البيع » (١) ؛ والعلة في ذلك هي أن البيع في هذه الحالة يشغل الإنسان

(١) الجمعة — ٩

عن الصلاة ، فقاس الفقهاء على البيع كل ما يشغل كالأجارة والرهن ، وكل
معاملة ، وأعطوها حكم البيع .

٢ - ورد النص بعدم إرث القاتل لمورثه المقتول ، وهو حديث .
« لا يرث القاتل ، والعلة في ذلك هي أن القاتل استعجل الإرث قبل أوانه ،
فيرد عليه قصده ، فقاس الفقهاء على ذلك قتل الموصى له الموصى فمنعوه من
استحقاق المال الموصى به ، الأصل هنا الوارث القاتل ، والفرع الموصى له
القاتل ، والحكم هو حرمانه من الحق الذي كان ثابتاً له ، والعلة استعجال كل
منهما أخذ الحق قبل أوانه .

٣ - ورد النص في اعتبار سكوت الفتاة البكر عند عقد الزواج إذا
استأذنها وليها رضا منها ، وتوكيلاً له ، وهو حديث « البكر تستأذن وإذنها
صماتها » . فقاس الفقهاء على ذلك سكوتها عند عليها بتزويج الفضولي لها ،
واعتبروه إجازة لهذا العقد ، وكأنه توكيل سابق .

٤ - ورد النص بتحريم الخمر وهو النى من ماء العنب إذا غلى واشتد
وقذف بالزبد ، فقاس الفقهاء عليها كل مسكر من غير ماء العنب لوجود العلة ،
وهي الاسكار .

النوع الثاني :

١ - الاستصلاح أو المصالح المرسله

معنى المصلحة . أنواعها . المتفق عليه منها .
والمختلف فيه . أمثلتها . موقف الأئمة منها .

تحريره : قصد الشارع بشرعية الأحكام تحقيق المصالح للناس ، ودفع
المفاسد عنهم ، والمصالح هي المنافع ، والمفاسد هي المضار ، وأن الشارع عند
شرعه للأحكام أباح ما غلبت منفعته ، وحرم ما غلبت مفسدته ، ولم يسر مع
رغبات الناس وأهوائهم ، يدل لذلك قوله تعالى : « ولو اتبع الحق أهواءهم
لفسدت السموات والأرض ، (١) . وقوله : « وأن أحكم بينهم بما أنزل الله
ولا تتبع أهواءهم ، (٢) .

وعلى هذا انقسمت المصالح إلى ثلاثة أنواع :

الأول : ما قام الدليل الشرعي على اعتبارها وأمثلته كثيرة ، منها حفظ
النفس الذي شرع من أجله القصاص ، وتحريم الاعتداء عليها ، وحفظ المال
الذي حرم أكله بالباطل ، وأوجب ضمانه عند التعدي ، وحفظ العقول الذي
دل على رعايتها تحريم الخمر وسائر المسكرات .

الثاني : ما قام الدليل على إلغائها ، ومثاله الاستسلام إلى العدو فقد يظهر
لأول نظرة أن فيه مصلحة ، وهي حفظ النفس من القتل ، ولكن هذه المصلحة
لم يعتبرها الشارع ، بل ألغاهها لمصلحة أرجح منها ، وهي احتفاظ الأمة بالعزة
والكرامة ، وفي الاستسلام مفاسد كثيرة ، فدفع العدو بالقتال دفع لهذه
المفاسد وجلب للمصالح العظيمة .

الثالث : ما لم يقيم دليل من الشرع على اعتبارها أو إلغائها ، وهذا النوع يسمى بالمصالح المرسلّة ، وسميت مرسلّة . لأنها مطلقة عن دليل اعتبارها أو إلغائها ، ومن العلماء من سمي هذا الدليل بالاستصلاح ، ومعناه : العمل بالمصلحة ، ومثالها . قضاء الصحابة بتضمين الصناع ، فإذا دفع شخص لواحد من هؤلاء ثوباً أو غيره ثم هلك ، ولم يقيم البيّنة على أنه تلف بغير سبب منه فيقضى على الصناع بضمانه عملاً بالمصلحة ، ووجه المصلحة في هذا أن الناس محتاحون إلى التعامل مع هؤلاء ، وهم يغيّبون الأمتعة عن أعين أصحابها . وليس من شأنهم الاحتياط في حفظها ، فمن المصلحة تضمينهم لتلا تضيع أموال الناس ، وفي هذا يقول على كرم الله وجهه : « لا يصلح الناس إلا ذاك » (١) .

ومن هذا النوع قتل الجماعة بالواحد . فإنه لم يرد دليل خاص باعتباره أو إلغائه ، فلو لم يقتل الجماعة بالواحد عند اشتراكهم في قتله لأدى ذلك إلى إهدار الدماء .

ومن ذلك جمع المصحف في زمن أبي بكر ، وتوجيهه في زمن عثمان ، وحق ولي الأمر في فرض ضريبة على الأغنياء إذا اقتضت مصلحة الدولة ذلك

(١) ولما كان هذا محل اجتهاد اختلف أئمة الحنفية فيه ، فأبو حنيفة لا يقول بضمانه إلا بالتعدي ، فلو هلك بسبب لا تعدى فيه ولو كان يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان ، لأن سبب الضمان أحد أمرين : العقد أو التعدي ، وخالف أبو يوسف ومحمد فذهبوا إلى تضمينه كما أفتى على كرم الله وجهه ، يقول نضر الإسلام في أصوله ج ٣ ص ٩٢٧ : وقال أبو يوسف ومحمد في الأجير المشترك إنه ضامن ، وروياً ذلك عن علي ، وخالف ذلك أبو حنيفة بالرأى .

موقف الأئمة من هذا الدليل: اختلف الأئمة في هذا الدليل . فمنهم من رده ومنهم من عمل به ، وبعض العلماء ينسب العمل به إلى الإمام مالك مدعياً أن غيره من الأئمة لم يعمل به ، والحق أن كثيراً من الأئمة اعتبروه ، والاختلاف بينهم إنما هو في التوسع فيه ، ولا شك في أن الإمام مالك هو الذي توسع فيه أكثر من غيره .

ولكن ينبغي التنبيه إلى أن من عمل بالمصلحة من الأئمة لم يعمل بها مطلقة من القيود ، بل قيدها بشروط يقربها من الأصول الشرعية ، فمن الشروط التي شرطوها :

- ١ - أن تكون المصلحة محققة ، فلا يصح العمل بها في أمر موهوم .
 - ٢ - أن تكون عامة . على معنى ألا تكون قاصرة على شخص معين .
 - ٣ - أن تكون معقولة بحيث لو عرضت على العقول السليمة قبلتها .
- ومع هذه الشروط لا يوجد محل للطعن في العمل بالمصالح بما قيل : إن إباحة العمل بها يفتح الطريق أمام العوام للتصرف في أحكام الشريعة على حسب أهوائهم ، وأنه يفضي إلى اختلاف الأحكام باختلاف الأزمنة .
- أقول لا محل للطعن بذلك ، لأن تلك الشروط تخرجها عن أن تكون في متناول العلماء الذين لم يبلغوا درجة الاجتهاد فضلاً عن العوام .
- واختلاف الأحكام باختلافها ليس عيباً ، بل هو من محاسن الشريعة . لأن كل مجتهد يفتي بالمصلحة التي تناسب البيئة التي يعيش فيها بعد تقدير ظروفها وملاساتها .

٣ _ الاستحسان

آراء الأئمة فيه . حقيقته . أمثله .
الفرق بينه وبين المصالح المرسل .

هذا المصدر مختلف فيه بين الأئمة ، فقد أنكره الشافعي أشد الإنكار في كتابيه الأم ، والرسالة ، حتى قال فيه قولته المشهورة : « من استحسن فقد شرع » ، واعتبره الأئمة الثلاثة . أبو حنيفة ، ومالك ، وأحمد بن حنبل (١) .

وهذا الخلاف لاحقيقة له ، لأن الاستحسان الذي نفاه الإمام الشافعي ليس هو الذي جعله غيره دليلاً ، حيث إن كلامه يدل على أنه قول بالهوى من غير سند شرعي ، ولما وضحت حقيقة الاستحسان على يد تلاميذ أبي حنيفة وأتباعه سلم به أتباع الشافعي .

ولقد نقل في تعريف الاستحسان عبارات كثيرة أحسنها في نظري ، ما قاله أبو الحسن الكرخي من الحنفية .

(١) قال ابن العربي من المالكية : الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين ، وقال القاضي من الحنابلة : الاستحسان مذهب أحمد بن حنبل ، وهو أن يترك حكم إن حكم هو أولى منه ، وهذا لا ينكره أحد ، وقال الشاطبي المالكي : إن موضع الاستحسان إذا كان العمل بالقياس يؤدي إلى فوت مصلحة أو جلب مفسدة فيجب تركه حينئذ لما فيه من الحرج ؛ والله يقول : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » ، وروى عن الإمام مالك أنه قال : « الاستحسان تسعة أعشار العلم » ، وقال أصبغ : « الاستحسان عماد العلم » .

« إنه العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضى هذا العدول » .

ومعنى ذلك أنه يوجد فى المسألة دليلان ، أحدهما عام أو ظاهر ، والآخر خاص أو خفى ، فكان مقتضى الظاهر أن تأخذ حكم نظائرها بما دل عليه الدليل الظاهر ؛ ولكن بعد التأمل وجد أن الدليل الآخر أقوى وأرجح ، فعدل بها عن حكم نظائرها إلى حكم آخر .

هذا وعلماء الحنفية يثبتون للاستحسان أنواعا أربعة : استحسان السنة ، والإجماع ، والقياس الخفى ، والضرورة ، ومن تتبع فقههم يجد أنواعا أخرى (٢) ويظهر أن الحنفية لما وجدوا غيرهم طعنوهم فى العمل بالاستحسان توسعوا فيه حتى جعلوه شاملا لأنواع من الأدلة المعترف بها من الجميع كالسنة والإجماع .

وليس هنا مجال بسط الكلام فى ذلك ، ولكننا سنتقصر على ذكر بعض الأمثلة للتوضيح :

١ - قرر الفقهاء أن الشخص إذا وقف أرضاً زراعية على جهة بر فإن حقوقها من الشرب والمسيل والمرور تدخل فى الوقف ولو لم ينص فى وقفه على ذلك ، مع أن مقتضى القياس عدم دخولها إلا بالنص عليها كما فى بيع الأرض حيث لا تدخل فى المبيع إلا بالنص عليها ، ووجه الاستحسان . أن الوقف لا يفيد ملك الموقوف عليه المال الموقوف ، وإنما يثبت له ملك المنفعة فقط ، والأرض لا يمكن الانتفاع بها بدون حقوق الارتفاق ، كما فى عقد الإجارة

(١) راجع رسالتنا « تعليل الأحكام » فى بحث الاستحسان .

فهنا قياسان ، قياس ظاهر ، وهو إلحاق الوقف بالبيع ، من جهة أن كلا منهما يفيد إخراج المال من ملك مالكه ، وقياس خفي ، وهو إلحاقه بالإجارة من ناحية أن كلا منهما مقصود به الانتفاع ، فرجحوا الثاني .

٢ - قرروا تضمين الأجير المشترك ، كالحائك والصباغ إذا هلك الشيء في يده بدون سبب ظاهر ، فإن تضمينهم ثابت استحساناً على خلاف القياس الذي يقتضي عدم التضمين ، لأن المال في يده أمانة ، كالوديعة في يد المودع ، والمال المشترك في يد أحد الشركاء ، والمال المستأجر في يد المستأجر ، والأمين غير ضامن إلا إذا تعدى .

٣ - جواز الاستصناع والسلم استثناء من قاعدة بيع المعلوم المنهى عنه . والاستحسان في الحقيقة طريق للخروج من مأزق إطراد القواعد الموقع في الحرج ، فهو يرجع إلى قاعدة رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ، ولهذا روى عن الإمام مالك أنه قال « الاستحسان تسعة أعشار العلم » (١) .

تنبيه : إذا نظرنا إلى التفريعات التي فرعوها على كل من الاستحسان والمصالح المرسلة خصوصاً في مذهب الإمام مالك نجد توافقاً ، بل اتحاداً في بعض الأمثلة ، فتضمن الصناعات جعله الإمام مالك من باب المصالح ، والخفية جعلوه من باب الاستحسان ، والسبب في ذلك كما يقول الشاطبي في الاعتصام (٢) أنهم صوروا الاستحسان ، تصوير الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة ،

والذي يؤخذ من تتبع مواضع الاستحسان ، والمصلحة المرسلة ، أن المصلحة أعم من الاستحسان ، فإذا كان الأخذ بالمصلحة في مقابل قاعدة عامة أعبر بذلك استحساناً ، وإن لم يكن فيه مخالفة للقياس لم يكن استحساناً .

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٠٧ (٢) ج ٢ ص ٣٢٤

٣ - العرف

معناه . الفرق بينه وبين العادة . أنواعه المعترف
منها ودليل اعتباره . شروطه . تعارضه مع
النصوص . تعارضه مع ماثبت بالاجتهاد .
تغير الأحكام تبعاً لتغير الأعراف .

العرف هو ما تعارفه جمهور الناس وساروا عليه ، سواء كان قولاً أو فعلاً
أو تركاً . ومن العلماء من يسوى بين العرف والعادة ، لأنها ما اعتاده الناس
من قول أو فعل .

والتحقيق أن العادة أعم من العرف ، فهو نوع منها ، لأن العادة هي الأمر
المتكرر مأخوذة من العود ، أو المعاودة ، بمعنى التكرار ، فإذا فعل إنسان فعلاً
من الأفعال ، وتكرر منه حتى أصبح سهلاً عليه إتيانه ، وشق عليه تركه ، سمي
ذلك عادة له ، ولذلك قيل : « العادة طبيعة ثانية » (١) ، وكما يكون تعود الشيء
من فرد يكون من الجماعة ، وتسمى الأولى عادة فردية ، كما تسمى الثانية . عادة
جماعية ، والعرف لا يصدق إلا على النوع الثاني .

(١) معنى ذلك أن للعادة ما يقرب من قوة الطبيعة ، وهي ما فطر الناس عليه منذ
خروجهم من بطون أمهاتهم : كالسمع بالأذن والبصر بالعين والبطش باليد ، فلو حاول
إنسان أن يبصر بأذنه أو يسمع بعينه ما استطاع إلى ذلك سبيلاً . كذلك العرف
وهو الأمر المعتاد من قديم الزمان لا يستطيع الإنسان الخروج عليه ، ولذلك قال
الفقهاء : « وفي نزاع الناس من عاداتهم خرج بين » وكانت مهمة الرسل والمصلحين شاقة
لأنهم يحاربون العادات الفاسدة في أقوامهم .

فإذا اعتاد بعض الناس شيئاً لا يسمى ذلك عرفاً ، بل لا بد في تحقق العرف من اعتياد الكل أو الأغلب ، لافرق بين علمائهم وعامتهم ، وبهذا يفارق العرف الإجماع ، فإنه كما سبق اتفاق المجتهدين ، ولادخل لغيرهم فيه .

أنواعه : يتنوع العرف إلى أنواع - فينقسم إلى قولي وفعل .

فانقولي : كتعارف الناس إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، مع أنه في اللغة يشمل النوعين ، والقرآن جاء به كذلك في قوله تعالى : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد » (١)

وكتعارفهم عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك مع أن اللغة لا تمنع ذلك بل القرآن سماه لحماً في قوله تعالى : (وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً وتستخرجوا منه حلية تلبسونها وترى الفلك مواخر فيه ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون » (٢) .

ومثل وضع القدم في دار فلان ، فإن هذا اللفظ معناه وضع القدم الواحد ولكن العرف صرفه إلى الدخول ، فلو حلف إنسان : لا يضع قدمه في دار فلان ، ثم دخلها راكباً ، فإنه يحنث ببناء على العرف ، ولو مد رجله فوضعها فيها وهو خارج عنها لا يحنث .

ومنه قول الشخص : عليّ المشي إلى بيت الله ، فإن العرف يصرفه إلى إيجاب حجة أو عمرة .

والفعل : كتعارفهم بيع التعاطي من غير لفظ ، وتعارفهم تقديم جزء من

(٢) النحل : ١٤

(١) النساء : ١٢

المهر وتأجيل باقيه إلى أبعد الأجلين ، الطلاق والموت ، وتعسفهم تعجيل
الآجرة قبل استيفاء المنفعة .

وينقسم ثانياً إلى عام وخاص .

فالعام : ما كان منتشرأ في جميع البلدان .

والخاص : ما كان سارياً بين بعض البلدان دون باقيها ، أو كان بين طائفة
دون غيرها من الطوائف .

وأخيراً ينقسم إلى صحيح وفاسد .

فالصحيح : هو الذى لا يخالف قواعد الشريعة وإن لم يرد نص خاص في
موضعه .

والفاسد : هو الذى يكون مخالفاً لقواعد الشريعة ، أو مبطلاً للنصوص ،
كتعارف الناس كثيراً من المنكرات ، مما يفعلونه الآن في المآثم والأفراح
والموالد ، والتعامل بالربا والقمار ، وشرب الخمر ، وخروج النساء كاسيات
عاريات .

وليس كل هذه الأنواع معتبراً في نظر الشارع ، بل المعتبر هو العرف
الصحيح العام باتفاق الفقهاء ، كما اتفقوا على عدم اعتبار الفاسد مهما كان نوعه
واختلفوا في اعتبار الصحيح الخاص ، فمنهم من اعتبره ، لأن إهداره يلحق
بأهله الخرج .

والدليل على اعتبار العرف في التشريع . ما ثبت من أن الرسول أقرب بعض
ماتعارفه العرب إذا كان فيه مصلحة راجحة .

ومن العلماء من يستند في ذلك إلى ما رواه الإمام أحمد في مسنده «موقفاً،

عن عبد الله بن مسعود أنه قال: «مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» (١)
وبعض الفقهاء يرفع هذا النص إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (٢)

ومن هنا جاء في القواعد الفقهية قولهم «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»
«والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» ، «والعادة محكمة» ، «والحقيقة تترك
بدلالة العرف»

صُرُوط اعتبار العرف : لكي يكون العرف معتبراً في نظر الشارع يشترط
فيه مايلي :

١ - أن يكون مطرداً في جميع معاملاتهم ، أو غالباً عليها ، فلو كانوا
يتعاملون به في بعض الحوادث ، ويتركونه في البعض الآخر لا يعتبر لتعارض
العمل والترك (٣) .

٢ - أن يكون ذلك العرف موجوداً عند إنشاء التصرف ، فلو أنشأ
شخصان تصرفاً من التصرفات ، ثم ثار نزاع بينهما ، فإن العرف الذي يحكم في
هذا النزاع ويحمل فيصلاً له ، ما كان موجوداً عند التصرف لا ما حدث بعد ذلك

(١) راجع لإعلام الموقعين ج ١ صفحة ٧٤

(٢) جاء في أصول السرخسي ج ١ ص ٢٩٩ : لما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن الخيرة التي يتعاطاها الناس قال: «مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ومارآه
المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح»

(٣) الأشباه والنظائر ج ١ ص ١٢٨ ، ومن تأمل هذا الشرط وجده لا يفيد شيئاً
جديداً زائداً عن معنى العرف وحقيقته ، لأن العرف هو ما تعارفه جمهور الناس
وساروا عليه ، وهذا لا يتحقق إلا بكونه مطرداً أو غالباً :

يقول صاحب الأشباه (١) « العرف الذى تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن (٢) السابق دون المتأخر ، ولذا قالوا « لا عبرة بالعرف الطارىء » .
فلو حلف رجل لا يأكل لحماً وكان عرف الناس فى بلده حينذاك أكل لحمة البقر فقط فإنه لا يحنث إلا بأكل لحمة البقر ، فلو أكل غيره من اللحوم فإنه لا يحنث ، لأن العرف يفسر الألفاظ ، ولا عبرة (٣) باللغة مع وجود عرف مخالف لها ، ولو فرض وتغير العرف بعد ذلك ، وأصبح اللحم المأكول لهم هو لحم الضأن فقط ، فإن هذا العرف لا يؤثر فى المين السابق عليه ، وإنما يحكم فيما يحدث بعده من الأيمان .

ولو عقد زوجان عقد زواج ، ولم يصرحا بتعجيل المهر أو تأجيله ، فإنه يرجع ذلك إلى عرف إقليمهم ، فإن كان العرف يقضى بتعجيل البعض ، وتأخير البعض الآخر ، ثم تغير العرف إلى تعجيل الكل ، ثم حصل نزاع بين الزوجين ، فإن العرف الحادث لا يحكم فى هذا النزاع ، بل يحكم العرف السابق الموجود وقت العقد .

(١) جزء ١ ص ١٣٣ .

(٢) يقول شارحه « الحموى » تعليقا على عبارة المقارن السابق : أى السابق لوقت اللفظ واستقر حتى صار فى وقت الملقوطة ، وأما المقارن الطارىء فلا أثر له ، ولا ينزل عليه اللفظ السابق .

(٤) هذا عند الحنفية ، لأن العادة « العرف العملى » يخصص النص عندهم خلافاً للشافعية فإنهم لم يعتبروه مخصصاً فيبقى اللفظ على عمومه .
ثم إنه يلاحظ أن الحنفية يقولون إنه يحمل على المتعارف فيما إذا لم يكن للحالف نية التعميم ، أما إذا نوى العموم فإنه يحنث بأكل أى نوع من أنواع اللحم . راجع التحرير وشرحه ٤ .

٣ - ألا يعارضه تصريح بخلافه .

فلو كان العرف الجارى فى مسألة المهر تعجيل النصف وتأخير النصف وشرطت الزوجة تعجيل كل المهر وقبل الزوج ذلك لا يعتبر العرف فى هذه الحالة ، لأن العرف لا يلجأ إليه إلا إذا لم يوجد ما يفيد مقصود العاقدين صراحة وترك التصريح من العاقدين يعتبر إحالة على دلالة العرف .

وقد قالوا « لا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح » .

٤ - ألا يكون معطلا لنص أو مناقضا لأصل شرعى قطعى .

فإذا كان الشئ المتعارف ورد النص بمنعه لا يعتبر ، كما فى تعارف الناس تجارة الخمر وشربها ، والتعامل بالربا وما شابه ذلك ، لأن فى اعتبار العرف إهدار النص وإلغائه ، وفتح هذا الباب يؤدى إلى نقض التكليف كلها ، والشرعية إنما جاءت لتخضع المكافئين لأحكامها لا أن تكون خاضعة لأعرافهم ورغباتهم .

« ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فىهن » (١)

وليس هذا فى الشريعة بدعا ، بل ذلك مألوف فى القوانين الوضعية ، فإنها تمنع التعاقد أو التعامل بما يتعارض مع نصوص القانون ويلغىها وهى وإن كانت تعتبر العرف بعد نصوص التشريع إلا أنها لا تعتبر منه ما يخالف النظام العام والآداب العامة .

فإذا كان القانون يحجر على الناس التعارف فيما يخالف النصوص ، أو يخالف النظام العام ، فأى غرابة فى أن الشريعة لا تعتبر من الأعراف ما كان

(١) المؤمنون - ٧١ .

مبطلًا للنصوص ، أو هادماً للقواعد القطعية العامة ١٩

العرف والتخصيص : إذا لم يكن التعارض بين العرف والنص كلياً فإن العرف يخص النص كما ذهب إليه البعض .

ومن ذلك ماقرروه في مسألة تعدد أصناف النوع الواحد من النقود ، وكان أحدها أثقل من الآخر ، فهذا التفاوت في الوزن لا اعتبار له مادامت القيمة واحدة ، وعلى ابن عابدين في رسالته (١) نشر العرف هذا : بأن الناس لا ينظرون إلى هذا التفاوت في الوزن ما لم تختلف به القيمة ، وقد ركز هذا العرف في عقولهم من عالم وجاهل ، فيتعين الإفتاء به تخريجاً على رأى أبي يوسف في النص المعلن بالعرف .

توضيح ذلك : أن الحديث ورد باشتراط التساوى في الوزن ، وهو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والشعير بالشعير والبر بالبر والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد والفضل ربا » ، وفي بعض الروايات « وزناً بوزن كيلاً بكيل والفضل ربا » ، والنقود من الموزونات . فكان مقتضى الحديث ألا يصح التبادل فيها إلا إذ تساوت أوزانها ولكنهم أجازوا ذلك لجريان العرف مادامت القيمة متحدة .

وعلى هذا يجوز تبادل النقود الفضية في مصر قديماً وجديداً من غير اعتبار لفرق الوزن .

ومن الفقهاء من يجعل من هذا النوع « وهو تخصيص النص بالعرف »

(١) مجموعة الرسائل ج ٢ ص ١١٩ .

ما أفتى به محمد بن الحسن (١) من تجويز اقتراض الخبز عدداً بين الجيران لجريان العرف بذلك تبعاً لحاجتهم متجاوزين عن فرق الوزن ، واعتبار العدد . أفتى بذلك مع أن الخبز من الموزونات ، وهو مال ربوي ، والنص أو جب التساوى عند المبادلة فيه ، وعللوا ذلك : بأن علة تحريم الربا هي قصد الاسترباح .

وهذا التقرير لا يخلو من مناقشة ، لأن النص جاء في أشياء ستة ليس الخبز منها ، وإنما الخبز يدخل في الربويات بالقياس لتحقيق العلة فيه ، وهي اتحاد القدر والجنس كما يقول الحنفية ، أو الطعم كما يقول المالكية ، فيكون العرف على هذا مخصصاً لعموم القياس .

وأما العرف الذي يتعارض مع الأحكام الثابتة بالإجتihad - سواء كان من الأئمة ، أو من أتباعهم تخريجاً على قواعدهم - فإنه يقدم عليها ، وتترك هذه الاجتهادات إذا وجد عرف يخالفها ، لأن العرف دليل الحاجة ، ولأنه كما يقول ابن الهمام : « إنه بمنزلة الاجماع شرعاً عند عدم النص » ، ولأنه لا يعارضه نص خاص ولا عام مباشرة فيترك به القياس .

من ذلك أن أبا حنيفة كان لا يجوز بيع النحل ودود القز ، لأنهما ليسا من الأموال في نظره قياساً على هوام الأرض ، كالضفدع ، فجاء تلميذه محمد ابن الحسن ، وأفتى بجواز بيعها لجريان التعامل به .

(١) وفي فتح القدير ج ٥ ص ٢٢٩ ، أن أبا حنيفة منع استقراض الخبز وزناً وعدداً ، وقال : لا خير فيه لتفاوته في المعدن والمقدار والصنعة في طحنه وعجنه وخبزه قياساً على السلم فيه . لأنه ممنوع بدلالة حديث « من أسلف » وقال أبو يوسف : لا يجوز إلا بالوزن لتفاوت أحاده قياساً على السلم في سائر المتفاوتات التي تضبط بالوزن . وترك محمد هذين القياسين للتعامل بين الجيران بذلك وإهدارهم هذا التفاوت .

والفقهاء المتأخرون غيروا كثيراً من الأحكام التي نقلت عن أئمتهم لما جددت الحاجة إلى التغيير، وعللوا ذلك بفساد الزمان ، وأصل ذلك ما نقل عن الصحابة وعلى رأسهم الخلفاء الراشدون من هذا النوع .

وفي هذا يقول الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز : « تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » .

ولقد نقل تقرير هذا المبدأ في صراحة تامة عن كثير من العلماء .
فابن القيم في كتابه إعلام الموقعين (١) في بحث تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والامكنة والاحوال والنيات والعوائد يقول :

وهذا فصل عظيم النفع جداً وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به ، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ورحمة كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله في أرضه ، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسله . الخ . .

ويقول القرافي المالكي في فروقه (٢) في الفرق بين قاعدة العرف القولي

(١) ج ٣ ص ٣٧ .

(٢) ج ١ ص ١٧٦ ، في الفرق ٢٨ ، وفي كتاب الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص ٦٨ يقرر ما يقرب من هذا فيقول : إن تغيير الأحكام المبني على العرف لا يحتاج إلى اجتهاد مستأنف ، لأنها قاعدة تقررت وانتهت فلا تحتاج إلى اجتهاد جديد

والعرف العملى « فى صدد اعتبار العرف وتغيره » فهما تجدد العرف اعتبره ،
ومهما سقط أسقطه ، ولا تجدد على المسطور فى الكتب طول عمره ، بل إذا
جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لاتبجره على عرف بلدك ، واسأله
عن عرف بلده وأجره عليه ، وأفته به دون عرف بلدك والمقرر فى كتبك
فهذا هو الحق الواضح ، والجمود على المنقولات أبداً ضلال فى الدين ، وجهل
بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين ، اهـ .

ويقول صاحب تهذيب الفروق (١) فى هذا الموضع ، وإذا كان الشيء عيباً
فى الثياب فى عادة رددنا به المبيع ، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه
محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم تردبه ، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة
على العوائد ، وهو تحقيق يجمع عليه بين العلماء لاخلاف فيه بينهم ، نعم قد
يقع الخلاف بينهم فى تحقيقه هل وجد أم لا ، اهـ .

وابن عابدين الحنفى فى رسالته نشر العرف (١) يقول : « كثير من الأحكام
تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو لفساد
أهل الزمان بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولاً لزم منه المشقة والضرر
بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة الميمنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر
والفساد ، لهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة
بينها على ما كان فى زمنه لعلمهم بأنه لو كان فى زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً
من قواعد مذهبه ، ، ، .

* * *

(١) ج ١ ص ١٩١ .

(٢) مجموعة الرسائل ج ٢ ص ١٢٥ .

وبعد : فتلك مصادر الفقه الإسلامى ، وفيها نصوص واجبة الاتباع وقواعد صالحة للتطبيق ، فإذا لم يوجد نص تشريعى فاجتهاد بطريق القياس والإلحاق ، فما أشبه المنصوص عليه ثبت له حكمه مالم يكن فى هذا الإلحاق حرج أو مشقة ، فإن وجد شيء من ذلك عدل عنه إلى طريق الاستحسان ، أو الاستصلاح ، أو العرف القائم فى المسألة .

إن فتمها يستمد حياته من هذه ينباع المتدقة لن يقف فى يوم من الأيام عن مسيرة الزمن ، ولن يتخلف عن ركب الحضارة ما دام القائمون عليه يسرون به فى طريقه المستقيم طريق الاجتهاد المشروع الذى خطا به الفقه فى أيامه الأولى خطوات سريعة حتى سبق الزمن الذى عاش فيه .

موازنة بين الفقه الإسلامى والقوانين الوضعية

فى ضوء ما قدمناه من بناء التشريع الإسلامى على أسس قويمه تسوى بين الناس جميعاً ، وتقيم العدالة بينهم ، وتحقيق لهم المصالح ، وتمنع عنهم المضار من غير غرر ولا مشقة ، وعلى هدى الطريقة القويمه التى سار عليها سلف الأمة الصالح من الصحابة والتابعين ، ومن جاء بعدهم من الأئمة فى استنباط أحكام ما وقع لهم من أحداث جديدة ، ومن تفصيل طرائق الأئمة أصحاب المذاهب فى تكوين مذاهبهم ، وبيان المصادر التى ينبع منها هذا الفقه الخالد نستطيع أن نوازن بسهولة بين فقه الإسلام والقوانين الوضعية ، ولو تتبعنا ما بينهما من فروق لنحصى لك ما فى أولهما من مزايا عديدة جعلته يحتل مكان الصدارة فى عالم القوانين لطال بنا الكلام ، ولكننا نكتفى منها بقدر ما يدعو إليه الحاجة فى مثل هذا الكتاب ، فنقصرها على بعض النواحي من

النشأة ، والغاية ، والمصدر ، وما يتبع ذلك من اعتبار عنصرى الدين ، والأخلاق ، وعدم اعتبارهما ، وتنوع الجزاء فيهما .

أما النشأة : فنراجع تاريخ القوانين الوضعيه وجدها في أصل نشأتها ولدت ناقصة في قواعدها ومبادئها عما هي عليه الآن . ذلك أنها جاءت وليدة الحاجة إليها — حين بدأت لتعالج أمراض مجتمعات بدائي ، أو لتحدم من ظلم الطبقات فيه ، وضعها قوم عاشوا في هذا المجتمع ، وتأثروا به ، فكانت صورة لما وصل إليه مجتمعاتهم من حضارة ورقى تمثل عاداته وتقاليده حينذاك . ثم أخذت تنمو مع الزمن ، وتتغير كلها تغيرت الحاجة ، فهي دائمة التغير والتبدل ما تغيرت العادات وتبدلت .

فهذا القانون الرومانى الذى عده المؤرخون الغربيون مفخرة القوانين . عندهم يصور لنا ذلك التبدل أبلغ تصوير ، فقد ولد مع مولد مدينة روما سنة ٧٥٤ قبل الميلاد ، ولكن قواعده لم تتم إلا في عصر القيصر جوستينيان في سنة ٥٢٩ بعد الميلاد ، وقد بلغ في عمر الزمان قرابة ثلاثة عشر قرنا ، ومع هذا العمر الطويل المليء بالتعديل والتحسين في ظل رعاية الحكام من القيصرية لم يعد صالحاً للتطبيق في هذا الزمن ، بل ولا فيما سبقه من الأزمان (١) .

(١) قال الأستاذ ذكى عريبي المحامى حينما أعلن اسلامه في جمعية الشبان المسلمين : إن ما بهرته من الاسلام هو أنه وجد القانون الرومانى الذى استغرق وضعه أكثر من ألف عام يتضاءل إلى جوار الفقه الاسلامى الذى تكاملت أوضاعه في مائة عام ، ثم صار أمثل وأجمل قانون جاءت به شريعة ، فكيف نترك هذه الجواهر وهذا التراث الضخم ثم نلتمس بضاعة من غيرنا وهي بضاعة مزجاة ١٩ .

على أن تلك القوانين تختلف باختلاف البيئات ، فكل دولة تضع لنفسها القانون الملائم لها الذى لا يصلح لغيرها إلا إذا اتحدت أو تقاربت معها فى تقاليدها وعاداتها ، ولا أدل على ذلك من قانوننا الوضعى الذى أخذناه أول الأمر من القانون الفرنسى فلم يلبث أن تبين لرجالنا حين تطبيقه أنه لا يصلح للتطبيق فى كثير من أحكامه ، فارتفعت الأصوات بالشكوى مطالبة بتعديله أو تغييره ، ومع كثرة ما لحقه من التعديل فلا تزال سحنته الفرنسية تطل على مجتمعنا الشرقى من نوافذ كثيرة هى أجنبية عنه مما جعل المنصفين من رجاله يطالبون بتغييره بما يتفق وما لنا من تقاليد .

وإذا لاحظنا أن التغيير والتبديل فى تلك القوانين كانا فى ذات قواعدهما ونظرياتها أدركنا ما فى التشريع الإسلامى من كمال وتمازج من أول أمره ، فقد تمت قواعده ، وكملت مبادئه فى فترة وجيزة لم تزد فى حساب الزمن على عشر سنوات إلا قليلا ، وهى فترة التشريع المدنى على التحقيق ، ولم يعد وراء هذا الكمال غاية لرجالنا إلا تطبيق قواعده حسب مقتضيه مصالح الناس على اختلاف بيئاتهم وأزمانهم دون أن تمتد أيديهم إلى تبديل قاعدة من قواعده ، وما لحقه من تغيير بالنسخ أيام الرسالة كان فى بعض أحكامه الجزئية ، وما يخال منه بعدها كان فى التطبيق لا فى أصل القواعد ،

والفقهاء المسلمون على كثرتهم واختلافهم فى اجتهاداتهم لم يختلفوا إلا فى التفريع — كما بينا ذلك من قبل — ولم يحدثنا التاريخ فى أى عصر من عصور الإسلام بأن فقيها واحداً أبدل قاعدة بأخرى ، أو اكتشف نقصاً فحاول إكمالها ، نظير ما يحدث فى القوانين الوضعيه من تبديل فى قواعدها ، وإحداث نظريات جديدة لتسد ما بها من نقص ، أو تعالج ما ظهر فيها من خلل ، وما يحدث نظريات التعسف فى استعمال الحق ، والظروف الطارئة ، والظروف

الاستثنائية وغيرها من النظريات المستحدثة في تلك القوانين بسر . كما لم يجد سرّاً أن رجال القانون لم يظفروا بها إلا بعد جهد شاق طويل ، وأنهم فرحوا بها لاعتقادهم أنها فتحة جديد ، وهي في فقه الاسلام قديمة وجدت معه منذ نشأته الأولى .

ومرد هذا الفرق إلى أن نصوص الشريعة الاسلامية جاءت عامة أو مطلقة فيها من المرونة ما يجعلها قابلة للتطبيق على جميع الأحوال ، ونظرياتنا العامة وافية كاملة لم تترك شيئاً من أحوال الإنسان — أفراداً وجماعات — إلا وعرضت له بالبيان مصداقاً لقوله تعالى « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » ، وقوله « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام ديناً » . وإليك بعض هذه النصوص العامة على سبيل التمثيل لا الحصر — في كتاب الله وسنة رسوله .

يقول الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الانعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد ، (١)
« إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » ، (٢) « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا أعدلوا هو أقرب للتقوى » ، (٣) « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، (٤) « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً » ، (٥) « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتتمها فإنه آثم قلبه » ، (٦) « وأشهدوا ذوي عدل منكم » ، (٧) « وأمرهم شورى بينهم » ، (٨) « وشاورهم في الأمر » ، (٩) « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » (١٠) ، « فمن اضطر غير

(١) المائدة : ١ (٢) النساء : ٥٨ (٣) المائدة : ٨ (٤) النساء : ٢٩ (٥) الاسراء : ٣٤
(٦) البقرة : ٢٨٣ (٧) الطلاق : ٢ (٨) الشورى : ٣٨ (٩) آل عمران : ١٥٩ (١٠) البقرة : ٢٨٠

باغ ولا عاد فلا إثم عليه ، (١) « فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول » (٢) « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » (٣) .

ويقول رسول الله : (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » ، « المسلمون عند شروطهم » ، « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » ، « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام » ، « وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، « لا وصية لوارث » ، « القاتل لا يرث » ، « الزعيم غارم » ، « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » .

أما الغاية : فمن المسلم به أن لكل قانون غاية يهدف إليها واضعه ، تتميز هذه الغاية ، وتتنوع حسب تنوع القوانين ، وما يملكه الواضع من شئون الناس . فالقوانين الوضعية يقصد بها تنظيم المجتمع لتستقر الحياة فيه ، فتبين حقوق الأفراد وما عليهم من واجبات .

جاء في كتاب أصول القوانين « مهمة القانون هي في الواقع بيان الحقوق ، حقوق الفرد قبل غيره ، أو قبل الدولة ، أو حقوق الدولة قبله ، ومن ذلك ندرك الصلة بين القانون والحق ، فالحق لا يوجد بدون القانون ، كما أن القانون لم يوجد إلا لينظم العلاقات » .

وهذه — كما ترى — غاية نفعية مخضرة قاصرة على تنظيم الظواهر فقط التي لا يملك واضعو تلك القوانين غيرها ، تنظيم على أي لون من الألوان ، وافق الأخلاق أو خالفها ، بل أكثر من ذلك فقد وجدناها تبيح وتنظم بعض ما يحرمه الدين ، وتنفر منه الأخلاق كالزنى والربا وغيرها .

ولقد كانت القوانين في أول أمرها تعنى بحقوق الفرد وحده ، فأثبتت له حقوقاً أوجبت المحافظة عليها ، وأطلقت له الحرية في استعمالها من غير مراعاة لما قد

(١) البقرة : ١٧٣ (٢) المائدة : ٥٩ (٣) المائدة : ٢

يصيب الآخرين من أضرار ، وسميت هذه الحقوق حينذاك بالحقوق الطبيعية للأفراد ، ومن هنا نشأ المذهب الفردي في الحقوق الذي يقرر للفرد حقوقاً باعتباره هدفاً في ذاته يولد وله حقوق طبيعية لاصقة به ، وقد عبرت وثيقة إعلان حقوق الإنسان عن هذا المذهب بقولها إن « هدف كل مجتمع سياسى هو المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية الخالدة » .

ولما أساء الأفراد استعمال حقوقهم فألحقوا الأضرار بالآخرين قيدوهم شيئاً فشيئاً حتى نشأ المذهب الاجتماعى الذى ينظر للجماعة على أنها هدف ، فيعطى للأفراد حقوقاً بمقدار ما يصلح الجماعة ، وظهرت نظرية التعسف فى استعمال الحقوق .

أما التشريع الإسلامى فهو وإن اتفق مع تلك القوانين فى أصل الغاية ، وهى تنظيم العلاقات إلا أنه يختلف عنها فيما يلى :

أولاً : إن تنظيمه أعم وأشمل ، فهو فوق تنظيمه للعلاقات بين الأفراد والجماعات والدول ينظم علاقة أخرى لم تعرض لها القوانين الوضعية ، علاقة الإنسان بخالقه بتشريع أنواع العبادات من صلاة وصيام وزكاة وحج وغيرها ولا يخفى ما لهذه التشريعات من أثر بين فى تهذيب النفوس وصقلها ، وتعويدها على الطاعة والامتنال وإشعارها بالمساواة مما يزيد روابط المجتمع قوة ، وقيمها على دعائم قوية .

ثانياً : إن تنظيمه لعلاقات الناس بعضهم ببعض أتم وأحكم من تنظيم القانون فهو لا يعترف بالحقوق الفردية الطبيعية ، ولكنه قرر حقوقاً للأفراد باعتبارهم أعضاء فى الجماعة الانسانية ، فقيّد تلك الحقوق من أول الأمر بعدم الأضرار بالآخرين ، وفى هذا يقول رسول الله « لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام » ، وأنت إذا تتبعْتَ تشريعات الإسلام وجدت الشارع فى كل موضع يجعل للفرد حقاً فيه يرسم له طريقة استيفائه ، والتمتع به حتى لا يلحق الضرر بغيره .

فقد جعل لكل من الزوجين حقوقاً قبل الآخر متقابلة ، لكنه ميز الرجل بحق القوامة « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً » (١) .

ولما جعل الطلاق بيد الرجل أرشده إلى طريقة لإيقاعه لثلا يضر بالطرف الآخر « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » (٢) ، وفي آية بعدها يقول « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » .

ولما أساء رجل استعمال حقه في الطلاق وطلق امرأته ثلاثاً دفعة واحدة غضب رسول الله ، وقال : « أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم » ، ومع ذلك فقد أوصى الأزواج بحسن معاشرته الزوجات في غير آية « وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً » (٣) والرسول يكرر وصيته بالنساء طول حياته ، بل لم ينسهن وهو في فراش الموت ، فقد روى أن آخر ما أوصى به النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث كان يتكلم بهن حتى لجلى لسانه . وخفي كلامه : الصلاة الصلوة ، وما ملكك إيمانكم لا تكفوه ما لا يطيقون ، الله الله في النساء ، فإنهن عوان في أيديكم أخذتموهن بأمانة الله . الحديث ، عوان أسراء .

ولقد أباح التجارة وجعلها طريقاً من طرق كسب المال ، ثم رسم لها طريقة مستقيمة لا يلحق الناس منها ضرر أو أذى ، فمنع الغش ونفر منه ، « من غشنا فليس منا » ، قالها رسول الله حينما دخل السوق ووضع يده فيما يبيعه أحد التجار من الطعام فوجد به بللاً .

(١) النساء — ٣٤ ، ٣٥ (٢) البقرة — ٢٢٩ النساء — ١٩

ونهى عن التغرير وتوعد عليه بعقاب قاس شديد ، فالبخارى يحدثنا عن عبد الله بن أبي أوفى : أن رجلا أقام سلعة له في السوق فخلف بالله لقد أعطى بها ما لم يعطه ليوقع فيها رجلا من المسلمين ، فنزل قوله تعالى « إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكهم ولهم عذاب أليم » (١) .

وحرم الربا وحذر منه ، بل وأعلن الحرب على المراءين ، فيقول جل شأنه « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فإلـكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظالمون » (٢) ، حرمة مع ما فيه من نفع لصاحب المال حماية للمجتمع من جشع هؤلاء ، ورحمة بالمحتاجين الذين يضطرون إلى مد أيديهم طلباً للقرض من أولئك المراءين .

وهذه نزعة جماعية تحمى الجماعة من طغيان الأفراد ، وتسلب أصحاب الحقوق ، بل هي الاشتراكية المنظمة التي لا نظير لها في النظم الوضعية ، وكيف لا تكون اشتراكية ، والقرآن نفسه يرد المال الذي بأيدي أصحابه إلى ماله الحق إلى الله سبحانه ، ويجعل الناس خلفاء عنه فيه ، ثم يأمرهم بالإففاق على ذوى الحاجات دون من أو تعال ، فيقول جل شأنه : « وآتوهم من مال الله الذى آتاكم » (٣) ، وفي آية أخرى يقول : « آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه فالذين آمنوا منكم وأنفقوا لهم أجر كبير » (٤) ، وفي ثالثة يقول : « والله فضل بعضكم على بعض فى الرزق فما الذى فضلوا برادى رزقهم على ما ملكت أيـانهم فهم فيه سواء أفبنعمة الله يحسدون » (٥) .

(١) آل عمران - ٧٧ . (٢) البقرة - ٢٧٨ ، ٢٧٩ . (٣) النور - ٢٢ .

(٤) الحديد - ٧ . (٥) النحل - ٧١ .

وهو الذى جعلكم خلائف الارض ورفع بعضكم فوق بعض درجات
ليلوكم فيما آتاكم إن ربك سريع الحساب وإنه أغفور رحيم ، (١) .

وتطبيقاً لمبدأ الاشتراكية فرض الإسلام الزكاة على الأغنياء فى أموالهم ،
وجعلها حقاً للمحتاجين . سداً لحاجتهم ، وتطهيراً لقلوبهم من عوامل الحقد
والحسد ، فتنقطع بذلك أسباب الاعتداء والاضطراب ، ليستقر الأمن ،
ويسود المجتمع السلام .

والتاريخ يحدثنا بأن المسلمين فى صدر الاسلام لما أدوا ما عليهم من الزكاة
وصرفها ولاية الامر لأصحابها جاء وقت لم يجدوا فيه محتاجاً يدفعونها إليه .

وبالجملة فقد قصد الإسلام بتشريعہ تحقيق المصالح للناس ، ودفع المفاسد
عنهم ، وكانت تشريعاته كلها مبنية على أن مصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الفرد
إذا ما تعارضت المصلحتان ، وأن دفع الضرر العام مقدم على دفع الضرر الخاص .

ومن هنا نهى عن احتكار الطعام ، وأمر ببيعه للناس وقت الحاجة وإن لم
يرض صاحبه ، ونهى عن تلقى السلع واحتكار بيعها لما فى هذا وذاك من إثراء
أفراد من الناس على حساب الإضرار بالآخرين .

وتلك غاية لا تقف عند تنظيم الروابط بين الناس ، بل تتخطاها إلى
إسعادهم جميعاً .

على أن التشريع الإسلامى لم يقتصر على هذا التنظيم الجماعى الظاهر ، بل
تجاوزه إلى ما هو أعمق أثراً ، فقصد إلى تنظيم الباطن أيضاً ، فرتب على العمل
الظاهر نتائج ، وعلى النوايا والبواطن نتائج أخرى إذا خالف الظاهر الباطن .

فقد يكون العمل في ظاهره صحيحاً ، ولكنه قصد به غير ما أراده الشارع منه ، فيكون لنا الحكم بالظاهر . ويبقى الباطن مفوضاً إلى الله العليم بخفايا القلوب . يتولى حسابه .

ولا أدل على ذلك من قول رسول الله — حينما جاءه رجلان يختصمان في مواريث بينهما ولم يكن لهما بيعة لإدعواهما — : « إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فأقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار » (١) . وقوله « أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » .

أما المصدر : فقد عرفنا بما سبق أن الفقه الإسلامي في أصله يستند إلى الوحي الإلهي ، فهو الذي وضع قواعده ، ونظم مبادئه في فترة الرسالة ، وأن المجتهدين بعد عصر الرسول على اختلاف طرقهم جعلوا القرآن والسنة أساساً لاجتهادهم فكان لهما الصدارة ، فإذا لم يجد المجتهد الحكم فيهما أعمل رأيه في حدود القواعد العامة ، والمبادئ الكلية التي جاء بها الوحي ، لأنه حين اجتهاده يبحث عن حكم الله في المسألة ، فيكون مقيداً بالأصول التي وضعها ، يستلهم منها ومن روح تشريعه ، فإذا خرج عن تلك الدائرة رد عليه اجتهاده .

أما القوانين الوضعية فإنها لا تستند إلى الوحي ، ولكنها في الغالب تستند إلى أعراف الناس وتجاربهم يختار منها واضعوها ما يصلح في نظرهم لسياسة أمورهم بعد تهذيبها .

ومن هنا ثبت للفقه الإسلامي صفته الدينية بينما تجردت منها القوانين الوضعية . الأمر الذي جعلها يفترقان في أمور . منها :

(١) الطرق الحكيمة ص ٢٦٦ .

أولاً: في الجزاء

فالقوانين كلها سماوية أو وضعية متفقة على فرض عقوبة رادعة على المخالفين. حتى يكون للقانون هيبة في نفوس المتمردين عليه ، ولكنهما يفترقان في أن الجزاء في القوانين الوضعية دنيوى دائماً ، لأنها وضعت لحفظ النظام في الدنيا ، وواضعوها لا يملكون من أمر الآخرة شيئاً .

وأما الشريعة الإسلامية فالجزاء فيها أخروي ودنيوى ، بل الأصل فيها هو الجزاء الأخروي ، والجزاء الدنيوى وضع موضع الضرورة لمن لم يؤمن بالآخرة وما فيها من ثواب وعقاب ، فيتعدى حدود الله .

أما أنه شرع فيها عقاب دنيوى وآخر أخروي ، فلأن التكاليف الشرعية منها ما هو من أعمال القلوب التي لا يعلم المخالفة فيها إلا الله ، ومنها ما هو من أعمال الجوارح التي يطلع الخلق على المخالفة فيها ، فالعقوبات الدنيوية جاءت على المخالفة في أعمال الجوارح ، ووكل إلى أولى الأمر تنفيذها ، والعقوبات الأخروية جاءت على المخالفة في أعمال القلوب التي لا يطلع عليها إلا علام الغيوب يتولى هو سبحانه إقامتها على المخالفين في دار الجزاء ، كما جاءت على المخالفة في أعمال الجوارح زيادة على العقاب الدنيوى ، أولئك لم يعاقبوا في الدنيا ، وبقى على إصراره .

وأكثر من ذلك إنها جاءت بنوع آخر من الجزاء وهو الإثابة على امتثال الأوامر والكف عن المنهيات ، فهي تحاسب على الامتثال كما تحاسب على المخالفة .

ولهذا جاء فيها وعد بالنعيم على الطاعة ، ووعد بالعقاب على المخالفة ، وارتكاب المحظورات يقول سبحانه : « لأنه من يأت ربه مجرماً فإن له جهنم لا يموت فيها ولا يحيى . ومن يأت مؤمناً قد عمل الصالحات فأولئك لهم الدرجات العلى جنات عدن .

تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك جزاء من تزكى ، (١) وقدرت الأجزاء
الدينية لبعض الجرائم فيما سمي بالحدود ، وأوجبت العقاب في البعض الآخر ،
وتركت التحديد فيها لولاية الأمور ، وهو المسمى بالتعزيرات ومن يستعرض
النصوص يجد كثيراً منها قرن بالعقاب الديني وعيداً بالعقاب الأخرى .

وإليك بعض آيات القرآن .

قال تعالى في شأن القصاص : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في
القتل الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع
بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد
ذلك فله عذاب أليم ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون » (٢)

وقال بعد بيان أحكام المواريث : « تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله
يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم . ومن
يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين » (٣) .

ويقول في شأن جزاء القتل الأخرى : « ومن يقتل مؤمناً متعمداً
فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً » (٤) .

وفي شأن قطاع الطريق يقول : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله
ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم
من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة
عذاب عظيم » (٥) .

(١) طه — ٧٤ — ٧٦ (٢) البقرة — ١٧٨

(٣) النساء — ١٣ ، ١٤ (٤) النساء : ٩٣ (٥) المائدة : ٢٣

ثانيا : فى التأثير بعنصرى الدين والأخلاق : فالتقوانين الوضعية ليس لها صفة دينية ، فلا أثر للدين فيها ، وحظ الأخلاق فيها ضعيف ، لأنها تقوم على مجرد التنظيم الظاهرى الذى لا يحسب للخلق حسابا ، ومن ثم كانت بعيدة عن فكرة الحلال والحرام المبنية على بواطن الأمور .

وأما الفقه الإسلامى فإن عنصر الدين هو الأساس فى قسم العبادات، وعنصر هام فى قسم العادات ، ولذلك نراه فى هذا النوع يعطى الأفعال أحكامها من الحل والحرم ، حتى أن القرآن الكريم يعبر - غالباً - عن المشروعية بالحل ، وعن عدم المشروعية بالحرم أو عدم الحل ، وأحل الله البيع وحرم الربا ، « يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث » ، « وأحل لكم ما وراء ذلكم ، « لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ، « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن ، « لا يحل لك النساء من بعد ، « فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم ، « إنما حرم عليكم الميتة ، « لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن ، « يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ، :

ومثله فى ذلك السنة « كل المسلم على المسلم حرام ، « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » .

وتعاير الفقهاء فى ذلك كثيرة متنوعة ، فهذا تصرف حرام ، وذلك حلال ، يحرم بيع الذهب بمثله متفاضلا ، ويحل إذا كانا متساويين ، لا يحل يسع الميتة ولا تناولها ، ويحرم شرب الخمر والتجارة فيها ، والقضاء بشهادة الزور لا يحل الحرام .

ومرد ذلك إلى أن الشارع لا ينظر إلى ظواهر الأمور وصور الأفعال ، بل ينظر إلى بواطنها وحقائقها فى واقع الأمر ، فالشىء لا يكون حلالا إلا إذا كان حقا فى حقيقة ، واتفق ظاهره مع باطنه ، أما إذا اختلف الظاهر عن

الباطن بأن كان حقاً في ظاهره ، وباطنه على العكس من ذلك ، فإنه لا يكون حلالاً ، فالحكم الديني للأفعال يتبع حقائقها .

ولما كانت بواطن الأمور خفية علينا لانستطيع الوقوف عليها لم يكلفنا الشارع في حكمنا على الأشياء إلا بما هو في استطاعتنا من النظر إلى ظواهرها فقط ، أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر .

ومن هنا جاء الاختلاف بين حكم القضاء والديانة ، فالشيء الواحد له عند الفقهاء مكان ، حكم لظاهره وصورته ، ويسمى الحكم قضاء ، وآخر لباطنه وحقيقة أمره ، ويسمى الحكم ديانة ، وقد يتفقان ، وقد يختلفان ، فإذا ادعى شخص على آخر بدين وشهد له شاهدان بذلك ، وجب على القاضي أن يحكم لصاحب الدعوى متى استوفيت صورتها المطلوبة ، فإن كان المدعى محققاً في دعواه ثبت الحق ظاهراً وباطناً ، واتفق حكم القضاء مع الديانة ، وحل للمدعى أخذ هذا المال والانتفاع به ، وإن كان كاذباً فيها ثبت له الحق ظاهراً بحكم القاضي ، وحرم عليه أخذ ذلك المال والانتفاع به ، لأنه حرام في أصله ، وقضاء القاضي لا يحل الحرام ، ولا يجرم الحلال ، ولا أدل على ذلك من قول رسول الله للمتخاصمين : « إنكم تختصمون إلي وإنما أنا بشر ، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من الآخر ، فأقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار يأتي بها اسطاما في عنقه يوم القيامة » (١) .

(١) ألحن بحجته : أفصح وأبلغ في بيانها من خصمه وهو كاذب ، فمن قضيت له الحق ، فمن حكمت له بحق أخيه وهو يعلم ذلك فإنما أحكم له بما هو حرام عليه ، ويقضى به إلى النار ، والإسظام هو المسمار الذي يحرك به النار ، وهذا التصوير لتحذير الناس من الدعاوى الكاذبة :

ومن أجل هذا كانت مهمة القضاة شاقة ، لأن الوصول إلى الحق بين التواء المتقاضين عسير ، فيتوقف الأمر — إلى حد بعيد — على ذكاء القاضى وحسن تصرفه ، والتاريخ يحدثنا الحديث الصادق عما كان يفعله قضاة الإسلام من التحايل على إظهار الحق لتبرأ ذمتهم أمام الله (١) .

وكذلك وجدنا فقه الإسلام يسير مع قانون الأخلاق فى طريق واحد لا يفرقان وإنك لتلمس أثر الأخلاق واضحاً فى كثير من تشريعاته ، فتحریم الربا مثلاً يقصد به تطهير النفوس من الأنانية والجشع ، وبث روح التعاون بين الناس ، وحماية المجتمع من المشاحنات والمنازعات التى تقوم بسبب تحکم أصحاب الأموال فى المحتاجين ، ولا يخفى ما فى تحريم الميسر والخمر والزنى والقذف من السمو بالنفس عن أخذ مال الغير بغير وجه حق ، أو إيذائه فى نفسه أو عرضه ، أو تناول ما يضرها .

ثانياً فى الخضوع للتشريع والامتثال له : فهو للإسلامى رغبة واختيار وللوضعى قهر وإجبار .

وهذا الفرق كالنتيجة للفرقين السابقين ، فإن العقاب الآخرى المقرر فى الإسلام لعصاة التشريع والمخالفين ، مع ما تقرّر بجانبه من ثواب الطائعين الممتثلين ، وما فيه من عنصر الدين الموقظ للضمير ، والأخلاق الداعية إلى الاستقامة . كل أولئك يهيم النفوس للخضوع له عن رضا ورغبة ، لأن الإيمان بالله المطلع على سرائر النفوس ونواياها الذى لا تخفى عليه خافية فى

(١) راجع قصة أبى يوسف مع الخليفة الهادى لما وجد الحق فى ظاهره معه ، وفى الباطن مع خصمه فى ص ١٣٨ من هذا الكتاب ..

الأرض ولا في السماء يجعل الإنسان دائماً على حذر من المخالفة (١) ، فإذا ما وقع فيها لم يحاول الإفلات من جزائها ، وهذا سر قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن ، ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن » .

كما أن عنصر الثقة بالشارع ، وأنه لا يشرع إلا ما فيه مصلحة المكلفين لعلهم بأحوالهم ، حاضرها ومستقبلها ، ظاهرها وباطنها ، تحمل المكلفين على تقبل ذلك التشريع والعمل به بنفس راضية مطمئنة .

وأما القوانين الوضعية فلا أثر فيها لدين ولا خلق ، وأن واضعها لا يعرفون من مصالح الناس إلا ظاهرها ، وقد تشبّه عليهم ، أو يتدخل فيها عنصر الهوى ، فتعتمد الثقة بينهم وبين المكلفين ، فلم يبق حافز للعمل بها إلا خوف العقاب وبطش السلطان المنفذ له ، نخوف العقاب هو المانع من المخالفة ، بل من إعلان المخالفة على التحقيق ، فتمتحن للهبة فرصة الإفلات من العقوبة ارتكب ما ارتكب إشباعاً لشهواته ، وتحقيقاً لرغباته ، فامتثالها إذاً يكون تحت تأثير قوة السلطان ، وقهر الحاكم غالباً .

ويؤكد ذلك الفرق ويوضحه ما روى من وقائع عديدة تنادي بأن عنصر الدين أكسب هذا الفقه هيبة واحتراماً دونها بكثير هيبة الجزاء المقدر في القوانين الوضعية حتى كان المسلمون الأولون يؤثرون رضا الله على كل ما عداه

(١) اقرأ إن شئت قوله تعالى في سورة المجادلة « ألم تر أن الله يعلم ما في السموات وما في الأرض ما يكون من نجوى ثلاثة إلا هو رابعهم ولا خمسة إلا هو سادسهم ولا أدنى من ذلك ولا أكثر إلا هو معهم أينما كانوا ثم ينبئهم بما عملوا يوم القيامة إن الله بكل شيء عليم » .

فيعترف الواحد منهم اعترافاً صريحاً بما وقع منه ، وهو يعلم أن عقاباً دنيوياً مؤلماً ينتظره من وراء هذا الاعتراف .

فهذا ماعز (١) ينجى طائعاً لرسول الله ، ويعترف اعترافاً صريحاً بجريمة الزنى ، وهو موقن بأن وراء ذلك الرجم بالحجارة حتى الموت ، يعترف ويصمم - رغم محاولة الرسول صرفه عن اعترافه لاحتمال خطئه - مؤثراً عذاب الدنيا على عذاب الآخرة ، وماذا إلا من أثر الدين في نفسه .

ومثله في ذلك المرأة الغامدية التي فعلت مثل فعلته وجاءت نائبة معترفة بما جنته ، ويقول رسول الله في شأنها : « إنها تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لو سعتهم ، قالها رداً على من قال بعد إقامة الحد عليها : أخزأك الله ، أو من قال للرسول كيف تصلى عليها وهي زانية ؟ » .

وفي قصة الرجلين المختصمين في الميراث - السابقة - شاهد على ذلك ، فإنه ورد في آخر الحديث أن الرجلين لما سمعا كلام الرسول بكيا ، وقال كل واحد منهما حتى لأخيه (٢) قالاً هذا بعد أن تنبه الوازع الديني عندهما وتذكرا الآخرة ، وما فيها من ثواب وعقاب .

(١) صحابي اسمه ماعز بن مالك ، والأحاديث في قصته كثيرة ، وفي بعضها أن رسول الله أعرض عنه حتى أقر أربع مرات ، ثم قال له لعلك قبلت أو غمرت أو نظرت ، قال لا يا رسول الله ، ثم اعترف به صراحة ، فقال له الرسول فما تريد بهذا القول ؟ قال أريد أن تطهرني ، فأمر به فرجم ، راجع منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٨٣ وما بعدها .

(٢) وبقية الحديث أن رسول الله قال لهما بعد هذا البكاء وتنازل كل منهما عن حقه لصاحبه ، أما إذا فقوما فاقدة سمنا ثم توخيا الحق ، ثم استهما ، ثم ليحلل كل واحد منهما صاحبه ، الطريق الحكيم ص ٢٦٦ ، وتفسير القرطبي ج ٢ ص ٣١٧

وبعد : فهذه بعض وجوه الموارد التي بين التشريع الإسلامي وبين القوانين الوضعية، وهي تقودنا - إذا لم نتعصب - إلى الاعتراف بأن شريعة الإسلام لا يعدلها قانون آخر ، وأن العمل بها والسير على نهجها خير ضمان لاستقرار الأمن ، وبث روح الطمأنينة في مجتمعاتنا الذي فشلت القوانين الوضعية المستوردة من الغرب في تنظيمه ، ولن يصلح آخر هذه الأمة إلا بما صلح به أولها .

ولا يفوتني هنا أن أقدم لك نماذج مما جاءت به تلك الشريعة من مبادئ سامية تقود الناس دائماً إلى الفلاح ، وتقضي على عوامل الشر والفساد ، ومن هذه المبادئ .

صبراً العقيدة الصورية : جاءت الشريعة الإسلامية بعقيدة التوحيد التي توجه الناس إلى إله واحد ، وقبلة واحدة ، فتتوحد الصفوف وتجتمع على كلمة واحدة : « قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من دون الله ، فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون » (١)

وبينت لهم أنهم راجعون إلى الله فيحاسبهم على ما قدمت أيديهم في هذه الحياة . « أفحسبتم أنما خلقناكم عبثاً وأنكم إلينا لا ترجعون » (٢)

« واتقوا يوماً ترجعون فيه إلى الله ثم توفى كل نفس ما كسبت وهم لا يظلمون » (٣) ، « ونضع الموازين القسط ليوم القيامة فلا تظلم نفس شيئاً وإن كان مثقال حبة من خردل أتينا بها وكفى بنا حاسبين » (٤)

« الله لا إله إلا هو ليجمعنكم إلى يوم القيامة لا ريب فيه ومن أصدق من الله حديثاً » (٥)

(١) آل عمران - ٦٤ (٢) المؤمنون - ١١٥ (٣) البقرة - ٢٨١

(٤) الأنبياء - ٤٧ (٥) النساء - ٨٧

٢- مبدأ نفي الوسطة بين العباد والفرهم : ليبطل ما استقر في أذهان الناس من أن هناك وسطاء بين الإله وعباده ، فجعل الاتصال به مباشرا .
 « وإذا سألك عبادى عنى فإنى قريب أجيب دعوة الداع إذا دعان (١) »
 « وقال ربكم ادعونى أستجب لكم ، (٢) »
 « وهو الذى يقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيئات ويعلم ما تفعلون ، (٣) »
 ويتبع ذلك المبدأ مبدأ آخر وهو نفي تحمل شخص تبعة ما ارتكبه غيره
مهما تعهد له بذلك ، ومهما كانت منزلته

« ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى ثم إلى ربكم مرجعكم فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون ، (٤) »
 « من اهتدى فإنما يهتدى لنفسه ومن ضل فإنما يضل عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى ، (٥) »
 « ولا تزر وازرة وزر أخرى وإن تدع مثقلة إلى حملها لا يحمل منه شيء ولو كان ذا قربى ، (٦) »
 « كل نفس بما كسبت رهينة ، (٧) »

٣- مبدأ الاعتدال فى كل شيء : أمرت بالاعتدال دون افراط أو تفريط
 « وآتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين (٨) »
 « وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين ، (٩) »

(١) البقرة - ١٨٦	(٢) غافر - ٦٠	
(٣) الشورى - ٢٥	(٤) الأنعام - ١٦٤	(٥) الاسراء - ١٥
(٦) فاطر - ١٨	(٧) المدثر - ٣٨	(٨) الأنعام - ١٤١
(٩) الاعراف - ٣١		

« ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسوراً »، (١) .

« وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به »، (٢)
« ادعوا ربكم تضرعاً وخفية إنه لا يحب المعتدين »، (٣)

٤ - مبدأ التعاون : وهو مبدأ أصيل في الإسلام جاء بصيغة العموم الشامل
« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان »، (٤)
فكلمة البر والتقوى شاملة لجميع وجوه الخير في الدنيا والآخرة ، كما أن
كلمة الإثم والعدوان شاملة لجميع أنواع الشر الدنيوي والآخروي ، فهذه الآية
فتحت أبواب التعاون على الخير بأنواعه وأغلقت طرق التعاون على الشر كله
بل إن التعاون في الإسلام قد يتخطى مجرد المعونة الى مرتبة الإيثار على النفس
« ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم
المفلحون »، (٥)

ويتفرع من هذا المبدأ مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فهو
تعاون على جلب الخير ودفع الشر ، ولأهمية هذا النوع من التعاون جعل الله
هذه الأمة من أجله خير أمة أخرجت للناس « كنتم خير أمة أخرجت للناس
تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر »، (٦) وربط الفلاح به « ولتكن منكم أمة يدعون
الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون »، (٧)

٥ - مبدأ العزائم والمساواة : فإن أحكامها بنيت على العدالة المطلقة والتسوية
التامة بين الناس . لا فرق بين الحاكم والمحكوم ، ولا بين القريب والغريب ،

(١) الاسراء - ٢٩	(٢) النحل - ١٢٦	(٣) الاعراف - ٥٥
(٤) المائدة - ٢	(٥) الحشر - ٩	(٦) آل عمران - ١١٠
(٧) آل عمران - ١٠٤		

ولا بين الموالى والمخالف ، وقد سبق أن تكلمنا على ذلك عند الكلام على أسس التشريع ، ونزيد الأمر هنا توضيحاً فنقول .

إن الإسلام لا يعترف بامتياز أحد على أحد بالنسبة إلى خضوع الجميع للقانون « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم » (١)

والرسول يخاطب أهله فيقول : « يا معشر قريش إن الله قد أذهب عنكم نخوة الجاهلية وتكبرها بآبائها ، النخوة : (الكبر والعظمة والافتخار) ، وقال : ليس منا من دعا إلى عصبية » ، « ولا عصبية في الإسلام » .

ويقول عمر بن الخطاب في كتابه إلى القائد سعد بن أبي وقاص : « إن الله ليس بينه وبين أحد نسباً إلا بطاعته والناس شريفهم ووضيعهم في ذات الله سواء » .

ولما بلغه أن عمرو بن العاص وإلى مصر يتكبد في مجلسه كتب إليه يقول « بلغني أنك تتكبد في مجلسك فإذا جلست فكن كسائر الناس »

وكان رأيه في الحاكم أنه خادم للرعية فكثيراً ما كان يقول للناس « انى لم أبعث اليكم الولاة ليضربوا بأبشاركم ويأخذوا أموالكم ولكن ليعلوكم ويخدموكم » (٢)

وقد روى أن يهودياً خاصم على بن أبى طالب إلى أمير المؤمنين عمر فنادى أمير المؤمنين علياً بقوله : « قف يا أبا الحسن » فبدأ الغضب على على ، فقال له عمر « أكرهت أن نسوى بينك وبين خصمك في مجلس القضاء ؟ » فقال على لا ، ولكنى كرهت منك أن عظمتنى في الخطاب ، فناديتى بكنتيتى ولم تصنع معى خصمى ما صنعت معى .

(١) الحجرات - ١٣

(٢) الخراج لأبى يوسف ص ١١٥

ومن تتبع تشريعات الإسلام وجد المساواة بأنواعها مبثوثة بين أحكامه ، فمن مساواة أمام القانون ، إلى مساواة في التوظيف والتكاليف العامة من الضرائب والاجتدية وغيرها .

٦ - مبدأ الشورى : فقد جعل الإسلام الشورى أساسا للحكم حيث أمر القرآن رسول الله بها مع نزول الوحي عليه « وشاورهم في الأمر » (١) ، كما جعلها من صفات المؤمنين « وأمرهم شورى بينهم » (٢) ، وقد ضرب الخلفاء الراشدون أروع الأمثال في استعمال الشورى ، وجعلوها قوام حكمهم في القضاء وسياسة الدولة ، وكذا كل حاكم مسلم سار على مبادئ الإسلام من بعدهم .

جاء الإسلام بذلك في الوقت الذي كان الحكام يستبدون بالحكم ، ويحكمون بهوام ولا ناقد ينقدهم ، بل ولا مرشد يرشدهم .

٧ - مبدأ الحرية : فقد قرر الإسلام الحرية بأنواعها في عصر عمت فيه العبودية ، وطغت عليه العنصرية .

أ - حرية الفقيرة والديما : « لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي » (٣) ، « ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعا أفأنت تهكركه الناس حتى يكونوا مؤمنين » (٤) ، « ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة ولا يزالون مختلفين إلا من رحم ربك » (٥) ، « وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر » (٦) ، « لكم دينكم ولي دين » (٧) ، ونفى سيطرة الرسول

(١) آل عمران - ١٥٩ (٢) الشورى - ٣٨

(٣) البقرة - ٢٥٦ (٤) يونس - ٩٩ (٥) هود - ١١٨

(٦) الكهف - ٢٩ (٧) الكافرون - ٦

على الناس « فذكر إنما أنت مذكر لست عليهم بمسيطر » (١) .

ب - **مرية الرأي** : يقول رسول الله « لا يكن أحدكم إمّعة يقول : أنا مع الناس إن أحسن الناس أحسنت ، وإن أساءوا أسأت ، ولكن وطنوا أنفسكم إن أحسن الناس أن تحسنوا ، وإن أساءوا تجنبوا » . فهذا الحديث لا يدعو إلى حرية الرأي فقط ، بل ويدعوهم إلى تكوين الشخصية المستقلة ، على أن حرية الرأي تتمثل في الاجتهاد المشروع في الإسلام ، وفي وقائع كثيرة في تاريخ المسلمين .

فأبو بكر لما اختار عمر خليفة من بعده بعد مشاورة أصحاب الرأي من الصحابة يدخل عليه أحد المعارضين ، ويقول له : « ما أنت بقائل لربك إذا سألك عن استخلاف عمر علينا وقد ترى غلظته ، وهو إذا ولي كان أفظ وأغلظ ، فيرد أبو بكر قائلاً : « أبا لله تخوفني ؟ خاف من تزود من أمركم بظلم ، أقول : اللهم إني استخلفت على أهلك خير أهلك » .

ولما قال عمر في إحدى خطبه : (أيها الناس من رأى منكم في اعوجاجا فليقومه) رد عليه رجل من عامة الشعب بقوله : والله لو رأينا فيك اعوجاجا لقومناك بسيوفنا ، فيجيبه عمر بمقابلة كلمها رضى : « الحمد لله الذى جعل فى المسلمين من يقوم اعوجاج عمر بسيفه » ، ويقول لمساردت عليه المرأة فى مسألة تحديد المهور : أصابت امرأة وأخطأ عمر .

وهذا على بن أبى طالب يفوت على نفسه الخلافة تمسكا بحرية الرأي عندما جعلها عمر من بعده فى ستة ، وانتهت المفاوضات والشورى إلى أن يحسم الأمر فيها عبد الرحمن بن عوف ، فدعا الناس إلى المسجد ، وقد أصبح الأمر بين على

وعثمان ، فوقف عبد الرحمن في المسجد ، ونادى عليا فبايعه خليفة للمسلمين علي أن يعمل بكتاب الله وسنة رسوله ، واجتهاد الشيخين أبي بكر وعمر ، فيرفض علي ذلك إلا أن يكون عمله بكتاب الله وسنة رسوله ، ويجتهد رأيه ، فنادى عبد الرحمن عثمان ، فقبل العهد الذي رفضه علي فأصبح خليفة .

وقد ظل عليّ طول حياته متمسكا بحرية الرأي، ويدعو إليها حتى وهو على فراش الموت ، فقد أقبل عليه بعض المسلمين — بعد ما طعنه عيد الرحمن بن ملجم من الخوارج وشعروا بدنو أجله، وقالوا له : إن فقدناك — ولا نفقدك — أفتبايع الحسن ؟ فقال لهم : « لا آمركم ولا أنهاكم أتم أبصر ، .

ح - مربية الهجرة والانتقال من الظلم الذي يظلم فيه الشخص

و- - تطيع رفع الظلم عن نفسه : قال تعالى « إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين في الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا . إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا ، (١) .

و - مربية المسلمون : جاء ذلك في قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون . فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أذكى لكم والله بما تعملون عليم ، (٢) .

والأحاديث في الاستئذان كثيرة جداً منها أن رجلا جاء إلى بيت رسول

(١) النساء — ٩٧ ، ٩٨ (٢) النور — ٢٧ ، ٢٨ .

الله فوقف مستقبل الباب فرأه النبي صلى الله عليه وسلم فقال له : « إنما جعل الاستئذان من أجل النظر ، وإذا دخل البصر فلا إذن ، .

٨ - مبرأ التسامح : جاء الإسلام يدعو إلى التسامح مع الأفراد وعباد الرحمن الذين يمشون على الأرض هوناً وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاماً ، (١) ، ومع الجماعات المخالفة ، ولكن في غير ذلة « وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ، (٢) » لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين ، (٣)

وأمثلة التسامح في سيرة رسول الله لا حصر لها . منها ما رواه البخاري عن سلمة بن الأكوع أن قوماً من غطفان وفزارة أخذوا إبلاً لقاجاً « حلوباً » من إبل الصدقة ، فخرجت أطلبها بعد أن صرخت ثلاث صرخات « يا صباحاه يا صباحاه » ، فلما أدركتهم جعلت أرميهم حتى استنقذتها منهم قبل أن يشربوا ، ثم أقبلت أسوقها ، فلقيني النبي فقلت يا رسول الله ، إن القوم عطاش وإني أعجلتهم أن يشربوا سقيهم ، فقال : يا ابن الأكوع ملكك فاسجح إن القوم يقرون في قومهم .

ملكك فاسجح مثل من أمثال العرب ، ومعناه . إذا غلبت على الأحرار واستعبدتهم فافرق بهم ولا تأخذهم بالشدة .

ولقد روى أن علي بن أبي طالب وهو خليفة بعث ابن عباس للخوارج الذين خرجوا عليه فناظرهم ، فرجع إلى صفوفه منهم أربعة آلاف ، وأصر مثلهم على عدم الرجوع ، فأرسل إليهم يقول : « كونوا حيث شئتم وبيننا وبينكم

(١) الفرقان - ٦٣ . (٢) الأنفال - ٦١ . (٣) الممتحنة - ٨ .

ألا تسفكوا دماً حراماً ، ولا تقطعوا سيلاً ، ولا تظلموا أحداً فإن فعلتم نبذت إليكم الحرب ، وقال لهم مرة أخرى : « لا تبدأ بقتال ما لم تحدثوا فساداً » .

هذا هو الإسلام في سماحته مع المخالفين فأين منه ما يدعوا إليه الأحرار اليوم في كل مكان من مبدأ « التعايش السلمي » .

٩ — مبدأ التضامن الاجتماعي : حرص الإسلام من أول الأمر على التضامن الاجتماعي بين طبقات الشعب ، ففرض نظام الزكاة ، وجعلها ركناً من أركانه ، الزكاة التي تؤخذ من الأغنياء لتعطى للفقراء بنسبة معينة تختلف باختلاف الأموال ، الزكاة التي لم يجعلها الشارع تبرعاً وإحساناً ، بل جعلها حقاً واجباً في غير آية « وآتوا حقه يوم حصاده » (١) ، والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم (٢) ، وهذا النظام الذي يحقق التعاون والتكافل بين صنفين من الناس . بين الأغنياء والفقراء . يسد به حاجة المحتاجين ، ويجعله طهرة للأغنياء الموسرين . ونماء لأموالهم « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » (٣) . فتتولد المحبة في نفوس الفقراء ، والعطف والرحمة في قلوب الأغنياء فلا حقد ولا حسد ولا ضغينة ، بل مودة وتآلف .

ثم إنه لم يقف في ذلك عند الزكاة ، بل جعل ذلك بقدر الحاجة يقدرها ولي الأمر بقدر ما يكفي المحتاجين ؛ وحمل الأغنياء مشولية عدم كفايتهم وتوعدهم بالعذاب الشديد ، جاء في الحديث « إن الله فرض على الأغنياء المسلمين في أموالهم بقدر الذي يسع فقراءهم ، وإن يجهد الفقراء إذا جاعوا وعروا إلا بما يصنع أغنيائهم ، ألا وإن الله يحاسبهم حساباً شديداً ، ويعذبهم عذاباً أليماً ، بل أكثر من ذلك إنه صلى الله عليه وسلم نفر من عدم المساعدة فقال :

(١) الأنعام — ١٤١ . (٢) المعارج — ٢٤ ، ٢٥ . (٣) التوبة — ١٠٣ .

« ما آمن بي من بات شبعان وجاره جائع إلى جنبه وهو يعلم به، وقال: « أى رجل مات ضياعاً بين أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله وسوله » .

ولقد كانت الدولة الإسلامية في عصورها الأولى تكفل الناس جميعاً بعطاء فيه الكفاية لهم من بيت المال ، فهذا عمر يفرض في خلافته لكل شخص حقاً في بيت المال، فبعد أن دون الدواوين ، نظم العطاء حتى جعل للأطفال عطاء فيه، وقد جعله أول الأمر بعد الفطام ، فلما وجد الناس تعجلوا فطام أطفالهم رجع عنه وقال : « أيها الناس لا تعجلوا فطام أطفالكم فإننا نفرض لهم بمجرد ولادتهم » .

بل لم يقصر العطاء على المسلمين ، فقد فرض للعجزة من أهل الذمة حينما رأى رجلاً كبيراً ضريراً من اليهود يسأل الناس، فقال له : ما حملك على ذلك، قال الحاجة إلى دفع الجزية ، وحاجة العيال ، فقال : ما أنصفناه أكلنا شبيبته وضيعناه عند الهرم ، ثم أمر برفع الجزية عنه ، وأن يعطى وعياله ما يكفيهم من بيت المال طول مدة إقامتهم بدار الإسلام .

وفي بعض الروايات أنه كتب إلى خازن بيت المال يقول له : أنظر إلى هذا وضربائه ، فوالله ما أنصفناه أن أكلنا شبيبته ، ثم نخسره عند الهرم ، إنما الصدقات للفقراء والمساكين ، وهذا من مساكين أهل الكتاب ، ثم وضع عنه وعن ضربائه الجزية .

وقد مرّ وهو في طريقه إلى الشام براهب نصراني مريض بالجذام ، فأمر بإعطائه من بيت المال ما يكفي حاجته على الدوام .

وجاء في العهد الذي كتبه خالد بن الوليد لأهل الحيرة في عهد أبي بكر لما قبلوا دفع الجزية (١) بشأن من افتقر منهم .

(١) الخراج لأبي يوسف ص ١٤٤

« وجعلت لهم أيما شيخ ضعف عن العمل أو أصابته آفة من الآفات أو كان غنيا فافتقر وصار أهل دينه يتصدقون عليه طرحت جزيته وعيل من بيت مال المسلمين وعياله ما أقام بدار الهجرة ودار الإسلام فإن خرجوا إلى غير دار الهجرة ودار الإسلام فليس على المسلمين النفقة على عيالهم .

وفي عهد المنصور العباسي كانت الأرزاق تجري على القواعد والأيام والعميان .

وبالجملة فالشريعة الإسلامية بلغت غاية السمو والكمال والعدالة من أول أمرها بينما جاءت القوانين الوضعية ناقصة ، ورجالها ينشدون لها الكمال دائما .

وكلما انتهوا إلى تقرير مبدأ سليم ظنوه جديداً ، وهو في شريعة الله قديم ، فهم ينتهون دائما إلى ما بدأت به الشريعة من عدة قرون خات .

ولعل هذه الحقيقة الواضحة هي التي حملت بعض الناس على الطعن في الشريعة من ناحية أخرى، وهي أنها مستمدة من القانون الروماني ليرجعوا ما فيها من مزايا إلى قوانينهم ، وهذا يدعونا إلى دفع هذه الفرية الظالمة التي نشأت عن جهل أصحابها ، أو تجاهلهم للحقيقة الواضحة .

الفقه الإسلامي ودعوى تأثره بالقانون الروماني

هذه مسألة أثارت من زمن بعيد . أثارتها فئة غريبة لم تعرف عن الإسلام إلا معلومات سطحية لا تمثل الإسلام في شيء ، أو عرفت منه الكثير، ولكن العداء الساكن في القلوب أعمى البصائر وشوه الحقائق . فعلوا ذلك ليشككوا بسطاء المسلمين في فقههم . فيولوا وجوههم نحو ما عندهم من الفقه الغربي . ولكن الحق لا يعدم أنصاره . وقد يحى النصر على يد أعدائه أنفسهم .

والمسألة بعد طول الكلام فيها ، وكثرة الأخذ والرد انتهت إلى وضع سليم

اعترف فيه فقهاء الغرب في مؤتمراتهم العامة . بأن الفقه الإسلامى تشريع قائم بذاته ليس مأخوذاً من غيره ، وأنه فقه حى قابل للتطور ، وأن الآراء المختلفة فيه تجعل منه ثروة حقوقية ضخمة تسع ما يجد في الحياة من أحداث .

وأصل المسألة أن فريقاً من المستشرقين زعم أن الفقه الإسلامى استمد بعض أصوله وقواعده من الفقه الرومانى ، بل تغالى بعضهم وقال : إن الفقهاء المسلمين أخذوا قواعد فقههم كلها عن القانون الرومانى ، وتابعهم في هذا الزعم فريق آخر ممن ولع بتقليد كل ما هو غربى .

تمسك هؤلاء بأن الفقه الرومانى سبق الفقه الإسلامى في الوجود ، فقد تم بناؤه وأخذ وضعه الأخير قبل أن يولد الفقه الإسلامى بأكثر من نصف قرن ومن الطبيعى أن المتأخر يستمد من المتقدم خصوصاً ، وأن الأول عاش القرون الطويلة بين دراسة العلماء ، وعناية الملوك ، ومعلوم أن الصحابة كانوا يسافرون بتجارهم إلى الشام — وهى إذ ذاك محكومة للدولة الرومانية — وفيها مدارس تدرس القانون الرومانى ، ومحاكم تسير في نظامها وقضائها على قواعد ذلك القانون ، فتعلموا هذا القانون ، وأمدوا فقههم به ، ثم لما فتحوا الشام استولوا على ما فيها من قوانين فهذبوها ، وتمموا بها فقههم الذى مازال في دور الطفولة بعد

والذى يؤيد ذلك تشابه الفقهاء ، بل اتحادهما في بعض الأصول ، مثل « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » (١) ، وقاعدة المصالح المرسلة ، أو الاستصلاح في الفقه الإسلامى ، فإنها بعينها مبدأ المنفعة في الفقه الرومانى ، وأن الإسلام يقرر مبدأ الحكم الإقليمى ، فاذا دخل غير المسلمين بلاد المسلمين

(١) أصل هذه القاعدة في الإسلام مأخوذ من حديث « لو ترك الناس ودعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، لكن من البينة على المدعى واليمين على من أنكر »

خضعوا لحكم الإسلام ، كما أن الدولة الرومانية كانت تحكم على من خالفهم في الدين والوطن بالحكم الإقليمي لهم .

وهذا كما ترى كلام لا يصدر إلا عن منكر بأن الشريعة الإسلامية من وحي السماء ، لأن الأسبقية والأخذ والاستيلاء ، والتتبع صريح في ذلك .

ونحن نقول لهؤلاء : إن مجرد الأسبقية في الوجود لا يلزم منها التأثير المزعوم وأن سفر الصحابة بالتجارة ما كان يعدو شبه الجزيرة العربية إلا قليلا ، وعلى فرض حصوله فخر وجههم للتجارة لا يستلزم تعلم هذه القوانين ، والتاريخ لم يحدثنا عن واحد منهم أنه خرج ليطلب العلم بالشام ، أو غيرها ، ولم تكن هناك بعثات منهم قبل الرسالة ، وأما بعدها فقد كان الوحي ينزل من السماء ، ولم يكونوا يلجئون في أسئلتهم إلا إلى رسول الله ، ولم يثبت أن رسول الله بعث أحدا لإحضار هذه القوانين من الشام ، أو غيرها ، وكذلك لم يذهب (١) بنفسه لمثل هذا ، بل كان يرسل المعلمين إلى البلدان ، ولم يؤثر عنه أنه أمرهم بتعلم تلك القوانين ، ولا يعقل أنه يأخذ قوانين أجنبية من وضع البشر ، وينسبها إلى ربه ، والله يقول في كتابه : « ولو تقول علينا بعض الأقاويل لأخذنا منه بالبين » (٢) ، ويقول في آية أخرى : « وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى » (٣) .

على أن الفقه الروماني قد كمل في عهد القيصر جوستنيان حيث جمعه في سنة ٥٢٩ بعد الميلاد ، وبموته سنة ٥٦٥ م ضعف ذلك الفقه باضمحلال الدولة

(١) لم يخرج الرسول قبل بعثته إلى الشام إلا مرتين ، أولاهما مع عمه أبي طالب وكانت سنة ١ من الهجرة ، والثانية حينما خرج بالتجارة الحديجة قبل زواجه منها وكانت سنة خمس وعشرين سنة .

(٢) الحاقة — ٤٥

(٣) النجم — ٣٠٢

الرومانية ، وجهله الناصر ، ولم يعد يدرس كما كان ، والإسلام بدأ بعد ذلك بنصف قرن ، فأنى يتأثر هذا بقانون انزوى وسط الكنائس والمعابد ؟

وقد يدعى أنه نقل إلى جزيرة العرب بعد ذلك ، وهذا الادعاء في غير محله لأن المؤرخين قرروا أنه ظل بعد هذا التاريخ مجهولاً عند جميع الناس حتى عند أهل أوربا أنفسهم ، لأن الطباعة لم تكن عرفت بعد ، والقوانين ظلت منحصرة في دائرة ضيقة جداً في أيدي مؤلفيها ، أو ورثتهم أو الكنائس وما شابهها من المعابد ، ثم بقيت في هذه الدائرة إلى أن وجدت الطباعة في أوائل النهضة الأوروبية في أوائل القرن الخامس عشر تقريباً ، وحينئذ أمكن بعث هذه القوانين ، والغثور عليها من الأماكن التي كانت مقبورة فيها .

ومن هذا يتبين أن الفقه الروماني بينما كان في عصر خموله واختفائه عن الأنظار كان الفقه الإسلامي في أزهى عصوره ، وأنه بدأ في القرن السابع الميلادي ، واستكمل نموه في هذا القرن وما يليه من القرنين الثامن والتاسع ، العصر الذي وجد فيه الأئمة الأربعة ، ودونت مذاهبهم .

والتاريخ لم يحدثنا عن فقيه من فقهاء المسلمين بعد عصر الصحابة بأنه تعلم على معلم أجنبي ، فأخذ عنه القانون الروماني ، بل كلهم تعلم الفقه على فقهاء المسلمين وأخذوا مذاهبهم من مصادر التشريع الإسلامي ، وكثيراً ما تناظروا للوصول إلى الحق ، فما سمعنا أن واحداً منهم استند في مناظرته إلى مادة من مواد القانون الروماني ، ولو كان ذلك حدث لكان أولى الأئمة بالتأثر بالإمام الأوزاعي فقيه الشام ، فقد عاش فيها ، وتفقه حتى صار إماماً ، وقد كان القانون الروماني سائداً فيها قبل زمنه .

والواقع ينادى بعكس ذلك لأن فقهه بنى على الكتاب والسنة ، حتى عده العلماء المسلمون من مدرسة أهل الحديث .

نعم إن المسلمين نقلوا بعض العلوم الأجنبية ، وترجموها إلى العربية في عصر الدولة العباسية ، فنقلوا المنطق والفلسفة عن اليونان ، واستفادوا من ذلك في طريق استدلالهم على الأحكام المجتهد فيها ، لكنهم لم ينقلوا فقههم وإلا لسجل التاريخ ذلك ، ولو كانوا في حاجة إليه لفعلوه ، ومن ادعى غير ذلك فليأت بما يثبت دعواه .

بقيت مسألة التشابه في بعض القواعد ، وهذا لا يدل على التأثير المزعوم لأن طبيعة النظام تستدعي مثل هذه القواعد ، ولأن كثيراً من المباحث الفقهية الحديثة مثل الأحوال الشخصية والعقوبات والمواريث وغيرها كانت معروفة عند قدماء المصريين والإغريقين وغيرهم من الأمم السابقة على الرومان ومع ذلك لم يقل أحد إن الإسلام تأثر بها .

ولا يقال إن الإسلام أقر بعض ما كان عند العرب من عادات ، وبعضها مأخوذ من القانون الروماني ، لأن إقرار هذه العادات والمعاملات لا يعتبر أخذاً وتأثراً ، لأن الإسلام كما قلنا من قبل لم يأت للهدم ، بل جاء للبناء ولذلك أقر الصالح من العادات ، وهدم الفاسد ، وهذب ما احتاج إلى التمهيد ،

وبما يقطع أصل هذه الدعوى ، أن الفقه الإسلامي - كما هو مقرر فيه - بني على العدالة المطلقة من أول الأمر فلا ينظر إلى الأفراد إلا بقدر ما يصلح المجتمع فالعدالة فيه تعتبر أمراً عملياً لا معدى عنه .

وأما الفقه الروماني فقد بني في أول الأمر على أن الحق للقوة ، فبقدر قوة الفرد أو الجماعة يكون نصيبه من التشريع ، فقد كان الناس في زمنه طبقات ، وأحكامه وضعت على نظام الطبقات ، حتى إنه كان يعتبر الإيذاء الذي يقع على الشريف أفظع مما يقع على غيره من عامة الناس ، وعقوبة الشريف إذا جنى

جناية تكون أقل مما يعاقب به غيره (١) .

فأين هذا بما قرره الإسلام من أول الأمر على لسان الرسول الكريم ، فيقول : « أيها الناس إنما هلك من كان قبلكم لأنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق الضعيف قطعوه ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها » ، ويقول لبني هاشم : « يا بني هاشم لا أغني عنكم من الله شيئاً ، يا صفيّة بنت عبد المطلب لا أغني عنك من الله شيئاً ، يا فاطمة بنت محمد لا أغني عنك من الله شيئاً .

وإذا كان هذا هو أساس النوعين فأنى يتأثر الفقه الإسلامى وهو الكامل بقانون وضع ناقصاً فى أول الأمر ثم أخذ يطلب الكمال وينشد العدالة التى تعتبر فى نظر رجاله مثلاً أعلى يحاولون الوصول إليه ؟

وأخيراً نقول لهؤلاء الزاعمين : إن دعواكم هذه أساسها الجهل بالفقه الإسلامى وأساسه ، لأن من يستعرض الفقهاء يجد كلا منهما قد انفرد بأشياء ليست فى الآخر .

ففى الفقه الإسلامى نظم لا أصل لها فى القانون الرومانى . كنظام الوقف ، والشفعة ، وموانع الزواج من الرضاع ، ونظام التعزير ، وهو ترك تحديد العقوبة للقاضى حسب اجتهاده ، ومبدأ النيابة التعاقدية التى قررها الفقه الإسلامى

(١) جاء فى مدونة جوستينيان ترجمة المرحوم الأستاذ عبدالعزيز فهمى ص ٣١٧ : « إن من يستهوى أرملة مستقيمة أو عذراء فعقوبته إن كان من بيته كريمة مصادرة نصف ماله ، وإن كان من بيته ذميمة فعقوبته الجلد والنفي من الأرض ، كما يقرر فى موضع آخر ص ٢٦٣ : أن الإيذاء الذى يقع على أحد أعضاء مجلس الشيوخ يكون أفظح من الذى يقع على أحد الرعايا .

من أول الأمر ، بينما لم يصل إليها الفقه الرومانى إلا بعد جهد شاق طويل ، والحد من تصرفات المريض مرض الموت لحق الغرماء والورثة فى الوقت الذى لا يعرفها القانون الرومانى ، ولا ننسى ما جاء به الفقه الإسلامى من أحكام العبادات التى ليس لها نظير فى فقه الرومان ، كما انفرد الفقه الرومانى بنظم لا وجود لها فى الفقه الإسلامى . كنظام السلطة الأبوية (١) ، والسيادة الزوجية ، والوصاية على المرأة ، ونظام التبني الذى ألغاه الإسلام وأهدره .

وهناك نظم مشتركة بينهما ، ولكن قواعدها مختلفة فيهما أشد الاختلاف فالقانون الجنائى موجود فيهما ، وشتان ما بينهما ، فنظام التعزير وهو ترك الحرية للقاضى فى تقدير العقوبة المناسبة للجانى موجود فى الفقه الإسلامى ، ولا وجود له فى الرومانى ، والإسلامى يعتبر الجريمة فى درجة واحدة لا فرق بين ما يقع من الشريف وغيره ، ويوحد العقوبة بينهما ، والرومانى يفرق فى الجريمة والعقوبة بالنسبة للطبقات كما أشرنا إلى ذلك من قبل .

ونظام الزواج مقرر فيهما ، لكنه فردى عند الرومان ، ومتعدد عند المسلمين .

ونظام المواريث كذلك ، بيد أن المرأة لها مثل ما للرجل عند الرومان ،

(١) كان يقرر أن ولاية الأب تستمر على ابنه مطلقاً ذكراً أم أنثى مادام الأب حراً على قيد الحياة ، وتبقى هذه الرقبة حتى يأتى التحرير من الأب ، فإن لم تأت فتبقى حتى يموت الأب ، فكأن الأصل فى الإنسان هو العبودية ، والحرية عارض يمنح من شخص آخر ، وهذا عكس ما قرره الإسلام من أن الأصل هو الحرية ، والرق عارض وطارىء عليه ، ومن الكلمات المأثورة فى الإسلام دمتى استبعدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً .

ولها النصف من نصيبه في الإسلام، والطلاق حق مقرر فيهما، ولكن من حق الزوج في الإسلام، ومشارك بين الزوجين عند الرومان .

والعقود مشروعة في كل منهما لكنها تقوم على الشكلية في الرومان ، بخلاف الفقه الإسلامي ، فإنه لا يعرف الشكلية ولا يعترف بها ، لأن أساس التعاقد فيه هو تراضى المتعاقدين ، ولو كان التأثير موجوداً لوجد التوافق ولو في الأنظمة المشتركة بينهما .

وبعد : فتلك مناقشة هادئة مع هؤلاء الزاعمين الذين يريدون قلب الحقائق وتشويهها ، ولو أنصفوا التاريخ ، واعترفوا بالواقع لذهبوا إلى عكس ما يقولون ، وشهدوا بأن الإسلام كان له فضل كبير في نهضة أوروبا بعد القرون الوسطى ، حينما تسربت إليها تعاليم الإسلام من أسبانيا .

ففي أوائل القرن الحادى عشر ذهب د هربرت الفرنسى ، مع إخوان له له من أنصار العلم والحق يتلقون العلوم في مدارس الأندلس الإسلامية ، وفي جعلتها الفقه الإسلامى ، وكانوا يترجمون دروسهم إلى لغتهم ، ولما كانت الحقوق عندهم رديئة ، والقوانين ظالمة مشوشة ، فكروا في نقل ما يلائمهم من الفقه الإسلامى ، وأقنعوا ملوكهم بذلك ، وأخيراً أتفقوا على ذلك بشرط أن تسمى باسم الشرائع الرومانية ، أو القانون المدنى ، وأن يعزوه لعلماء الحقوق منهم ، نتيجة لبحثهم لأنه أخذ من الفقه الإسلامى ، كيلا ينفر المسيحيون المتعصبون لدينهم ، هكذا قرره المؤرخ الألمانى د موسيهم في تاريخ الكنيسة ، (١)

(١) راجع بحثاً في هذا الموضوع منشوراً في مجلة الأزهر المجلد الثامن صفحة ٢٦٤
للأستاذ سيد عفيق .

وليس بعيد ما نقله الفرنسيون عن الفقه الإسلامى ، وبخاصة الفقه المالكي عند احتلالهم لمصر بعد الحملة الفرنسية ، ومن يتتبع مواد القانون الفرنسى يجد فيها الشيء الكثير من الموافقة للفقه المالكي .

ولعلك تذكر ما أشرنا إليه أول البحث ، وقدمناه مفصلاً فى مقدمة الكتاب من اعتراف رجال القانون الغربيين فى المؤتمر الدولى للقانون المقارن فى دورته الثانية فى مدينة لاهاى سنة ١٩٣٧ م من أن الشريعة الإسلامية تعتبر تشريعاً مرناً قابلاً للتطور مستقلاً بذاته ليس مأخوذاً من غيره .

الحيل وموقف الشريعة منها

وقبل أن نتهى هذا القسم من الكتاب نذكر كلمة عن الحيل ، وموقف الشريعة منها لتدفع بها شبهة يضل بها المغرضون ، فيقولون : إن التحايل على إسقاط الحقوق ، وإبطال الواجبات أصل متبع فى الشريعة الإسلامية ، ففى شريعة نحافظ على الرسوم والأشكال بقيت الحقائق معها أم ذهب . يستندون فى زعمهم هذا إلى حيل نقلت عن طائفة ممن انتسبوا إلى الفقه فى عصوره المظلمة ، فوجهوا عنايتهم إلى القشور ، وشغلوا بها عن اللباب فنقول وبالله التوفيق .

كلمة الحيلة فى أصل وضعها اللغوى تدل على نوع مخصوص من التصرف والعمل الذى يتحول به فاعله من حال إلى حال ، ثم غلب استعمالها عرفاً فى سلوك الطريق الخفية التى يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء ، فهذا أحسن من موضوعها فى الأصل ، وهو أعم من كون المقصود بها أمراً جائزاً أو محرماً .

ثم لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تتركبوا ما ارتكب اليهود

فَتَسْتَحِلُّونَ مُحَارِمَ اللَّهِ بِأَدْنَى الْحَيْلِ ، غَلَبَ اسْتِعْمَالُهَا فِي أَمْرِ أَخْصَرَ مِنْ ذَلِكَ ، وَهُوَ التَّوَصُّلُ بِهَا إِلَى الْغَرَضِ الْمَنْعُوعِ شَرْعاً أَوْ عَقْلاً أَوْ عَادَةً ، وَهُوَ قَلْبُ الْحَرَامِ حَلَالاً ، فَغَلَبَ عَلَيْهَا فِي عَرَفِ النَّاسِ ذَلِكَ ، فَيَقُولُونَ : فَلَان يَعْلَمُ النَّاسُ الْحَيْلَ أَوْ مِنْ أَرْبَابِ الْحَيْلِ ، وَيُرِيدُونَ الْحَرَمَةَ .

وعرفها الشاطبي في موافقاته : بأنها التسبب في إسقاط الواجب عليه ، أو تحليل الحرام بوجه من وجوه التسبب حتى يصير ذلك الواجب غير واجب في الظاهر ، والمحرم غير محرم في الظاهر كذلك بحيث لا يسقط ذلك الواجب ، أو لا ينقلب ذلك المحرم إلا مع تلك الوسطة مع العلم بأنها لم تشرع له .

فالتحليل يشتمل على مقدمتين :

١ - قلب أحكام الأفعال بعضها إلى بعض في ظاهر الأمر.

٢ - جعل الأفعال المقصود بها في الشرع معانٍ وسائل إلى قلب تلك الأحكام فهذا - كما ترى - تعريف للنوع المحرم منها ، لذلك مثل لها بما اتفق على تحريمه كمن شرب الخمر ليغيب عقله لأجل إسقاط الصلاة بعد ما وجبت عليه بدخول وقتها ، ومن ينشئ سفرأ إذا دخل عليه رمضان ليفطر .

حكمها في الشريعة : من يستعرض نصوص الشريعة يجد فيها بعض النصوص تنهى عن الحيل وتحرمها ، وتشدد النكير على فاعلها ، كالحديث السابق : « لا تزكبوأما ارتكب اليهود » ، كما يجد منها ما يفيد مشروعية بعض الحيل .

ففي قصة أيوب عليه السلام ، وخذ بيدك ضعفاً فاضرب به ولا تحنث إنا

وجدناه صابراً نعم العبد إنه أواب ، (١) فقد أرشده الله إلى طريقة يخرج بها من يمينه ، وهو بما ينطوى تحت اسم الحيل .

ولقد ثبت أن رجلاً زنى على عهد رسول الله ، وكان ضعيفاً فأمر رسول الله بأن يضرب بعسقال به مائة شراخ ضربة واحدة .

كما ثبت أن رسول الله أقر بعض الصحابة على ما فعلوا من هذا النوع ، من ذلك أن عبد الله بن رواحة واقع جاريته ، فلما رأته زوجته ثارت عليه ، وذهبت فأنت بسكين بعد أن قضى حاجته ، فقالت : لو وجدتك على الحال التي كنت عليها لو جأتك ، فأنكر ، فقالت : فاقراً إن كنت صادقاً ، فقال :

شهدت بأن وعد الله حق	وأن النار مثوى الكافرينا
وأن العرش فوق الماء طاف	وفوق العرش رب العالمينا
وتحملة ملائكة شدداد	ملائكة الإله مسومينا

فقالت آمنت بكتاب الله وكذبت بصري ، فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم فضحك ولم ينكر عليه .

وهذا تحليل بإظهار القراءة لما أوهم أنه قرآن ليتخلص به من مكروه الغيرة . ومن هنا قرر العلماء أن الحيل نوعان : نوع ممنوع ، وآخر غير ممنوع ، ولكن ماهر الحد الفاصل بين النوعين ؟ .

لم يرد في الشرع تحديد لذلك فاجتهد العلماء فيه ، ونقلت عنهم عبارات متقاربة في هذا المعنى .

فالإمام محمد بن الحسن تلميذ أبي حنيفة يقول (١) : « ما احتال به المسلم حتى يتخلص به من الحرام » أو يتوصل به إلى الحلال فلا بأس ، وما احتال به حتى يبطل حقاً أو يحق باطلاً ، أو ليدخل به شبهة في حق فهو مكروه ، والمكروه عنده قريب من الحرام .

ويقول الجوى في شرحه للأشباه والنظائر : الحيلة الجائزة « ما تكون مخلصاً شرعياً لمن ابتلى بحادثة دينية » .

ومع هذا التحديد وقع الاشتباه في بعض الحيل ، أهى من النوع المباح شرعاً أم من النوع المحرم ؟

ولهذا قسم صاحب إعلام الموقعين الحيل إلى ثلاثة أقسام :

١ - باطل بالاتفاق كحيل المنافقين والمرائين وما شأ كل ذلك .

٢ - جائز بالاتفاق كالنطق بكلمة الكفر إكراها عليها .

٣ - مختلف في جوازه بين الأئمة ، وسبب الاختلاف وجود الشبهة فيه للقسمين السابقين ، وعدم دليل يلحقه بأحدهما ، فنأجازه نظر إلى أنه غير مخالف للمصلحة التي وضعت لها الشريعة ، ومن منعه نظر إلى مخالفته لها ، ولا يصح أن يقال : إن من أجازه فعله وهو يعلم أنه مخالف لوضع الشريعة ، لأن هذا مصادمة للشارع . وهى لا تصح من مسلم عامى فضلاً عن إمام مجتهد ، بل هو

(١) جاذ ذلك فى مقدمة كتاب الحيل للخصاف ، وفى مبسوط السرخسى فى أوائل الكلام على الحيل ج ٣٠ ض ٢١٠ وعبارته « فالحاصل أن ما يتخلص به الرجل من الحرام أو يتوصل به إلى الحلال من الحيل فهو حسن وإنما يكره ذلك أن يحتال فى حق الرجل حتى يبطله أو فى باطل حتى يموهه أو فى حق يدخل فيه شبهة فما كان على هذا السبيل فهو مكروه وما كان على السبيل الذى قلنا أولاً فلا بأس به » ١٥

أجازه بناء على تحري قصده . وأن هذا لاحق بقسم التحيل الجائز ، وكذلك المانع لم يمنعه مقرأ بموافقته لقصد الشارع ، وإنما منعه بعد أن ظهر له أنه من القسم الممنوع . مثال ذلك نكاح المحلل .

ثم خلاص من هذا التقسيم إلى تقرير ضابط قريب مما سبق قال فيه : « الحيل الباطلة هي ما هدمت أصلاً شرعياً أو ناقضت مصلحة شرعية ، وما عدا ذلك فجائز بالاتفاق أو يختلف فيه . »

موقف الأصولية منها : أخذ بمبدأ الحيل الإمام أبو حنيفة ، وأكثروا ما روي عنه منها كان في باب الايمان والطلاق لما رأى تفنن أهل العراق في تلك الايمان فيضطر المحلوف عليه إلى طريق يخلص منه .

ولم ينقل عن الأئمة الثلاثة شئ من ذلك بعنوان الحيل ، وإن كان في فروعهم ما ينطبق عليه حد الحيلة ، ولا شك في أن ما أجازه أبو حنيفة ليس من النوع المنافي لمقاصد الشارع .

ولكن بعض الأتباع أخذوا هذا القدر . وجعلوه مبدأ عاماً طبقوه في كل أبواب الفقه تخريجاً على أصول الإمام ، فبعد أن كان علاجاً للخروج من مأزق الايمان أصبح معولاً يهدم به صرح الشريعة ، وينقض بناءها حجراً بعد حجر وإنك لتجد العجب العجيب من حيل هؤلاء المتأخرين الذين اتخذوا من ذلك طريقاً لشحن الأذهان ، فقرضوا المسائل والتحايل فيها ، حتى تحايلوا على ضياع الحقوق ؛ وإسقاط الواجبات ، وارتكاب المحرمات ، فيفتنون المرأة التي تريد الخروج من عصمة زوجها بأن ترد عن الإسلام ، أو تفعل مع ابنه من غيرها — إن وجد — فعلا شائناً كي تحرم عليه وأمثال ذلك ، ولو علم الأئمة بأنها ستستغل هذا الاستغلال السيئ لما فعلوا شيئاً منها .

يقول ابن القيم في إعلام الموقعين (١): والمتأخرون أحدثوا حيلاً لم يصنع القول بها عن أحد من الأئمة نسبوها إلى الأئمة ، وهم مخطئون في نسبتها إليهم ، ولهم مع الأئمة موقف بين يدي الله عز وجل ، ومن عرف سيرة الشافعي وفضله ومكانته في الإسلام علم أنه لم يكن معروفاً بفعل الحيل ، ولا بالدلالة عليها ، ولا كان يشير على مسلم بها ، وأكثر الحيل التي ذكرها المتأخرون المنتسبون إلى مذهبه من تصرفاتهم .

وإن كان رحمه الله تعالى يجرى العقود على ظاهرها ، ولا ينظر إلى قصد العاقد ونيته فحاشاه أن يأمر الناس بالكذب والخداع والمكر والاحتيال ومالا حقيقة له ، بل ما يتيقن أن باطنه خلاف ظاهره ولا يظن بمن دون الشافعي من أهل العلم والدين أنه يأمر أو يبيح ذلك ، فالفرق ظاهر بين أن لا يعتبر القصد في العقد ويجريه على ظاهره وبين أن يسوغ عقداً علم بناءه على المكر والخداع وقد علم أن باطنه خلاف ظاهره ، فوالله ما سوغ الشافعي ولا إمام من الأئمة هذا العقد قط ومن نسب ذلك إليهم فهم خصماؤه عند الله ، فالذي سوغه الأئمة بمنزلة الحاكم يجرى الأحكام على ظاهر عدالة الشهود وإن كانوا في الباطن شهود زور والذي سوغه أصحاب الحيل بمنزلة الحاكم يعلم أنهم في الباطن شهود زور كذبة وأن ما شهدوا به لا حقيقة له ثم يحكم بظاهر عدالتهم .

وهكذا في مسألة العينة إنما جوز الشافعي أن يبيع السلعة بمن اشتراها منه جرياً على ظاهر عقود المسلمين وسلامتها من المكر والخداع ، ولو قيل للشافعي إن المتعاقدين قد تواطأ على ألف بألف ومائتين وتراضاً على ذلك وجعلوا السلعة محللاً للربا لم يجوز ذلك ولا نكره غاية الإنكار .

وقال أستاذه ابن تيمية من قبله : دب هذا الداء إلى كثير من فقهاء الطوائف

(١) ج ٣ ص ٢٤٦ وما بعدها

حتى أن بعض أتباع الإمام أحمد الذي كان من أبعد الناس عن هذه الحيل تباطخوا بها فأدخلها بعضهم في الإيمان ، وكثر ذلك من بعض المنتسبين إلى الشافعي وتوسع بعض أصحاب أبي حنيفة فيها توسعا تدل أصول أبي حنيفة على خلافه وحتى صار من يفتي بها كأنه يعلم الناس فاتحة الكتاب أو صفة الصلاة لا يبين للمستفتي أنها مكروهة بالاتفاق وأنها محرمة عند كثير من العلماء بل أكثرهم ، اهـ

ومن يتتبع تلك الحيل المنقولة عنهم يجد ما صادرة إما عن جهل بأسرار التشريع وحكمه التي لا يعلمها إلا الله والراسخون في العلم ، وإما لأنه أخطأ الصواب ووطن أنه مصيب .

منى نساء الحيل : نرى فريقاً ممن عاب أرباب الحيل يطعنون على أبي حنيفة ، ويقولون : إنه أول من أنشأ الحيل ، وسموه إمام أهل الحيل ، كما سموه إمام أهل الرأي ، وهذا غير صحيح ، لأن الحيل كانت موجودة من قبله عند شيخه حماد ، ومن قبله إبراهيم النخعي ، وقد روى أبو حنيفة نفسه الأحاديث المبيحة لها عنهم ومن طريقهم ، غاية الأمر أنه توسع فيها ففسدت إليه ، كما نسب إليه العمل بالرأى مع أنه كان موجوداً من قبل .

والخصاف في كتابه الحيل (١) يروي عن إبراهيم النخعي عدة حيل أفتى بها في باب الإيمان ، وكذلك ينقل عن الحسن البصري وابن سيرين أنهما أجازا بعض الحيل ، وأقرا الفاعل عليها .

وكما نسبوا إلى أبي حنيفة أنه أول من عمل بالحيل نسبوا إليه كتاباً فيها كان موضع ذم العلماء ، كما فعل الخطيب البغدادي في تاريخ بغداد (٢) . وهذه النسبة خطأ ، والخطيب نفسه تناقض في كلامه ، فينما يروي عن ابن

(١) س ١ ، د س ١١ (٢) ج ١٣ في ترجمة أبي حنيفة .

المبارك أنه قال : « من كان عنده كتاب أبي حنيفة في الحيل يفتى به فقد أحل ما حرم الله ، إذ يروى في موضع آخر أن ابن المبارك أخذ الفقه عن أبي حنيفة ، وأنه كان يحسن القول فيه .

فكيف توفق بين هاتين المقالتين ، وكيف يعقل أن ابن المبارك يأخذ فقهاً عن رجل يعتقد أنه يحل ما حرم الله ، ويحرم ما أحله الله بالحيل ١٤
وأول كتاب وصلنا من كتب الحنفية في الحيل هو كتاب الخصاص المتوفى سنة ٢٦١ هـ .

وهذا الكتاب مشتمل على جبل في معظم أبواب الفقه من المعاملات ، ولم يذكر في غيرها إلا بعض مسائل في كتابي الزكاة والزواج .

والكتاب يدلنا على أن الحيل بعد عصر أبي حنيفة سارت بخطوات واسعة ، لأنها في قرن واحد من الزمان من ١٥٠ - ٢٦١ خرجت من باب الإيمان والطلاق إلى جميع أبواب المعاملات .

ولما ازداد التنافس بين الفقهاء خاصة الحنفية والشافعية دخل الشافعية هذا الباب حباً في الظهور أمام الحكام والناس من جهة ، والرغبة في الدنيا من جهة أخرى فآلفوا فيها ، وبكثرة كان عملاً تقليدياً غلب عليه التكلف في كل مسأله

من هذه الكلمة العاجلة تعلم أن الحيل الباطلة التي قيل إنها أصل أصيل في الفقه الإسلامي لا أصل لها في شرع الله ، وأن أئمة الإسلام منها براء ، وأنها لم توجد إلا ثمرة من ثمرات التقليد البغيض ،

وأن الداعين إليها والعاملين بها لم يفهموا روح الشريعة ، ولم يقفوا على أسرارها ، وأنها جاءت لتحقيق المصالح للناس ، ودفع المفاسد عنهم من غير عنيت ولا إرهاب .

و يجعل : فهذه لمحات خاطفة عن حياة هذا الفقه الخالد، عرفنا منه نشأته، وكيف تدرج في مدارج النبوحتى وصل إلى القمة التي لم يصل إليها، بل لم يقاربها فقه آخر، ثم بدأ ينزل من قمته العالية شيئاً فشيئاً متجهاً نحو منحدر بعيد الغور على أيدي رجاله المتأخرين الذين تسلموا هذه الأمانة عن سببقهم من المتقدمين، فلم يحسنوا القيام عليها فساروا بها في طريق آخر متعرج غير مستقيم، طريق التقليد والوقوف عند كلام المجتهدين، وليتهم وقفوا عند العمل به ولكنهم تجاوزوه إلى سلوك طريق آخر مليء بالأشواك والعثرات طريق التعصب لتلك الأقوال، والدفاع عنها، كأنها دين يجب الوقوف عند حدوده.

فنتج عن ذلك توقف هذا الفقه — الذي وقفوا عنده — عن الاستجابة لما تتطلبه مشاكل الحياة من حلول، مما جعل الفقه الأجنبي يدخل مصرنا وغيرها من البلدان الإسلامية على حين غفلة من أهلها مع المستعمر الغاصب، ويرفع رأيته على ربوع تلك البلاد، فتصبح له الكلمة النافذة بين عشية وضحاها بعد أن نُحسّى الفقه الإسلامي عن منصة القضاء إلا في مسائل قليلة أبقى العمل بها لما لها من ارتباط وثيق بدين الدولة الرسمي، ثم توالى السنون والمشتغلون بالقانون في مصر يعملون جاهدين على تغييره فعدلوه غير مرة. ولكن هذه التعديلات على كثرتها لم تغير من سخطه الأجنبية. ولا طبيعته الفرنسية. بل ظل كما قال الدكتور السنهوري في وسيطه: «لا يزال الفقه المصري يتلبس في الفقه الفرنسي الهادي المرشد لا يكاد يتزحزح عن أفقه أو ينحرف عن مسراه فهو ظله اللاصق وتابعه الأمين».

ولما تقدم الوعي القومي، وهب الناس مطالبين بالتخلص من الاحتلال الأجنبي في شتى مظاهره، وتتابع اعتراف فقهاء الغرب في مؤتمراتهم العامة بأن الفقه الإسلامي له قيمة حقيقية لا تقل عما في غيره من أحدث القوانين

وأعرقها ، وأنه مستقل بذاته ليس مأخوذاً من غيره كل ذلك لفت نظر رجال القانون عندنا إلى ما في هذا الفقه من مزايا ، فيمموا نحوه باحثين وآخذين . فوضعت فيه رسائل عديدة مقارنة بينه وبين القوانين الأخرى « الوضعية » وضعها طلاب الدراسات العليا في الحقوق ، وأخذت منه أحكام كثيرة طعم بها القانون المدني الجديد ، ثم جعل مصدراً رسمياً من مصادره كما نبهنا إلى ذلك من قبل .

واشتغل بدراسته — دراسة واسعة — بعض رجال القانون ، فكان من نتيجة تعمقهم في البحث فيه أن وقفوا بأنفسهم على ما في هذه الشريعة من مبادئ ونظريات لا تقل عما في أحدث القوانين ، وأعلنوا ذلك في صراحة .

يقول الحقوقي الكبير الدكتور السنهوري في بعض مقالاته مانصة : « في الشريعة عناصر لو تواتها يد الصياغة فأحسن صياغتها لصنعت منها نظريات ومبادئ لا تقل في الرقي والشمول في مساهرة التطور عن أخطر النظريات الفقية التي تتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث . »

بقيت وراء هذا وذاك أمنية تتردد في النفوس لا في نفوس المصريين فحسب . بل في نفوس العرب جميعاً . هذه الأمنية هي أن يصبح الفقه الإسلامي المصدر الأول للقانون السائد ، وليس يبعد أن تتحقق تلك الأمنية لأننا سيأثرون في طريق التوحيد ، وسيكون — بإذن الله — توحيد القانون عنصراً هاماً من عناصر تلك الوحدة أن تتحقق قبلها ، وقد يحى مدعماً لها إذا ما جاء بعد تحققها .

هذه أمنية غالية ، والأمانى لا تتحقق إلا بالعمل . فإذا نحن فاعلون لكي نبلغ ما نريد ؟

هذه أمنية الكثرة الغالبة مع أنه لا يزال يوجد بين الناس من يظن بل

يعتقد أن الفقه الإسلامى لا يصاح للعمل به الآن ، ولا يستطيع مسابقة هذه المدنات المختلفة .

ونحن ننبه إلى أن هذا الظن ناشئ إما عن أن صاحبه ينظر إلى هذا الفقه ممثلاً فى مذهب معين من المذاهب التى كان يعمل بها إلى وقت قريب ، فىرى فيه ضيقاً وحرَجاً فى بعض فروعِهِ ، أو ينظر إليه نظرة أوسع من تلك . فىنظر إليه ممثلاً فى مجموعة المذاهب ، لكنه مع هذا يعتقد أن تلك الأحكام المنقولة فيها لازمة لا تقبل التعديل ولا التغيير . كما اعتقد ذلك من قبله البسطاء ممن انتسبوا إلى هذا الفقه من المقلدين .

وقد قلنا غير مرة : إن هذا الفقه بمذاهبه العديدة ملئ بالحلول والمبادئ التى لا تقف أمام الأحداث على كثرتها ؛ وأن ما لا نجده فى مذهب نجده فى مذهب غيره ، وما نجده مضيقاً فى واحد منها نجده موسعاً فى غيره .

وأن الأحكام الاجتهادية التى نقلت عن الأئمة وأتباعهم قابلة للتغيير والتعديل كلما جدت الحاجة إلى ذلك ؛ وأنها لم توضع لتكون طوقاً نطوق به أعناقنا إلى يوم يبعثون ، بل إن الوقوف عندها أبداً ضلال فى الدين ، ومخالفة لطريقة السلف الماضيين . كما قال الإمام القرافى « والجمود على المنقولات أبداً ضلال فى الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين » .

وأن أصول الشريعة العامة تيجلنا فى حل من كل ما يوقعنا فى الخرج أو يلحق بنا الضرر الشديد .

وأن باب الاجتهاد لا يزال مفتوحاً للسالكين الذين تأهلوا له ، وهم أصحاب الملكات الفقهية الممتازة لا كل من يدعى أنه فقيه من أولئك الذين لم يزلوا فى أول الطريق يحبون حبواً على أيديهم وأرجلهم ، فإن هؤلاء أضروا على الفقه من أعدائه .

ومن هنا نستطيع أخذ قانون عام من هذه الموسوعات التي خلفتها المذاهب
العديدة تأخذ منها ما يلائم العصر الذي نعيش فيه ، فإن لم يوجد فبالاجتهاد
الجماعي ، لأن الاجتهاد الفردي غير مأمون العاقبة في هذا العمل الخطير .

الاجتهاد الجماعي الذي يشير إليه حديث (١) يروى في هذا الموضوع
وهو ما رواه مالك بن أنس بسنده إلى علي بن أبي طالب كرم الله وجهه أنه
قال : قلت يا رسول الله الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ، ولم تمض فيه
منك سنة ، قال : « اجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا
تقضوا فيه برأى واحد » .

والسبيل إلى ذلك أن يؤلف من رجال الفقه الإسلامي الذين يمثلون المذاهب
المختلفة جماعة على هيئة مؤتمر لا يقتصر فيه على فقهاء قطر بعينه ، بل يشترك
فيه بعض الفقهاء النسابين من كل دولة ترغب في ذلك ، ويوكل إليهم التحضير
لهذا المشروع بعد أن توفر لهم الوسائل ويعاونهم في ذلك جبهة من رجال
القانون الذين مروا على الصياغة .

فإذا تم ذلك تحت إشراف الدولة ورعايتها أمكن لهؤلاء القيام بهذه المهمة

فد يقال : إن هذا عمل يحتاج إلى السنين الطوال ، وقد تعترضه عقبات
يقف عندها ، مع ما فيه من هدم لصرح قانون شريعة الفقهاء في أكثر من سبعين
عاماً ، وفوق ذلك كله فإنه يحدث هزة عنيفة في الوسط القانوني واضطرابا فيه

(١) إعلام الموقعين ج ١ ص ٧٤ وهذا الحديث وإن قيل فيه إنه غريب إلا أن معناه
صحيح تؤيده النصوص القطعية من القرآن « وشاورهم في الأمر » « وأمرهم شورى
بينهم » . وفعل الخلفاء الراشدين موافق له ، فإنهم كانوا إذا نزل الأمر كذلك جمعوا له
أهل الشورى وتباحثوا فيه ولم يستبد واحد منهم برأيه .

وهذه في الواقع تشكيكات لا تحقح حاجزاً بيننا وبين هذا العمل الجميل ،
لأن طول الزمن لا يمنع من الإقدام على أي عمل ، حيث إن الأعمال — وبخاصة
العظيم منها — لا تتم في يوم وليلة ، بل تحتاج إلى صبر وأناة ، وأما العقبات
المزعومة فلا أثر لها متى صحت النيات وصدق العزم ، وأما الهدم فإنتالنا يزيد
ولا نقصده ، بل غرضنا أن نجعل المصدر الأول لقانوننا الفقه الإسلامي الذي
نزل الوحي بقواعده وأصوله ، ثم امتدت فروعه وأنبعت ثمراته في بلاد الشرق
على أيدي فقهاء شرقيين عاشوا في الشرق وراعوا عاداته وتقاليده ، فهو الذي يلائم
بيئتنا الشرقية دون سواه (١) وليس كل مجامع به القوانين الأخرى يأبى الفقه
الإسلامي ولا يقره ، بل قد تتفق معه في الكثير من مبادئه ونظرياته ، وكيف
لا تتفق معه وقد أخذت منه الكثير إبان ازدهاره في بلاد الأندلس وفي حملة
نابليون على مصر ١٨٠١

فالكثير من هذه القوانين شرقي إسلامي الأصل ، ولكنهم صاغوه وصيغوه
بصبغة غربية ثم صدروه إلينا على أنه غربي المولد والنشأة !

إننا إذا اتهمنا هذه الوجهة ، وقصدنا التبعيد ليل فقط حتى يتفق مع الفقه
الإسلامي تفادينا الهزات والاضطرابات ، وتمسكنا من أن نحصر ما يترك من
القوانين القائمة في أضيق نطاق ، فترك منها ما خالف النصوص القطعية في الإسلام

(١) يقول الدكتور السهوري في مقال له بمجلة القانون والاقتصاد من السنة
السادسة في هذا الشأن مانصه : « واستقاء تشريعنا بقدر الإمكان من مصدر الشريعة
الإسلامية عمل يتفق مع تقاليدنا القانونية القديمة ، ويستقيم مع النظر الصحيح من أن
القانون لا يخلق خلقاً ، بل ينمو ويتطور ويتصل حاضره بماضيه ، وقد صرح في موضع
آخر : « بأن الشريعة الإسلامية بحالتها الموجودة — من غير تجديد فيها — صالحة
لأن تكون مصدراً للتقنين » .

أو ناقض قواعده وأصوله ، وما عدا ذلك فلا يعدم أن يوجد له نظير في مذهب من المذاهب ، فإن لم يوجد فإنه يدخل الفقه الإسلامي من باب المصالح أو الاستحسان ، أو العرف كما سبق تقريره .

ومن هنا يصبح عمل المؤتمر تعديلاً للأسس والمبادئ لا الإنشاء والصياغة من أوله إلى آخره ، وحينئذ لا تكون المهمة شاقة فوق الطاقة ، ولا عسيرة غير ممكنة كما يتصورها البعض ، بل تكون سهلة ميسورة يستطيع البدء فيها ، ولا ينتظر بها حتى نعيد عرض الفقه الإسلامي عرضاً حديثاً كما يقترح البعض أو تطويره كما يقول الآخرون .

لأن هذا العرض أو التطوير إن لم يقم به جماعة منظمة تحت إشراف الدولة يكون الأمل في تحققه ضعيفاً ، أو يحتاج إلى زمن طويل لا يعلم مداه إلا علام الغيوب .

القِسْمُ الثَّانِي

تمهيد

يقولون إن الفقه الإسلامى بنى على الجزئيات ، فموعبارة عن مجموعات من الأحكام مأخوذة بالاجتهاد من المصادر التى يستقى منها ، أو بالتخريج على طريقة الأئمة ، فسا هو إلا حلول جزئية للأحكام ، وأن الفقهاء المسلمين لم يدونوا الفقه على هيئة نظريات عامة وقواعد كلية ، كما هو موجود فى فقه القوانين الوضعية ، وهذا يجعل الاستفادة منه قليلة بل عسيرة ، فان الباحث فى محيط الأحكام الجزئية المبعثرة هنا وهناك يسير فى طريق متشعب المسالك .

والفقه الأجنبى وإن كان فى أول (١) أمره بنى على الجزئيات إلا أن رجاله قعدوه وصاغوه على هيئة نظريات ، فكانت دراسته مجدية لسهولة تطبيقه على من عقل تلك النظريات .

ونحن نقرر أن رجال الفقه الإسلامى لم يهملوا ناحية التقعيد ، بل أقول : إن فقهاء العصور الأولى « وهم المجتهدون » كان عمادهم فى الاستنباط فى غالب الأحوال هو القواعد العامة . فكل فقيه من هؤلاء كان يستعرض النصوص الواردة فى نوع واحد من الأحكام ، وبعد معرفة ناسخها ومنسوخها ، وعامها وخاصها ، ومطلقها ومقيدها يستخلص منها قاعدة عامة يطبقها على الوقائع الجزئية ، حتى أن بعضهم كان يحكم هذه القواعد فيما يروى له من الأحاديث . كما روى عن أبى حنيفة ، ثم إنهم عند تطبيق هذه القواعد قد يجد الواحد منهم أن تطبيق قاعدة بذاتها فى موضع معين يترتب عليه حرج ومشقة فيعدل عن هذا التطبيق ويلجأ إلى قاعدة أخرى يطبقها ، ومن هنا نشأت قاعدة

(١) راجع أصول القوانين للدكتورين السنهورى وحشمت أبى ستيت ص ١٣٣

الاستحسان الذي عمل به الحنفية والمالكية بصورة واضحة ، وقاعدة رفع الحرج ودفع الحاجة عند غيرهم .

كانت هذه القواعد تسمى بالقياس أحياناً ، ولذلك وردت كلمة على وفق القياس ، وعلى خلاف القياس في كلامهم كثيراً .

أولوا كان هؤلاء الأئمة دونوا قواعدهم تلك لكان الفقه الإسلامي الآن وقبل الآن في غنى عن دفاع أهله عنه ، ودفع شبه الطاعنين فيه ، على أن هؤلاء الأئمة قواعد من نوع آخر ، هي قواعد الاستنباط ، فكل إمام له طريقة في الاجتهاد قد تختلف عن طريقة غيره في بعض نواحيها .

وهذا النوع من القواعد بدأ تدوينه في عصر الأئمة ، وهو الذي سمي فيما بعد بأصول الفقه . يدها الإمام الشافعي ، وتبعه الإمام أحمد بن حنبل ، ثم الفقهاء أتباع الأئمة من بعدهما ، تابعوهما في ذلك حتى كل بناؤه ، وأصبح ميزة من مميزات الفقه الإسلامي .

إذاً كان في الفقه الإسلامي نوعان من القواعد قواعد الاستنباط ، وقواعد أخرى عبارة عن أصول ومبادئ كلية تصاغ في نصوص موجزة تتضمن أحكاماً شرعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها .

ولقد صرح بذلك الإمام القرافي المالكي المتوفى سنة ٦٨٤ هـ في مقدمة كتاب الفروق فقال : « إن الشريعة الحمديدية اشتملت على أصول وفروع . وأصولها قسمان : أحدهما المسمى بأصول الفقه ، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة من الألفاظ العربية خاصة ، وما يعرض لتلك الألفاظ من الدسح والترجيح ونحو الأمر للوجوب ، والنهي للتحريم . الخ »

والقسم الثاني قواعد كلية فقهية خلية كثيرة العدد عظيمة المقدار مشتملة على

أسرار الشرع وحكمه لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى ، ولم يذكر
منها شيء في أصول الفقه ، وإن كان يشار إليها هناك على سبيل الإجمال ويبقى
تفصيله لم يتحصل ، وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة
بها يعظم قدر الفقيه ويشرف ، ويظهر رونق الفقه ويعرف ، ومن جعل يخرج
الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت
واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تنتهي ، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى
عن حفظ أكثر الجزئيات لا تدارجها في الكليات واتحد عنده ما تناقض عند
غيره وتناسب (١)

فهذا اعتراف منه بأن تعيد القواعد يسهل عمل الفقيه ، وأن الاشتغال به
أعظم فائدة من الاشتغال بالفروع الجزئية .

وليس هو أول من حاول استنباط القواعد بل لقد سبقه إلى هذه المحاولة
شيخه عز الدين بن عبد السلام الشافعي المتوفى سنة ٦٦٠ هـ في كتابه « قواعد
الأحكام في مصالح الأنام » :

ثم جاء بعدهما عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ فألف كتابه
القواعد ، ثم يحيى من بعدهم ولاء التاج السبكي والجلال السيوطي الشافعيان ويؤلف
كل منهما كتابه « الأشباه والنظائر » .

(١) ثم أبان أنه وضع قواعد مفرقة في كتابه الذخيرة ، ثم أراد جمعها والزيادة
عليها في كتاب خاص سماه « أنوار البروق في أنواء الفروق » ، وأخبر أنه جمع فيه من
القواعد خمسمائة وثمانية وأربعين قاعدة ، وله كتاب آخر سماه « كتاب الأحكام في الفرق
بين الفتاوى والأحكام وتصرف القاضي والإمام » ، ذكر فيه أربعين مسألة جامعة
لأسرار هذه الفروق ، وكل الكتابين مطبوع .

ولا يفهم من هذا أن محارلة التقعيد لم تبدأ إلا في القرن السابع ، بل إنها بدأت قبل ذلك بعدة قرون بدأها فقهاء الحنفية من أوائل القرن الرابع (١).

وأول من فعل ذلك — فيما نعلم — أبو طاهر الدباس — جمع منها سبع عشرة قاعدة . منها الضرر يزال ، واليقين لا يزول بالشك ، والعادة محكمة . والمشقة تجلب التيسير .

ولما علم بذلك أبو الحسن الكرخي ، وكان محاصراً له ، ولد سنة ٢٦٠ هـ وتوفي سنة ٣٤٠ هـ ، أخذها عنه ، وزاد عليها فألف رسالته في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية ، ولم يذكر أمثلتها حتى جاء الإمام نجم الدين عمر النسفي المتوفى سنة ٥٣٧ هـ ، وذكر أمثلتها وشواهدا وفيها تسعة وتسعون أصلاً . من ذلك .

« إن تعليق الأملاك بالآخطار باطل ، وتعليق زوالها بالآخطار جائز ، (٢)

« إن الشيء يعتبر مالم يعد على موضوعه بالنقض والإبطال ، (٣)

(١) ولو قلنا إنها بدأت في أواخر القرن الثالث لما بعدنا عن الحقيقة ، فإن أبا طاهر الدباس من عاش في القرنين الثالث والرابع .

(٢) فلو قال شخص لآخر : إن دخلت الدار فقد وهبتك هذا الشيء ، وقال الآخر قبلت لا يصح ولا يثبت الملك عند وجود الشرط بخلاف ما إذا قال لامرأته : إن فعلت كذا فأنت طالق فإنه يصح التعليق ويقع الطلاق عند تحقق الشرط .

(٣) من مسألة أن العبد المحجور إذا أجر نفسه مدة معلومة للعمل لم تصح دفعاً للضرر عن المولى ، ولو قضينا بفسادها بعد مضي المدة وتتمام العمل كان إضراراً بالمولى بتعطيل منافع عبده بغير بدل فكان دفع الضرر هنا في تصحيحها ، إذ لو قضينا بفسادها لم يكن دفعاً للضرر بل يكون تحقيقاً للضرر فيعود النظر ظروراً .

١. الظاهر يدفع الاستحقاق ولا يوجب الاستحقاق» (١)

ثم جاء أبو زيد الدبوسي ، وهو عبيد الله بن عمر بن عيسى المتوفى سنة ٤٣٠ هـ (الدبوسي نسبة إلى دبوسية قرية بسمرقند) وألف كتابه تأسيس النظر (٢) ، وقد قسمه على ثمانية أقسام . جعل كل قسم منها خاصاً بالأصول التي عليها مدار الخلاف بين إمامين من الأئمة ، فيقول مثلاً .

القسم الأول في الأصول التي عليها مدار الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه .

القسم الثاني في الأصول التي عليها مدار الخلاف بين أبي يوسف ومحمد .

والكتاب مشتمل على ست وثمانين قاعدة ، ثم تتابع الزمن حتى جاء في القرن العاشر زين العابدين بن نجم المصري المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ، وألف كتابه الاشتباه والنظائر . جمع فيه خمساً وعشرين قاعدة ، وجعلها نوعين ، قواعد أساسية وهي ستة ، وباقيها أقل منها اتساعاً وهي تسع عشرة قاعدة .

ثم جاء بعد هؤلاء فقهاء في عهد الدولة العثمانية ، وألفوا كتباً أخرى في هذا النوع ، ومنهم أصحاب المجلة العدلية الذين أخذوا بما دون قبلهم تسعاً وتسعين قاعدة وضعوها في أول المجلة .

وأخيراً يقول عالم من علماء الحنابلة توفي في مبدأ هذا القرن الهجري ، وهو الشيخ محمد حسن الشطبي المولود في دمشق سنة ١٢٤٨ هـ ، والمتوفى سنة ١٣٠٧ هـ ، يقول في مقدمة (٣) توفيق المواد النظامية لأحكام الشريعة

(١) من مسائله : إن من كان في يده دار فجاء رجل يدعيها فظاهر يده يدفع استحقاق المدعى حتى لا يقضى له إلا بالبينة ولو بيعت دار بجانب هذه الدار فأراد أخذ الدار المبيعة بالشفعة بسبب الجوار لهذه الدار فأنكر المدعى عليه أن تكون هذه الدار التي في يده مملوكة له فإنه ظاهر لا يستحق الشفعة ما لم يثبت أن هذه الدار ملكة .

(٢) كتاب تأسيس النظر مطبوع ومعه رسالة الكرخي .

(٣) ص ٩ وص ٨٤ وهذه المقدمة اشتملت على مائتي مادة وهي مطبوعة بمصر .

الحمدية . إن المحققين من الفقهاء قد أوجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية
كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة ، وقد أوصلها فقهاء الحنابلة إلى نحو
ثمانمائة قاعدة ، اهـ . . .

هذه خطوات خطاها فقهاء الشريعة في هذا الطريق ، وهي محاولات موفقة
إلى حد ما ، لأنها محاولات فردية ، ولأن ما في هذه الكتب لا يعتبر كله
قواعد بالمعنى الصحيح .

ثم إنهم وإن اعتبروا مقصرين في هذا النوع من الأصول فقد وفقوا
في استنباط النوع الثاني ، لأنهم بعد سد باب الاجتهاد شغلوا بثلاثة أمور
- كما سبق - منها استنباط القواعد والأصول ، ونتج عن ذلك تدوين أصول
الفقه ، وتتميم مسائله ، وهو مما امتاز به الفقهاء المسلمون عن غيرهم ،
وهذا العلم - مع ما فيه من التواء في بعض مسائله - بمجهود ضخم لا يخلو من
فوائد عظيمة ، ولو أعيد النظر فيه مجرداً عن العصبية المذهبية وخلص من
المسائل التي بنى الخلاف فيها على الاختلاف في تفسير الألفاظ وما شاكلها
لأضحى من أجل ما يخدم به الفقه والتشريع .

ومع هذا الذي فعلوه فنحن لا ننفي عنهم تهمة التقصير في التأليف فيه على
هيئة نظريات عامة ، وهي نوع آخر غير القواعد السابقة ، كنظرية العقد ،
ونظرية الالتزام مثلاً ، ولـكننا نلتمس لهم العذر فيما فعلوه ، لأن الأحكام
الاجتهادية التي انتبطها الأئمة نقلت لهم على هيئة حلول جزئية من غير بيان
لقواعدها التي استندت إليها ، أو خرجت عليها ، وصاحب هذا النقل دعوى
سد باب الاجتهاد ، فوجد هؤلاء حلولاً للمسائل ما وقع منها ، وما لم يقع ،
فلم يكن المفتى أو القاضى يجد صعوبة في تعرف حكم ما يعرض عليه من الوقائع
إلا في القليل النادر .

أضف إلى ذلك أن الفقهاء لم يجدوا تشجيعاً من الحكام إلا في فترات

نأدره من الزمن ، وأن الفقه الإسلامي قد أهمل العمل به في بعض البلدان الإسلامية بسبب الاستعمار البغيض الذي ابتليت به هذه البلدان ، وحلت محله القوانين الوضعية ، وهذا عمل يضعف العزائم ويميت الهمم .

هذا وأن الفقه الإسلامي لا يأتي التجديد حتى في طريقة عرضه ، غير أن

هذا العرض لا يكفي فيه جهود فردية ، ولا مذكرات دراسية ، بل يحتاج

إلى عمل منظم من جماعة يعهد إليها القيام به ، بعد أن يوفر لها كل الوسائل

اللازمة لذلك .

نظرية الملكية

تمهيد في تعريف المال وبيان أنواعه ، تعريف الملك ، المال والتلك ، تنوع الملك إلى ناقص وتام ، أنواع الملك الناقص ، أسباب كل نوع وخصائصه ، الملك التام ، خصائصه ، أسبابه ، المال المباح وأنواعه . . .

وقبل الكلام على الملك وأنواعه وأسبابه نمد لذلك بكلمة موجزة عن المال وما في معناه من « المنافع والحقوق » ، للارتباط القائم بينهما من جهة أن الملك في غالب صورته يرد على المال ، ولأن الشارع جعله العلاقة بين الإنسان والمال فنقول :

المال ضروري من ضرورات الحياة التي لا غنى للإنسان عنها ، وقد ورد ذكره في القرآن في أكثر من تسعين آية ، وفي السنة في أحاديث أكثر من أن تحصى ، وأخبر الله أنه أحد أمرين هما زينة الحياة الدنيا في قوله تعالى : « المال والبنون زينة الحياة الدنيا (١) » ، غير أن الشارع لم يحدد له معنى خاصاً كما حدد معاني غيره من الألفاظ ، كالصلاة والزكاة والربا والنكاح ، بل تركه لما يتعارفه الناس فيه ، فالعربي الذي نزل القرآن بلغته حينما يسمع لفظة المال يفهم المراد منها كما يفهم ما يراد بلفظ السماء والأرض ، ولذلك نجد بعض أصحاب المعاجم اللغوية يقول : « المال معروف » ، ومنهم من بين معناه .

والذي يؤخذ منها : أن المال في لغة العرب ، هو الشيء الذي يحوزه الإنسان بالفعل بحيث ينفرد به عما سواه .

وعلى هذا لا يسمى الشيء الذي لم يدخل في حيازة الإنسان مالا في اللغة ، كالصيد في الفلاة ، والطير في الهواء ، والسمك في الماء ، والمعادن في باطن الأرض .

(١) سورة الكهف : ٤٦

وأما الفقهاء فقد ورد عنهم في تعريف المال عبارات كثيرة مختلفة في الفاظها متقاربة في مفهومها ومعناها ، فكل واحد يريد أن يبين معنى هذا اللفظ ، ويحدد المراد منه ، لأن الشارع تركه من غير تحديد لمعناه ، فجاءت بعض التعاريف واضحة جلية وافية بالغرض ، والبعض الآخر فيه شيء من الغموض والقصور .

وأقرب هذه التعريفات وأحسنها ما قيل فيه : إن المال هو ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعاً معتاداً .

وهذا التعريف يفيد أن مالية الأشياء تثبت بمجموع أمرين : - ١ - إمكان الحيازة ، - ٢ - إمكان الانتفاع المعتاد به ، فإذا فقد أحدهما أو كلاهما إنتفت المالية .

فليس من المال ما لا يمكن حيازته ، كضوء القمر ، وحرارة الشمس والأشياء المعنوية كالشرف والذكاء والصحة ، كما يخرج عنه الأشياء التي لا يمكن الانتفاع بها أصلاً ، كالأشياء الفاسدة التالفة ، مثل لحم الميتة ، والطعام المسموم أو ينتفع بها انتفاعاً غير عادي كحبة من القمح أو الأرز ، فإنها لا ينتفع بها وحدها .

ثم إن مالية الأشياء تثبت بتمول الناس كلهم أو بعضهم ، وينبغي على هذا أمران :

القول : أن يكون الخمر والخنزير ونحوهما من الأموال لإمكان حيازتها والانتفاع بها لغير المسلمين .

الثاني : أن الشيء إذا ثبتت ماليته لا يزول عنه إلا بترك الناس كلهم له ، فلو ترك بعض الناس أشياء لأنها أصبحت غير صالحة للانتفاع بها ، لكنها تصلح للانتفاع غيرهم ، كالثياب القديمة ، فإن اسم المال لا يزول عنها ما دام

إمكان الحيابة والانتفاع بها موجوداً بالنسبة لبعض الناس

مأينة الأشياء غير المادية « المنافع والحقوق » : الأشياء التى ينتفع بها الإنسان أنواع ثلاثة : ١ - أعيان : وهى الأشياء المادية التى لها مادة وجرم ، ٢ - منافع : وهى الفوائد المقصودة من الأعيان ، كسكنى الدار ، وركوب السيارة ، ولبس الثوب ، وما شاكل ذلك ، ٣ - حقوق وهى كل مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشارع ، وهى قد تكون متعلقة بمال ، كحق الشرب والمروء والتعل ، وقد لا تكون متعلقة بمال ، كحق الحضانة للأم على الصغير ، وحق الزوج على زوجته مثلاً (١) .

وقد اتفق الفقهاء على أن الأعيان أموال إذا أمكن حيازتها ، والانتفاع بها ، كما اتفقوا على أن الحقوق المتعلقة بغير المال كحق الحضانة ، وحق الولاية

(١) الحق فى اللغة هو الأمر الثابت الموجود ، وله معان أخرى ، والفقهاء استعملوه فيما ثبت لأنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه ، ولذا يطلقون على كل عين أو مصلحة تكون لك بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها أو منعها من غيرك ، أو بذلها أو التنازل عنها ، فيطلق على الأعيان المملوكة ، ويطلق على الملك نفسه ، وعلى المنافع والمصالح ، وهذا الإطلاق عام ؛ وقد يستعملونه فى مقابلة الأعيان والمنافع المملوكة فيكون خاصاً ، والمراد به حينئذ المصالح الاعتبارية الشرعية التى لا وجود لها إلا باعتبار الشارع وفرضه .

وقد قسموا الحقوق عدة تقسيمات . فقسموها مرة إلى حقوق مجردة وغير مجردة ، وأخرى إلى حقوق تقبل الإسقاط وحقوق لا تقبل الإسقاط ، وقسموا التى تقبل الإسقاط إلى ما يصح الاعتياض عنها ، وإلى ما لا يصح فيها ذلك ، كما قسموها إلى حقوق متعلقة بالمال ، وحقوق متعلقة بغير المال ، والأصوليون قسموها إلى حقوق خالصة لله ، وحقوق خالصة للعباد ، وحقوق مشتركة وحق الله غالب ، وحقوق مشتركة وحق العبد غالب .

على القاصر ليست بمال ، واختلفوا في الحقوق المتعلقة بالمال ، والمنافع (١)
على رأيين :

فذهب الحنفية إلى أنها ليست بمال ، لعدم إمكان حيازتها بذاتها ، لأنها
معدومة ، وإذا وجدت تفتى شيئاً فشيئاً .

وذهب الأئمة الآخرون إلى أنها أموال ، لإمكان حيازتها بحيازة أصلها ،
ولأنها هي المقصودة من الأعيان ولولاها ما طلبت ، ولأن الطبع يميل إليها ، وهذا
الرأى أوجه من سابقه لاتفاقه مع العرف العام في المعاملات المالية .

وثمره هذا الخلاف تظهر في مسائل من الغصب والميراث والإجارة (٢) .

فن غصب شيئاً وانتفع به مدة ثم رده إلى صاحبه فإنه يضمن قيمة المنافع
عند غير الحنفية ، وعندهم لا ضمان عليه إلا إذا كان المنغصب عيناً موقوفة ،
أو مملوكة ليتيم ، أو شيئاً معداً للاستغلال (٣) .

وإذا استأجر شخص داراً مدة معينة ، ثم مات قبل انتهاء مدة الإجارة ،
فعند الحنفية ينتهى العقد بموت المستأجر ، لأن المنفعة ليست مالا حتى

(١) يلاحظ أن المنافع المختلف فيها هنا هي الأعراض المقابلة للأعيان كما مثلنا
من قبل ، وأما ثمرة الأعيان المتولدة منها كالثمرة الناتجة من الشجر والزرع الثابت في
الأرض فإنه لا خلاف في كونها مالا لأنها يمكن حيازتها وإن اختلف الفقهاء في شمول
المنافع لها . راجع كتابنا الوقف والوصية بين الفقه والقانون في بحث الوصية بالمنافع .
(٢) عدها أبو زيد الدبوسى في كتابه تأسيس النظر ص ٦٢ فراجعها .

(٣) كان الحكم عند متقدمى الحنفية عاما وهو عدم الضمان ، فلما رأى المتأخرون
ضعف سلطان الدين على النفوس . والناس تجارؤوا على الغصب وهم آمنون من
الضمان أقتوا بالتضمنين في هذه المواضع الثلاثة زجراً للناس عن التعدى ، وهذا
المعنى موجود الآن بالنسبة لكل المنافع فينبغى الإقتناء بالضمان في كل غصب .

تورث ، وغير الحنفية يقولون : إن الورثة يحملون محل مورثهم حتى تنتهي مدة الإجارة (١) .

أنواع المال : عني الفقهاء ببيان أنواع المال لأن الأحكام تختلف تبعاً لاختلاف أنواعه ، فقسموه عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة فقسموه باعتبار ماله من حرمة وحماية إلى متقوم وغير متقوم ، وباعتبار استقراره في محله وعدم استقراره إلى عقار ومنقول ، وباعتبار تماثل أجزائه وآحاده وعدم تماثلها إلى مثلي وقيمي .

المتقوم وغير المتقوم : (٢) ما يصدق عليه اسم المال شرعاً منه ما هو مباح لنا الانتفاع به ، ومنه ما هو محرم علينا ، وما أبيع الانتفاع به إذا حازه شخص وملكه جعل الشارع له حماية وحرمة لحق ماله .

(١) المال في اصطلاح القانون ، كان يراد به في القانون المدني القديم كل شيء نافع للإنسان يصح أن يستأثر به شخص دون غيره ويكون محلاً للحقوق ، وفي القانون الجديد أصبح يراد به الحق ذو القيمة المالية أياً كان ذلك الحق سواء أكان ذلك عينياً أم شخصياً أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، ... أما الشيء سواء أكان مادياً أم غير مادي فهو محل ذلك الحق . راجع شرح القانون المدني الجديد للدكتور كامل مرسى .

(٢) هذا التقسيم غريب موجود في القانون ، ولكن يوجد تقسيم يشبهه في بعض الوجوه ، فالمادة ٨١ — من القانون المدني الجديد تنص على أن : ١ — كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية ، ٢ — والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يحسن القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية . فبناء على هذا يمكن القول بأن فكرة عدم التقويم للدال موجودة في القانون غير أنها ليست مستندة إلى تجريم الشارع ، بل مبناها منع التعامل قانوناً .

فإذا توفر للمال الحيابة بالفعل وإباحة الانتفاع في حالة الاختيار سمي عند الفقهاء بالمتقوم ، وإذا انعدم أحدهما كان المال غير متقوم .

فالمال المتقوم : هو ما حيز بالفعل وتجاز الانتفاع به شرعاً في حالة الاختيار .

وغير المتقوم : ما ليس كذلك فيشمل ما أيسح الانتفاع به قبل حيازته ، كالمال المباح ، وما حيز لكن لا يساح الانتفاع به في غير حالة الضرورة ، كالخمر والخنزير في حيازة المسلم ، وأما إذا كانا في حيازة ذمي فيكونان مالا متقوماً في نظر بعض المذاهب الفقهية (١) .
وفائدة هذا التقسيم تظهر في موضعين :

الأول : في الضمان عند التعدي ، فالمتقوم يضمنه المتعدي عليه بالمثل أو بالقيمة على حسب نوعه ، وغير المتقوم لا يضمن متلفه شيئاً حيث لا حرمة له .

الثاني : في صحة التصرف وعدمها ، فالمتقوم يصح التصرف فيه بالبيع والهبة والإجارة وغيرها ، وغير المتقوم لا يصح التصرف فيه بشيء من ذلك ،

(١) في كشف الأسرار للبزدوي ج ٤ ص ١٥٤ تفصيل لمذاهب الفقهاء في هذا الموضوع خلاصته : إذا تعدى شخص على خمر أو خنزير لذمي هل يضمنها أولاً ؟ فأبو حنيفة يوجب الضمان سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً غير أن المسلم يضمنها بقيمتها والذمي بمثلها ، لأنها ما دامت متقومة في حقهم فكانت معصومة فتضمن ، وذهب المالكية والصاحبان من الحنفية إلى وجوب الضمان أيضاً ، لكنه بالقيمة مسلماً كان المتلف أو ذمياً .

وذهب الشافعي وأحمد إلى عدم وجوب الضمان سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً .

فلو باع مسلم خمراً أو خنزيراً كان هذا البيع غير صحيح ، ولو كان المتصرف ذمياً صح منه لتقومهما في حقه (١) .

العقار والمنقول (٢) لانزاع بين الفقهاء في أن الأعيان المالية تنقسم إلى عقار ومنقول وأنه لا ثالث لهما كما لا نزاع بينهم في أن ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر عقار ، وأن ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان مع بقاء صورته وهيئته منقول ، وإنما النزاع بينهم فيما يمكن نقله مع تغير في صورته وهيئته عند النقل كالبناء والأشجار هل هو عقار أو منقول ؟

فالحنفية يقولون : إنه منقول ، والمالكية جعلوه من العقار ، وعلى هذا يعرف العقار عند الحنفية : بأنه ما لا يمكن نقله وتحويله أصلاً ، وهذا لا يصدق إلا على الأرض خاصة .

والمنقول عندهم : هو ما يمكن نقله سواء بقى على صورته الأولى كالحيوانات والمعادن من الذهب والفضة والحديد ، أو تغيرت صورته وهيئته كالأشجار والبناء .

والمنقول عند المالكية : هو ما أمكن نقله مع بقاء هيئته وصورته الأولى والعقار ما عدا ذلك ، فيدخل في العقار الشجر بأنواعه والبناء .

(١) يقول الامام محمد بن الحسن في كتابه « الأصل » ج ١ ص ٢٢١
وأما الخمر والخنزير فاني أجيز بينهما بين أهل الذمة لأنها أموال أهل الذمة ،
أستحسن ذلك وأدع القياس فيه . من قبل الأثر الذي جاء في نحو من ذلك عن عمر .
يشير الى قول عمر : « ولهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها » .

(٢) هذا التقسيم موجود في القانون غير أنه توسع في العقار فأدخل فيه بعض المنقولات وسماها عقاراً بالتخصيص ، كما أدخل بعض الحقوق العينية المترتبة على العقار ثم رتب آثاراً كثيرة على هذا التقسيم راجع مادتي - ٨٢ ، ٨٣ من المدنى الجديد .

وفائدة هذا التقسيم تظهر في كثير من الأحكام عند التطبيق ، منها الشفعة
وتصرف الوصي في مال الصبي ، وبيع أموال الدين المحجور عليه بسبب الدين
وتصرف المشتري في الشيء المشتري قبل قبضه ، فإنها تختلف باختلاف المال
وتنوعه إلى عقار ومنقول (١)

المثل والقيمي نسبة إلى المثل والقيمة

المثل : هو ماله مثل ونظير في الأسواق من غير تفاوت في أجزائه أو

وحداته يعتد به ، كالمكيلات والموزونات ، والعدييات المتقاربة من البرتقال
والليمون والبيض وغير ذلك ، والثياب المصنوعة من قماش معين ، ومقاس معين
والأحذية ، والجوارب المتحدة النوع ، وأدوات الأكل ، وأواني . والكتب
المطبوعة الموجودة في السوق .

والقيمي : هو ما ليس له نظير أصلاً كالتحف النادرة ، أو ماله نظير
ولكن بينهما تفاوت يعتد به في التعامل ، كالحيوانات والأشجار والبناء ،
والعدييات المتفاوتة . كالمانجو والبطيخ ونحوهما ، والأحجار الكريمة كاللآلئ
والياقوت ، والكتب المخطوطة .

ومنه الأموال المثلية التي انقطعت من السوق ، ككتاب مطبوع معين نفذت
نسخة من السوق .

وفائدة هذا التقسيم تظهر في بعض الأحكام ، ففي ضمان العدوان يضمن
المال المثل بمثله مادام موجوداً ، فإذا تعذر ذلك ضمن بقيمته ، والقيمي يضمن
بقيمته ابتداءً لتعذر المماثلة .

(١) إذا أردت توضيح ذلك فارجع إلى كتابنا نظام المعاملات في الفقه الاسلامي
ص ٩٧ وما بعدها .

وأن المال المثلّي يتعين بالوصف غالباً ، وقد يتعين بالإشارة إليه أو ما يقوم مقامها بخلاف القيمي فإنه لا يتعين بالوصف .

وينبنى على هذا الفرق فرق آخر ، وهو أن المال المثلّي إذا كان متعيناً بالوصف ثبتت في الذمة في المعاملات فيؤدى بمثله ، وأما القيمي فلا يثبت في الذمة (١) فأداؤه يكون بعينه وذاته المشار إليها ،

(١) هذا هو المشهور عند الفقهاء . والتحقيق أن صلاحية المال القيمي لثبوته في الذمة موضع خلاف بين الفقهاء .

فأهل الظاهر والمزني ذهبوا إلى أن المال القيمي بجميع أنواعه يصلح أن يكون ديناً في الذمة كالمثلّي ، ولذلك أجازوا القرض في كل ما يجوز تملكه بهبة أو غيرها ، وأن الواجب فيه رد مثله إن كان له مثل حقيقة أو مثله صورة وخلقة كما في الحيوان يقول ابن حزم في المحلى ج ٨ ص ٨٢ : « والقرض جائز في الجوارى والعبيد والدواب والدور والأرضين وغير ذلك لعموم قوله تعالى « إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى » قال : « وقولنا هذا قول المزني وأبي سليمان ومحمد بن جرير وأصحابنا ومنع من ذلك أبو حنيفة ومالك والشافعي في الجوارى خاصة الخ هو الإطلاق الذي ينسبه إلى المذاهب غير مسلم .

لأن الحنابلة والشافعية عندهم رأيان رأى يجوز القرض في كل مال ، وآخر لا يجوز فيه لا ينضبط ومالا مثل له . كما في المغنى ونهاية المحتاج .

والمالكية يرون أن كل ما ينضبط في عرف محل العقد يصلح أن يكون ديناً في الذمة من كل مكمل وموزون ومزروع والثياب والحيوان ، كما في الشرح الكبير باب القرض والحنفية لم يجوزوا القرض إلا في المثليات ، وأما السلم فجوزوه في كل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره . فالقاعدة عندهم أن كل ما يجوز السلم فيه يصلح أن يكون ديناً في الذمة لأنهم صححوا السلم في اللبن والآجر والثياب والسماك الطرى والمملح ولا يصح في الحيوان واللحم والجواهر الخ ،

ومبنى الخلاف في أصل المسألة - فيما يثبت في الذمة من الأموال - هو اختلافهم في =

كما يظهر الفرق بينهما أيضاً في قسمة المال المشترك ، فإن القسمة فيها معنيان إفراد الحقوق وتمييزها ، والمبادلة أى تبادل الأنصباء ببعضها ، إلا أن معنى الإفراد راجح في قسمة المال المثلّي ، ومعنى المبادلة أرجح في قسمة القيمي ، ومن هنا جاز لكل شريك بعد القسمة أن يأخذ نصيبه في غيبة الشريك الآخر ، وبدون إذنه إذا كان المقسوم مثلياً ، لعدم التفاوت في الأنصباء ، أما إذا كان قيمياً فلا يجوز له ذلك للتفاوت بين النصيبين .

التعريف بالملك : عرفنا من الكلام على المال أنه مخلوق لأجل الإنسان ، وأن المالية لا تثبت للشيء إلا بتمول الناس له ، وأن تقومه يكون بحيازته مع إباحة الانتفاع به ، فيكون إذاً هناك علاقة بين الإنسان والمال ، هذه العلاقة هي التي تكسبه خواصه المالية السابقة ، وخواصه الشرعية التي أقرها الشارع من صحة التصرفات فيه ، وجوب ضمانه عند الاعتداء عليه ، وقد قرر الشارع هذه العلاقة ، وجعلها الملك ، فإذا ثبتت أكسبت كلا من المال والإنسان وصفاً جديداً لم يكن موجوداً قبلها ، فيصبح الإنسان مالئكاً ، والمال مملوكاً ، فالملك إذاً معنى نسبي يعين الصلة بين الإنسان والمال ، والملكية نسبة إلى الملك .

والملك في لغة العرب : هو حيازة الإنسان للمال مع الاستبداد به . أى الانفراد بالتصرف فيه .

الواجب بالقرض أهو رد مثل المقرض أم يكفي رد قيمته إذا لم يكن له مثل ، فمن ذهب إلى أن الواجب رد المثل لم يجوز القرض فيما لا مثل له ، فلا يثبت في الذمة غير المثلّي ، ومن اكتفى برد القيمة ذهب إلى جواز القرض في غير المثلّي ، فيثبت في الذمة عنده المثلّي وغير المثلّي على حد سواء .

والفقهاء في تعريفه عبارات كثيرة (١) تختلف في مزاياها ونقصانها ، ففي كل منها مزية ونقص ، ولكنها تقول في النهاية إلى أن الملك علاقة بين الإنسان والمال أقرها الشارع تجعله مختصاً به ، ويتصرف فيه بكافة التصرفات ما لم يوجد مانع يمنع من هذا التصرف .

ونحن نستخلص من جملة التعريفات التعريف الآتي :

الملك هو اختصاص بالشئ بمنع الغير عنه ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي ،

فإذا حاز الشخص المال بطريق مشروع أصبح مختصاً به ، وهذا الاختصاص يتيح لصاحبه الانتفاع به ، والتصرف فيه إلا إذا وجد مانع شرعي يمنعه من التصرف ، كالجنون أو العته أو السفه مثلاً ، ويمنع الغير من الانتفاع بهذا المال ، أو التصرف فيه إلا إذا كانت له صفة شرعية تبيح له التصرف . من ولاية أو وصاية أو وكالة ، وعلى هذا لا يكون ولي القاصر ، أو القيم على المجنون أو المعتوه ، أو الوصي ماله كما لا يتصرف فيه ، بل المالك هو القاصر أو المجنون ، ولولا هذا العارض الذي عرض له لملك التصرف أيضاً .

ثم إن الملك كما يطلق على هذه العلاقة وهي الملكية (٢) يطلق كذلك على

(١) راجع فتح القدير والبحر الرائق أول كتاب البيع ، والفروق للقرافي ج ٣ ص ٢٠٨ وما بعدها في الفرق ١٨٠ ، وتهذيب الفروق ج ٣ ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٢) ومعنى الملكية في القانون المدني قريب من معناه في الشريعة فالمادة ٨٠٢ تقول للمالك الشئ وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، والدكتور كامل مرسى في شرحه للقانون ص ٢١٥ يقول : الملكية حق بمقتضاه =

الشيء المملوك فتقول : هذه السيارة ملكي ، أي مملوكة لي (١) ، ومن هذا المعنى قول فقهاء الحنفية : إن المنافع والحقوق ملك وليست بمال ، وعلى هذا يكون الملك أعم من المال عندهم

المال والتملك : قدمنا أن المال ما يمكن خيازته والانتفاع به على وجه معتاد ، وهذا يفيد أن المال بطبيعته قابل للتملك ، لكن قد يعرض لبعض أنواعه عارض يجعله غير قابل لذلك في جميع الأحوال ، أوفى بعضها ، وحينئذ يتنوع المال بالنسبة لقابليته للتملك إلى ثلاثة أنواع .

١ - نوع لا يقبل التملك ولا التملك بحال من الأحوال . مثل الأشياء المخصصة للمنافع العامة ، كالطرق العامة والجسور ، والسكك الحديدية ، والأنهار العظيمة ، والمكتبات العامة والمتاحف والحدائق العامة وغيرها ، فهذه الأشياء غير قابلة له ما دامت مخصصة للمنافع العامة ، فإذا ما زالت عنها هذه الصفة العامة عادت إلى حالتها الأصلية ، وهي قابليتها للتملك ، فمثلا الطريق العام إذا استغنى عنه ، وشق طريق آخر بدله فإنه يعود إلى قبوله التملك .

٢ - نوع لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي ، كالأعيان الموقوفة ، وأملاك بيت المال ، وهي المسماة في العرف القانوني باسم « الأموال الحرة » ، فالوقف

يوضع شيء تحت إرادة شخص يكون له دون غيره أن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه بكل التصرفات في حدود القانون .

(١) وهذا المعنى هو ما أراده أصحاب المجلة العدلية من تعريفهم للملك « بأنه ما ملكه الإنسان سواء كان أعياناً أو منافع » ، مادة - ١٢٥ .

لا يصح بيعه إلا إذا تهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من غلاته مثلاً ، وملك الحكومة « بيت المال » لا يجوز بيعه إلا لضرورة كاحتياج بيت المال إلى ثمنه أو رغب فيه راغب بضعف ثمنه ، وقيل إذا رأى ولي الأمر المصلحة في ذلك للماله من الولاية العامة .

٣ - نوع يصح تملكه وتمليكه . وهو ماعدا هذين النوعين :

أنواع الملك : الاختصاص بالشئ الذى هو معنى الملك إما أن يقع على ذات الشئ « عينه ورقبته » ، ومنافعه معاً ، أو يقع على منافعه فقط ، أو يقع على ذاته فقط . فإذا وقع على أحدهما كان ملكاً ناقصاً ، وإذا وقع عليهما كان تاماً ، ومن هنا انقسم الملك إلى تام وناقص .

فالملك التام : هو ما ثبت لذات الشئ ومنفعته معاً بحيث يثبت معه للمالك فيهما جميع الحقوق المشروعة .

والملك الناقص : هو ما ثبت لواحد منهما فقط ، وهو نوعان . ملك الرقبة وحدها ، وملك المنفعة وحدها ، ويسمى حق الانتفاع ، وهذا الأخير يتنوع إلى نوعين باعتبار ما يتعلق به ؛ لأنه إما أن يكون ثابتاً لشخص ، أو لعين .

فالأول يتعلق ابتداء بالمنتفع ، فيكون له فقط ، ولا ينتقل منه إلى غيره إلا في بعض صور « سيأتى تفصيلها عند الكلام عليه » ، والثانى يتعلق بعين العقار المقرر له هذا الحق ، وهو لا يثبت لشخص معين ، بل يتبع العقار كيفما كان ماله . فهو يثبت أولاً للعقار ، ثم يثبت لمن ملكه تبعاً لثبوته للعقار ، ولذلك ينتقل مع العقار كحق المرور إلى دار معينة في طريق خاص ، وكحق

الشرب لأرض الثابت على أرض أخرى ، فإنه يثبت لمن ملك الدار أو الأرض
فإذا لاحظنا هذين النوعين يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع .

١ - ملك العين فقط .

٢ - ملك المنفعة فقط ، ويكون الانتفاع حقاً شخصياً (١) . أى
لشخص معين .

٣ - ملك المنفعة وحدها ، ويكون حق الانتفاع عينياً ، أى تابعاً للعين
ويثبت لمن ملك العين تبعاً للملكية العين .

هذا ولكل من الملك التام والناقص بأنواعه خصائص وأحكام يختص بها
دون سواه ، كما أن لكل منها أسباباً يثبت بها ، وإليك بيانها .

الملك الناقص وأنواعه : النوع الأول وهو ملك العين وحدها .

هذا النوع يوجد إذا كانت العين مملوكة لشخص والمنفعة مملوكة لآخر ،
وهو أقل أنواع الملك الناقص وجوداً ، لأنه جاء على خلاف القواعد في الملك ،
لأن المقصود من ملك العين هو الانتفاع بها ، فإذا ثبت ملك العين بدون الانتفاع

(١) هذا الاصطلاح في الحق العيني والشخصي غير اصطلاح القانون فيهما ، فإن
الحق العيني كحق الملكية وحق الانتفاع ، والحق الشخصي كالذممات ، أى الديون التي
للشخص على الغير ، وكلاهما يكون العنصر الإيجابي في الذمة المالية ، وسمى الحق الأول
عينياً ، لأنه متعلق بالعين ، وصاحبه لا يستعمله قبل شخص معين ، بل يستعمله قبل
جميع الناس ، وسمى الثاني شخصياً ، لأنه متعلق بشخص المدين ، وصاحبه لا يستعمله
إلا بواسطة شخص آخر يؤديه إليه ، ويسمى ذلك الشخص المدين .

كان ذلك شاذاً ، إلا أنه تسومح فيه تشجيعاً على أعمال البر في نهاية الحياة بحيث إنه لا يثبت إلا في صورتين من صور الوصية .

الأولى : إذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص طول حياته ، أو مدة معلومة ، ومات الموصى ، فإن ملك العين ينتقل إلى الورثة ، والموصى له إذا قبل الوصية ملك المنفعة طول حياته ، أو المدة المحددة ، وعلى الورثة تسليم العين للموصى له بالاتفاق ، فإن امتنعوا أجبروا على ذلك ، وبعد انتهاء مدة الوصية ، أو موت الموصى له يصبح ملك الورثة ملكاً تاماً ، وإذا مات الموصى له قبل انتهاء المدة المحددة وجب على ورثته تسليم العين لورثة الموصى عند الحنفية ، لأن المنفعة لا تورث عندهم ، ومن هنا تعلم أن ملك العين فقط يؤول إلى ملك تام بخلاف ملك المنفعة فإنه ناقص دائماً .

الثانية : إذا أوصى شخص بداره ، أو أرضه مثلاً لشخص وبمنفعتها إلى شخص آخر ، وبعد موته قبل كل منهما الوصية ، فإن ملك كل منهما ناقص ، وتسلم العين لصاحب المنفعة ليستوفي حقه ، فإذا انتهى عادت إلى مالك العين ، ويصبح ملكه تاماً .

وعلى ذلك نقول : إن ملك العين وحدها يثبت بالميراث في صورة الوصية بالمنفعة وحدها ، وبالوصية فيما إذا أوصى بالعين لشخص وبالمنفعة لآخر .

أما خصائصه : فإن صاحبه ليس له الانتفاع بأي وجه لا بنفسه ولا بتسليمه لغيره ، وليس له التصرف في العين تصرفاً يضر بملك المنفعة ، وليس له أن يبيع العين لغير مالك المنفعة إلا بإذنه عند الحنفية ، وعند غيرهم يجوز بيعها بدون إذنه ، وتنتقل ملكيتها محملة بحق مالك المنفعة ، وعليه سار قانون الوصية ، وإذا مات تورث عنه ، ولا ينتهي ملكه إلا بموته أو بهلاك العين

نفسها ، أو بتمليكها لغيره ، وإذا أتلّف العين ضمن قيمة المنفعة للمالكها ونفقات العين اللازمة لاستيفاء المنفعة والضرائب المقررة عليها تكون على مالك المنفعة (مادة ٥٨ من قانون الوصية) .

النوع الثاني وهو ملك المنفعة ، أو حق الانتفاع الشخصي .

وقبل بيان أسباب هذا النوع وخصائصه نعرض لمسألة يثيرها الفقهاء في هذا الموضوع ، وهي : هل ملك المنفعة وحق الانتفاع شيء واحد أو متغايران

فالحنفية لا يرون فرقاً بينهما ويقولون : إن هذا الحق قد يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه ، وأن يملك غيره هذه المنفعة ، كما إذا أوصى شخص لآخر بمنافع داره ينتفع بها كيفما يشاء ، فإن للموصى له أن يسكنها بنفسه ، أو يسكن غيره فيها بأجر أو بغير أجر ، وقد يكسبه الانتفاع بنفسه فقط ، كما إذا وقف شخص داره لسكنى الطلبة الفقراء أو الغرباء ، فإن من ثبت له هذا الحق لا يملك أن يملكه لغيره ، وكما في حق الانتفاع بالمنافع العامة ، فإن من له الحق في دخول مدرسة أو جامعة أو مصحة ليس له الحق في أن يملكه لغيره ، وكذلك حق الانتفاع الثابت لشخص بإذن خاص من مالك العين ، كما إذا أذن شخص لصديق له أن يركب سيارته ، أو ينزل ضيفاً عليه في بيته ، فإن الشخص المأذون له في ذلك لا يملك تملكه لغيره ، ومثال ذلك كثير .

فمن هذا ترى أن هذا الحق قد يكون مطلقاً عن القيود ، كما في النوع الأول وقد يكون مقيداً كما في النوع الثاني ، وأن الإطلاق والتقييد فيه ليس راجعاً ، إلى اختلاف نوع الحق ، وإنما يرجع إلى السبب الذي أثبت هذا الحق ، فإذا كان السبب مقيداً اقتصر استفتاء الحق على صاحبه ، وإن كان غير مقيد لا يقتصر بل له أن يستوفيه بنفسه ، وله أن يملكه لغيره .

وذهب فريق آخر من الفقهاء منهم المالكية إلى التفرقة بينهما ، فملك
المنفعة اختصاص حاجز للغير يبيح لمن ثبت له أن يستوفي المنفعة بنفسه ، وأن
يملكها لغيره ، فثلا المستأجر ملك المنفعة بهذا العقد واختص بها ، وهذا
الاختصاص جاز لغيره عنها ، فله أن يستوفيا بنفسه ، وأن يملكها لغيره
بعوض أو بغير عوض ، وأما حق الانتفاع فهو مجرد رخصة بالانتفاع جاءت
نتيجة إذن عام كحق الانتفاع بالمنفعة العامة ، كالطرق والأنهار والمدارس
والمصحات وغيرها ، أو إذن خاص كحق الانتفاع بملك شخص معين إذا أذن
صاحبه كركوب سيارة الغير أو القراءة في كتبه ، أو السكنى في بيته يأذنه ،
وهذا الحق لا يفيد ملكا للمأذون له حتى يملكه لغيره .

وعلى هذا المذهب يكون لحق الانتفاع سيان :

أمرهما : كون الأشياء المنتفع بها مخصصة لمنفعة الناس كلهم كالطرق
والأنهار أو مخصصة لفريق خاص ، كالمدارس المخصصة للطلاب ، والمصحات
المخصصة للمرضى .

ومما يميزهما : إباحة المنفعة من مالك العين سواء كانت لشخص معين باسمه أو
غير معين كما إذا أذن شخص للغير بالزول في داره (١) .

(١) هكذا قرر هذه المسألة السكاتبون في الفقه الإسلامي من الفقهاء المحدثين في هذا
العصر ، وسندهم في ذلك ما جاء في كتاب الفروق للقرافي ص ١٨٧ ج ١ ، وتهذيبه
المطبوع بها مشة ص ١٩٣ ج ١ في الفرق الثلاثين بين قاعدة تملك الانتفاع وبين قاعدة
تمليك المنفعة ، وفيه أن تملك الانتفاع هو الإذن في أن يباشر الانتفاع بنفسه ، وتمليك
المنفعة هو الإذن في أن يباشرها بنفسه ، وأن يملكها لغيره ، فهو أعم وأشمل من الأول .

وأما ملك المنفعة فيثبت بأسباب أربعة : الإجارة والإعارة ، والوقف
والوصية .

وعلى المذهب الأول تكون أسباب ملك المنفعة أو حق الانتفاع هذه
الأربعة مضافاً إليها الإباحة ، وهي (١) الإذن بالانتفاع من غير تعاقد سواء
كان صادراً من مالك العين أو كان أذنأ عاماً كما في الانتفاع بالمنافع العامة .

== فهذه العبارة كما ترى تسمى كلا منهما ملكاً إلا أن الانتفاع قاصر على صاحبه
يستوفيه بنفسه ، وهذا لا يقتصر ثبوته على السببين المذكورين ، بل قد يثبت
بغيرهما إذا قيد بذلك ، على أن هذا الخلاف لأثره له ؛ حيث أن الكل متفق على أن
من ملك الانتفاع بنفسه لا يملك تملكه لغيره ، فتسميته بعد ذلك بحق انتفاع ، أو
بملك منفعة لا أثر له .

وفي تهذيب الفروق ج ٣ ص ٢٣٤ عند تعريف الملك ما يفيد أن المسألة فيها
رأيان الأول : أن الملك لا يتناول الإذن بالانتفاع ، والثاني : أنه يتناوله ، وقال
وهو الصحيح . فليراجع .

(١) هذا هو معنى الإباحة الخاص بالمنفعة ، ولكن الإباحة كما تكون واردة
على المنفعة تكون واردة على ذات المال ، وحينئذ تعرف الإباحة بأنها الإذن
أو الترخيص لإنسان في أن ينتفع بالمال أو يستهلكه لا على وجه التعاقد ، وهذا
الإذن قد يكون من الشارع ، كما في إباحة الانتفاع بالمنفعة العامة كالمروور في الطرقات
والجلوس في المدارس ، أو استهلاك الماء من الأنهار العامة ، والدواء من
المصحات العامة .

وقد يكون الإذن خاصاً ، ويكون في الأموال المملوكة لشخص معين إذا أذن
لغيره أن ينتفع بها كالإذن بركوب السيارات الخاصة أو البيات في داره ، أو أذن
له باستهلاك ماله ، كالإذن في أكل طعامه ، والإباحة سواء كانت واردة على المنفعة ==

وأياً ما كان الخلاف في التفريق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ،
والاختلاف في عدد الأسباب الموجبة له ، فنحن نتكلم عن هذه الأسباب موضحين
مدى الفرق بين ما ثبت بكل واحد منها .

أما الإجارة : « وهي تملك المنفعة بعوض ، فإن المستأجر يملك بها المنفعة
المنصوص عليها في العقد ، ولا يملك ما يخالفها قوة ، فلو استأجر أرضاً
للزراعة فلا يملك البناء عليها ، ومن استأجر سيارة ليركبها ليس له أن يستعملها
في نقل الأخشاب أو الأحجار مثلاً ، وله أن يملك المنفعة لغيره بعوض وبغير
عوض بشرط أن تكون المنفعة مما لا تختلف باختلاف المنتفع سواء شرط
عليه المؤجر الانتفاع بنفسه فقط أولاً ، وأما إذا كانت المنفعة تختلف
باختلاف المنتفعين وأذن له المؤجر أن يملكها لغيره جاز له ذلك ، وهذا
لأن الإجارة ترد على منفعة معلومة ، فلو ملك غيره المنفعة التي تختلف
باختلاف المنتفعين كان تملك غير المتفق عليه ، وهو لا يجوز بدون
إذن المالك .

وأما الإهارة : « وهي التبرع بالمنفعة بغير عوض ، فقد اختلف فقهاء
الحنفية في إفادتها ملك المنفعة للمستعير ، فذهب بعضهم إلى أنها لا تفيد تملكاً ،
بل تبيح للمستعير أن ينتفع بالعين مع بقاء منفعتها على ملك المعير ، وعلى هذا
الرأى لا يجوز للمستعير أن يملك المنفعة لغيره لا بعوض ولا بغير عوض ،
وذهب الجمهور منهم إلى أنه يملك المنفعة بهذا العقد ، وعلى هذا يجوز له أن

أو على نفس المال تفيد الملك للمباح له على الرأى الراجح في مذهب الحنفية ، وهناك
رأى آخر يقول ، إنها لا تفيد الملك ، بل الشخص المباح له ينتفع أو يستهلك العين وهي
على ملك مالكها .

يملكها لغيره بطريق الإعارة فقط ما لم يمنع من ذلك مانع كشرط المعير
ألا يعيرها لغيره ، أو كانت المنفعة تختلف باختلاف المنتفعين فإن لم يشترط
وكانت المنفعة لا تختلف جاز له الإعارة لغيره حتى وإن نص في العقد على أنه
يستعيرها لينتفع بها بنفسه ، وليس له أن يملكها لغيره بعوض بطريق
الإعارة ، لأن الإعارة عقد غير لازم ، والإعارة عقد لازم ، فلو جاز له
الإعارة لاقتضى ذلك تغيير الوصف الشرعي لأحد العقدين ، فتكون الإعارة
لازمة ، أو الإعارة غير لازمة ليتوافق العقدان ، وهذا لا يصح لما فيه من
تغيير المشروع ، والشافعية موافقون للحنفية في هذا .

ولكن المالكية (١) خالفوه فأجازوا للمستعير أن يملك المنفعة لغيره
بالإعارة أو الإعارة ، لأن من يملك المنفعة يكون له حرية التصرف فيها في مدة
الإعارة بشرط ألا يضر بالعين المستعارة . حيث إن عقد الإعارة لازم في مدته
لا يجوز للمعير إبطاله ، وعلى هذا يكون مبنى الخلاف في هذه المسألة هو الخلاف
في لزوم عقد الإعارة وعدم لزومه .

وأما الوقف (٢) والوصية : فيفيدان ملك المنفعة ، فله أن يستوفيها بنفسه
أو يملكها لغيره بعوض ، أو بغير عوض على تفصيل واختلاف في المذهب .

(١) جاء في تهذيب الفروق في الفرق ٣٠ : « إن العارية تملك المستعير ما شهدت به
العادة فمن شهدت له العادة في العارية بمدة كانت له تلك المدة ملكا على الإطلاق
يتصرف كما يشاء بجميع الأنواع السائغة في التصرف في المنفعة في تلك المدة ويكون
تمليك هذه المنفعة كتمليك الرقاب ، ص ١٩٣ ج ١ ، وراجع شرح رسالة بن أبي
زيد للنفراوى ص ٤٩ ج ٣ .

(٢) الوقف هو حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد وصرف منفعتها إلى من
أراد الواقف ، والوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت .

لأن المملك وهو الموصى أو الواقف إما أن ينص على عموم الانتفاع بأن يقول: ينتفع بها كيف شاء، أو يقيده بالانتفاع بنفسه، أو بالاستغلال ويمنعه من الآخر، أو يقيده بواحد منهما بدون نص على المنع من الآخر، أو يطلق في العبارة من غير تقييد بشيء، وهذه الصور اختلفت المذاهب في أحكامها، ولسنا في حاجة إلى ذكر تفاصيل المذاهب، بل نكتفي بذكر الرأي المعمول به الآن في قانوني الوقف والوصية، وهو أنه إذا نص على الأمرين معاً أو أطلق، أو نص على واحد منهما وسكت عن الآخر فإنه يجوز الأمران: الانتفاع بنفسه والاستغلال إذا لم يترتب على هذا ضرر بالعين الموقوفة أو الموصى بها، والمحكمة هي التي تقدر ذلك، هذا إذا كانت العين تحتل الأمرين، أما إذا لم تكن تحتل إلا الانتفاع بنفسه فقط، كالمصحات والمدارس الموقوفة مثلاً، فإن الموقوف عليه لا يملك أن يملكها لغيره.

فصل في هذا النوع من الملك :

يختص ملك المنفعة أو حق الانتفاع الشخص بأحكام منها :

١ — أنه لا يكون مطلقاً، بل مقيداً، فيقبل التقييد ابتداء بالزمان والمكان والصفة، فلبعير السيارة لغيره أن يقيده المستعير بمدة شهر مثلاً، وبمكان معين، كأن يقيده بأن يركبها في الاسكندرية، ولا يخرج بها منها، وأن يركبها بنفسه، وكذلك من أجر سيارته أو داره لغيره له أن يقيده بزمان خاص وصفة خاصة، بخلاف الملك التام فإنه لا يتقيد كما سيأتي :

٢ — أنه لا يقبل التوارث عند الحنفية في جميع صورته، لأن الإرث يكون للبال الموجود عند الموت، والمنافع ليست أموالاً عندهم.

وخالفهم المالكية والشافعية والحنابلة في بعض الصور ، كما إذا كانت الإجارة لمدة معلومة ومات المستأجر قبل انتهائها فإن الورثة يرثون ملك المنفعة في المدة الباقية ، وكذلك إذا أوصى شخص لآخر بسكنى داره مدة معلومة أو استغلالها ومات الموصى له قبل انتهاء المدة ، فإن ورثته يملكون منفعة ذلك الشيء بقية المدة

وقد أخذ قانون الوصية (١) رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بمذهب الحنفية ، بخلاف الملك التام فإنه يورث بالاتفاق .

٣ - إن مالك المنفعة يضمن العين إذا تعدى عليها ، ويضمن مقدار نقصانها إذا تعيبت بتعديده عليها (٢) ، وذلك لأنه تعدى على ملك غيره ، وأما إذا هلكت أو تعيبت بلا تعد فإنه لا ضمان عليه ، لأن العين في يده أمانة ، والأمين غير ضامن لحديث : « ليس على المستودع غير المغل ضمان » : والمغل الخائن .

٤ - إن نفقات العين قد تكون على مالك المنفعة إذا ملكها بجائنا بالإجارة أو الوصية (٣) ؛ وقد تكون على مالك العين إذا ملكها بعوض بالإجارة ، فمن استأجر سيارة ليركبها تكون تكاليفها على مالك السيارة ، ولو استعارها تكون التكاليف على المستعير ، وفي الملك التام النفقات على المالك مطلقا .
ثم إن هذا النوع من الملك ينتهى بواحد من أمور :

١ - انتهاء مدة الانتفاع سواء كان بإجارة أو وصية أو وقف أو إجارة .

(١) مادة ٥٩ : ونصها وتسقط الوصية بالمنفعة ب وفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها : الخ .

(٢) والتعدى يكون إما بفعل مقصود به الاتلاف أو التعيب أو بتجاوزه الشروط التي قيده بها المالك ، أو حبسها بعد استيفاء المنفعة من غير مانع من الرد أو بتهاونه في حفظها :
(٣) هذا عند الحنفية ، وعند المالكية والشافعية والحنابلة أن النفقة على مالك العين لأن المفروض أن المنتفع ملك المنفعة بجائنا بدون عوض ، فلو أثمرته بالنفقة لما خلصت المنفعة بجائنا ، وإذا كان ملك المنفعة بسبب الوقف فإن النفقة في غلة الوقف إذا كان موقوفا للاستغلال ، وعلى الموقوف عليه إذا كان موقوفا للانتفاع على خلاف أيضا بين المذاهب .

٢ - وفاة من له حق الانتفاع عند الحنفية ، وأما غيرهم الذين يقولون يارث هذا الحق فلا ينتهي هذا الحق إلا بانتهاء مدة الانتفاع كما بينا ذلك في خصائصه
٣ - وفاة مالك العين إذا كان ملك المنفعة بطريق الإجارة ، لأنها عقد إلزام والتزام ، وموت مالك العين فاقطع محل الالتزام ، وكذلك إذا كان بطريق الإعارة لأنها تبرع ، وهو ينتهي بموت المتبرع ، وأما في الوصية فيبذل ملك المنفعة بقبول الموصى له بعد موت الموصى ، وفي الوقف كذلك لا ينتهي بموت الواقف ، لأنه إن كان مؤبداً فظاهر ، وإن كان مؤقتاً فينتهي الاستحقاق بانتهاء المدة ولا أثر لموت الواقف فيه .
٤ - هلاك العين المنتفع بها أو تعيبها بعيب يتعذر معه استيفاء المنفعة ، كما إذا كانت أرضاً مستأجرة للزراعة فصارت سبخة ، أو طغي عليها الماء ، أو داراً مستأجرة للسكنى وتهدمت ، والمسألة موضع تفصيل عند الحنفية (١) .
وإذا انتهى حق الانتفاع وجب على المنتفع تسليم العين إلى مالكها عند طلبها

(١) تفصيل ذلك أن الهلاك إما أن يكون بتعد من المالك أو من غيره أو يكون بلا تعد ، والمنفعة المملوكة إما أن تكون ثابتة بالإجارة أو بالوقف أو بالوصية أو بالإجارة وفي الإجارة إما أن تكون منفعة عين بذاتها أو منفعة مطلقة ثابتة في ذمة المستأجر ، فإذا كان الهلاك بلا تعد منه أو من غيره فإن الحق ينتهي بهذا الهلاك لا فرق بين أن يكون السبب إعارة أو وقفاً أو وصية أو إجارة إلا إذا كان ذلك الحق ثبت ديناً في الذمة بالإجارة ، كأن يتعاقد على منفعة من غير تعيين عين تستوفي منها كما إذا تعاقد مع شخص على حمل أمتعته في سيارة ، فإن المعقود عليه هو الحمل الثابت في ذمة المؤجر ، فإذا حمل المتاع في سيارة ثم هلك في الطريق لا يبطل العقد ، بل عليه أن يحضر سيارة أخرى لتوصيله إلى المكان المتفق عليه .

بخلاف ما إذا تعاقد على حمله بسيارة معينة فإنه يبطل بهلاك تلك السيارة ، وإذا كان الهلاك بسبب التعدى أو التقصير ففي الوقف والوصية يلزم شراء عين أخرى بالضمأن المستحق على المتعدى ليستوفي منه الموقوف عليهم والموصى له بقية المنفعة . وكذلك في الإجارة إذا لم تكن على أرض بذاتها .

أما إذا كانت الإجارة على عين بذاتها أو كان سبب ملك المنفعة هو الإعارة فإنها تبطل بهلاك العين . راجع البدائع ج ٤ ص ٢٢٣ ورد المختار ج ٥ ص ٥٨

إلا إذا كان التسليم يترتب عليه ضرر بالمنتفع أو بورثته ، كما إذا انتهت المدة وفي الأرض زرع لم ينضج ، أو مات المنتفع كذلك ، ففي هذه الحالة تبقى الأرض بيد المنتفع أو ورثته حتى يتم نضج الزرع لكن بأجر مثل الأرض في هذه المدة الباقية (١) . نظير ذلك ما إذا استأجر جماعة سفينة مدة معلومة وانقضت المدة وهم في وسط البحر ، فإنها تبقى بالأجر معهم حتى يصلوا إلى البر ، وليس لصاحبها أن يكلفهم بتسليمها في الحال وليس لهم أن يجبروه على إبقائها معهم أكثر من مدة وصولهم إلى البر ، لأن الضرورة تقدر بقدرها ، ومثل ذلك إذا استأجر شخص سيارة مدة للذهاب بها إلى مكان معين . فتعطل الطريق ، ولم تصل السيارة في الزمن المحدد تبقى بأجر المثل حتى يصل إذا كان لا يمكنه الوصول بغيرها ، أما إذا كان يمكنه بغيرها فلا يجبر صاحب السيارة على إبقائها معه .

النوع الثالث وهو من الانتفاع العيني ويسمى من الارتفاق (٢) .

وهي تسمية حادثة أطلقها قدرى باشا في كتابه « مرشد الخيران » ، أخذاً من القانون ، والفقهاء لا يمنعون هذه التسمية .

وعرفوه : بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول ، ثم عدوا منه حق الشرب ، والمجرى ، والمسيل ، والمرور ، وحقوق الجوار ، الرأسى والجانبى ، ، ولسكن التعريف لا يصدق على حقوق الجوار ،

(١) هذا إذا كان انتهاء العقد بمضى المدة ، أما إذا كان بموت المستأجر فإنه يجب الأجر المسمى استحساناً ، وفي القياس يجب أجر المثل ، وجه القياس : أن العقد انفسخ حقيقة بالموت ، وإبقاؤه لهذه الضرورة ، فأشبهه بشبه العقد ، واستيفاء المنافع بشبه العقد يوجب أجر المثل وفي الاستحسان يجب الأجر المسمى ، لأن التسمية وقعت بالتراضى ، وهي كانت متناولة لهذه المدة بخلاف انفساخه بمضى المدة ، فإن التسمية لم تتناول هذه المدة فلم يوجد تراض منهما على المسمى فوجب أجر المثل : البدائع ج ٤ ص ٢٢٣ .

(٢) الارتفاق في اللغة : الاتكاء على مرفق اليد ، ويطلق على ما يستعان به . جاء في المختار المرفق والمرفق موصل الذراع من العضد ، والمرفق أيضاً من الأمر ، وهو ما ارتفعت به وانتفعت ، ومنه قوله تعالى : « ويهيئ لكم من أمركم مرفقا » . ورافق الدار مصاب الماء ونحوها

لأن حق الجوار الرأسى «التعلى» ، حق مقرر لشخص على بناء ، أو لبناء على بناء آخر ، والبناء ليس عقاراً إلا على رأى المالكية ، وحق الجوار الجانبي حق مقرر لشخص على عقار ، أو هى حقوق متبادلة بين الجيران لتنظيم الانتفاع بأملأهم ، ولذلك تراهم يزيدون فى التعريف لفظ « غالباً » .

والسبب فى هذا هو أنهم نهجوا منهج القانون المدنى ، وهو يعتبر حقوق الجوار كلها من حقوق الارتفاق (١) ، ويتوسع فى معنى العقار حتى شمل البناء والأشجار وغيرهما مما هو تابع للعقار .

وإذا كنا نتكلم عن الحق العيى ، وهو المقرر لعين لا لشخص وسميته بحق الارتفاق ، وعرفناه بالتعريف السابق ، فيحسن أن نقصره على حق الشرب والمجرى ، والمسيل ، والمرور ، ليسكون التعريف شاملاً لها غير قاصر ، ثم تتبعه بالكلام على حقوق الجوار .

الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع السابق من وجوه :

- ١ - إن حق الارتفاق يكون دائماً مقررأعلى عقار ، وأما حق الانتفاع فقد يكون متعلقأ بعقار ، كما فى وقف العقار أو الوصية به ، أو إجارته أو إعارته ، وقد يكون متعلقأ بمنقول كما فى إعاره كتاب أو إجارة سيارة مثلاً .
- ٢ - إن حق الارتفاق يكون مقررأ لعقار إذا قصرناه على الشرب والمجرى ، والمسيل ، والمرور ، وإذا جعلناه شاملاً لحقوق الجوار فقد يكون مقررأ لعقار ، وقد يكون لشخص ، وأما حق الانتفاع فإنه دائماً مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه .
- ٣ - إن حق الارتفاق غير مؤقت بوقت ينتهى بانتهائه ، وأما حق الانتفاع فله وقت ينتهى بانتهائه . إما بالموت أو بانتهاء مدة الإجارة أو الإعاره مثلاً .

(١) القانون المدنى الجديد عرف حق الارتفاق فى المادة ١٠١٥ - « الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر ، ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال » .

٤ - هذا الحق يورث حتى عند الخنفة الذين لا يجعلونه مالا ، لأنه تابع للعقار .

خصائصه هذا النوع من الملك

لحقوق الارتفاق خصائص وأحكام عامة تشملها كلها ، ولكل واحد منها أحكامه الخاصة .

فأحكامها العامة هي أنها إذا ثبتت نبقى مالم يترتب على بقائها ضرر ، فإن ترتب عليها الضرر وجب إلزائها .

فمثلا إذا كان حق الشرب من التربة العامة يترتب عليه ضرر ببقية المنتفعين يتمتع بمقدار ما يزيل الضرر ، وكذلك المسيل القذر في الطريق العام يجب إزالته ، وكذلك السير بالسيارة في الطريق العام إذا ترتب عليه ضرر منع . كمن يسير بسرعة كبيرة ؛ أو في اتجاه غير الاتجاه المخصص للبرور ، لحديث ، « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » (١) ، ومعناه : لا ينبغي لأحد أن يضر غيره ولا يضره غيره (٢) ، لأن المضاره تولد البغضاء والشحناء ، وهما منهي عنهما شرعاً ، ومن هذا الحديث قرر الفقهاء قاعدة عامة تقول : « الضرر يزال » .

الأسباب المثبتة لحقوق الارتفاق : هذه الحقوق كما تكون مقررة على عقار مملوك لشخص أو أشخاص تكون مقررة على عقار جعل للمنفعة العامة وكما تكون ثابتة في وقت معين بسبب معلوم كذلك تكون ثابتة في وقت يجهله الناس ، وبسبب غير معلوم . لذلك تثبت بأسباب كثيرة منها .

١ - الشر كة العامة كما في العقارات المقررة للمنافع العامة كالطرق العامة والأنهار

(١) هذا الحديث رواه مالك في الموطأ . (٢) جاء في المنتقى ج ٦ ص ٤٠ في شرح هذا الحديث : يحتمل أن يريد به التأكيد ، فيكون الضرر والضرار واحداً ، ويحتمل أن يريد به لا ضرر على أحد بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه ، ولا يجوز له إضراره بغيره ، وقيل الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة . والضرار ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة ، ويحتمل أن يكون معنى الضرر أن أحد الجارين بجاره . والضرر أن يضر كل واحد منهما بصاحبه اهـ ملخصاً .

والترع العامة التي لا تدخل في ملك أحد ، ومثلها المصارف العامة ، فإن هذه
يثبت الحق فيها لكل عقار قريب منها ، حتى كان لأصحاب العقارات أن يملأوا
من هذه الطرق ويسقوا أراضيهم من تلك الترع ، ثم يصرفوا المياه الزائدة عن
حاجتهم في تلك المصارف ، لأن هذه المنافع تعتبر شركة بين الناس يباح لهم
الانتفاع بها حيث إنها أعدت لذلك .

٢ - الشرط في عقد معاوضة . كأن يبيع شخص لآخر قطعة أرض
زراعية ويشترط أن يكون عليها حق شرب لأرض أخرى مملوكة له ، أو حق
مرور لها ، ويقبل المشتري ذلك ، فإن حق الشرب وحق المرور يشبتان بهذا
الشرط .

٣ - التقادم : بمعنى أن يكون حق من هذه الحقوق ثابتاً لعقار من زمن
قديم غير معلوم وقت ثبوته ، كما إذا ورث شخص أرضاً تسقى من أرض
بجوارها ، أو تصرف ما فضل من مائها في مصرف مملوك لشخص آخر ،
والناس الموجودون لا يعرفون متى ثبت هذا الحق فإننا في هذه الحالة تحكم
بثبوت الحق إذا أراد صاحب الأرض أو المصرف أن يمنعه من استعماله ،
لأن الظاهر أنه ثبت بسبب مشروع إلا إذا تبين لنا أنه ثبت في أول الأمر
بسبب غير مشروع ، وحينئذ لا نتردد في إبطاله .

هذا ولو أذن شخص لجاره أن يمر إلى أرضه من ملكه ، أو يسقى أرضه
من مجرى ماء له ، فإنه لا يثبت لأرض المأذون له حق ارتفاق على أرض من
أذن له ، لأنه مجرد إباحة ، وله أن يرجع في هذا الإذن في أى وقت شاء ،
فلا يصح لمن ملك الأرض بعده بالإرث أن يطالب بهذا الحق .

وبعد أن عرفنا معنى الارتفاق ، والفرق بينه وبين حق الانتفاع الشخصي ،
والأسباب التي يثبت بها تفصل الكلام على هذه الحقوق . وإليك البيان .

أ - من الشرب : الشرب في اللغة . الحظ والنصيب من الماء ، ومنه قوله تعالى : « إنا مرسلوا الناقة فتنه لهم فارتقبهم واصطبر ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر (١) » ، أى يحضره صاحبه .

وقوله تعالى خطاباً لثود قوم صالح بشأن ناقته : « هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم » (٢) .

وفي الاصطلاح الشرعى ، هو النصيب من الماء لسقى الزرع والشجر ، أو نوبة الانتفاع بالماء سقياً للشجر أو الزرع ، فهو يطلق عندهم على معنيين :
١ - النصيب المستحق من الماء . ٢ - زمن الانتفاع به .

فإذا كان الماء فى مجرى عام يكفى كل المنتفعين به سمي بمقدار الماء الذى يأخذه كل واحد شرباً ، وإذا كان الماء فى مجرى خاص ولا يكفى الكل دفعة واحدة قاتفقوا على قسمته بالأيام سمي زمن انتفاع كل شرباً .

ومما يلحق بهذا الحق ، حق الشفة ، وهو حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلى ، وسمى ذلك بحق الشفة ، لأن شرب الإنسان يكون بتناول الشفة لإيصاله إلى الجوف ، ولذلك عرفه بعض فقهاء (٣) الحنفية بما يشمل النوعين فقال : حق الشرب هو حق الشرب والسقى .

أقسام المياه بالنسبة لهذين الحقين « الشرب والشرب »

تنقسم المياه بالنسبة لهذين الحقين إلى ثلاثة أنواع . لأنها إما أن تكون فى

(١) سورة القمر الآية - ٢٨

(٢) سورة الشعراء - ١٥٥ ، والآيتان فى موضوع واحد وهو قسمة الماء بين الناقة وقوم صالح بالمياومة ، وذلك لأن الله قسم ماء العين بينهم وبين الناقة فجعل لهم يوماً يحضرون فيه وحدهم ، وجعل للناقة يوماً تشرب وحدها ولا يحضرون يومها ، بل كانوا يشربون ابنها . راجع القصة فى كتب التفسير .

(٣) صاحب البدائع ص ١٨٨ ج ٦ ،

مجرى عام غير مملوك لأحد ، أو تكون فى مجرى خاص مملوك لشخص أو أشخاص ، أو تكون محرزة فى آنية أو ما يشابهها من الأنايب (١) .

فأول : وهو ماء المجارى العامة سواء حفرت بطبيعتها كنهر النيل بمصر ، ونهر دجلة والفرات بالعراق ، ونهر الأردن وأمثالها ، أو حفرتها الدولة للمنفعة العامة ، كترعة الباجورية والإسماعيلية وغيرها ، وهذا النوع يثبت لكل واحد فيه الحقان ، فله أن يأخذ ما شاء من الماء للشرب والاستعمال المنزلى ، وأن يسقى أرضه كيف شاء . إما يشق جدول لأخذ الماء أو بنصب الآلات البخارية وغير البخارية « السواقي » التى يعبر عنها الفقهاء « بالرحى » ولم تقيد الشريعة هذا الحق إلا بقيد عدم الضرر بالناس ، فمن فعل فعلا يضر بالعامة ، كأن يقيم على ترعة آلة بخارية تأخذ كل ماؤها أو معظمه منع من ذلك ، وكان لكل واحد منعه ، لأن الماء حق لهم كلهم . وهم شركاء فيه لحديث . « الناس شركاء فى ثلاثة : الماء والكلاء والنار » والشركة هنا شركة إباحة لا شركة ملك ، ولأن هذه الأشياء ليست مملوكة لأحد ، ولا للناس كلهم . وإنما هى مباحة لهم ، فمن أخذ شيئاً أو أحرزه منها ملكه ، والمراد بالماء فى الحديث غير المحرز ، لأن المحرز لا شركة فيه ، بل هو مملوك لصاحبه يتصرف فيه كما يتصرف فى أمواله ، لحديث « نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الماء إلا ما حمل منه » ، وحمله يكون بإجرازه .

والثانى : وهو ما كان مجرى فى أرض مملوكة كترعة حفرها شخص أو أشخاص فى أرض مملوكة لهم لتأخذ المياه من الأنهار العامة لسقى أراضيهم ، ومثل ذلك المياه التى تنبع من عين متفجرة . أو بئر حفرت فى أرض مملوكة كذلك ، فهذا

(١) راجع الجامع الوجيز « الفتاوى البزازية » على هامش الجزء السادس من الفتاوى الهندية ص ١١٤ وما بعدها .

النوع من الماء يثبت لأصحاب الأرض الحقان فيه ، فإن كان واحداً انتفع به كيف شاء ، وإن كان أكثر من واحد وجب عليهم توزيع الماء بينهم توزيعاً عادلاً . إما بالمياومة الزمنية أو بتقسيمه . بأن يفتح كل واحد فتحة في التربة على حسب مقدار أرضه ، ولا يشترط في استعمالهم شيء إلا عدم إضرار بعضهم ببعض وأما بالنسبة لغيرهم ، فإنه يثبت للناس كلهم حق الشرب ، وهو أخذ الماء لشرب الإنسان والحيوان والاستعمال المنزلي ، ولا يثبت لهم حق الشرب ، وهو سقي الأرض إلا في صورة واحدة ، وهي ما إذا باع صاحب هذا المجرى جزءاً من أرضه بشرها ، أو شرط المشتري عليه أن تسقى من هذا المجرى وقبل ذلك .

وبما تجب ملاحظته هنا أن ثبوت حق الشرب للناس في هذا النوع من الماء مقيد بعدم إلحاق الضرر بأصحاب الأرض التي فيها الماء ، فيجب على المنتفعين به أن يحافظوا على حافة هذه الأماكن حتى لا تسد أو تتخرب ، كما يجب عليهم أن يسلكوا في وصولهم إليها الطريق العام إن كان موصلاً إليها ، ولا يذهبوا إليها من أرض مملوكة لصاحبها ، فإذا تعين المرور في أرضه كان صاحب الأرض مخيراً بين أمرين . إما أن يأذن لهم بالمرور فيها ، أو يخرج لهم الماء ليشربوا ، فإن لم يفعل دخلوها رغم أنفه ، فإن منعهم ولم يكن ماء قريب يمكنهم أخذ حاجتهم منه قاتلوه أو لا بغير السلاح ، فإن لم يفد قاتلوه بالسلاح ؛ لأن هذا الماء لا زال باقياً على الإباحة فلكل إنسان الحق فيه ، ومن منع شخصاً حقاً من حقه كان له أن يقاتله بالسلاح حتى يأخذ حقه ، والأصل في إباحة القتال بالسلاح ما روى (١) أن قوماً وردوا ماء فسالوا أهله أن يدلّوهم على البئر فأبوا ، فسالوهم أن يعطوهم دلوأفأبوا ، فقالوا لهم : إن أعناقنا أعناق

(١) رواه أبو يوسف في كتاب الخراج ، والكاساني في بدائعه ، ووجه الدلالة من هذا الأثر ، أن عمر قال ذلك ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ، فيكون بمثابة الإجماع على مشروعيته ، لأنه لو كان غير جائز لأنكروا عليه خصوصاً في هذا الأمر الخطير وهو القتال بالسلاح .

مطايانا كادت تقطع فأبوا ، فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب رضى الله عنه وهو خليفة فقال : هلا وضعتم فيهم السلاح .

والثالث : وهو الماء المحرز في الأواني أو الأنايب ، ومنه المياه التي توزع في المدن ، وكذلك ماء الطلبات ، فإنه يعتبر محرزاً في الأنايب ، ولا يجرى بنفسه وهذا مملوك لصاحبه سواء كان شخصاً أو شركة ، لأنه مباح الأصل والمباح يملك بالإحراز ، لحديث ، من سبقت يده إلى مباح فهو له ، ، وحديث « نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه » ، ولأن العادة جرت في الأمصار في كل العصور باستيلاء السقائين على المياه وبيعها واستحلال ثمنها من غير نكير ، ومثل هذا يعتبر دليلاً على الملك .

هذا النوع لا يثبت لأحد غير صاحبه حق فيه لا شرباً ولا شرباً ، لأنه كبقية الأموال ، فلا يحل لأحد أخذه إلا إذا اضطر إليه بأن لم يجد غيره للشرب لنفسه ولدوابه ، فإن له أن يأخذه من صاحبه بالقوة والقتال بغير السلاح بشرط أن يكون فائضاً عن حاجة صاحبه ، فإذا أخذه ضمن قيمته كبقية الأموال المملوكة التي تؤخذ في حالة الضرورة ، فإن لم يكن فائضاً عن حاجته فلا يحل لغيره أخذه ، ولا القتال عليه ، لأن القتال أبيع لدفع الهلاك عن نفسه ، ولا يصح أن يدفع الهلاك عن نفسه بإهلاك غيره الذي هو أولى منه به ، لأنه مالك له ،

وإنما كان لمن يخشى على نفسه الهلاك القتال بغير السلاح عند وجود الفضل عن حاجة صاحبه ، لأن الماء مملوك ، والملك له حرمة تجب مراعاتها ، وكان مقتضى ذلك ألا يقاتله أصلاً ، لكن العطش وخوف الهلاك دفعاه لأن يطلبه إبقاء لنفسه وحفظاً لها ، فأبيع له القتال ، وبقي حمل السلاح على أصل تحريمه .

من المجرى أو المجرى : هذا الحق تابع لحق الشرب ، لأن الشرب . وهو

النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر لا يمكن استيفائه إلا إذا كان له مجرى يمر به إلى الأرض المراد سقيها، فيكون حق المجرى : هو أن يكون لعقار حق مرور الماء الصالح لسقي زرع أو شجره على عقار آخر مالمالكه غير مالك الأول .

فإذا ثبت ذلك الحق لعقار كان للمالكه حق إجراء الماء في ذلك المجرى ولا يحق لصاحب الأرض التي فيها المجرى أن يمنع صاحب الحق من إجراء الماء متى كان حتمه ثابتاً بسبب من الأسباب السابقة ، كما لا يحق له أن يمنعه من المرور بنفسه ليصلح المجرى بإزالة ما يعوق الماء عن المرور ، فإن منعه ألزم بإصلاحه بنفسه ، فإن امتنع أجبر على أحد الأمرين ، وإصلاح المجرى على من له حق السقي سواء كان واحداً أو أكثر ، فإن امتنع واحد أجبر على ذلك .

ثم إن هذا الحق إذا كان قد يماجب إبقاؤه ، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على بطلانه ، وإبقاؤه مشروط بعدم الضرر بصاحب الأرض ، فإن كان يلحقه منه ضرر ، كنز الماء في أرضه مثلاً وجب على من له حق السقي إزالة الضرر إما بتعميق المجرى ، أو بتقوية جوانبه ، أو بتقليل الماء فيه دفعاً للضرر هذا ولا يجوز لشخص استعمال مجرى (١) الغير الذي لاحق له فيه إلا بأذنه ، كما لا يجوز له إحداثه في ملك الغير إلا بأذنه (٢) .

(١) القانون المدني أجاز للغير استعمال المسقاة أو المصرف الخاص بقدر الحاجة بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته منها ، ولكنه جعل على المالك المجاورين أن يشتركو في نفقات الانشاء والصيانة ، ويجب أن يعرض تعويضاً عادلاً عن ذلك الانتفاع ، وكذلك إذا أصابه ضرر من ذلك ، راجع المواد ٨٠٨ - ٨٠٩ - ٨١٠ .
(٢) ولقد روى أن الضحاک بن خليفة الأنصاري أراد أن يجري ماء في بستان لمحمد بن مسلمة ليسقي أرضه مجاورة له فمنعه ، فشكا إلى عمر بن الخطاب ، فقال له عمر : أضررك ؟ فقال لا ؛ فقال له : فوالله لو لم أجد له ممراً إلا على بطئك لأمرته . وكان أن نفذ ما قضى به الخ .

وهذا بظاهره يفيد أنه يجوز إجراء الماء في أرض الغير بدون إذنه . بل يفيد أنه يجبر عليه =

٣ — هو المسيل: المسيل هو مجرى على سطح الأرض ، أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه الزائدة ، أو غير الصالحة. فالفرق بينه وبين المجرى ، أن المجرى لجلب الماء الصالح لأجل الانتفاع ، والمسيل لصرف الزائد عن الحاجة سواء كان صالحاً ، كما في مصارف الأرض الزراعية ، ومياه الأمطار الساقطة على المنازل ، أو غير صالح . كما في الماء المستعمل في المنازل .

وعلى هذا يكون حق المسيل : هو حق صرف الماء غير الصالح ، أو الزائد عن الحاجة في ملك الغير حتى يصل إلى مستودع أو مصرف عام ، ويستوى في هذا أن يكون مصدر المياه أرضاً زراعية ، أو منزلاً للسكنى ، أو غير ذلك كالمصانع والمقاهي ، وهذا الحق متى ثبت لا يزال إلا إذا كان مضرراً ضرراً لا يمكن رفعه ولا يبطل بتغير صفة العقار من أرض زراعية إلى دار ، أو من مسكن إلى مصنع ، وأحكام المسيل مثل أحكام المجرى من الإصلاح والدخول في ملك الغير وغير ذلك .

٤ — هو المرور : هو حق الوصول إلى عقار معين من طريق ليس مملوكاً لصاحبه سواء أكان الطريق عاماً أم خاصاً مملوكاً للغير .

فالطريق الذي يثبت فيه حق المرور نوعان : عام ليس مملوكاً لأحد ، وخاص مملوك لشخص ، ولكل منهما أحكام تخصه ، وإليك بعض هذه الأحكام .

أما الطريق العام الذي ليس مملوكاً لأحد ، فإنه يثبت حق المرور فيه لكل

== إذا منعه ، ولكن هذا الظاهر لا يجري على عمومته ، لأننا لو فعلنا ذلك لأهدرنا الملكيات وحرمانها ، وهذه الحادثة إن دلت على شيء إنما تدل على أنه يجوز إذا تعينت أرض الجار بحيث لا يوجد سبيل آخر لذلك ، ولعل الأرض التي كانت لمحمد بن مسلمة كانت مواتاً وأحيائها ، وأرض الضحاك كذلك وأحيائها بعده ، وحينئذ يتعين إجراء الماء فيها وإن لم يرص صاحبها ، بعد ذلك وجدت في شرح الموطأ للباي ج ٤ ص ٤٦ وما بعدها تأويلات لهذا الأثر وبيان المراد به وآراء الفقهاء في ذلك فليراجع .

إنسان مطلقاً غير مقيد بقيد إلا عدم الإضرار بغيره سواء كان عقاره واقعا عليه أو لا ، كما ثبت عليه حق آخر لمن كان ملسكه متصلاً به واقعا على أحد جانبيه ، وهو حق فتح الأبواب والنوافذ ، وإنما ثبت فيه ذلك لأن الطريق العام جعل لارتفاق العامة فيثبت الحق للكل من غير تفرقة .

وأما الانتفاع به بغير هذين الحقين . كإنشاء ظلة ، أو دكان «مصطبة» أو طنف «بلسكون» أو وضع عروض التجارة سواء أكان من أرباب المحلات التي عليه أم من غيرهم ففيه تفصيل . فإن كان يضر بالمصلحة التي أعد لها الطريق ، وهي المرور منع من ذلك ، لأن الضرر يجب منعه أو إزالته ، وهذا بالاتفاق ، وإن لم يكن ضاراً بأن كان الطريق متسعاً ، وإحداث ذلك لا يعوق المرور ، فإنه يجوز إحداث ذلك لكن عند أبي حنيفة بشرط إذن ولي الأمر ، وعلى هذا يكون لكل واحد من الناس منعه من إحداثه وتكليفه برفعه بعد إحداثه ، لأن هذا حق الإمام وولي الأمر ، ولكل واحد منع من افتات على حقه ، ولم يشترط صاحبه هذا الأذن على تفصيل ليس هذا موضعه .

والراجع هنا رأى الإمام ، لأن الطريق جعل لمنفعة العامة ، فليس لواحد منهم أن يفعل شيئاً زائداً ، لأنه يكون قد استوفى حقاً زائداً عما ثبت له ، على أن هذا الأمر قد يكون فيه ضرر لكنه خفي الآن فيختلف الناس في تقديره ، واختلافهم يؤدي إلى النزاع . فتفاديا لهذا يفوض التقدير إلى ولي الأمر ، فيتوقف الانتفاع على إذنه ، وهو لا يأذن بما فيه ضرر للناس ، فينقطع عند إذنه النزاع ، فإذا لم يأذن يكون المنتفع مفتاتاً على حق ولي الأمر ، فيكون لكل فرد حق منع هذا الافتيات .

والقانون المدني يوافق مذهب الإمام ، لأنه يشترط في أي ارتفاق في الطريق العام غير المرور الترخيم الخاص من أولى الأمر .

وأما الطريق الخاص : وهو المملوك للأشخاص فيثبت لأصحابه حق المرور فيه وفتح

الابواب والنوافذ من غير قيد، وليس لغيرهم أن يفتح فيه نافذة إذا كان طريقه من جهة أخرى إلا إذا كان ذلك الحق ثابتا له من قديم الزمان ، وأما بناء أحدهم الظلة أو الدكان فيشترط فيه إذن الكل (١) . فإن اتفقوا على ذلك جاز ، ولا يبطل حق أحد منهم بسد بابه ، فله أن يفتحه ثانيا ، ويتبع العقار كيفما كان ماله . وإذا أذن أصحابه للناس بالمرور فيه ، وكان نافذا فليس لهم المنع بعد ذلك ، كما أنه ليس لهم سده بإقامة باب عليه حتى ولو كان الطريق غير نافذ ، لأنه ثبت للعامة حق المرور فيه إذا كان نافذا ، وحق الالتجاء إليه عند ازدحام الطريق أو حدوث حادثة فيه ، وليس لهم بيعه باتفاقهم ، ولا قسمته بينهم ، لأنه بعد ثبوت الحق للعامة فيه ليس لهم إبطاله بأي وجه من الوجوه (٢) إلا إذا كانوا أقاموا عليه بابا من أول إنشائه ، فإنه يكون بمثابة المال المشترك الخاص بهم ، فلم يثبت لأحد حق فيه فلم يقسمته ، ومنع الناس من دخوله وبيعه .

هذا هو حكم المرور في ملك الغير كارضه الزراعية أو ساحة داره ، فإذا ثبت بالتملك تبعا للعقار كأن يبيع شخص أرضا مع حق المرور إليها فإنه يثبت دائما ، ويتبع العقار في الملك ويثبت على الوجه المتفق عليه من مروره وحده أو بدوابه أو مروره ماشيا أو راكبا ، وأما الأذن بالمرور فلا يثبت حقا لازما ، بل له أن يرجع عنه .

هذه هي حقوق الارتفاق ، وتلك أحكامها الإجمالية ، وبقيّة التفاصيل يرجع إليها في المراجع الأصلية .

مقوى الجوار : الشريعة الإسلامية جاءت منظمة لشريعة الجوار ، وحشت على إكرام الجار ليعيش الناس في ألفة من غير تباغض ولا شحناء ، وفي السنة أحاديث كثيرة في هذا المعنى . منها :

(١) سواء كان مضرأ أو غير مضر كما هو صريح المادة ، ١٢٢ من المجلة العدلية .

(٢) راجع جامع الفصولين ج ٢ ص ١٩٧ ، وشرح المجلة المادة ١٢٢٣ .

قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه ، وقوله « لا يؤمن عبد حتى يأمن جاره بوائقه » ، أى غوائله وشروره » وقوله من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره » ، وقيل لرسول الله : إن فلانة تصوم النهار ، وتقوم الليل ، وتؤذى جيرانها فقال : « هي في النار » وغير ذلك من الأحاديث (١) .

والجواز نوعان ، علوى «رأسى ، وجانبى ، والأول هو المسمى بحق التعلى وهو أقوى من الآخر ، ويكون غالباً (٢) بين بناءين أحدهما فوق الآخر ، ويتحقق ذلك في دار مكونة من طبقتين مثلاً مملوكة لشخصين لأحدهما سفليها ، وللآخر علوها ، كما إذا كانت دار موروثة ، واتفق الوارثان على قسمتها على هذا الوجه ، أو تكون مملوكة لشخص وباع طبقة منها لآخر ، فيمنع ذلك لصاحب العلو حق القرار على ذلك السفلى من غير أن يملك سقفها ، فإن السقف ملك لصاحب السفلى ، إذ به يتم ويكون سكناً .

وحق التعلى نوع من حق القرار كما هو نوع من الجوار ، لأن حق القرار كما يكون على الأرض في صورة استئجار الأرض للبناء عليها ، وهو المسمى بالحكر يكون على بناء ، وهو حق التعلى ، والجوار كما يكون جانبياً يكون علوياً . وهذا الجوار أقوى من الجوار الجانبى ، لأن ملك كل منهما ليس خالصاً لتعلق حق كل منهما بالآخر ، وانتفاع كل منهما بملك الآخر نوع انتفاع ، فكما ينتفع صاحب العلو بقرار بنائه على الآخر ، كذلك ينتفع صاحب السفلى بالعلو بمنع الحرارة الشديدة عنه صيفاً ، وتسرب الأمطار إلى ملكه شتاء .

(١) جمع الامام الشعراى في كتابه كشف الغمة أحاديث حقوق الجوار فراجعها في ج ٢ ص ٢١٤ وما بعدها .

(٢) قلنا غالباً ، لأنه قد يكون أحدهما بناء والآخر غير بناء ، كما إذا هدم العلو وبقي السفلى ، وقد يكونان غير بناء ، كما إذا تهدم العلو والسفلى معاً .

من أجل ذلك وجب مراعاة حق كل منهما عند التصرف ، واتفق الفقهاء على أنه ليس لأحدهما التصرف في ملكه بما يضر بالآخر ، كأن يهدم صاحب السفلى بناءه ، أو يفتح فتحات تضعف تحمل البناء ، وكأن يبنى صاحب العلو طبقة أو طبقات توهن السفلى .

والتصرفات التي تصدر عنهما قسمها الفقهاء ثلاثة أقسام :

الأول : التصرفات الضارة بيقين كما مثلنا ، وهذه ممنوعة بالاتفاق ، ولو حصلت وترتب عليها الضرر كان المتسبب فيها ضامنا لما لحق الآخر من الضرر

الثاني : تصرفات لا تضر واحداً منهما يقين ، كالإصلاحات المعتادة من دهن الجدران وتزيينها بالورق الملون ، وتركيب الثريات السكربائية ، وتبديل الأبواب والنوافذ ، ودق المسامير الصغيرة ، وهذه لا تمنع اتفاقاً .

الثالث : تصرفات تحتمل الضرر وغيره ، مثل أن يفتح صاحب السفلى نافذة في بعض الحجرات ، أو أن يبنى صاحب العلو حجرة للخدم ، أو لغسل الثياب ، أو يضع في إحدى الحجرات متاعاً كثيراً قد يؤثر في السقف ، وهذا النوع يختلف الإمام وصاحبه في جواز مباشرته .

فأبو حنيفة يمنعه ، وصاحبه يجوزانه ، ومبنى الخلاف بينهما : أن أبا حنيفة نظر إلى تعلق حق الغير بالملك فقيد تصرفه ، لأن ملكه ليس خالصاً ، ولم يباح له إلا ما يتيقن عدم ضروره ، وأما ماعده فوقوف على رضا الآخر ، والصاحبان نظرأ إلى أنه ملك ، والمالك يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً مادام لا يضر غيره بيقين ، فهو ممنوع مما يتيقن فيه الضرر ، وماعده مباح له .

فالأصل عنده المنع ما لم يقم الدليل على عدم الضرر فيباح ، وعندهما الأصل الإباحة ما لم يقم الدليل على الضرر فيمنع .

هذه وجهة كل من الرأيين باختصار ، وقد صرح فقهاء المذهب ، بأن رأى الإمام هو المختار^(١) للفتوى ، لأن هذا الملك وإن كان تاماً لوقوعه على رقة المسال ومنفعته معاً إلا أنه عارضه تعلق حق الغير به ، فيجب ملاحظة الأمرين معاً ، فيمنع من أن يفعل ما يلحق الضرر بغيره بيقين ، وأما المشكوك فيه فإن احتمال الضرر قد يؤدي إلى الضرر ، فيكون ذريعة إلى الضرر ، فإن مثل هذه الأشياء وإن لم تؤثر الآن فإنها تؤثر بعد ذلك فيمنع منها ، والمنع من هذا التصرف ليس ضرراً في ذاته ، فإنه وإن منع من فعل فقد منع الآخر من فعل مماثل له من أجله ، فالتكافؤ موجود بينهما .

وإذا هدم صاحب السفلى بناءه أجبر على إعادته ، لأنه تعدي على صاحب العلو بإزالة حق القرار الذى للعلو ، وحينئذ يلجأ صاحب العلو إلى القاضى ليحبر الآخر على إعادة بنائه ، فلو امتنع صاحب السفلى بعد ذلك وقام صاحب العلو ببنائه بدله رجع عليه بما أنفق مادام بأمر القاضى ، أما لو بناه من غير أن يرجع إلى القاضى كان متبرعاً فلا يحق له الرجوع .

وأما إذا تهدم السفلى وحده فلا يجبر على إعادته ، لأنه غير متعد ، وفى هذا الحالة إذا لم يقم صاحب السفلى بإعادة البناء بنفسه ، وقام به صاحب العلو على نفقته بدون إذن كان له أن يطالب صاحب السفلى بقيمة البناء ، وله حق منعه من الانتفاع به حتى يؤدى تلك القيمة ، لأنه لم يكن متبرعاً بهذا العمل ،

(١) راجع فتح القدير ص ٥٠٣ ج ٥ ، وحواشى ابن عابدين ص ٥٥٥ ج ٥ فى مسائل شتى ، وفيها المختار للفتوى أنه إذا أشكل أنه يضر أم لا يملك ، وإذا علم أنه لا يضر يملك ، ومثله فى البحر ص ٣٢ ، ٣٣ ، ج ٧ ، ونقل عن جامع الفصولين ، أن الملك مطلق ، والحق مانع وقد اجتمعنا لجمعنا بينهما .

بل هو مضطر إليه ليصل إلى حقه ، ولا سبيل للوصول إليه إلا بهذا الطريق
حيث لا جبر على صاحب السفلى (١)

وأما إذا قام به بإذن صاحبه أو القاضى رجع عليه بما أنفقه كله ، لأنه وكيل
عنه بمقتضى الإذن ، وإذا هدم صاحب العلو علوه فالمعتمد أنه لا يجبر على
بنائه حيث لا ضرر يلحق صاحب السفلى من ذلك .

وهذا الحق ، حق التعلو ، يصح بيعه والبناء قائم بالاتفاق ، لأنه حق
متعلق بالمال ، وأما بعد الهدم فلا يصح بيعه عند الحنفية ، لأنه ليس بمال .
ولا هو حق متعلق بمال ، والمالكية ، والحنابلة جوزوا بيعه مطلقا سواء
أكان البناء قائما أم لا ، بل أجازوا بيعه قبل بناء السفلى غير أنه يشترط تحديد
مقدار ما سيبنى من السفلى ، ويقدر ما يباع من العلو حتى لا يكون مثار نزاع
بين المتعاقدين ،

وأما الجوار المجاني أو المطلق : فقد اختلف الفقهاء في ثبوت حق للجار
على جاره يقيده تصرفاته حتى يمنع من أن يفعل في ملكه شيئا يضر بملك جاره
على قولين .

(١) جاء في فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٣ . وكل من أجبر على أن يفعل مع شريكه فإذا فعل
أحدهما بغير أمر شريكه فهو متطوع ، لأنه له طريق وهو المطالبة بالمشاركة بالفعل
ثم قال : وإن كان لا يجبر لم يكن متطوعا كعلو لرجل وسفل لآخر وسقط السفلى فبناء
الآخر لا يكون متطوعا ، لأنه لا يجبر صاحب السفلى على بنائه ، فكان في بنائه أيا
مضطرا ليصل إلى حقه ، وإذا بناه وبني عليه علوه له منع صاحب السفلى من الارتفاع
به والسكنى حتى يؤدي قيمته ، واختلف في أن القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت
الرجوع ، والصحيح وقت البناء ، اهـ ملخصاً .

الأول : أنه لا حق لأحدهما على الآخر يقيد تصرفاته ، فلكل منهما أن يتصرف في ملكه كيفما شاء ، فله أن يفتح ما شاء من الأبواب والنوافذ ، ويعلى البناء ، ويهدم منه ما يشاء ، ومن ذهب إلى هذا الرأي المتقدمون من الحنفية ، وهو مذهب الشافعي وأحمد ، وهو مقتضى حرية تصرف المالك في ملكه ، لكن ينبغي أن يقيد ذلك ألا يظهر منه قصد الإضرار بالغير عند تصرفه وإلا منع ؛ هذا هو مقتضى المبادئ العامة في الشريعة .

الثاني : أن تصرفه مقيد ألا يضر بجاره ضرراً فاحشاً ، وإلى هذا ذهب المالكية ، وهو رواية عن أبي يوسف (١) ، واستحسن هذا الرأي الفقهاء المتأخرون من الحنفية ، مخالفوا ما كان مقرراً في المذهب عن المتقدمين ، وقالوا : يجب أن تقيد تصرفاته بذلك وإن لم يقصد الضرر ، واستندوا في ذلك إلى حديث « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » . وما في معناه ، وفي بعض أحاديث الجوار تصريح بالنهاي عن التطاول في البناء إلا بإذن الجار ، فقد روى أن رسول الله قال لأصحابه : « أتدرون ما حق الجار ؟ إذا استعانك أعمه ، وإذا استقرضك أقرضه ، وإذا افتقر عدت عليه بمالك ، وإذا مرض عدته ، وإذا أصابه خير هنيئته ، وإذا أصابته مصيبة عزيتة ، وإذا مات اتبعت جنازته ، ولا تستطل عليه بالبناء فتحجب عنه الريح إلا بإذنه » (٢) ، يخ الحديث .

(١) جاء في كشف الأسرار الصغير شرح المنار ج ٢ ص ٣٠٣ روى عن أبي يوسف فيمن تصرف في خالص ملكه بما يضر جيرانه يمنع عنه وإن كان متصرفاً في ملكه دفعاً للضرر عن الغير .

(٢) كشف الغمة ج ٢ ص ٢١٤ .

وبناء على هذا رأى يضمن الضرر الناشئ عن فعله سواء أكان الضرر مباشراً أم بطريق التسبب ، وعلى رأى الأول لا يضمن إلا الضرر المباشر ، وأما المتسبب عن التصرف في ملكه فلا يضمنه .

وأنت إذا علمت أن الشريعة الإسلامية حضت على عدم إيذاء الجار ، بل على الإحسان إليه في أكمل صورة من صور الإحسان ، حتى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مازال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » ، وأنها بذلك قد خاطبته من ناحية الخلق والدين لتستقر الحياة ، ويعيش الناس في وئام ، فلم يكن ثمة حاجة إلى تقييد تصرفاته بنص خاص ، لأن العاقل حينما يفكر وينظر في عواقب فعله سيكف نفسه عن إيذاء الجار ، أو فعل ما يسبب له الضرر ، لأن جاره حينئذ إما أن يفعل معه مثل فعله ، وبذلك يكون البادى قد أضر نفسه ، وإما أن يغض النظر عن إيذائه ، وبهذا يكون أكرم عند الله وعند الناس منه .

ولقد كان المسلمون الأولون يهتدون بهدى القرآن والسنة ، لذلك لم يجد الفقهاء السابقون حاجة إلى تقييد تصرفاتهم ، لأن الدين وحسن الخلق فهما العاصم لهم من ذلك ، وهذا هو وجه رأى الأول .

ولقد روى أن شخصاً شكاً إلى أبي حنيفة من جار له حفر بئراً في داره بجوار جداره ، فقال له الامام : احفر في دارك بجوار تلك البئر بالوعة ، ففعل فنزت البئر الأولى فكبسها صاحبها ، ففعل لم يفته بجبر صاحبها على كبس البئر ، بل دله على حيلة ليدفع عن نفسه الضرر ، وهو تصرف في خالص ملكه (١) .

ولما دارت عجلة الزمن وضعف سلطان الدين على النفوس ، وتهاون

(١) راجع شرح المجلة العدلية ص ١٤٥ ج ٤

الجار في الإحسان إلى جاره، بل أصبح يكيد له ويتفنن في إيذائه استحسن الفقهاء المتأخرون تقييد تصرفاته بما لا يضر بجاره ضرراً فاحشاً ، لأن الناس لما تركوا الواجب الديني ، وتهاونوا فيه قام القضاء بتنفيذ هذا الواجب ، وهنا حقت عليهم كلمة الإمام العادل عمر بن عبدالعزيز . « تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » .

ولقد مثل الفقهاء لهذا الضرر الفاحش الذي يستوجب المنع بأمثلة : منها الفعل الذي يكون سبباً لهدم بناء جاره ، كأن يتخذ في داره طاحونة أو مصنع حديد ، ويثبت بالدليل أن دوران الطاحونة وطرق الحديد يوهن البناء ، وكأن يحفر في داره بئراً بجوار جدار جاره ، وكأن يحدث بناء يمنع عن جاره الضوء بالكلية ، وما شاكل ذلك .

والواقع أن هذا الأمر ليس محددًا في ذاته (١) ، بل يحتكم فيه إلى العرف ، لأنه يختلف باختلاف الأزمان والأمكنة والأشخاص ؛ فقد يكون الضرر فاحشاً بالنسبة إلى شخص دون غيره ، وفي مكان دون آخر ، فطرق الحديد ضرر فاحش في حي هادئ خال من المصانع بينما لا يعتبر فاحشاً ، بل لا يعتبر ضرراً في مكان أقيمت فيه المصانع .

هذا والذي منعه الفقهاء المتأخرون الفعل الذي يثبت بالدليل أنه مضر ضرراً فاحشاً ، أما ماعداه من الأفعال التي يتيقن فيها بعدم الضرر ، أو لا ينجزم فيها بشيء ، وهي المشكوك فيها فبإباحة له (٢) .

(١) حددت المجلة وشروطها الضرر الفاحش بكل ما يمنع الخواص الأصلية بمنع المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالمسكن ، أو يضر البناء أو يجلب عليه وهنا يكون سبب هدمه « مادة ١١٩٩ » .

(٢) راجع رد المحتار لابن عابدين في باب المتفرقات ص ٣٤١ ج ٤ ، ص ٥٥٩ في مسائل شتى آخر باب القضاء ، وفيها يقرر استحسان المتأخرين لمنع ما فيه ضرر =

جاء في المادة ١٢٠٣ من المجلة (٢) ، إذا كان لواحد شبك فوق قامة الإنسان فليس لجاره أن يكلفه بسده لاحتمال أن يضع سلباً وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار . .

ولقد سار القانون المدني الجديد على هدى هذا الرأي المستحسن عند الفقهاء جاء في شرح القانون للدكتور كامل مرسى ص ٣١٥ ما يلي :
قن القانون الجديد التزامات الجوار في المادة ٨٠٧ ، وقد اهتمدى في تقرير هذه الالتزامات بالشريعة الإسلامية ، وبما قرره القضاء المصرى ، فأصبحت مستقرة ثابتة لها مصدر معروف هو نص القانون ، وهذا ما تقرره المادة ٨٠٧ .
(١) على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار .

(٢) وليس الجوار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموضع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذى خصصت له ، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق .

المالك التام

خصائصه وأسبابه

لهذا المالك خصائص منها :

١ — للمالك مطلق التصرف في العين ومنافعها بكافة التصرفات المشروعة

بين ، وتكلم على ما أشكل أمره ، هل يكون مضراً أو لا . فقال : إنه غير ممنوع منه وقياسه على ما أشكل في السفلى والعلو قياس مع الفارق ، وعبارته : فالحاق المشكل فيها بالمشكل في الأولى غير صحيح فافهم ، يرد بذلك على صاحب الدبر الذى قرر ذلك (١) وفي شرح المجلة : وإنما قرر ذلك لقاعدة : لا عبرة بالتوهم ، والتعليل بالاحتمال يفيد أنه لو ثبت أنه فعل ذلك كلف بالسد من القاضى .

من بيع وإجارة وإعارة وغيرها ، وهذا الإطلاق لا يتقيد بشيء غير عدم الضرر بالغير ، سواء كان الغير فرداً أو جماعة أو الدولة نفسها ، ويظهر ذلك في صور نزع الملك جبراً .

٢ - للمالك حق الانتفاع بالشيء المملوك بأى وجه من وجوه الانتفاع غير متقيد بزمان محدد ، ولا بمكان معين ، ولا بشكل معين ما لم يكن ذلك محرماً شرعاً كأن يجعل داره نادياً للقهار مثلاً .

٣ - هذا الملك ليس له زمن محدد ينتهى عنده ، لأنه لا يقبل التقيد بالزمان ولا بالمكان ، ولا ينتهى ذلك الملك إلا بانتقاله لغيره بتصرف شرعى ناقل للملك ، أو بالميراث إذا مات المالك ، أو هلكت العين المملوكة .

٤ - إذا أتلّف المالك الشيء المملوك له لا يجب عليه ضمان ، لأن الضمان حينئذ يكون عبثاً ، وليس معنى ذلك أنه يباح له أن يتلف ما له كيفما شاء ويعنى من المواخذة ، بل قد يستحق المواخذة إذا قتل حيواناً مملوكاً له فيحزّره ولي الأمر ، وقد يحجر عليه إذا ثبت سفهه .

٥ - إن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط ، فلو أسقط شخص ملكيته لعين لا تسقط ، وتبقى مملوكة له ، لأن هذا هو السائبة التى أبطلها القرآن ، ولذلك لا يصح الإبراء من الأعيان لما فى الإبراء من معنى الإسقاط . فلو غصب شخص عيناً من الأعيان فجاء المغصوب منه وأبرأ الغاصب عن تلك العين لا يصح ويبقى المال ملكاً لصاحبه ، أما لو أتلّف الغاصب المغصوب ، أو تلف منه فإنه يكون مضموناً على الغاصب ، وجينئذ لو أبرأه المغصوب منه صح إبرأؤه لأنه إبراء من دين فى الذمة لا من عين قائمة .

أعيان الملك التام : ثبت الملك التام بواحد من الأسباب الآتية :

١ - الاستيلاء على المال المباح .

٢ - العقود الناقلة للملكية .

٣ - الخلفية . ومعناه أن يخلف شخص آخر فيما كان يملكه - وهي تتحقق بالإرث وهذه الثلاثة محل اتفاق بين الفقهاء ، وعليها اقتصر الكثير منهم (١) . ومن الفقهاء من يذكر سبباً رابعاً . وهو الشفعة : وهي حق تملك المالك المشفوع من ماله الجديد ولو جبراً بما قام عليه من الثمن والتكاليف . وخالفهم آخرون فلم يجعلوها سبباً مستقلاً ، بل أرجعوها إلى أحد الأسباب الثلاثة وهو العقود .

وهذا الخلاف ناشىء عن الخلاف فى الشيء المثبت للملك فى الشفعة . أهو الطلب من الشفيع ، أم التراضى بين الشفيع والمالك الجديد أو القضاء عند إبطائه التسليم للشفيع بحقة ؟ .

(١) نقل صاحب البحر الرائق ص ٢٧٨ ج ٥ عن كتاب الحاوى للبقدسى مانصه : « الملك الاختصاص الحازم وأنه حكم الاستيلاء ، لأنه به ثبت لا غير ، إذ المملوك ، لا يملك لأن اجتماع المالكين فى محل واحد محال ، فلا بد وأن يكون المحل الذى ثبت الملك فيه بخالياً عن الملك ، والخالى عن الملك هو المباح ، والمثبت للملك فى المباح هو الاستيلاء لا غير . وهو طريق الملك فى جميع الأموال ، لأن الأصل الإباحة فيها ، وبالبيع والهبة ونحوهما ينتقل الملك الحاصل بالاستيلاء إليه ، فمن شرط البيع شغل المبيع بالملك حالة البيع حتى لم يصح فى مباح قبل الاستيلاء ، ومن شرط الاستيلاء خلو المحل عن الملك وقته ، وبالإرث والوصية تحصل الخلافة عن الميت حتى كأنه حتى لا الانتقال حتى ملك الوارث الرد بالعيب دون المشتري « أى المشتري من المورث الذى مات ، . فالأسباب ثلاثة مثبتة للملك وهو الاستيلاء ، وناقل للملك وهو البيع ونحوه ، وخلافة وهو الميراث والوصية . وجاء فى المادة ١٢٤٨ - من مجلة العدلية - « أسباب التملك ثلاثة : الأول الناقل من مالك إلى مالك آخر كالبيع والهبة . والثانى كون واحد خلف آخر كالإرث . والثالث إحراز شيء مباح لمالك له ، وهذا إما حقيقى وهو وضع اليد حقيقة على شيء ، وإما حكى وذلك بتهبئة سببه كوضع اناء لجمع ماء المطر أو نصب شبكة لأجل الصيد .

فالأئمة الثلاثة ممالك والشافعي وأحمد بن حنبل، يذهبون إلى أن الملك للشفيع
يثبت بطلبه لذلك الحق - على خلاف بينهم في اشتراط دفع الثمن - وهذا
الطلب ليس استيلاء ولا عقداً ولا إراثاً ، فتكون الشفعة سبباً مغايراً لها .
والحنفية يذهبون إلى أن الملك في الشفعة لا يثبت بمجرد الطلب ، بل يثبت
بأحد أمرين - ١ - التراضي بين الشفيع والمالك الجديد على ذلك ، وهو عقد
جديد غير العقد الأول - ٢ - قضاء القاضي عند إباته وعدم تسليمه ، وهو بمثابة
عقد ينوب فيه القاضي عن الممتنع ، وعلى هذا لا تكون الشفعة سبباً جديداً
للملك ، بل تكون داخلة في العقود

ثم إن هذه الأسباب مع اتفاقها في كونها مثبتة للملك التام تختلف من جهات
ثلاث . انقسمت تبعاً لها تقسيمات ثلاثة .
فتنقسم أولاً إلى أسباب اختيارية وأخرى جبرية .

فالقانونية : هي الاستيلاء على المباح ، والعقود ، والشفعة عند من جعلها
سبباً مستقلاً ، فإن هذه الأسباب لا تكون إلا باختيار الشخص ، فإذا أقدم
عليها ثبت الملك .

والجبرية : هي الخلفية التي تتحقق بالميراث ، فإن هذا السبب يثبت الملك فيه
جبراً من غير اختيار . لا من المالك الأول ، ولا من المالك الثاني ، لأن الشارع
جعل الوارث محل محل المورث في ملكه المنتهى ، فالمالك الجديد امتداد للملك
القديم ، ولهذا لا يشترط قبوله . ولورده لا يرتد ، والذي يثبت فيه الملك
بهذا السبب هو المال الباقي بعد تجهيز الميت . وسداد ديونه ، وتنفيذ
وصاياه ، وعلى هذا تكون الخلافة في ملك الباقي فقط ، وليست خلافة في كل
شيء ، فلا يلزم الوارث بسداد دين الميت من ماله الخاص إذا لم تفرخته بذلك
لأن الإرث مشروع للتملك لا للتغريم ، ولو جعلناه سبباً للغرامة لكان فيه
إجبار الشخص على ما يضره ، ولا يعرف لذلك نظير في تشريع من التشريعات

بخلاف الإيجاب على ما ينفع فإنه معقول إذا لم يكن معه منه من أحد .
وتنقسم ثانياً إلى أسباب منشئة للملكية ، وأخرى ناقلة لها .

فالمفهوم للملكية : هو الاستيلاء على المباح ، فإنه يثبتها بعد أن لم تكن
لأن المال المباح قبل الاستيلاء عليه لا يوصف بالملوكية .
ويدخل في هذا السبب الاستيلاء على الغنائم الحربية ، لأن أموال المحاربين
تعتبر مباحة ، حيث إن المال المباح هو الذي لم يدخل في ملك يحترمه الشارع ،
ولم يوجد ما يمنع شرعاً من ملكه ، وملك هؤلاء الأعداء غير محترم في نظر
الإسلام في حالة الحرب (١) .

(١) هذا عند الشافعي ، لأنه يرى أنه مال باح يملك بالاستيلاء عليه ، ولذلك
يثبت الملك عنده في الغنائم في دار الحرب للغزاة بمجرد الانتصار والاستيلاء عليها
ويذهب الحنفية إلى أنها لا تملك إلا بالإحراز بدار الإسلام ، فلا استيلاء وحده
لا يكفي ، لأنه إنما يفيد الملك إذا ورد على مال مباح غير مملوك ، ولم يوجد ههنا لأن
ملك الكفار قائم حيث ثبت لهم بسبب من الأسباب ، والملك الثابت لإنسان لا يزول
إلا بإزالته أو بخروج المحل عن أن يكون منتفعاً به حقيقة بالهلاك أو بعجز المالك
عن الانتفاع به دفعاً للتناقض فيما شرع الملك له ولم يوجد شيء من ذلك مادامت
الأموال موجودة في دار الحرب ، لاحتمال استرداد الكفار لها ، ومع وجود الاحتمال
لا ينقطع بثبوت الملك للمسلمين ، لأنه لا قطع مع الاحتمال ولا ينقطع الاحتمال إلا
بالإحراز بدار الإسلام .

ولأنه لو ثبت الملك فيها بنفس الأخذ والاستيلاء لاشتغلوا بالقسمة والتسارع
كل واحد إلى إحراز نصيبه بدار الإسلام ، فيرجع اليها فيتفرق جمعهم ، وفيه خوف
توجه الشر إليهم من الكفار ، فتأخر الملك فيها إلى ما بعد الإحراز بدار الإسلام لهذه
الضرورة ، ولذلك فرقوا بين الغنائم والأنفال فقالوا إن الأنفال تملك بمجرد الاستيلاء
عليها لأنها أخذت بغير قتال ، ولا ضرورة لتأخير الملك عن وجود سببه هنا بخلاف
الغنائم فإن الضرورة قائمة فتأخر الملك إلى وجود الشرط .
راجع البدائع ج ٧ ص ١٢١ وما بعدها .

والأول للملكية . هي العقود والخلفيّة ، فإن هذين لا يثبت بهما ملك الشخص إلا إذا كان المال الذي ورد عليه العقد أو الميراث مملوكاً من قبل ، فالمال المباح لا يكون محلاً لعقد من العقود ، كما لا يكون ميراثاً لأحد ، فلو باع شخص مالا مباحاً قبل أن يستولى عليه ويجوزّه كان هذا العقد لاغياً ، وكذلك لو وهبه أو جعله مهراً في عقد زواج ، أو تصدق أو أوصى به ، أو وقفه .

ومن هنا اعتبر الفقهاء أول أسباب الملك وجوداً هو الاستيلاء على المباح ، ثم لما ثبت الملك بالاستيلاء جاء بعده النقل بطريق العقد أو الميراث .

وتنقسم ثالثاً إلى أسباب فعلية تتحقق بالفعل فقط ، وأخرى قواية تتحقق بالقول أو مافى معناه ، وثالثة تتحقق من غير أن يكون للمالك دخل فيها .

فالاستيلاء سبب فعلى لا يتحقق إلا بالفعل ، ولهذا صح من عديم الأهلية وناقصها ، فالصبي ولو كان غير مميز والمحجور عليه ، وفاقد الأهلية كالجنون إذا استولوا على المال المباح استيلاء حقيقياً ملكوه ، مع أن العقود الصادرة منهم قد تكون غير صحيحة ، وقد تتوقف على إرادة أخرى .

والعقد سبب قولى فى غالب صورته ، لأن الأصل فيه أن يكون بالقول ، وقد يتحقق بالفعل نيابة عن القول كما فى الإشارة والكتابة وغيرهما .

ومن هنا اشترط فى إثباته الملك أن يكون العاقد أهلاً له (١) .

والميراث يثبت الملك من غير فعل ولا قول من الوارث ولأمن المورث . فهو سبب اعتبارى جعله الشارع موجباً للملك فى بعض الحالات من غير أن يكون لأحد دخل فيه ، ولذلك يثبت للصغير والكبير ، والمميز وغير المميز على حد سواء ، بل يثبت للجنين قبل ولادته .

(١) راجع الفرق الخامس والثلاثين بين قاعدة الأسباب الفعلية وقاعدة الأسباب القولية من الفروق للقرايى ج ١ ص ٢٠٣ .

ولقد عد بعض الفقهاء المعاصرين من أسباب الملك سببا جديداً ، هو التولد من المال المملوك ، ونحن إذا أمعنا النظر فيما يتولد من المال المملوك وجدناه لا يعدو أن يكون ثمرة من ثمرات الملك كالمنفعة الحاصلة منه ، ومن خواص الملك التام أن يكون المال بمنافعه وثمراته ملكاً لصاحبه لا يشاركه فيها أحد ، فيكون ملك ما تولد ثابتاً بالسبب الأول الذي ثبت به الملك في أصله ، فمن ملك حيواناً بعقد أو يارث فإنه يملك ذاته وما ينتج منه في المستقبل ، لأن الناج حين وجوده يكون كالجزء المنفصل ، فلا يحتاج إلى سبب جديد .

والقانون المدني جعل أسباب كسب الملكية سبعة : (١) الاستيلاء على مال ليس له مالك (٢) الميراث وتصفية التركة (٣) الوصية (٤) الالتصاق (٥) العقد (٦) الشفعة (٧) الحيازة .

وهي في جملتها تتفق مع أسبابه عند الفقهاء ، وليس بينهما تخالف إلا في الالتصاق الذي لم يعرض له الفقهاء في هذا الموضع ، والحيازة التي هي وضع اليد على مال مملوك للغير ، وتقادم العهد عليه (٢) .

فإن هذا التقادم يسقط ملك الأول ويثبت الملك للثاني وهو واضح اليد في نظر القانون ، بينما لا يفيد شيئاً من ذلك في نظر الشريعة ، فلا يزول ملك الأول ، ولا يثبت الملك للثاني ، وغاية ما يفيد هو منع سماع الدعوى عند الإنكار .

فلو وضع شخص يده على مال مملوك لغيره ، وطال عليه الزمن ، ثم جاء

(١) والالتصاق قد يكون في معقار طبيعياً ، وقد يكون بفعل المياه ، وقد يكون بفعل الإنسان بإنشائه مبان على الأرض في ملكه أو في ملك غيره ، وقد يكون في المال المنقول . المواد من ٩١٨ — ٩٣١ .

(٢) أصل هذا السبب كان في التشريع الروماني ، ثم انحدر إلى التشريعات الأوروبية ، ومنها أخذه القانون المصري .

صاحبه وطالب واضع اليد به ، فإن قرأ من هو في يده بذلك الحق قضى به
لمالكه ، وإن أنكر . فإن كانت المدة طويلة ، ولم يكن هناك عذر يمنعه من
المطالبة به في الزمن الماضي لا تسمع هذه الدعوى ، وإن لم تكن طويلة سمعت
دعواه .

وإنما منعوا من سماع الدعوى في حالة التقادم ، لأن العرف يكذب أمثال
هذه الدعاوى . يقول ابن القيم في الطرق الحكيمة (١) : إن من الدعاوى دعوى
يقضى العرف بكذبها ، ومثالها :

أن يكون رجل حائزاً لدار متصرفاً فيها السنين العديدة الطويلة بالبناء
والهدم والإجارة والعارة ، وينسبها إلى نفسه ، ويضيفها إلى ملكه ، وإنسان
حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها طول هذه المدة ، وهو مع ذلك لا يعارضه
ولا يذكر أن له فيها حقاً ولا مانع يمنعه من مطالبته من خوف سلطان ، أو
ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق ، ولا يئنه . وبين المتصرف
في الدار قرابة ولا شركة في ميراث أو ما أشبه ذلك مما يتساح فيه القرابات
والضمير بينهم ، بل كان عرياً عن جميع ذلك ، ثم جاء بعد طول هذه المدة
يدعيها لنفسه ، ويزعم أنها له ، ويريد أن يقيم بذلك بينة ، فدعواه غير مسموعة
أصلاً فضلاً عن بيلته ، وتبقى الدار بيد حائزها ، لأن كل دعوى يكذبها العرف
وتنفىها العادة ، فإنها مرفوضة غير مسموعة .

هذا هو حكم القضاء ، وأما حكم الديانة فلا يحل لواضع اليد الانتفاع بهذا
المال بأى وجه ، ويجب عليه رده إلى صاحبه .

ولقد حدد الفقهاء المدة الطويلة — التي لا تسمع بعدها الدعوى بالاجتهاد ،
فقليل هي ثلاثون سنة ، وقليل ثلاث وثلاثون ، وقليل ست وثلاثون .

(١) ص ٧٨ وما بعدها .

وقد جعلها القانون خمس عشرة سنة فيما عدا الوقف والإرث ، فإنها فيهما ثلاث وثلاثون سنة ، كما جاء في لائحة المحاكم الشرعية بالمادة - ٣٧٥ ونصها : « القضاة ممنوعون من سماع الدعاوى التي مضى عليها ١٥ سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى في عدم إقامتها إلا في الإرث والوقف ، فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ٣٣ سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى له وهذا كله مع الإنكار للحق في تلك المدة . »

وإنما قدرها بهذا القدر ليكون متفقاً مع تحديد القانون المدنى المدة التي تكسب الملكية ، فقد جعلها خمس عشرة سنة دون انقطاع في غير الأموال الموقوفة وحقوق الإرث حيث جعلها فيهما ثلاثاً وثلاثين سنة ، وقبل تمام هذه المدة لا تثبت الملكية للحائز فتسمع دعوى الغير (١) .

هذا إجمال لأسباب الملك التام ، وهو يحتاج إلى شيء من التوضيح ، وسنقتصر في هذا الموضع على بيان السبب الأول ، وهو الاستيلاء على المباح ، وأما بيان العقود فسيأتى في الكلام على نظرية العقد ، وأما الخلفية فبيانها يكون في مقرر دراسى آخر غير هذا المقرر .

(١) جاء ذلك مبيناً في المواد ٩٦٨ ، ٩٦٩ ، ٩٧٠ من القانون المدنى الجديد ونصها ، م ٩٦٨ - « من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » ، م ٩٦٩ - « إذا وقعت الحيازة على العقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب خمس سنوات م ٩٧٠ - في جميع الأحوال لا تنكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

الاستيلاء على المباح

الاستيلاء على المباح يتنوع تبعاً لتنوع الاموار المباحة، لأن المباح قد يكون أرضاً جرداء أو سمكا في ماء، أو طيراً في هواء، أو حيوانات في غابة أو صحراء، وقد يكون نباتاً أو شجراً على ظهر الأرض، أو معادن وكنوزاً في باطنها، كما أن أحكامها تختلف من جهة توقف الملك في بعضها عن إذن ولي الأمر، وعدم توقفه في بعضها الآخر، ووجوب حق للدولة في بعض الأنواع، وعدم وجوب شيء في باقيها. لذلك الآخر، اقتضى الأمر تقسيمه إلى أربعة أنواع :

- ١ - إحياء الأرض الموات. ١ - الاستيلاء على المعادن والكنوز.
- ٣ - الصيد. ٤ - الاستيلاء على الكلا والأجام.

١- إحياء الأرض الموات

الأرض إذا كانت غير منتفع بها إما لانقطاع الماء عنها، أو لغلبيتها عليها أو لفساد طينتها لسكونها سبخة، أو كثرة الحصى، أو غير ذلك من الأسباب التي تمنع من الانتفاع بها تسمى مواتاً تشبهاً لها بالحيوان الذي بطلت منافعه بموته، والقرآن مصرح بوصف الأرض بالموت في آيات كثيرة (١).
وأما إذا كان ينتفع بها بغير الزراعة بأن جعلت مرفقاً للناس ينتفعون بها كأن تكون موضع إلقاء القمامات أو موضع فيها الأتربة، أو مرعى للماشية، أو محتطباً أو مسيلاً، أو غير ذلك فلا تعتبر مواتاً.

(١) منها قوله تعالى « وما أنزل الله من السماء من ماء فأحيا به الأرض بعد موتها »

البقرة - ١٦٤ .

وقوله « الله أنزل من السماء ماء فأحيا به الأرض بعد موتها » النحل - ٦٥

وقوله « وينزل من السماء ماء فيحيي به الأرض بعد موتها » الروم - ٤٤ .

وقوله « وما أنزل الله من السماء من رزق فأحيا به الأرض بعد موتها » الجاثية - ٥

فالأرض الموات إذا : هي ما كانت غير منتفع بها بأى وجه من وجوه الانتفاع لكن ذلك لا يكفي لكونها مباحة تملك بالإحياء ، بل يشترط وراء ذلك شروط بعضها محل اتفاق الفقهاء ، وبعضها موضع خلاف .

فما اتفقوا عليه : ألا تكون مملوكة (١) لأحد ، فإذا كانت الأرض مملوكة لشخص وتركها لسبب من الأسباب كبئت تهدم ولم يستطع بناءه ، أو أرض ساء استغلالها فأصبحت لا تنتج شيئاً ، فتركة لها لا يجعلها مباحة ، بل يبقى ملسكه قائماً ، وتورث عنه إذا مات مادام معروفاً .

ومن المتفق عليه أيضاً : أن تكون خارجة عن العمران ، فإذا كانت داخل العمران فلا تعتبر مواتاً حتى ولو كانت غير منتفع بها بأى مرفق من المرافق .

ومن الشروط المختلف فيها : كون هذه الأرض بعيدة عن العمران . شرط ذلك أبو يوسف من الحنفية ، ووافقه الإمام أحمد بن حنبل ، وخالف محمد بن الحسن فى ذلك ، وقال : إن الأرض الموات التى لا ينتفع بها الناس تملك بالإحياء وإن كانت قريبة من العمران ، وهو ظاهر الرواية فى مذهب الحنفية ، ووافقه الشافعى فى ذلك ، وعلى هذا تكون الأرض المجاورة للبدن التى لا ينتفع بها الناس بالفعل مواتاً على هذا رأى ، فالمعتبر هو الانتفاع بالفعل وعدمه ، ولا تكون مواتاً على رأى الأول ؛ لأن أصحابه نظروا إلى أن الأرض القريبة من العمران هى حق للناس كلهم ، وهى صالحة لانتفاعهم بها فى وقت من الأوقات فالمعتبر عندهم هو مظنة الانتفاع ، ويتحقق ذلك بالقرب (٢) ثم إن أصحاب هذا رأى اختلفوا فى تحديد البعد .

(١) المراد بغير المملوكة : الأرض التى لم تدخل فى ملك أحد فى الإسلام ولو كان ذمياً .
(٢) انظر أحكام المعاملات للأستاذ على الحفيف .

فمنهم من حدده بمقدار معين ، ومنهم من فوضه إلى العرف وهو أوجه ،
لأن التحديد تقدير ، وهو لا يعرف إلا بالنص ، فإذا لم يوجد يترك للعرف .
وبعد هذا تعرف الأرض الموات التي تملك بالإحياء . بأنها الأرض غير
المنتفع بها بوجه من وجوه الانتفاع الخارجة عن العمران البعيدة عنه وليست
مملوكة لأحد .

بم يكون الإحياء ؟

والإحياء يكون بجعلها صالحة للانتفاع بها بأزالة السبب المانع من الانتفاع ،
فإذا كان سبب مواتها انقطاع مائها يسكون إحيائها بجر الماء إليها كحفر ترعة
توصل إليها الماء ، أو حفر بئر فيها ، وإذا كان السبب غمر الماء لها يكون إحيائها
بتجفيف الماء وبناء السدود حولها حتى لا يطغى عليها الماء مرة أخرى ، وإذا
كان فساد تربتها يكون الإحياء بجر ثراها وريها وإصلاح هذه التربة الفاسدة .

وإذا كانت الأرض تراد للبناء يكون إحيائها ببناء سور عليها ، وتقسيمها
لتكون معدة للبناء عليها ، وهكذا في كل نوع بما يناسبه .
وروى عن الإمام أحمد أن الإحياء يكون بما تعارفه الناس لإحياء ،
ولا يشترط في تحقيقه نوع خاص من الإصلاح .

وهذه الرواية هي الأقرب إلى قواعد الشريعة ، لأن الرسول صلى الله عليه
وسلم علق الملك على الأحياء ، ولم يحدده بفعل من الأفعال ومادام العرف هو
صاحب السلطان في هذا نحتكم إليه ، ولا شك أن العرف في مثل ذلك يختلف
باختلاف الأرمنة والأمكنة ، ، فقد يعد الفعل إحياء في زمن ، أو في مكان
بينما لا يعد إحياء في غيره .

وقد اتفق الفقهاء على أن الإحياء لا بد وأن يكون بفعل يجعلها منتفعا بها ،

قلو فعل المستولى عليها فعلاً لا يجعلها منتفعاً بها ، كأن سورها بوضع الأحجار حولها ، أو وضع علامات تثبت سبق يده إليها ، أو قطع ما بها من حشائش ، أو تنقية ما بها من أشواك ، ثم تركها على ذلك لا يكون فعله إحياء ، بل يسمى في عرف الفقهاء بالتحجير وسمى بذلك إما لأنهم كانوا يضعون الأحجار حولها ، وإما لأنه بفعله هذا قد حجر على غيره إصلاحها .

أمر هذا التحجير : ولا يثبت بهذا التحجير ملك ، بل يجعل صاحبه أولى بإحيائها من غيره ، وينتظر عليه مدة ثلاث سنين ، فإن أحيائها فيها ملكها ، وإلا أخذت منه وأعطيت لغيره ، لأنه يتبين في هذه الحالة أنه عاجز عن إحيائها ، أو متعنت في فعله ، ومثل هذا يكون تضييعاً للمصالح على نفسه وعلى غيره .

وأما تحديد مدة الانتظار بثلاث سنين فبقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « ليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين » ، قال هذا قضاء في خصومة (١) رفعت إليه ، هذا ما اتفق عليه الفقهاء في هذا الموضع ، وهو أنه يمهل مدة ثلاث سنوات ، ثم تؤخذ منه جبراً عنه إذا لم يقيم بإحيائها ، ولكنهم اختلفوا في مدى الحق الثابت في هذه المدة ، أيكون مانعاً للغير مطلقاً بحيث لو أحيائها غيره في خلال المدة لا يملكها بهذا الإحياء ، أم لا يكون مانعاً للغير ، بل يكون هو صاحب الأولوية في الإحياء فقط ؟ ، رأيان ولكل وجهة .

(١) جاء في نصب الراية ص ٢٩ ج ٤ : أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جهينة أرضاً فعطلوها وتركوها فأخذها قوم آخرون فأحيوها ؛ فخاصم فيها الأولون إلى عمر بن الخطاب فقال : لو كانت قطعية متى أو من أبي بكر لم أرددها ولكنها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : « من كانت له أرض فعطلها ثلاث سنين لا يعمرها غيره فهو أحق بها » :

والرواية الأخرى رواها أبو يوسف في كتاب الخراج بلفظ « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين » .

وبعد ذلك : هل يكون الإحياء وحده سبباً للملك ولولم يأذن الإمام ، أو
لا بد من الإذن مع الإحياء ؟

اختلف الفقهاء في ذلك ، فذهب أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد إلى
أن الأرض الموات من الأموال المباحة ، وهي لا تحتاج في تمليكها إلى إذن من
الإمام فكذلك الأرض الموات ، ولأن الحديث الذي بين الطريق التي تملك
بها لم يقيد ذلك بالإذن .

ولفظه كما جاء في صحيح البخاري عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
« من أضرأ أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » ، وفي رواية أخرى « من أضرأ
أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق » (١) ، وفي رواية ثالثة « الأرض
أرض الله ، والعباد عباد الله ، من أضرأ أرضاً مواتاً فهي له » .

فهذا الحديث برواياته المختلفة يدل على أن الإحياء وحده كاف في ثبوت
الملكية ، ولو كان إذن الإمام لا بد منه لجاء ذلك في رواية من الروايات .

وذهب أبو حنيفة إلى أن الملك لا يثبت بمجرد الإحياء ، بل لا بد من إذن
الإمام أو نائبه ، واستدل له بحديث : « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » ،
وأن الأرض وإن كانت مباحة إلا أنه قد يتزاحم الناس عليها فتقع الشحناء
بينهم ؛ فمنعاً لهذا يشترط إذن الإمام لأنه بماله من الولاية العامة يستطيع قطع
أسباب الخصام فلا يأذن إلا بما ليس فيه ضرر .

ونحن إذا ألقينا نظرة على ما استدل به لكل من الرأيين نجد الحديث الأول
« من أضرأ أرضاً مواتاً فهي له » صريح في ثبوت الملك بمجرد الإحياء ، فاشتراط

(١) سبب هذا الحديث أن رجلاً زرع نخلاً في أرض مملوكة لآخر فاغتصبها إلى
النبي صلى الله عليه وسلم فقضى لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن
يخرج نخلة منها ، ومعنى الحديث على هذا : ليس لجندور شجر ظالم حق البقاء في أرض اغتصبها

إذن الإمام محتاج إلى نص يقيد هذا الحديث ليكون مساوياً له ، وحديث «ليس للبر إلا ما طابت به نفس إمامه » لا يساويه لأنه ضعيف (١) ، فيبقى الحديث الأول سالماً عن المعارض .

وقولهم في الاستدلال للأمام : إنه قد يتزاحم الناس عليها فتقع الشبهة بينهم فنحتاج إلى إذن الإمام لفض هذا النزاع . قولهم هذا لا يصلح أن يكون دليلاً لاشتراط الإذن في كل صرة ، بل يكون اشتراطه عند مظنة التنازع أو وقوعه بالفعل ، وهذا ما صرح به أبو يوسف : أما أنا فأرى إذا لم يكن ضرر على أحد ، ولا لأحد فيه خصومة أن إذن رسول الله صلى الله عليه وسلم جائز إلى يوم القيامة ، فإذا جاء الضرر فهو على الحديث « ليس لعرق ظالم حق » . وبهذا ينتهي الخلاف إلى ترجيح القول بعدم الاشتراط إلا في صورة الضرر أو الخصومة .

ومما ينبغي التنبيه عليه أنه لا يوجد في مصر الآن أرض موات بالمعنى الذى عنه الفقهاء ، لأن أراضيها غير المملوكة للأفراد أو الشركات والموقوفة مملوكة للدولة ، ولها وحدها حق تملكها لمن تشاء بعوض أو بغير عوض (٢) .

٢ - الاستنباط على الركن « الماعن والكنوز »

ألفاظ ثلاثة تذكر في هذا الموضع ركن ، ومعادن ، وكنوز ، تكلم الفقهاء عن أحكامها ، واختلفوا فيها تبعاً لاختلافهم في معانيها ، ولنبدأ ببيان

-
- (١) صرح بذلك صاحب نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية .
 - (٢) فالمادة ٨٧٤ من القانون الجديد تصرح :
بأن الأراضي غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكاً للدولة .
وأنه : لا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح .

معانيها اللغوية أولاً ثم تتبع ذلك ببيان معانيها عند الفقهاء ومنتشأ اختلافهم .
الركاز في اللغة (١) جمع ركزة ، وهو ما ركز في باطن الأرض سواء كان
بخلق الله كالفلزات من الذهب والفضة والحديد والنحاس ، وغيرها التي تعتبر
جزءاً من الأرض ، أو كان يصنع الناس ، وهي الأشياء التي يدفنها الناس فيها
وليست جزءاً منها .

والنوع الأول يسمى معادن مجازاً تسمية للشئ باسم محله ، لأن المعدن
في اللغة (٢) منبت الجواهر من ذهب ونحوه لإقامة أهله فيه دائماً ، أو لإنبات
الله عز وجل إياه فيه ، والثاني يسمى كنزاً . فالركاز شامل للمعادن والكنوز .

هذا هو المعنى اللغوي ، ولكن الفقهاء اختلفوا - فمنهم من سار على وفق
اللغة وجعل الركاز شاملاً للنوعين ، ومنهم من خصص الركاز بالكنز المدفون
في الجاهلية فقط ، فالمعادن المخلوقة في الأرض لا تسمى ركازاً على هذا الرأي ،
وكذلك الكنز المدفون بعد ظهور الإسلام .

فالحنفية يذهبون إلى الرأي الأول ، ومعهم بعض فقهاء العراق (٣) وذهب

(١) جاء في القاموس في مادة ركز . الركزة ثبات العقل ، وواحدة الركاز ، وهو
ما ركزه الله تعالى في المعادن . أي أحدثه كالركيزة ، ودفن أهل الجاهلية ، وقطع
الذهب والفضة من المعدن .

وفي أساس البلاغة . والركاز المعدن والكنز ومثله في مختار الصحاح .
وفي القاموس في مادة كنز . الكنز المال المدفون ، وقد كنزه يكنزه ، والذهب
والفضة وما يحرز به من المال ، ومثله في المختار .

(٢) في القاموس : والمعدن منبت الجواهر من ذهب ونحوه لإقامة أهله فيه دائماً ،
لإنبات الله عز وجل إياه فيه .

(٣) راجع البدائع ج ٢ ص ٦٥ والبحر الرائق ج ٢ ص ٢٥١ .

آخرون . منهم الإمام مالك والشافعي (١) إلى أن الركاز هو دفن الجاهلية ، أى ما دفنه أهل الجاهلية فقط ، وأما المعدن فلا يسمى ركازاً فى اصطلاحهم .
ويظهر أثر هذا الاختلاف فى الاختلاف فيما يجب فيه الخمس للدولة بما يوجد فى بطن الأرض ، فمن قصر الركاز على ما دفنه أهل الجاهلية لم يوجب الخمس إلا فيه ، ومن جعله شاملاً للنوعين أوجب الخمس فيهما .

وأيا ما كان هذا الاختلاف فنحن نبين المراد بلفظي المعدن والكنوز وآراء الفقهاء فى كونهما من الأموال المباحة ، ولما يؤول الملك فيهما .

أما المعدن : وهى المخلوقة فى الأرض يوم خلقت سواء كانت صلبة كالحديد والرصاص والذهب والفضة والماس والياقوت والفيح الحجرى وغيرها ، أو سائلة كالزئبق والنفط وسائر الزيوت المعدنية ، فاختلف الفقهاء فيها فى موضعين :

الأول : هل تعتبر من الأموال المباحة التى تملك بالاستيلاء عليها أولا ؟

الثانى : هل يجب فيها حق للدولة إذا وجدها شخص فى أرض ليست مملوكة . وما هو هذا الحق ؟ .

أما الموضع الأول : فالفقهاء فيه آراء متشعبة تقتصر منها على رأيين فقط ، فالمالكية فى أشهر أقوالهم يرون أن المعدن كلها لا تملك بالاستيلاء عليها كما لا تملك تبعاً للملكية الأرض ، ذلك لأن الأرض فى أول أمرها بعد الفتح الإسلامى ملكت للمسلمين باعتبارها مغنومة لهم ، ولما وزعها الإمام على الغنائمين ملكوها ظاهراً فقط ، لأن الأرض إنما تقصد للانتفاع بظاهرها

(١) راجع الموطأ بشرح الباجى ج ٢ ص ١٠٤ ، وشرح الرسالة للنفراوى

ج ٢ ص ٤٧ .

بالزراعة أو البناء ، ولا تقصد لما فيها من المعادن ، وحينئذ بقي ما كان في باطنها من جميع المعادن على ملك المسلمين عامة ، وهذا النوع مفوض للإمام ، ولى الأمر ، يتصرف فيه حسبما تقضى به مصلحة الدولة ، فله أن يستغلها بعماله لصالح الدولة ، وله أن يقطعها للأفراد ، أو للشركات نظير مال أو مجانا إن كانت المصلحة في ذلك ، وهذا الإقطاع ليس على سبيل التملك ، وإنما على سبيل الانتفاع مدة معينة ، أو طول الحياة ، ولهذا لا تورث ، وهذا الحكم عام فيما كان منها في أرض مملوكة أو غير مملوكة .

وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في إحدى الروايتين عنهم إلى أن هذه المعادن بجميع أنواعها إن وجدت في أرض مملوكة لشخص أو للحكومة فهي للمالك ، لأنها تابعة للأرض لجزئيتها ، والأرض إذا ملكت ملكت بجميع أجزائها . وإن كانت في أرض غير مملوكة فهي للواجد ، لأنها مباحة تبعاً للأرض ، وإن كانت في أرض موقوفة كانت تبعاً للوقف ، فتكون موقوفة كذلك فتصرف في مصالح الوقف لا للمستحقين لأنها ليست من غلات الأرض

فيستخلص من هذا أن الفقهاء متفقون على أن المعادن جزء من الأرض لكنهم يختلفون في مساواة هذا الجزء لأجزائها الأخرى ، بحيث يأخذ أحكامها فالمالكية يرون أنه جزء منفرد عن أجزائها الأخرى ، فلا يتبع الأرض في ملكيتها ولا بإباحتها ، فالأرض تملك بغيره ، وإذا كانت مباحة لم يكن ما فيها من معادن مباحاً ، وعلى هذا لا يكون الاستيلاء على المعادن سبباً من أسباب الملكية .

والجمهور ينظرون إليه على أنه جزء كبقية الأجزاء فيأخذ حكمها ملكاً وإباحة ، وعلى ذلك يكون الاستيلاء على المعادن سبباً من أسباب الملك التام إذا كانت في أرض غير مملوكة .

أما الموضع الثاني : وهو الحق الذي يجب فيها ، والكلام في هذا مع القائلين بأنها تملك بالاستيلاء .

والخلاف في هذا الموضوع في وجوب الخمس للدولة على من يؤول الملك إليه أو عدم وجوبه ، فغير الخنفية يرون أنه لا يجب فيها الخمس ، بل يجب فيها الزكاة فقط (١) .

وإنما لم يوجبوا الخمس ، لأن الحديث أوجب الخمس للدولة في الركاك دون المعدن والواجبات الشرعية لا تثبت بدون دليل ، بل إن الدليل ينأى بأنه لا يجب فيها الخمس ؛ والحديث هو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « العجاء جبار والمعدن جبار والبئر جبار وفي الركاك الخمس » (٢) .

ومعنى جبار عندهم ، لأشياء فيه ، ثم إنهم أوجبوا فيها الزكاة بعموم أدلة الزكاة

(١) وهذا قدر متفق عليه بينهم وقد اختلفوا فيما يجب فيه منها ، فمنهم من قصره على الذهب والفضة ، لأن الزكاة شرعت فيهما دون بقية المأادن وهم الشافعية ، ومنهم من أوجبها في جميع المأادن كالحنابلة ، ولهم خلافا فرعية كاشتراط كون المستخرج بلغ نصاب الزكاة وعدمه ، وكاشتراط حولان الحول على ذلك المستخرج في ملك ماله وعدم اشتراطه .

(٢) هذا الحديث رواه الجماعة عن أبي هريرة كما في المنتقى يشرح نيل الأوطار ج ٤ ص ١٢٥ ، ورواه أبو يوسف في كتاب الآثار ص ٨٩ مرسل بلفظ عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : العجاء جبار ، والقليب جبار ، والمعدن جبار .

وفسر محمد بن الحسن هذا الحديث في كتابه الآثار فقال : « والجبار الهدر إذا سار الرجل على الدابة فقتلت رجلا أو جرحته فذلك هدر ، والعجاء : الدابة المنفلتة ليس لها سائق ولا راكب تطأ رجلا فتقتله فذلك هدر ، والمعدن والقليب : الرجل يستأجر الرجل يحفر بئرا أو معدنا فيسقط ويموت فذلك هدر .

وفي كتاب الخراج ص ٢٢ قال أبو يوسف : وحدثني عبد الله بن سعيد بن أبي سعيد المقبري =

والخنفية أوجبوا في المعادن الخمس بالحديث السابق ، لأن الركاى عندهم يشمل المعادن والكنوز كما هو مقتضى اللغة ، ثم قالوا : إن معنى جبار هدر لادية فيه ، وكان مقتضى ذلك أن يكون الخمس واجبا عندهم فى كل معدن إلا أنهم قصروا إيجابه على نوع منها بعد أن قسموها إلى ثلاثة أنواع :

١ - معادن صلبة تتمدد بالحرارة قابلة للطرق والسحب تصنع منها الصفائح والأسلاك كالحديد والنحاس والقصدير والذهب والفضة وما شابهها .

٢ - مادة صلبة لا تقبل ذلك . كالماس والياقوت والفيروزج والفحم الحجرى وما شابهها .

٣ - معادن سائلة . كالزئبق والنفط « الهترول » وجميع الزيوت المعدنية ، ثم أوجبوا الخمس فى النوع الأول دون الآخرين ، ووجههم فى ذلك أن هذه الأنواع وإن كانت معتبرة كأجزاء الأرض إلا أنها تختلف فى هذا المعنى ، فالمعادن الصلبة التى لا تقبل الطرق والسحب ما هى إلا أحجار من جنس الأرض فأشبهت الحجر والطين والتراب ، والمعادن السائلة تشبه الماء ، والحجر والطين والتراب والماء لا يجب فيها شىء ، فكذلك ما يشبهها .

وأما النوع الأول فلا يشبه شيئاً من أجزاء الأرض فيبقى هو المراد بالركاز فى الحديث (١) . لأن كلمة الركاز ملاحظ فى معناها الركاى والدفن . والذى يعتبر

عن جده قال : كان أهل الجاهلية إذا عطب الرجل فى قلب جعلوا القلب عقلة ، وإذا قتله دابة جعلوها عقلة ، وإذا قتله معدن جعلوه عقلة ، فسأل سائل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : العجاء جبار ، والمعدن جبار ، والبئر جبار ، وفى الركاز الخمس ، فقيل له : ما الركاز يا رسول الله ؟ فقال : الذهب والفضة الذى خلقه الله فى الأرض يوم خلقت .

(١) وفى هذا يقول أبو يوسف فى كتاب الخرج « إنما الخمس فى الذهب الخالص والفضة الخالصة والحديد والنحاس والرصاص ، وبعد أن بين أنه لا يجب الخمس إلا بعد تصفيته قال : وما استخرج من المعادن سوى ذلك من الحجارة مثل الياقوت والفيروزج والكحل والكبريت والمغرة فلا خمس فى شىء من ذلك ، إنما ذلك كله بمنزلة الطين والتراب . وراجع أيضاً المبسوط ج ٢ ص ٢١٣ .

دقيقاً مركزاً هو ما لم يكن من جنسها .

والخمس الذى يؤخذ يكون لبيت المال « الخزانة العامة » ليصرف فى المصالح العامة ، وباقية وهو أربعة أخماسه يكون للواجد إن وجد فى أرض غير مملوكة ؛ ولمالك الأرض إن كان فى أرض مملوكة ، وأما النوعان الآخران من المعادن فلمالك الأرض أو للواجد .

هذا حكم معادن الأرض ، وأما معادن البحار ولآلئها كالعنبر (١) والمرجان واللؤلؤ . فذهب مالك والشافعى وأبو حنيفة (٢) ومحمد بن الحسن وأحمد بن حنبل فى أظهر الروايات عنه إلى أنه لا يجب فيها شيء . وهى ملك لواجدها . وأبو يوسف يوجب الخمس فى الحلية والعنبر لورود الأثر بذلك .

الكنز : وأما الكنز ، فهو ما دفنه بنو آدم سواء أكان فى الجاهلية أم فى الإسلام « باتفاق الفقهاء » وهو نوعان إسلامى وجاهلى

فائدة مسلمى : ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام ، مثل كنية الشهادة ، أو المصحف ، أو آية قرآنية أو اسم خليفة أو ملك مسلم ، أو غير ذلك من علامات الإسلام ، أو دل الدليل على ذلك (٣) .

(١) العنبر هو حشيش البحر ، واللؤلؤ شيء يخلق فى الصدف والصدف حيوان ، والمرجان فسرّه الواحدى بعظام اللؤلؤ ، وأبو الهيثم يصغارها ، وآخرون بخرز أحمر وهو قول ابن مسعود وهو المشهور فى عرف الناس ، وقال الطرطوشى : هو عروق حجر تطلع من البحر كأصابع الكف . هاشم المختار عن تاج العروس .

(٢) راجع البدائع ج ٢ ، ص ٢٥٣ ، والمغنى لابن قدامة ص ٣٧ ج ٣ ، وشرح رسالة ابن أبى زيد ص ٤٧ ج ٢ .

(٣) وإذا وجد عليه علامة ذمى يأخذ حكم الإسلامى فيكون بمثابة اللقطة . راجع رسالة ابن أبى زيد ص ٤٧ ج ٢ . وفيها يقول : لأنه محترم بحرمة الإسلام لدخوله تحت حكم المسلمين .

والجاهلي : هو ما وجد عليه كتابة أو علامة تدل على أنه دفن قبل الإسلام كأن وجد عليه صورة صنم أو وثن ، أو اسم ملك من ملوكهم ، أو غير ذلك من علاماتهم ، أو علم بالدليل أنه كذلك .

والمشتبه فيه : وهو ما لم يتبين بالدليل أنه إسلامي أو جاهلي ، اختلف فيه فقهاء الحنفية ، فالمتقدمون منهم قالوا : إنه جاهلي ؛ والمتأخرون قالوا : إنه إسلامي لتقدم العهد بالإسلام فيغلب على الظن أنه دفن بعد الإسلام .

وإن وجد كنز مختلط بعض أجزائه عليه علامات الإسلام ، والبعض الآخر عليه علامات الجاهلية فهو إسلامي ، لأن الظاهر أنه ملك مسلم ، ولم يعلم زوال ملكه (١) :

هذا هو الحد الفاصل بين الكنز الجاهلي والإسلامي ، ولكل منهما أحكام خاصة أما الإسلامى : فهو لا يزال على ملك صاحبه ، وليس مالا مباحاً ، فلا يخمس بل يأخذ حكم اللقطة « وهى المال الضائع الذى يجده شخص غير مالكه ، فيجب تعريفه المدة المقررة (٢) فى الإسلام ، فإن وجد صاحبه ، أو ورثته سلم إليهم ، وإلا تصدق به واجده على الفقراء ، ويحل له أن ينتفع به إن كان فقيراً ، وهذا رأى الحنفية .

ومن الفقهاء من يرى أنه إذا عرفه واجده المدة المقررة ولم يعثر على صاحبه جاز له أن يتملكه وينتفع به ، مع هذا قالوا : إن صاحبه إن ظهر بعد ذلك وجب رده إليه إن كان موجوداً ، أو قيمته إن لم يكن موجوداً .

(١) نص عليه الإمام أحمد كما فى المغنى ص ١٨ > ٣ .

(٢) هذه المدة تختلف باختلاف المال ، فإن كان يسيراً عرفها ثلاثة أيام ، وإن كان له قيمة كبيرة عرفها سنة ، وقيل غير ذلك ؛ والتعريف يكون فى المكان الذى وجدها فيه ، أو فى الأماكن العامة كأبواب المساجد ، والمدارس وغيرها .

وأما الجاهلي : فقد اتفق الأئمة على أن خمسة لبيب المال على اختلافهم في بعض التفصيلات .

وأما باقيه وهو الأربعة الأخماس ، فآراء الأئمة مختلفة فيه .
ف قيل : إنها تكون للواجد سواء كانت الأرض مملوكة أولا ، لأنه هو الذي أوجده وأظهره .

وقيل : إنها للواجد بشرط أن يكون في أرض غير مملوكة أو في أرض ملكها هو بالإحياء ، فإن كان في أرض مملوكة لغيره فلا شيء للواجد بل ولا للمالك الحالي ، وإنما تكون لأول مالك لها في الإسلام أو ورثته إن عرفوا ، وإلا فلبيت المال ، وذلك لأن المالك الأول ملك الأرض وما فيها بالحيازة . ولما باعها ملك المشتري ظاهرها فقط ، ولم يقصد تملكه ما فيها من كنوز ، فبقى الكنز على ملكه ، كمن اصطاد سمكة وفي جوفها لؤلؤة فإنه يملكها وما في جوفها بخلاف ما إذا اشتراها فإنه لا يملك اللؤلؤ . بل تكون لصائدها (١) .

هذا والقانون المدني اعتبر الكنز (٢) مطلقا قديما كان أو حديثا ملكا للمالك العقار الذي وجد فيه الكنز لافرق بين أن يكون المالك شخصا أو شركة أو حكومة وليس لواجد شيء ، وهذا إذا لم يعلم له صاحب ، فإذا علم صاحبه وجب تسليمه إليه ، وإذا كان في عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته ، كما نص على أن الحق في الصيد برياً أو بحرياً واللقطة ، والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة .

٣- الصيد : مصدر صاد . يقال صاد الرجل الحيوان يصيده صيدا إذا

(١) راجع المبسوط ج ٢ ص ٢١٤ .

(٢) جاء ذلك في المادة - ٨٧٢ - ونصها : ١ - الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون للمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو للمالك رقبته . ٢ - والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته . ٣ - الحق في صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة .

اقتنصه وأخذه بحيلة ، ويطلق على ما يصاد ، ويجمع على صيود ، والمصيدة
والمصيد آلة الصيد جمعها مصايد .
فالمصيد يطلق بإطلاقين :

المرئول : على الحيوان أو الطير الممنوع على الإنسان الذي لا يمكن أخذه
إلا بحيلة ، وامتناعه إما لطيرانه في الهواء ، أو لسبحه في الماء ، أو فراره في
الفلاة ، أو اختفائه في الغابات ، أو تأبده ، أى توحشه ، فما دام بهذه الحالة
يسمى صيداً سواء كان مأكول اللحم أو لا ، فإذا خرج عن الامتناع بوقوعه في
المصيدة لا يسمى صيداً ، كما لا تسمى الحيوانات والطيور المستأنسة صيداً .

والثاني : أخذ ذلك الحيوان وقنصه بحيلة .

هذا الحيوان المسمى صيداً مال مباح يملك بالاستيلاء عليه إلا صيد الحرم ،
فإنه لا يملك بالاستيلاء عليه ، بل لا يحل الإقدام على اصطياده (١) .

وهذا الفعل وهو الاصطياد مباح شرعاً في غير الحرم لغير الحرم ، أما المحرم
فلا يحل له هذا الفعل .

وقد ورد في القرآن (٢) آيات تحل الصيد وتمنع المحرم منه ، وتمنع صيد الحرم

(١) الحرم دائرة محدودة من الأرض تحيط بالكعبة إذا دخلها الصيد كان آمناً .
لا يحل اصطياده لا من المحرم ولا من الحلال ، فلو فعل أحدهما ذلك وجب عليه
إرساله ، لأنه غير مباح فلا يملك بالاستيلاء عليه ، بل يجب الجزاء على المحرم .
(٢) قال تعالى في سورة المائدة : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم
بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد » ، وفيها
« وإذا حللت فاصطادوا » ، وفيها : « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة
وحرم عليكم صيد البر ما دمه حرمًا واتقوا الله الذي إليه تحشرون » .

والصيد يكون سبياً في تملك الصيد . كما يكون سبياً في حل أكله إذا كان من الحيوانات التي تؤكل متى توفرت شروط حله ، كتسمية الله عند إرسال آله الصيد كلباً أو صقراً أو سلاحاً ، وأن يكون الحيوان الذى يرسله للصيد معلماً الخ الشروط .

ثم إن الصيد يفيد الملك إذا تحقق به الاستيلاء على الصيد، وحينئذ لا يجوز لغير الصائد أن يأخذه ، فإن أخذه أجبر على رده للمالك وهو من صاده ، غير أن الاستيلاء نوعان حقيقى وحكمى :

فالْحَقِيقَى : يكون بإمساك الصيد باليد ، أو بالاقتراب (١) منه وهو في مصيدته التى نصبها الصائد بحيث لو مد يده إليه لأمسكه ، وهذا النوع من الاستيلاء يفيد ملكاً مستقراً ، ولا يحتاج إلى قصد ، فلو مد يده ليتناول شيئاً فأمسك صيداً ملكه ، فإذا اتلفت الصيد بعد ذلك من صائده لا يخرج عن ملكه . فلو صاده غيره لا يملكه ، لأنه بعد الاستيلاء الأول صار مالا مملوكاً غير مباح للناس ، وحينئذ يجب رده إلى مالكه الأول إن كان به علامة تدل على ذلك ، فإن لم يكن به علامة كان فى حكم اللقطة ، فيجب تعريفه على التفصيل السابق .

والإمام مالك رضى الله عنه يشترط فى عدم زوال ملك الأول استئناس الصيد عند صائده الأول ، فإن لم يستأنس عنده وفر زال ملكه (٢) .

(١) فى الفتاوى الهندية نقلاً عن الظهيرية . ولو أن صيداً باض بأرض رجل : أو تسكن فيها . وجاء آخر وأخذه فهو له . هذا إذا كان صاحب الأرض بعيداً عن الصيد بحيث لا يقدر على أخذه لو مد يده : أما إذا كان قريباً بحيث لو مد يده أخذه . فهو لصاحب الأرض وفيها إذا حفر بئراً ولم يقصد الاصطياد فوقع الصيد فيها فجاء آخر وأخذه . ان دنا صاحب البئر من الصيد بحيث لو مد يده لأمسكه لا يملكه الثانى وإلا فهو لمن أخذه .

(٢) وهذا أخذ القانون المدنى الجديد فى المادة ٢/٧٨١ .

- والاستيلاء الحكمي : يكون باستعمال وسيلة لإخراج الصيد عن امتناعه وتثبيتته لأن توضع اليد عليه بالفعل أو بالقوة. مثل ما إذا ضربه بسلاح أحدث به جرحاً يمنعه من الفرار ، أو وضع شبكة فتعلق بها صيد ، أو حفر بئراً وقع فيها غزال لا يستطيع الخروج منه .

وهذا النوع من الاستيلاء يفيد الملك لكنه غير مستقر ، فلو انفلت الصيد من الشبكة أو المصيدة قبل أن يحىء صاحبها رجع إلى حالته الأولى، وكان مباحاً فلو صاده شخص بعد ذلك ملكه ، أما إذا جاء صاحبها وأخذه بيده ، أو كان قريباً منه بحيث لو مد يده إليه أخذه ، ثم فر بعد ذلك لا يخرج عن ملك الأول لأنه استولى عليه استيلاء حقيقياً ، وهو يفيد ملكاً مستقراً .

وإفادته الملك مقيد بشرطين - ١ - أن يقصد بهذا العمل الصيد - ٢ - أن يكون عمله معجزاً للصيد عن الفرار ، أو لا يحتاج في أخذه إلى استعمال وسيلة أخرى .

فلو أعد شخص بركة لصيد السمك ، وكان فيها ماء كثير لا يمكن أخذ السمك منها إلا بجحيلة كان السمك غير مملوك لصاحبها ، وكذلك لو سد مجرى الماء ليصطاد سمكه ، وكان الماء كثيراً ، أو كان المجرى واسعاً لا يكون مالكا لهذا السمك ، فلو صاده غيره ملكه ، أما إذا كان الماء قليلاً بحيث يستطيع أخذ السمك باليد فلا يجوز لغيره أخذه .

هذا هو الأساس الذي يتفرع عليه مسائل الصيد ، وعليه يمكن تخريج أحكام الصور المختلفة

وإذا أرسل الشخص الصيد بعد استيلائه عليه باختياره ، فهل يخرج عن ملكه أو لا ؟ للفقهاء في هذه المسألة رأيان .

أمرهما : أنه لا يخرج عن ملكه ، لأن الملك بعد ثبوته لا يزول إلا بسبب ناقل للملكية ، وليس الترك منها ، ولأنه يكون سائبة وقد أبطلها القرآن ، وعلى من أخذه أن يردده للمالك الأول عند طلبه ، ومع ذلك يحل له أن ينتفع به إلى أن يطلبه منه .

وتمثيلهما : أنه يزول ملكه ، ويرجع إلى حالته الأولى قبل الصيد لأن قرب عهده بالإباحة سوغ ذلك ، وقد لا يكون في هذا الصيد فائدة للمستولى عليه الأول بينما يكون غيره في أشد الحاجة إليه .

والقانون المدني في مادته (١) - ٨٧١ - يسير مع الرأي الثاني مع شيء من التفصيل .

وهناك أشياء أخرى مباحة مثل السكلا ، وهو حشائش تنبت من غير إثبات لرعاها الابل وغيرها ، وأحطاب الجبال ، وفواكهها غير المملوكة ، وأحجارها والغابات ، وهي الأشجار المسماة عند الفقهاء بالآجام ، وهي الشجر الملتف إذا نبتت في أرض غير مملوكة فإنها تكون مباحة .

فالفرق بين السكلا والآجام أن السكلا هو ما ينبت من الحشائش والأعشاب بغير زرع أحد ، وهي في العادة لا تقصد ، وأن الآجام هي الشجر الملتف ،

(١) ونص هذه المادة :

- ١ - يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته :
- ٢ - وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة . وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يقدمه المالك فوراً أو إذا كف عن تتبعه وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له

أو الغابات ، وهذه قد تنبت وحدها ، وقد تزرع فهي تقصد عادة ، بخلاف الكلاً فإنه لا يقصد .

وعلى هذا قالوا : إن الكلاً لا يملك وإن نبت في أرض مملوكة ، بل هو مباح لحديث : « الناس شركاء في ثلاثة . الماء والكلاً والنار » ، وهو مباح بالاتفاق إذا لم يقم صاحب الأرض بسقيه والقيام عليه .

وأما إذا سقاه في ظاهر الرواية عند الحنفية لا يكون مملوكاً لصاحب الأرض وحينئذ يباح لكل الناس أخذه ورعيه ، وليس له منعهم من ذلك ، فإن منعهم من دخول ملكه قيل له : إما أن تتيح لهم الدخول في ملكك ، أو تخرجه إليهم هذا إذا لم يجدوا غيره في أرض مباحة (١) قريبة من هذه الأرض ، فإن وجدوا غيره فلا يجبر على شيء من ذلك .

وفي رواية أخرى إنه يملك تبعاً للأرض ، وجاز له بيعه ومنع الناس منه لأنه يعتبر محرراً بإحراز الأرض ، والمالكية لهم تفصيل قريب من هذا .

أما الإجماع : فإذا كانت في أرض غير مملوكة فهي مال مباح لا تملك إلا بالإحراز ، وليس لأحد منع الناس منها ، وإن كانت في أرض مملوكة فهي ملك لصاحبها سواء قام بسقيها أو لا .

والسبب في هذه التفرقة ، أن الأرض لا تقصد عادة لاستنبات الكلاً كما لا تقصد لما فيها من الكلاً ، وأما الآجام فقد تقصد لأجلها الأرض ، وقد تشترى

(١) ولم يحدد الفقهاء حداً للقرب ولعلمهم تركوه لما يتعارفه الناس . وإن كان المقدسي يقول : ينبغى أن يحد بالميل كما في التيمم . راجع المجلة العدلية وشروحاتها .

لما فيها من أشجار ، أو لما عساه أن ينبت فيها منه ، وإذا كان الكلام لا يقصد
كان باقياً على أصل الإباحة ، أما الآجام فقد خرجت عن الإباحة بالملك .

وينبني على هذا أنه لو ملك شخص أرضاً مباحة وفيها كلام فإنه لا يملكه
بتملك الأرض ، وإنما يملكه باحتشاشه وحمله ، وأما إذا كان فيها أشجار فإنه
يملكها بما فيها ، وتخرج عن كونها مباحة .

وبعد هذا ينقسم الملك إلى ملك متميز ، وآخر غير متميز يعرف في عرف
الفقهاء بالشائع .

المتميز : هو الذي يكون الملك فيه متعلقاً بشيء معين غير مختلط بغيره .

والشائع : (١) هو الذي يكون متعلقاً بجزء معين من شيء معين كربع دار

ونصف حيوان

والمشاع نوعان . مشاع يحتمل القسمة ، وهو ما يمكن أن ينتفع به بعد
القسمة الانتفاع الذي كان مقصوداً منه قبل القسمة « عينه أو جنسه » .

ومشاع لا يقبل القسمة (٢) ، وهو ما لا يمكن أن ينتفع به الانتفاع الذي كان

(١) الشائع والمشاع بمعنى واحد ، والمال المشاع هو المشترك غير المقسوم فالمادة ١٣٨
من المجلة العدلية تنص على أن : « المشاع ما يحتوى على حصص شائعة » ، المادة ١٣٩ منها
تقول : « الحصة هي السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك » .

(٢) صاحب جامع الفصولين : فصل أحكام المال المشاع في بيعه وإجارته وإعارته
ورهنه وهبته وصدقته ووقفه ، راجع ج ١ من ٥٩ إلى س ٦٥ .

مقصوداً منه قبل القسمة ، سواء أ كان يمكن الانتفاع به بمنفعة أخرى من غير جنس الأولى أم لا .

فالأول كالحصة في أرض زراعية أو دار كبيرة ، والثاني كبيت صغير ، أو حمام أو ثوب أو دابة سواء كانت مما يؤكل لحنها أو لا .

وفي الملك الشائع يكون كل جزء من المال مهما كان صغيراً مشتركاً بين الملاك فكل واحد منهم يتعلق ملكه بهذا الجزء .

فإذا كانت دار مشتركة بين ثلاثة أشخاص على السواء ، وكان لكل واحد منهم تلك أى جزء منها خشباً كان أو حديداً أو حجراً غير متميز عن الآخر .

والفقهاء وضعوا للشيوخ أحكاماً . فجعلوا لكل واحد من الشركاء التصرف في المال المشترك بما لا يضر بالآخرين ، وعلى هذا جاءت المادة ١٢ - من مرشد الحيوان تقول : « إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته والتصرف فيها تصرفاً لا يضر بالشريك وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك » :

وإذا اتفق الشركاء على طريقة الانتفاع بالمال المشترك انتفعوا به على الوجه المتفق عليه ، وإن لم يتفقوا وطلب واحد منهم أو أكثر قسمته قسم بينهم متى كان محتملاً للقسمة ، ويجبر الآبى عليها . إذا كان المشترك متحداً الجنس مما لا تتفاوت أحاده تفاوتاً ، فاحشاً ، سواء أ كان من المثليات كالحبوب والزيوت أم من القيميات كالغنم والأفراس والأرض الزراعية والدور الكبيرة ،

فإذا اختلفت الأجناس وكانت القسمة تعطى كل شريك جنساً بتمامه كما في الدور المختلفة الموقع والصنع والبناء ، والياب المختلفة الأنواع فلا يجبر الآبى عليها (١)

(١) رد المحتار ج ٥ ص ١٦٦ وما بعدها ، المجلة العدلية وشرحها للاتاسي .

وفي حالة عدم القسمة لعدم إمكانها أو عدم الجبر عليها يحكم بالانتفاع بالمال المشترك بطريق المهايأة الزمنية أو المسكانية ،

وإذا احتاج المال المشترك إلى إصلاح فإصلاحه على الشركاء بقدر أنصبتهم فإذا امتنع بعضهم عن إصلاحه كان على الآخرين رفع الأمر للقضاء ليأمر الممتنع بدفع ما عليه ، فإذا قام أحدهم بالإصلاح بدون أمر الآخرين أو إذن القاضي كان متبرعاً فلا يرجع عليهم بشيء (١) :

تذبيته : إذا ثبت الملك بسبب من أسبابه لا ينتقل إلا برضا صاحبه بعقد من العقود الناقلة للملكية ، وهذه العقود أساسها الرضا لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، فالقاعدة العامة أنه لا يجبر شخص في حياته على نقل ملكه إلى غيره ولكن هناك حالات استثنيت من هذه القاعدة ، ينقل الملك فيها من غير رضا صاحبه لضرورة تدعو إلى ذلك ، وهذه الضرورة إما دفع ضرر خاص يلحق شخصاً آخر يفوق الضرر الذي يلحق صاحب الملك من جبره على نقل ملكه وإما دفع ضرر عام « بتحقيق مصلحة عامة » والواقع أن هذا الاستثناء صوري لأن ذلك الجبر وإن جاء مخالفاً لقاعدة نقل الملك إلا أنه ينطوي تحت قاعدة أخرى مقررة في الشريعة ، وهي إما ارتكاب أخف الضررين عند تعارضهما أو تقديم المصلحة العامة على الخاصة كذلك عند التعارض .

وإليك أمثلة لهذه الحالات الاستثنائية .

الحالة الأولى : إذا ما طل المدين عن دفع ما عليه من الديون ، فقد أجاز

(١) راجع فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٣ .

الصاحبان للقاضي أن ينوب عنه في بيع بعض ماله أو كله بمقدار الديون، وإن لم يرض بذلك لأن هذا ظلم، والظلم يجب رفعه، وخالف أبو حنيفة فلم يجوز هذا لأنه اعتبر ذلك نوعاً من الحجر والولاية عليه، وهو لا يجوز الحجر على المدين وإنما يجوز للقاضي حبسه تعزيراً له على هذا الظلم، ولا يخرج من الحبس إلا إذا أدى ما عليه بالطريق الذي يرضاه، أو ثبت عدم ملكيته لشيء يؤدي منه.

الحالة الثامنة: إذا امتنع المحتكر عن بيع الطعام والناس محتاجون إليه، ففي هذه الحالة يبيع القاضي ماله جبراً عنه دفعاً للضرر عن الناس، ويلحق بذلك التسعير، وهو الزام أصحاب السلع ببيعها بسعر معين يحدده ولي الأمر، فإنهم قد لا يرضون بهذا السعر، فيكون في ذلك اخراج للسلع من ملكهم بغير رضاهم.

الحالة التاسعة: نزع الملك لأجل المنفعة العامة، كتوسيع الطرق والجسور وشق الترعة وتوسيع المساجد إلى غير ذلك، فإذا احتيج إلى ملك شخص لمنفعة من هذه المنافع فإن رضى بذلك فيها، وإلا كان متعنتاً مؤثراً بمصلحته الخاصة على المصلحة العامة، ومثل هذا لا يلتفت إلى رضاه، بل يؤخذ جبراً عنه ويعطى قيمته التي يقوم بها الخبراء، وما دام سيعطى قيمته فما يفوته يسير، وهو الاحتفاظ بنفس العين، وفي استطاعته أن يشتري بدلها.

والدليل على ذلك فعل الصحابة رضوان الله عليهم. فلقد ضاق المسجد الحرام بمكة على الناس في زمن عمر بن الخطاب رضى الله عنه، وكانت دور الصحابة تحيط به من كل جانب عدا فتحات يدخل منها الناس إليه فاشترى عمر بعضها، وأبى عليه أصحاب البعض الآخر، فأخذها جبراً ووضع قيمتها بخزانة الكعبة ووسع المسجد وظلت القيمة بالخزانة إلى أن أخذها أصحابها (١).

(١) راجع حاشية ابن عابدين في كتاب الوقف عند الكلام على ضيق المسجد.

وروى أنه قال لأصحاب هذه الدور : « إنما نزلتم على الكعبة وهذا فناءؤها ولم تنزل الكعبة عليكم » .

وفي زمن عثمان ضاق المسجد الحرام مرة أخرى ، فلما أراد توسعته رضى البعض ، وأبى البعض ، فأخذها قهرأ فصيحوا به فاستدعاهم وقال : « إنما جرأكم على حلى ولم أفعل بكم غير ما فعله عمر ولم يصيح به أحد ، ثم أمر بحبسهم فحبسوا إلى أن شفع فيهم عبد الله بن خالد بن أسيد فعفا عنهم

فهذا العمل المتكرر في عهد خليفتين شاهده الصحابة ، ولم ينكره أحد منهم فكان كالإجماع على ذلك :

وإذا ثبت هذا في المسجد فيقاس عليه غيره من المنافع ، لأن المعنى الذى من أجله أبيع أخذ الملك جبرأ لأجل المسجد موجود فى غيره ، بل قد يكون أشد فى بعض الحالات .

الحالة الرابعة : الشفعة . وهى حق تملك المال المشفوع فيه من ماله الجديد ولو جبرأ بما قام عليه من الثمن والتسكليف .

فلو كان لشخصين دار مشتركة وباع أحد الشريكين نصيبه لأجنبي فإن للشريك الآخر أن يطالب بهذا الجزء ، ويأخذه بما دفعه المشتري سواء رضى بذلك أو لم يرض .

ففى هذه الحالة نجد المشتري الجديد ينزع ملكه جبرأ ويعطى للشريك المسمى بالشفيع ، وإنما شرع نزع الملك جبرأ فى هذه الحالة على خلاف القاعدة فيه لدفع الضرر الذى يلحق الشفيع من ذلك المالك الجديد ، فقد يرضى الشخص بشركة هذا دون ذاك لاختلاف الناس فى طبائعهم وأخلاقهم .

ثم إن جماهير الفقهاء لم يثبتوا هذا الحق إلا في العقار وما ألحق به كالعلو مع السفلى ، أو السفن على رأى البعض ، ولم يثبتوه في المنقول إلا إذا كان تابعا للعقار .

وذهب جماعة منهم إلى ثبوته في جميع الأموال لافرق بين عقار ومنقول إذا تحقق السبب الموجب له .

وقد اتفق الفقهاء على أن سبب الشفعة هو الاتصال بين ملك الشفيع والمال المشفوع فيه ، ولكنهم اختلفوا في تفسير هذا الاتصال حسبما صح عند كل فريق منهم من النصوص الشرعية ، فجمهور الفقهاء ضيقوا دائرته ، ففسروه بالشركة في نفس المبيع ، فلا شفعة إلا حيث يوجد الاشتراك في نفس العقار المبيع ، بينما توسع بعض الفقهاء في تفسيره ، فقالوا : إن الاتصال الموجب للشفعة لا يقتصر على الشركة في نفس المبيع ، بل يثبت أيضاً بالشركة في حق من حقوق الارتفاق ، بمعنى أنه إذا وجد عقاران يشتركان في شرب واحد ، أو طريق خاص يوصل إليهما وباع أحد المالكين عقاره لأجنبي كان لشريكة في الشرب أو الطريق الخاص حق أخذه بالشفعة ، كما أثبتوه أخيراً بالجوار الملاصق ، فإذا باع شخص عقاره الذى لا شركة فيه لأحد ، ولم يوجد من يشاركه في حق من حقوق الارتفاق كان حق الشفعة للجار الملاصق مهما كانت الملاصقة ولو بمقدار يسير .

وهذا الحق يثبت للشفيع سواء كان واحد أو أكثر رجلاً كان أو امرأة صغيراً كان أو كبيراً ، حاضراً أو غائباً مسلماً أو ذمياً ، لا يسقطه شيء إلا إعراض صاحبه عنه إعراضاً صريحاً أو ضمناً كما هو مفصل في كتب الفقه .

ثم بعد تحقق السبب الموجب له لا يثبت هذا الحق إلا إذا توفرت شروط اتفق الفقهاء على بعضها ، واختلفوا في بعضها الآخر ، فلا شفعة بمجرد وجود

الاتصال إلا إذا خرج المشفوع فيه خروجاً لازماً من ملك صاحبه بعوض ، وأن يكون العوض مالياً على رأى، وأن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت البيع ، ويستمر إلى أن يقضى له بها، وألا يرضى بهذا الخروج، وأن يطلب المشفوع فيه كله لا بعضه ، وأن يكون الطلب على كيفية خاصة يبينها الفقهاء كما بينوا حكم تصرفات المشتري في المشفوع قبل طلب الشفيع هذا الحق، وأثر زيادة المشفوع فيه أو نقصه في يد المالك الجديد ، وغير ذلك مما يتعلق بجميع التفصيلات .

وعما ثبتت هذا الحق ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أحاديث كثيرة .

منها ما رواه البخارى عن جابر بن عبد الله أنه قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مالم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ومنها ما رواه أصحاب السنن عن رسول الله أنه قال : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا » .

وجاء إجماع المسلمين في العصور الثلاثة الأولى من وراء هذه الأحاديث مؤيدا لها ، وإذا أردت معرفة تفصيل هذا الإجمال فارجع إلى كتب الفقه في المذاهب المختلفة ، وإلى كتابنا « نظام المعاملات في الفقه الإسلامى » .

وأنت إذا تأملت تلك الحالات وجدتها ماعدا الشفعة حالات غير عادية ، جاءت على خلاف الأصل في تعامل الناس رغم أنها لا تكون إلا في صور نادرة، ومن هنا لا تصلح مطعنا في أصل القاعدة مع أنها ترجع إلى قاعدة أخرى كما قلنا من قبل .

نظرية العقد

قواعد العامة ومصطلحاته

نظرية العقد متشعبة الأطراف ، وليس من غرضنا في هذا الكتاب الإحاطة بكل جوانبها ، وتفصيل جميع جزئياتها وإنما يكفينا منها الإجمال غير المخل الذي يجعلنا نقتصر على البحوث الآتية :

- ١ - التعريف بالعقد مع بيان الفرق بينه وبين التصرف والالتزام .
- ٢ - تكوين العقد ، ويتناول أركانه ، وشروط انعقاده وصيغته ، والإرادة الظاهرة والباطنة وأثر تخالفهما واقتران الصيغة بالشرط وأثر ذلك في العقد .
- ٣ - محل العقد .
- ٤ - العاقد . أهليته وعوارضها ، ولايته الأصلية والنيابية .
- ٥ - حكم العقد ، وتقسيمات العقود .
- ٦ - هيوب العقد .
- ٧ - الخيارات وأثرها في العقود .

١ - التعريف بالعقد

الفرق بينه وبين التصرف والالتزام

العقد والتصرف والالتزام كلمات ثلاث يرد ذكرها في ثنايا بحوث الفقهاء ويختلط أمرها أحياناً على بعض القارئ لما بين معانيها من التشابه من بعض الوجوه ، وهذا يقتضى ذكر الفرق بينها قبل التعريف بالعقد لنخلص منه إلى بيان معنى العقد في وضوح لا خفاء فيه فنقول :

إن الإنسان المميز يصدر عنه أقوال وأفعال باختياره وإرادته يكون لها اعتبار في نظر الشارع ، فيرتب عليها نتائج في صالح الشخص نفسه ، أو في صالح غيره ، وهي عديدة متنوعة .

فإنها ما يتضمن إرادة إنشاء حق لم يكن موجوداً من قبل ، كالوقف ، فإنه حبس لعين من الأعيان المالية لينفق ثمرتها وغلتها على جهة من جهات الخير ، أو يتضمن إسقاط حق من الحقوق الثابتة كإبراء الدائن للمدين بما عليه من الدين فإنه أسقط بفعله هذا حق المطالبة والمقاضاة الذى كان ثابتاً له بسبب شغل ذمة المدين ، وكالتنازل عن حقه في الشفعة ، أو يتضمن إنهاء حق ثابت كما في الطلاق ، فإن الزوج ينهى به ما كان لسكل من الزوجين على الآخر من الحقوق المترتبة على عقد الزواج .

ومنها ما يكون خالياً من ذلك كالإقرار بحق من الحقوق ، فإنه اعتراف بثبوت حق وليس إنشاء له ، واليمين والدعوى على الغير ، كما أن منها ما يكون مستقلاً بالغرض الذى من أجله صدر كالأمثلة السابقة ، ومنها ما لا يكون مستقلاً بذلك ، بل لابد من انضمام فعل من شخص آخر ليتحقق ذلك الغرض كقول الشخص لغيره بعثك هذا الشيء بمائة ، فإنه من غير انضمام قول المخاطب قيام لا ترتب عليه النتيجة المقصودة .

هذه الأمور وغيرها تسمى تصرفاً لافرق فيها بين الأفعال والأقوال المستقلة بإفادة الغرض وغير المستقلة ، سواء كانت النتائج مفيدة له ، أو غير مفيدة له ، كما في السرقة ، أو القتل والقذف ، فإن نتيجة ذلك عقاب مؤلم لمن صدر منه .

ويلاحظ من عرض الأمثلة السابقة أن التصرف قد لا يكون فيه التزام بحق كالدعوى التي يدعيها الشخص على غيره ، وقد يكون فيه التزام . إما بإنشاء الحق ، كما في الوقف ، والبيع والهبة ، أو بإسقاطه كما في الإبراء من الدين ، والتنازل عن حقه في الشفعة ، أو بانهائه كما في الطلاق .

وعلى هذا يكون الالتزام نوعاً من التصرف ، بمعنى أن التصرف أعم وأوسع دائرة من الالتزام ، فكل التزام تصرف ولا عكس .

وحيث يعرف التصرف بأنه : ما يصدر عن الشخص المتميز بإرادته ، ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج سواء كانت في صالح ذلك الشخص أو لا .

ويعرف الالتزام بأنه : كل تصرف متضمن لإرادة إنشاء حق من الحقوق ، أو إنهائه أو إسقاطه . سواء أكان من شخص واحد كالوقف والطلاق المجرد عن المال ، والإبراء ، أم من شخصين كالبيع والإجارة والطلاق على مال ، ولكن مامرتبة العقد بين التصرف والالتزام ، فهو مرادف لواحد منهما أم هو أخص منهما ؟

المتبع لسكلام الفقهاء في تفصيلات العقود المختلفة يجدهم مختلفين في إطلاق كلمة العقد . فبينما يتوسع فيه بعضهم فيستعمله في كل التزام اذ يقصره آخرون على نوع بخاض من الالتزام ، وهو ما كان صادراً من شخصين كالبيع والإجارة والرهن وما شابه ذلك .

ومع هذا الاختلاف فهم متفقون على أن العقد أخص من التصرف ، لأن من التصرف أشياء لا تتفق ومعنى العقد في كثير ولا قليل .

ولعل هذا الاختلاف راجع إلى الاستعمال اللغوي لكلمة العقد ، فإنه يطلق في اللغة على الجمع بين أطراف الشيء ، والربط بينهما ، يقال : عقد الحبل إذا جمع أحد طرفيه على الآخر وربط بينهما ، ومن هذا المعنى أخذ العقد بمعنى الربط بين الكلامين في الاتفاقات التبادلية ، فإن فيه ربطا ولكنّه غير حسي ، ويطلق ويراد به إحكام الشيء وتقويته ، ومن هذا المعنى أخذ العقد بمعنى العهد واليمين فإن اليمين يقوى عزم الخالف على فعل المحلوف عليه ، أو تركه ، وكذلك العهد يحكم الصلّة بين المتعاهدين ويقويها .

فمن توسع من الفقهاء في إطلاق لفظة العقد نظر إلى أن كل التزام لا يخلو من عهد ، والعهد عقد في لغة العرب .

ومن قصره على ما كان من شخصين نظر إلى المعنى الأول ؛ وهو الجمع والربط وهذا لا يكون إلا بين تصرفين صادرين من شخصين يرتبط كل منهما بالآخر ، فمن هذا نرى أن العقد عند الفقهاء له معنيان .

أحدهما أخص من الآخر ، فيطلق على الالتزام مطلقاً سواء كان من طرفين أو من طرف واحد ويطلق على الالتزام من طرفين فقط ، والأول يختلف فيه ، والثاني متفق عليه ؛ وتعريفه بالمعنى الأعم هو تعريف الالتزام السابق .

أما تعريفه بالمعنى الأخص : فهو ارتباط (١) بإيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله .

والمراد من الإيجاب والقبول ، كل ما يصدر من المتعاقدين دالاً على إرادتهما سواء كان كلاماً أو ما يقوم مقام الكلام من الأفعال أو الكتابة أو الإشارة .

(١) في كلام بعض الفقهاء ما يفيد أن العقد ليس هو الارتباط فقط ، بل هو مجموع الأمور الثلاثة الإيجاب والقبول والارتباط بينهما ، وفي كلام آخرين ما يفيد أنه ارتباط أجزاء التصرف الشرعي . راجع رد المحتار لابن عابدين ص ٢٦١ ج ٢ باب النكاح ، والندى ص ٣٢٦ ج ١ باب النكاح أيضاً ، وفتح القدير والبحر الرائق في باب البيع .

والربط بينهما لا يوجد الا اذا توفرت شروط سنذكرها قريباً ، والتقييد بكونه على وجه مشروع الخ ، ليخرج الارتباط على غير هذا الوجه ، كما إذا قال شخص لآخر : آجرتك على قتل فلان بكذا من المال ، أو على اتلاف زراعته ، أو سرقة ماله ، ويقول الآخر قبلت ، وكما إذا قال شخص لآخر زوجتك فلانة لامرأة محرمة عليه ، ويقول الآخر : قبلت ، فإن هذا غير مشروع ولا يظهر له أثر في محل العقد ، والتقييد بكونه يثبت أثره في محله ليخرج ما إذا وجد ارتباط بين كلامين لا يظهر له أثر ، كما إذا كانت دار مشتركة بين شخصين مناصفة فباع كل منهما نصيبه لصاحبه بماله ، فإن هذا الكلام لا يفيد شيئاً ولا أثر له . والعقد في عرف القانونيين (١) هو : توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام ، أو نقله ، أو تعديله أو إنهائه ، فإنشاء التزام كالبيع والإجارة ، ونقله كالحالة ، وتعديله كتأجيل الدائن الدين للمدين ، وإنهاؤه كالإبراء من الدين ، وفسخ عقد الإجارة قبل الموعد الذي كان محدداً لها (٢) .

وبالمقارنة بين التعريفين نجد بينهما تقارباً ، إلا أن تعريف الفقهاء قد يكون أحكم من تعريف القانونيين من ناحية أن الإرادة أمر خفي لا يقف عليه إلا

(١) الوسيط للأستاذ السنهوري ص ١٣٨ .

(٢) الدكتور عبد الحى حجازى فى كتابه « النظرية العامة للالتزامات » يقول فى ص ١٩ : إن الشراح يفرقون عادة بين الاتفاق والعقد « فيقولون : إن الاتفاق أعم من العقد ، فيعرفون الاتفاق « بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو تعديله أو إنهائه . أما العقد فيعرفونه « بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله » ، وبذلك يكون العقد أخص من الاتفاق ، فكل عقد يعتبر اتفاقاً وليس كل اتفاق يعد عقداً ، ثم يقول : إن هذه التفرقة لم تكن ذات أهمية عملية إلا أنها منطقية وما دام الكلام على العقد باعتباره مصدر التزام فلا يلتفت إليه إلا من ناحية كونه منشئاً للالتزام وأخيراً عرف العقد فى ص ٢١ : « بأنه توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء علاقة قانونية ذات طابع مالى » .

بواسطة أمر ظاهر من كلام ، أو فعل ، أو إشارة ، فبمجرد توافق الإرادتين من غير صدور ما يدل على هذا التوافق لا نستطيع الحكم بوجود العقد ، فكان الأولى تعريفه بما يدل على توافق الإرادتين كما عرفه الفقهاء بذلك . ولعل السر في هذا يرجع إلى أن الأصل المأخوذ منه القانون المدني هو القانون الفرنسي ، وهذا الأخير يعتبر الأساس في انشاء العقود الإدارية الباطنة ولا اعتداد عنده بالإرادة الظاهرة الا اذا كانت موافقة للباطنة ، فإن خالفها ألغيت ، وعد العقد باطلا .

ولكن القانون المدني الجديد قد خطا خطوات نحو الإرادة الظاهرة فنجدته مثل . في المادة ٧٩ - يقول : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون في ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد ، وسيأتي زيادة توضيح لهذا .

هذا هو معنى العقد في اصلاح الفقهاء والقانون ، والكلام عليه متشعب الأطراف ، فمن بيان لأركانه وتكوينه ، الى تفصيل لشروطه ، وتوضيح لحكمه ، وتقسيما ، الى بيان العيوب التي تلحقه ، وما يثبت فيه من الخيارات واليك بيان ذلك .

٢ - تكوين العقد وانشاؤه

أركان العقد : الركن معناه في اللغة الجانب القوي للشيء الذي عليه اعتماده ، كأركان البيت ، وهي زواياه التي يرتكز عليها . ومعناه في الاصلاح الشرعي : هو ما به قوام الشيء الذي لا يتحقق ولا يوجد الا به .

وقد اتفق الفقهاء على أن العقد لا يوجد في الخارج الا اذا وجد عاقد وصيغة التي هي « الإيجاب والقبول » وحل يرد عليه هذا الإيجاب والقبول ويظهر أثر العقد فيه .

ولسكنهم اختلفوا في جعل هذه الأمور كلها أركاناً للعقد .

فالحنفية يذهبون إلى أن أركان العقد هي الإيجاب والقبول فقط ، وأما ماعدا ذلك من المحل والماقدين فهي لوازم ، لأنه يلزم من وجود إيجاب أن يكون هناك موجب ، وهو أحد طرفي العقد ، وكذلك القبول يلزمه وجود قابل ، وهو الطرف الآخر ، ووجودهما مرتبطين لا يكون إلا إذا وجد محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط .

وغير الحنفية^(١) يقولون : إن هذه كلها أركان ، وأياً ما كان هذا الاختلاف وكونه مبنيّاً على الخلاف في تعريف الركن عند الفريقين ، أو غير مبني عليه . فهو خلاف قليل الفائدة ، وليس وراءه ثمرة ، لهذا سنطويه ونشرع في بيان معنى الإيجاب والقبول .

معنى الإيجاب والقبول : الإيجاب معناه في اللغة . الالتزام والإثبات ، وفي الاصطلاح الشرعي . هو ما يذكر أولاً من كلام المتعاقدين ، أو ما يقوم مقام كلاميهما الدال على الرضا سواء وقع من البائع . أو من المشتري ، وبعبارة أخرى سواء وقع من المملك أو من الممتلك .

والقبول لغة مأخوذ من قبلت العقد أقبله قبولاً ، بالفتح ، والضم لغة حكاهما ابن الأعرابي ، كما في المصباح ، وفي الاصطلاح : هو اللفظ أو ما

(١) راجع مواهب الجليل ص ٤١٩ ج ٣ ، وشرح الرسالة ص ٢٣٩ ج ٢ باب البيوع ، ونهاية المحتاج ص ١٢ ج ٣ ، وأركانها أربعة : موكل ووكيل وموكل فيه وصيغة ، وفي باب الشفعة ص ١٤٢ وفي ٣٤٠ ج ٣ في الجعالة يقول : وأركانها أربعة : صيغة ومتعاقدان وعمل وعوض ،

يقوم مقامه المصادر ثانياً الواقع جواباً الأول ، ولذا سمي قبولا (١) .

وسمي الأول بالإيجاب ، لأنه أوجد الالتزام ، وسمي الثاني قبولا ، لأنه رضا بما في الأول من التزام وإلزام ، وما جاء في القول الثاني من التزام بالنسبة للعاقدين الثاني كان نتيجة لرضاه بما تضمنه قول الأول من إلزام .

فإذا قال شخص لآخر بعثك هذا الكتاب بعشرين قرشاً ؛ فإنه تضمن التزام القائل بخروج الكتاب من ملكه ، وإلزام المخاطب بالثمن ، فإذا قبل الآخر هذا الإيجاب يكون قد التزم بدفع الثمن ، وهو الإلزام الذي تضمنه الإيجاب .

هذا هو معنى الإيجاب والقبول عند الحنفية .

وذهب غيرهم إلى أن الإيجاب هو ما صدر ممن يكون منه التملك وإن جاء متأخراً ، والقبول هو ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً ، فإذا قال المشتري : اشتريت منك هذا الشيء بثمن قدره كذا ، وقال البائع بعته لك بهذا الثمن ، فإن البيع انعقد ويكون الإيجاب هو ما صدر من البائع لأنه المملك ، ويكون الإيجاب هو ما صدر من المشتري قبولا وإن صدر أولاً .

شروط الانعقاد : وإذا كان العقد هو الارتباط بين الإيجاب والقبول فهذا الارتباط لا يكفي في ثبوته مجرد صدور العبارة ، أو ما يقوم مقامها من العاقلين ، بل لابد مع ذلك من توفر شروط في كل من العاقلين والمحل ، ونفس الصيغة « الإيجاب والقبول ، ونحن نجعلها فيما يلي .

(١) راجع البحر الرائق ج ٥ ص ٢٨٤ في باب البيع ، وفي فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ (الإيجاب هو لإثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً سواء وقع من البائع أو من المشتري ، والقبول الفعل الثاني ، ولأفكل منهما إيجاب ، أي لإثبات ، فسمي الثاني بالقبول تمييزاً له .

١ - أن يكون كل من العاقدين أهلاً للعقد : وهذه الأهلية تتحقق بالتمييز .

وعلى هذا يكون عقد غير المميز كالمنحون ، والصبي الذي لم يصل إلى درجة التمييز باطلا ؛ لأن عبارته ملغاة لا اعتداد بها في نظر الشارع ، وهذا الحكم شامل لجميع العقود .

٢ - أن يعلم كل من العاقدين ما صدر عن الآخر ، بأن يسمع كلامه أو يقرأ ما كتبه ويفهمه ، أو يرى فعله أو إشارته ، ويعرف مراده منها .

فإن اختل ذلك لم يتحقق العقد . كما إذا تكلم شخص بما يفيد الإيجاب فأجابه الآخر بلغة لا يفهمها ، أو بكلام غير مسموع ، ثم انفض المجلس من غير أن يعرف حقيقة جوابه ، أو تكلم نائم بكلمة تشبه الإيجاب ، فأجابه شخص بحواره بما يفيد القبول ، وأمثال ذلك كثير .

٣ - أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد شرعاً ، فلا ينعقد بيع ما ليس بمال كالحم الميتة ، وكذلك بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير إذا باعهما المسلم ، ومثل هذا زواج المحرمة عليه تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً ، أو رهن ما يتسارع إليه التلف ، كالخضروات والفواكه غير المجففة ، لأن حكم الرهن شرعاً هو الحبس حتى يستوفي الدين ، ومثل هذه الأشياء لا تبقى عادة ، فلا تكون قابلة لحكمه .

٤ - أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين لأنهما يعبران عن إرادتهما الباطنة ، فإذا كان في دلائلتهما خفاء لم يتحقق الربط بينهما ، وهذا الوضع يتحقق بأن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول في كل عقد تدل لغة أو عرفاً على نوع العقد المقصود للعاقدين ، لأن العقود تختلف ؛ ضحاً عن بعض في موضوعها وأحكامها ، فإذا لم يعرف ييقين أن العاقدين قد قصدا عقداً بعينه لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة به ، ولا يلزم

في هذه الدلالة أن تكون بطريق الحقيقة ، بل يستوى في ذلك الدلالة الحقيقية والمجازية ، فينعقد البيع بلفظ الهبة عند اقترانه بالثمن ، كأن يقول : وهبتك هذا بكذا ، كما ينعقد الزواج بلفظ الهبة إذا قرن بالمهر ، لأن ذكر الثمن في الأول ، والمهر في الثاني قرينة على أنه أراد البيع والزواج .

هـ — أن يكون القبول موافقاً للإيجاب ، لأنه جواب له وتحقق الموافقة باتحاد موضوع العقد سواء كانت الموافقة حقيقية ، أو ضمنية ، كما إذا كانت مخالفة القبول فيها خير الموجب ، مثل أن تقول المرأة : زوجتك نفسي بمائة فيقول لها : قبلت الزواج بمائة وخمسين ، فإن التوافق موجود ضمناً ، لأن القبول بمائة وخمسين يتضمن القبول بمائة ، وهذه المخالفة خير للموجب هنا وهو المرأة ، لأن من ترضى أن تزوج نفسها بمائة لا ترفض الزوج بأكثر منها ، ففي هذه الصور ينعقد العقد لكنه لا يلزم إلا بمائة ، وأما الزيادة فموقوفة على قبول المرأة لها في المجلس ، فإن قبلتها لذمتها ، وإن لم تقبلها لا تلزمه ، لأن الأموال لا تدخل في ملك الشخص من غير اختياره إلا في الميراث ، ومثل ذلك إذا قال الشخص لآخر : بعثك هذا بخمسين ، فأجابه بقوله قبلته بسبعين ، ولو كان الأمر بالعكس لا ينعقد ، لأن المخالفة ليست في مصلحة الموجب .

ثم إن صور المخالفة التي لا ينعقد معها العقد كثيرة . منها إذا قبل البيع في غير ماعينه البائع ، أو قبل في بعض ما أوجب فيه الموجب جملة . كأن يقول له : بعث لك هذه الدار وما فيها من منقولات بألف . الدار بثمانمائة . والمنقولات بمائتين . فقبل القابل الدار وحدها بثمنها أو المنقولات وحدها بثمنها صح ذلك وانعقد العقد . لأن توزيع الثمن عليهما دليل على رضاه بتفريق الصفقة بخلاف الصورة الأولى .

وفي هذا يقول صاحب البدائع (١) : « أن يكون القبول موافقاً للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه ، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق ، اهـ »

٦ - اتصال القبول بالإيجاب ، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء ، ولكنهم يختلفون في المراد بالاتصال ، فمن الفقهاء كالشافعية كما في نهاية المحتاج من يقول : إن المراد به كون القبول فور الإيجاب ، فإذا توسط بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي ولو لم يعتبر إعراضاً عن العقد - لا يتحقق الاتصال ، فينتفي انعقاد العقد .

ذلك لأن القبول جواب عما في الإيجاب من إلزام والتزام ، فلا بد أن يكون عقبه حتى يلتقي معه ، فإذا تراخى انتفى التلاقي ، لأن الإيجاب ينتهي بمجرد صدوره من صاحبه ، وهذا هو مقتضى القياس .

وذهب الجمهور « الحنفية والمالكية والحنابلة » ، (٢) إلى أن الاتصال يتحقق باتحاد المجلس ، وليس المراد باتحاد المجلس كون المتعاقدين في مكان (٣) واحد

(١) ص ١٣٦ ج ٥

(٢) في بعض كتب المالكية ما يفيد أنه إذا لم يفصل بين القبول والإيجاب ما يدل على الإعراض عرفاً التحق القبول بالإيجاب ، وتم العقد بينهما ، وأنه لا يضر تراخي القبول عن الإيجاب مادام حصل القبول في المجلس . راجع مواهب الجليل شرح مختصر خليل ص ٢٤٠ ج ٤ .

وفي بعضهما ما يفيد اشتراط الفورية . ففي شرح الرسالة في باب النكاح ص ١٥٢ ج ٢ « ولا بد من الفورية بين الإيجاب والقبول ، فلا يجوز الفصل بينهما بغير الخطبة ليسارتهما بخلاف الترتيب بين الإيجاب والقبول فإنه لا يشترط ، اهـ المقصود منه .
(٢) يرى بعض الفقهاء أن المراد باتحاد المجلس اتحاد المكان الذي ينشأ فيه العقد =

لأنه قد يكون أحدهما في مكان غير مكان الآخر ، كالتعاقدين بواسطة المسرة
«التليفون» أو بالمراسلة ، وإنما المراد به الوقت الذي يكون المتعاقدان مشغولين
فيه بالتعاقد ما لم يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل أجنبي يعتبر ابطلا
للإيجاب ، كرجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول ، أو اعراض القابل
عن هذا الإيجاب باشتغاله بشيء آخر غير العقد ، فإذا لم يوجد شيء من ذلك
صح القبول الصادر فيه مهما طال الوقت وانعقد العقد .

وعلى هذا يكون مجلس التعاقد بالمسرة هو زمن الاتصال ، فما دامت المحادثة
في شأن البيع قائمة اعتبر المجلس قائما ، وإذا انتقلا إلى حديث آخر اعتبر
المجلس منتها .

والمجلس في التعاقد بواسطة إرسال رسول ، أو خطاب هو مجلس تبليغ
الرسالة ، أو الخطاب ، وللفقهاء كلام كثير في هل يتقيد المرسل إليه بمجلس
التبليغ بحيث لو لم يقبل فيه اعتبر الإيجاب منتها ، أو يبقى الإيجاب مابق
الخطاب معه ، وفي هل يملك الرسول أن يحدد إيجابا غير الملغى أو لا ؟
لسنا بحاجة إلى ذكره هنا .

ولما يشترط هؤلاء الفورية كما شرطها الشافعية لدفع الحرج عن الناس ،
لأن من وجه إليه الإيجاب قد يفاجأ به ، فإذا أن يرفض فوراً فتفوت الصفقة
عليه إذا كانت نافعة ، وإما أن يقبل فوراً فيكون الضرر إذا كانت خاسرة .

== وعلى هذا قالوا : لا ينعقد العقد بين ماشيين ، أو راكبين لشيء يستطيعان إيقافه عن
السير ، لأن المجلس تغير بتغير المكان ، فكان القبول غير مكان الإيجاب ، فلا يحصل
التلاقى بينهما ، وأما إذا كانا يركبان شيئاً لا يملك إيقافه كالسفينة مثلاً فإنه يعتبر
المجلس واحداً : راجع البدائع ، وفتح القدير ، والبحر الرائق ، وتبيين الحقائق
باب البيع .

قلم هذا كان من المستحسن إعطاؤه مهلة يتروى فيها ، وقدرت بمدة المجلس ، لأنه جامع للمتفرقات ، وهي كافية لتروى ، على أنه لو جعلناها أكثر من ذلك وليس هناك ما يحددها بزمن معين لجاز امتدادها أياماً كثيرة حتى يتم القابل لمشورته ، وفي هذا إلحاق الضرر بالموجب ، لأنه يكون حجباً عليه في التصرف فإذاً يكون التحديد بمدة المجلس توسطاً بين الأمرين . الفورية ، والامتداد من غير تحديد ، وفيه مراعاة للطرفين ، ودفع الضرر عنهما بقدر الإمكان .

وعلى هذا لو تبدل المجلس لم ينعقد العقد ، لأن الإيجاب عرض ينتهي بمجرد الانتهاء منه ، لكن الشارع اعتبره باقياً مادام المجلس قائماً ، فإذا انقضى المجلس زال ذلك الاعتبار ويحكم بانعدام الإيجاب ، فإذا جاء قبول بعد هذا لا يجد إيجاباً يرتبط به (١)

وبما ينبغي ملاحظته هنا أن اتصال القبول بالإيجاب ، أو اتحاد المجلس

(١) القانون المدني موافق لرأى الجمهور وهو أنه لا يشترط أن يكون القبول فور الإيجاب ، بل يكفي اتحاد مجلس العقد . فالفقرة الثانية من المادة - ٩٤ - تنص على أنه يتم العقد ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينقض مجلس العقد ، ويقول الأستاذ السهوري في وسيطه عند شرح هذه المادة : إن القانون أخذ هذا من المذهب الحنفي ، وبعد أن أبان المراد من مجلس العقد قال : فليس من الضروري أن يكون القبول فوراً ، بل يصح متراجحاً بشرطين :

١ - أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلاً بالتعاقد ، فإذا انصرف أى واحد منهما إلى شيء غيره اعتبر مجلس العقد قد انقض و سقط الإيجاب .

٢ - أن يبقى الموجب على إيجابه فلا يرجع فيه أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائماً .

شرط في جميع العقود ماعدا ثلاثة ، الوصية والإيصاء والوكالة ، فإنه لا يشترط فيها ذلك الاتحاد .

فالوصية يكون الإيجاب فيها في حياة الموصي ، والقبول بعد وفاته ، وعلى هذا لوقبل الوصية ، أو ردها في حياة الموصي لا يلتفت إلى ذلك ، لأن التملك فيها مضاف إلى ما بعد الموت ، فالقبول قبل هذا الوقت يكون لغواً ، ويجب إعادته بعد وفاة الموصي .

والقبول في الإيصاء ، وهو جعل الغير وصياً على أولاده ليرعى شؤونهم بعد وفاته ، لا يلزم أن يكون في مجلس الإيجاب ، بل يصح أن يكون في غير هذا المجلس ، في حياة الموصي أو بعد وفاته ، ولكنه إذا قبل في حياته لا يكون وصياً إلا بعد وفاته .

والوكالة مبنية على التوسعة واليسر فيصح قبولها في مجلس آخر . ولذلك يصح توكيل الغائب ولا يشترط فيها القبول باللفظ ، بل يكفي في القبول أن يشرع في فعل ما وكل به ، أو عدم الرد على رأى .

تلك هي الشروط اللازمة لانعقاد العقد ، وقد رأيت أنها موزعة بين العاقد والمحل والصيغة ، فالأول والثاني يرجعان إلى العاقد ، والثالث يشترط في المحل والثلاثة الأخيرة ترجع إلى الصيغة ، ومع هذا التوزيع لا بد من اجتماعها ، فإن اختل واحد منها لا يوجد ارتباط القبول والإيجاب ، وبالتالي لا يوجد عقد ، وإذا توفرت وجد العقد ، ولكنه قد يكون معيباً فلا تترتب عليه آثاره الشرعية إلا إذا توافر فيه نوع آخر من الشروط تسمى في عرف الفقهاء بشروط الصحة ، وهي تختلف باختلاف العقود .

هذا هو اصطلاح الحنفية في تكوين العقد ، فالعقد إذا وجد عندهم قد

يكون سليماً من العيوب فتترتب عليه الآثار ، وقد لا يكون خالياً منها فلا تترتب عليه آثاره .

وأما غير الحنفية فلا يعتبر العقد موجوداً عندهم إلا إذا كان سليماً من العيوب فالعقد المعيب لا وجود له شرعاً في نظرهم ، وعلى ذلك تكون كل الشروط مشترطة لوجود العقد ، أو لانعقاده .

وهذا الخلاف مبنى على الخلاف بينهم في حقيقة « الرضا والاختيار » هل هما شيء واحد ، أو متغايران ؟ وسيأتى بيان ذلك . وكذلك الخلاف في وجود مرتبة في العقود بين الصحة والبطالان تسمى بالفساد . وسيأتى توضيح ذلك أيضاً .

خيار المجلس وما يتصل بهذا الموضوع خيار المجلس وهو « أن يكون لكل من المتعاقدين حق فسخ العقد ما لم يتفرقا بالأبدان .
ووقته المحدد له هو مجلس العقد كما يدل عليه اسمه .

أثبت هذا الخيار الإمامان الشافعي ، وأحمد بن حنبل ، لكنهما لم يثبتاه في كل العقود (١) . بل في نوع منها فقط : وهي العقود اللازمة من الجانبين القابلة للفسخ . كعقود المعاوضات المالية مثل البيع . والهبة بشرط العوض والإجارة وصالح المعاوضة ؛ لأن الدليل المثبت له ورد في عقد البيع ، ويقاس عليه ما هو في معناه من عقود المعاوضات .

وأما العقود غير اللازمة من الجانبين كالعارية ، والوديعة ، والوكالة ، والعقود

(١) راجع المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ١٧٤ وما بعدها

اللازمة من جانب واحد ، كإلهن . والكفالة ، فهذه ليس فيها خيار لمجلس ،
لإمكان فسخها في أى وقت .

وكذلك العقود اللازمة غير القابلة للفسخ من الجانبين ، أو من جانب
واحد كالزواج والخلع ، والطلاق على مال ، فهذه أيضا لا يدخلها خيار المجلس ،
لأن آثارها مترتبة عليها بمجرد صدورها ، ولا يمكن تأخيرها ، ولأنها ليست
في حاجة إلى هذا الخيار ، لأنها لا تتم غالبا إلا بعد روية وإعمال فكر ، وخيار
المجلس مشروع لتدارك الغبن الذى يلحق أحدا للمتعاقدين من قبوله فور الإيجاب
من غير روية .

وأما الحنفية ، والمالكية فلم يشبوا هذا الخيار في أى عقد من العقود .

والذهابون إلى إثبات خيار المجلس يستدلون بحديث ورد في ذلك
وهو ما رواه عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : البيعان
بالخيار ما لم يفترقا أو يختارا ، (١) فهذا صريح في أن العاقدين الذين تم بينهما البيع
لا يلزمهما العقد قبل التفريق ، وقضية ذلك أن يثبت لهما الخيار في فسخه ، وهو
المراد بخيار المجلس ، وهذا المعنى هو المتبادر من الحديث ، لأن راويه وهو

(١) هذا هو اللفظ الذى رواه الترمذى ، وقد روى برويات أخرى . ففي
الصحيحين عن زافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : البيعان كل
واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار ، وفي لفظ آخر : « إذا
تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكان جميعاً أو يخير أحدهما
الآخر فإن خير أحدهما الآخر فبأيها على ذلك فقد وجب البيع فإن تفرقا بعد أن
تباعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » وفي لفظ النسائي : المتبايعان
بالخيار الخ . راجع نصب الراية ص ١ ج ٤

أبن عمر (٧) فهمه على هذا الوجه ، وهو من فقهاء الصحابة المجتهدين ، فلقد روى عنه أنه كان إذا باع وأراد أن ينفذ البيع سار خطوات ثم رجع ، وإذا اشترى شيئاً يعجبه فارق صاحبه ، ثم مشى قليلاً ورجع ، وهذا دليل على أن بقاء المجلس مانع من لزوم العقد .

والحديث وإن كان وارداً في البيع إلا أنه يثبت حكمه في كل ما هو في معنى البيع من عقود المعاوضات للمعنى الذى من أجله ثبت في البيع ، وهو التروى . وإذا كان هذا هو معنى الحديث المتبادر فتفسيره بغير ذلك لا يقبل ، كتفسير المخالفين له : بأن المراد هنا المتساومان ؛ لأن حمل الحديث على هذا يخرج عن أن يكون مفيداً حكماً ، لأن كون المتساومين بالخيار لا يحتاج إلى دليل يثبته .

وليس بلازم عند هؤلاء أن يكون الخيار في كل صورة ، بل لو قال أحد المتبايعين للآخر بعد تمام العقد : إختار الآن ، فاختار لزوم العقد في الحال بطل خيار المجلس . ولو بقيا زمناً طويلاً في مجلس العقد ، كما جاء في بعض روايات هذا الحديث : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » .

(١) في المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٩ رد لذلك خلاصته ، أن هذا الحديث روى برواية أخرى وهى « البيع والمبايع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله » رواه أحمد وأصحاب السنن إلا ابن ماجه وحنه الترمذى قال : والمراد بقوله خشية أن يستقبله « فسخ النادم منهما للبيع لا الإقالة المعروفة ، والمعنى : لا يحل لأحد المتبايعين أن يفارق صاحبه بعد البيع خشية أن يختار فسخه في المجلس . وما روى عن ابن عمر يدل على أنه لم يبلغه ذلك عن النبي ! ولو بلغه ما فعله ، ومتى صحت الرواية لا يلتفت إلى قول أحد أو فعله .

والذين لم يشبوا خيار المجلس يقولون : إن هذا الخيار منساف لقاعدة الالتزامات والعقود ، فإن الله أمر بالوفاء بالعقود بقوله سبحانه « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، ولا شك أن صدور الإيجاب والقبول مرتبطين كاف في إثبات العقد ، فيكون مأمورا بالوفاء به ، والخيار منساف لذلك (١) . ولأن أساس العقود إنما هو التراضي من الجانبين ، وقد ثبت التراضي بصدور ما يدل عليه وهو الإيجاب والقبول ، فيتحقق الالتزام من غير انتظار لآخر المجلس .

ثم أولوا حديث الخيار : بأن المراد بالمتبايعين المتساومان قبل العقد ، وسموا الخيار فيه خيار القبول ، وخيار الرجوع .

ويجاب عن ذلك : بأن الحديث صريح في شرعية هذا الخيار ، وهو لا يتنافى مع وجوب الوفاء بالعقود ، لأن المراد بالعقود في الآية العقود اللازمة ، وهي ما كانت خالية من الخيارات ، ثم ما ذا يقولون في البيع الذي فيه شرط الخيار ، هل يمتنع على من له الشرط أن يفسخ العقد ؟ ، فإن قالوا : إن ذاك ورد به نص . قيل لهم : وهذا كذلك ، والحديث صحيح مشهور رواه أصحاب الكتب الستة ، وأما قضية التراضي فإن هذا الخيار مشروع ليكون التراضي تاماً .

وتأويلهم للحديث غير مستساغ ، لأنه يجعله عديم الفائدة كما قدمنا .

(١) ويقول الشاطبي في موافقاته : ان مالكا رد هذا الحديث لمعارضته قاعدة الغرر والجهالة القطعية ، لأن المجلس ليس له حد معروف ولا أمر معمول به فيه لجهالة مدته ولو شرط أحد الخيار مدة مجهولة لبطل ذلك الشرط اجماعا ، فكيف يثبت بالشرع حكم لا يجوز شرطا بالشرع فقد رجع الى أصل عنده ان الحديث يرد لمعارضته الأصول القطعية . لأن الأصول قطعية وخبر الواحد ظني .

هل الإيجاب وعده ملزم لصاحبه ؟ : وإذا كان انعقاد العقد يتوقف على وجوب الإيجاب والقبول ، وتوفر الشروط السابقة فلا يكون لوجود الإيجاب وحده أثر في إنشاء العقد ، ولكن هل يكون ملزماً لصاحبه الذى صدر منه ، فلا يجوز له الرجوع عنه حتى يعرف رأى من وجه إليه أولاً ؟

يرى جمهور علماء المالكية أن الموجب لا يملك الرجوع عن إيجابه ، فإذا صدر منه كان ملزماً لصاحبه لا يبطل إلا بإعراض الآخر عنه ، أو بانتهاء المجلس ما لم يكن محدداً له مدة أكثر منه ، كأن يقول الموجب : أنا على إيجابى مدة كذا من الزمان ، أو يقول : بعثك كذا بكذا على أن لك حق القبول فى مدة أسبوع مثلاً .

ووجهتهم فى ذلك : أن الموجب قد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك ، فله أن يستعمل هذا الحق إذا أراد ، ويقبل ما عرض عليه ، وله أن يتنازل عنه ويرفضه ، وحينئذ يكون الموجب مقيداً فى تصرفه حتى يتنازل الآخر عن حقه ، وعلى هذا لا يكون الرجوع مبطلا للإيجاب (١) .

وذهب الجمهور أصحاب المذاهب الثلاثة وبعض المالكية إلى أن الموجب له حق الرجوع قبل قبول الطرف الآخر ؛ لأنه لم ينشئ التزاماً مطلقاً ، بل مقيداً بقبول الطرف الآخر ، ومعلقاً عليه ، فإدام لم يتحقق الشرط ، وهو القبول لم يكن هناك التزام ، بل مجرد عرض لا يكون فيه حق ثابت للآخر ، لأنه مقيد ببقاء رضاه به ، على أن ملصكه ثابت ، وحقه فى التمسك به أقوى من حق غيره ، وإذا كان الأمر كذلك فإن رجوعه يكون إبطالا لإيجابه السابق (٢) .

(١) مواهب الجليل شرح مختصر خليل ص ٢٤١ ج ٤ .

(٢) وفى هذا يقول صاحب البدائع من الحنفية « وأما صفة الإيجاب والقبول فهو أن أحدهما لا يكون لازماً قبل وجود الآخر ، فأحد الشطرين بعد وجوده =

مبطلات الإيجاب : يبطل الإيجاب بأمور :

١ - الرجوع عنه قبل القبول في المجلس عند الجمهور كما عرفنا ، ومثل الرجوع الصريح في هذا إذا أوجب إيجاباً ثانياً ، كما إذا قال : بعث لك هذا بمائة ، ثم قال قبل قبول الآخر : بعته بمائة وعشرين ، فإن الإيجاب الثاني يعتبر إعراضاً عن الإيجاب الأول وإبطالاً له .

٢ - رفضه من وجه إليه صراحة أو ضمناً بإعراضه عنه ، لأنه موجه إليه ليقبله ، أو يرفضه ، فإذا رفضه بصريح العبارة أو أعرض عنه كان إبطالاً له .

٣ - انتهاء (١) مجلس العقد بالاتفاق ، لأن الإيجاب اعتبر موجوداً مادام المجلس قائماً . فلما انتهى زال ذلك الاعتبار .

ويلاحظ أن انتهاء المجلس يبطل الإيجاب عند المالكية بشرط ألا يكون الموجب قد قيد نفسه بمدة أكثر من المجلس ، كأن يقول : أنا على إيجابى مدة يومين مثلاً ، لأن هذا التقييد ملزم له ، ويكون للطرف الآخر أن يقبل في هذه المدة ، ، وحينئذ لا يبطل الإيجاب بانتهاء المجلس .

= لا يلزم قبل وجود الشرط الآخر حتى إذا وجد أحد الشرطين من أحد المتبايعين فلآخر خيار القبول ، وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر . لما روى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما » والخيار الثابت لهما قبل التفرق عن بيعهما هو خيار القبول ، وخيار الرجوع ولأن أحد الشرطين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشرط وهذا لا يجوز ، اهـ . ج ٥ ص ١٣٤ .

(١) هذا المبطل قد يكون من الموجب إذا أتى بشيء ينهى المجلس ، وقد يكون من الموجه إليه فهو أمر مشترك بينهما بخلاف الأول فإنه يكون من الموجب ، والثاني فإنه يكون من الموجه إليه .

٤ - خروج الموجب عن أهليته بالموت ، أو بالجنون قبل قبول الآخر ، فإذا جاء قبول بعد ذلك لم يجد إيجاباً يرتبط به ، لأن بقاء الإيجاب مدة المجلس أمر اعتباري ، فإذا زالت أهلية الموجب زال معها هذا الاعتبار لاحتمال رجوعه لو بقي على أهليته ، ولعدم فهمه للقبول وهو شرط للانعقاد ، ومثل ذلك زوال أهلية من وجه إليه الإيجاب ، لأن الإيجاب لا يعمل وحده بدون القبول ، وبزوال الأهلية لا يوجد قبول فيلغو الإيجاب .

٥ - هلاك المبيع المعين بالإشارة ونحوها قبل القبول ، وكذلك تغييره تغييراً يصيره شيئاً آخر (١) .

(١) والتشريع الوضعي عرض لذلك في المواد ٩٢، ٩٣، ٩٤ من القانون المدني الجديد والذي يؤخذ من مجموعها ومن الشروح ، أن الإيجاب نوعان: ملزم وهو الذي عين الموجب فيه وقتاً للقبول ، لأنه بذلك يكون قد التزم بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي الميعاد ، وكذلك إذا لم يعين ميعاداً ، ولكن طبيعة المعاملة تقتضي الميعاد. كما إذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فإن طبيعة هذا التعامل تفيد أن الموجب مرتبط بإيجابه طوال مدة التجربة .

وهذا الإيجاب لا يبطل إلا بأحد أمرين :

١ - إذا رفضه من وجه إليه الإيجاب سواء كان الرفض صريحاً أو ضمناً .

٢ - إذا انتهت المدة المحددة للقبول ، ولم يوجد فيها قبول .

وهو في هذا متفق مع رأى المالكية .

وإيجاب غير ملزم . وهو الذي لم يحدد فيه وقت للقبول ، وهذا يبطل أيضاً بأحد

أمرين :

١ - إذا عدل الموجب عنه قبل انقضاء مجلس العقد .

٢ - انقضاء المجلس ، وهذا كما ترى متفق مع مذهب الجمهور .

ثم أن القبول الصادر بعد بطلان الإيجاب في الصور السابقة يكون إيجاباً جديداً ،

لا يجد إيجاباً قبله يرتبط به فيعتبر ابتداء عقد ، فإذا التحق به قبول من الطرف الآخر تم العقد وإلا أخذ حكم الإيجاب السابق ، وهذا هو المقرر عند الفقهاء .

العبارة الواحدة وأثرها في إنشاء التصرف « الالتزام والعقد »

قدمنا أن التصرف هو ما يصدر من الشخص بإرادته ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج ، وأنه أنواع ثلاثة .

أ - ما صدر من شخصين متضمناً لإنشاء التزام من الجانبين ، وهو العقد بالمعنى الأخص .

ب - ما صدر من شخص واحد وتضمن إرادة إنشاء حق أو إسقاطه ، أو إنشائه ، وهو المسمى بالالتزام باتفاق الفقهاء ، وقد يسمى عقداً عند فريق منهم .

ج - ما صدر من شخص واحد ولم يتضمن إرادة شيء من ذلك ، وهذا لا يسمى عقداً ولا التزاماً بل تصرفاً فقط .

ولا نزاع بين الفقهاء في أن العبارة الواحدة تنشئ النوع الثالث ، وهو التصرف المجرد عن الالتزام ، وأمثال ذلك كثير في الفقه الإسلامي .

فالإقرار بمجرد صدوره من المقر يوجد ويرتب عليه أثره ، ولا يحتاج

وأما فقدان الأهلية فلا يؤثر في إيجاب ولا قبول بالإبطال ، فإذا جن الموجب ، أو مات بقي إيجابه قائماً ، ويجوز لمن وجه إليه أن يقبله بعد ذلك ، فإذا كان الإيجاب ملزماً تم العقد وترتب عليه أثره بمجرد أن يعلم الورثة « في حالة الموت » ، أو القيم « في حالة الجنون » بقبول الطرف الآخر . .

وإذا لم يكن الإيجاب ملزماً لا يتم العقد ، لأن القبول الذي صدر بعد ذلك لا يعمل عمله إلا إذا علمه الموجب ، وهو هنا لا يتصور منه العلم ، بخلاف ما إذا كان الذي فقد الأهلية هو القابل بعد قبوله ، لأن القبول لا يبطل بفقدان الأهلية ، ويظهر أثره باتصاله بعلم من وجه إليه وهو الموجب وأهليته باقية . راجع الوسيط للاستاذ السهوري

ج ١٨٧ ، ١٨٨ .

إلى شيء آخر ، والإقرار ليس إنشاء لحق ، وإنما هو اعتراف بثبوته في الماضي .
والدعوى توجد عند ما يوجد اللفظ الدال عليها من المدعى ، وكذلك
الإنكار ، والقذف .

كما لا نزاع بينهم في تأثير العبارة الواحدة في إنشاء النوع الثاني ، وهو
الالتزام من جانب واحد الذي يسميه بعض الفقهاء عقداً وحيد الطرف ،
ولا يحتاج في إنشائه إلى شيء آخر .

فالوقف يوجد بمجرد صدور العبارة السليمة من الواقف ، ولا يتوقف
على قبول من الموقوف عليهم ، والوصية كذلك توجد بعبارة الموصي ،
ولا يتوقف وجودها شرعاً على قبول من الموصى له ، وإنما القبول شرط
للزومها في حقه ، أو لدخول الموصى به في ملكه .

ومثلها الطلاق المجرد عن المال ، فإنه إنهاء لحق الزوجية ، وبمجرد صدور
العبارة الدالة عليه من الزوج يوجد ، ولا يتوقف على إرادة أخرى .

وكذلك إسقاط الحقوق ، كالتنازل عن حق الشفعة ، فبمجرد أن يقول
الشفيع : تنازلت عن حق ، أو أسقطت حتى يسقط ذلك الحق ، ولا يتوقف
على عبارة أخرى .

وأما العقد بالمعنى الآخر المتفق عليه ، وهو ما كان التزاماً من شخصين
فالفقهاء يختلفون في تأثير العبارة الواحدة في إنشائه ما بين مانع لذلك ، ومجيز له ،
والمجيز ما بين مضيق وموسع .

ومع هذا الاختلاف فهم متفقون على أن الأصل في هذا النوع هو تلاقى
إرادتين من شخصين يدل عليهما عبارتان ، هما في الاصطلاح ، إيجاب من
طرف ، وقبول من طرف آخر ، وأن النتائج المترتبة عليه مختلفة بالنسبة

لكل من الطرفين ، وحيث أنه نستطيع القول بأن حقيقة الخلاف في هذا الموضوع هي : هل العبارة الواحدة من الشخص الواحد يمكن أن تنوب عن العبارتين من الشخصين وتؤدي الغرض المقصود منهما وهو إنشاء العقد أو لا؟

هنا وفي هذا الموضوع نجد للفقهاء مذاهب ثلاثة :

الأول : المنع مطلقاً . وإليه ذهب زفر من الحنفية ، والإمام الشافعي تمسك بالأصل السابق موضحين هذا : بأن العقد ترتب عليه آثار مختلفة وأحكام متباينة بالنسبة إلى كل من العاقدين ، فهذا يملك وذاك متملك ، وهذا ملزم بشيء ، وذاك ملزم به ، وأحدهما مطالب بتسليم شيء ، والآخر مطالب بتسلمه ، وهذا يقتضي وجود عبارتين من شخصين يتوزع بينهما أحكام العقد . وهذا المذهب يقرر ذلك بالنسبة لجميع العقود حتى عقد الزواج الذي اتفق المذهبان الثاني والثالث على صحة إنشائه بعبارة واحدة ، لأن المانع السابق موجود فيه ، ولأنه ورد فيه بخصوصه نص يمنع من محتمه ، وهو حديث « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح ، خاطب وولي وشاهدا عدل (١) » .

غير أن الإمام الشافعي استثنى صورة واحدة (٢) من عقد الزواج صح

(١) هذا الحديث رواه البيهقي عن أبي هريرة مرفوعاً وموقوفاً ، وفي إسناده المغيرة بن موسى البصري : قال البخاري منكر الحديث ، ورواه البارقظي بسند عن عائشة بلفظ « لا بد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدين » ، وفي إسناده أبو الخصيب نافع بن ميسرة وهو مجهول ، وهكذا يكون الحديث مطعوناً فيه فلا يحتج به ، راجع نيل الأوطار ص ١٠٨ ج ٦ :

(٢) للشافعية مسائل أخرى مستثناة من هذا الأصل منها : أنه يجوز للأب والجد أن يرهننا مالهما لموليهما إذا كان له دين عليهما وبالعكس ، وفي هذه الحالة يتولى الأب أو الجد طرفي عقد الرهن . نهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٣٢ والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٣ .

ففيها العقد بعبارة واحدة من شخص واحد ، وهي ما إذا زوج الجسد حفيديه
أحدهما للآخر ، بأن يزوج بنت ابنه المتوفى لابن ابنه المتوفى كذلك إذا كان
في زواجهما مصلحة ،

والسبب في هذا الاستثناء ، هو أنه لم يثبت ولاية الإيجاب في الزواج إلا
للأب والجسد الصحيح .

ولما كانت عبارة الصغير ملغاة لا تعتبر أباح ذلك لأجل ضرورة وجود
ولي واحد ، وعدم صحة التوكيل من الصغيرين ، ومحافظة على مصلحتهما .

المذهب الثاني : وهو التفصيل بين عقود المعاوضات المالية ، وعقد الزواج
فمنع في الأول ، وأجاز في الثاني ، وإليه ذهب أبو حنيفة وصاحبه ، ووجهتهم
في هذا التفريق : أن حقوق العقد في الزواج ترجع إلى الزوج والزوجة ،
والمتولى للعقد صغير ومعبّر عنهما فقط ، فعبارته قائمة مقام العبارتين ، وأما في
عقود المعاوضات الأخرى فالحقوق فيها ترجع إلى متولى العقد ، وهو العاقد
نفسه ، وهذا مانع من إنشائه بعبارة واحدة من شخص واحد ، لأن الحقوق
متباينة ، فلا بد من عاقلين لتتوزع تلك الحقوق عليهما ، ومع هذا الفرق فقد
استثنوا من عقود المعاوضات بعض صور قليلة ، كبيع الأب أو وصيه أو
الجسد مال الصبي الذي في ولايته من نفسه ، أو شرائه منه ، وكذلك بيع الأب
مال أحد ولديه الصغيرين للآخر ، وعللوا هذا الاستثناء : بأن الحاجة الملحة
تقتضى إجراء هذه العقود من شخص واحد لعدم صحة التوكيل من هؤلاء
الصغار ، فلو منع ذلك لتعطلت مصالحهم ، كما أن وفور الشفقة عند هؤلاء
وحرصهم على مصلحة الصغار مانع من قصد إلحاق الضرر بهم .

ولهذا المعنى أيضاً جوزوا للقاضي في بعض الصور أن يعقد البيع بعبارة
واحدة ، فأباحوا له أن يبيع مال قاصرين - لا ولي لهما - من بعضهما ، أو
مال أحد الواقفين للآخر ، باعتبار ماله من الولاية العامة .

وأما عقد الزواج فقد كان استثناءه بناء على أن حقوق العقد ترجع إلى الزوجين كما سبق إلا أنهم شرطوا في صحة ذلك أن يكون المتولى له بعبارة واحدة له صفة بالنسبة لطرفي العقد تميزه إنشاء العقد ، سواء كانت الصفة متحدة كالولاية عليهما أو الوكالة عنهما ، أو مختلفة كالولاية بالنسبة لأحد الطرفين ، والوكالة بالنسبة للطرف الآخر ، وما دامت الحقوق راجعة إلى الزوجين فلا تناقض في هذا .

أما إذا كان الشخص الذي تولى عقد الزواج له صفة عن أحد الطرفين ، وليس له صفة بالنسبة إلى الآخر ، كأن يكون ولياً ، أو وكيلاً عن طرف وفضولياً بالنسبة إلى الثاني ، فلا ينعقد عند أبي حنيفة ومحمد ، وأجاز أبو يوسف ذلك ، وقال ينعقد موقوفاً ، وهي المسألة المشهورة بتزويج الفضولي ، ثم إنهم استندوا في هذا الاستثناء إلى آثار شرعية منها .

ما رواه أبو داود عن عقبة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل : « أترضى أن أزوجهك فلانة » ؟ قال نعم ، وقال للمرأة : « أترضين أزوجهك فلانا » ؟ قالت نعم ، فزوج أحدهما من صاحبه (١) .

وما رواه البخاري من أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ : أتجعلين أمرك إلى ؟ قالت نعم ، قال : « تزوجتك » (٢) ، فقد تم عقد الزواج في الحديث الأول بعبارة واحدة من رسول الله بوكالة عن الزوجين ،

(١) بقية الحديث في نيل الأوطار ج ٦ ص ١١٣ « فدخل بها ولم يفرض لها صداقاً ، ولم يعطها شيئاً ، وكان من شهد الحديبية ، وكل من شهد الحديبية كان له سهم بخير . فلما حضرته الوفاة قال : إن رسول الله زوجني فلانة ولم أفرض لها صداقاً ولم أعطها شيئاً ، وأني أشهدكم أنني أعطيتها من صداقها سهمي بخير . فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف درهم .
(٢) المرجع السابق .

وفي الأثر الثاني بعبارة من شخص له صفتان أصالة عن نفسه ووكالة عن المرأة. وبعد هذا كله يعللون الجواز : بأن العبارة الواحدة في تلك الصورة قائمة مقام العبارتين ، ومعبرة عن إرادتين ، ويكون الشخص موجبا وقابلا في آن واحد ، فعبارته باعتبار صفته عن أحدهما تكون إيجابا ، وباعتبار صفته عن الآخر تكون قبولا .

المذهب الثالث : وهو الجواز مطلقا في جميع العقود لا فرق بين وعقد ، وإلى هذا ذهب الحنابلة ، وهذا المذهب كما ترى يخالف المذهب السابق في عقود المعاوضات المالية ، فيصح أن يتولى عقد البيع أو الإجارة وما شابههما عاقد واحد عن الطرفين ، ولكن بشرط أن يكون له صفة تميز إنشاء العقد ، لأن عقد الفضولي الذي لا صفة له غير صحيح عندهم ، والسبب في هذا المخالفة ، أن المانع من ذلك غير موجود ، لأن حقوق العقد في المعاوضات ترجع إلى من باشر العقد من ولي أو وكيل ، وما دامت الحقوق ترجع إلى غير المباشر فلا يقال : إنه لا يعقل أن يكون الشخص مملكا ومتملكا في آن واحد ، لأن المملك هنا غير المتملك .

وأنت ترى أن مذهب الحنابلة هذا فيه شيء من المغالاة يظهر ذلك فيما قالوه في عقد الوكالة : من أنه يصح أن يكون الشخص وكلا عن المدعى ، والمدعى ، عليه ، فيدعى عن أحدهما ويجيب عن الآخر ، ويقم حجة كل واحد منها (١) .

كما أن المذهب الأول فيه تضيق على الناس ، فقد توجد ضرورة أو حاجة

(١) راجع كشف القناع ج ٢ ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ .

ملحة تقتضى أن يقوم شخص واحد مقام شخصين فيعقد عنهما ، فتمنع ذلك إضرار بالناس وإيقاع لهم في الحرج ، وهما منفيان عن شريعة الله التي جاءت باليسر والرحمة للناس ، على أنه مخالف للحديث الذي روينا من قبل في صحة عقد الزواج بعبارة واحدة .

ومن هذا يتبين لنا رجحان المذهب الثاني .

هذا هو أثر العبارة الواحدة في الالتزام من جانب واحد ، والالتزام من جانبين . «العقد ذى الطرفين» وهناك نوع من العقود وسط بين النوعين ، وعبارة أخرى يختلف فيه بين الفقهاء ، هل يتوقف تحققها على إيجاب وقبول ، أو يكفي فيها الإيجاب فقط .

وأثر العبارة الواحدة فيها ظاهر . فعلى القول بأن ركنها الإيجاب تكون العبارة الواحدة من شخص واحد كافية في إنشائها ، وعلى الرأى الثانى وهو أن ركنها الإيجاب والقبول فلا يكفي فيها عبارة واحدة أو على الأقل تأخذ حكم العقد ذى الطرفين من هذه الناحية ، وقد علمت ما فيه من خلاف .
ومن أمثلة هذا النوع . الهبة ، والكفالة ، والإبراء من الدين

صيغة العقد: وبم تحق : صيغة العقد هي صورته الحسية التي يوجد وجودها في الخارج ، أو هي الدال على توجه إرادة العاقدين ، ذلك لأن الأساس في العقد هو توجه إرادة العاقدين لإنشائه ، وهذه الإرادة أمر باطنى لا يظهر إلا بما يدل عليه من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة ، وهذا الدال هو الذى سماه الفقهاء صيغة العقد .

وإذا كان معنا دال ومدلول ، والمدلول هو الأصل ، ولكنه يخفى لا اطلاع لنا عليه ، والدال هو المبين له وهو ظاهر ، فلا بد إذاً في هذا الدل من أن

يكون واضحاً في دلالة على ما قصده المتعاقدان من غير احتمال للمعنى آخر كالوعد
والمساومة - كما سبق ولا يضر بعد ذلك أن يكون قولاً أو فعلاً أو إشارة ،
أو كتابة .

والأصل في التغيير أن يكون بالكلام .

وقد اتفق الفقهاء على أن الكلام هو السبيل الأول للتعبير (١) عن الإرادة
لذلك ينعقد به كل عقد أياً كان نوعه متى كان العاقد قادراً عليه ، وبأى لغة
متى كان العاقد ان يفهما ، ولا يشترط في اللغة أن تكون فصيحة ، بل يصح
أيضاً باللغة العامية ، وبأى لفظ متى كان واضح الدلالة على المراد .

فمثلاً يصح في البيع أن يقول الموجب : بعت لك هذا بكذا ، أو ملكته
لك بكذا ، أو أعطيتك هذا الشيء بكذا ، أو وهبتك هذا بضمن قدره كذا .
ويقول القابل : اشتريت ، أو قبلت أو رضيت ، أو خذ الثمن وهات المبيع
لم يخرج عن هذا الاتفاق إلا عقد الزواج ، فإن الفقهاء مختلفون فيما يعقد به
من الألفاظ ما بين مضيق وموسع « فيينا يذهب فريق منهم » كالشافعية (٢) ،
إلى أنه لا ينعقد إلا بلفظي الزواج والنكاح ، وما أخذ منهما من الأفعال «
كزوجتك وزوجني ، وماشا كل ذلك ، وهذا في حق من يحسن العريية ، وأما
من لا يحسنها فيصح منه باللفظ الذي يؤدي هذا المعنى .

(١) يقول القرافي في آخر كتابه الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص ٨١
عند بيان المقتضى لفتواه : « والأحسن أن يكون البيان باللفظ دون الكتابة فإن
اللسان يفهم مالا يفهمه القلم . فإنه حي والقلم ميت » .
(٢) ويوافقهم الحنابلة في هذا كما في كشف القناع ص ٣٠ ٣١ . ولهم قول آخر
أوسع من هذا كما في المعنى .

وسندهم في هذا الرأي : أن عقد الزواج ليس ككل العقود لما له من عظيم الخطر حيث ورد على المرأة وهي حرة ، وشرع لأغراض عظيمة ، منها تكثير النسل وتكوين الأسر ، فهو بهذا يكون فيه ناحية تعبدية تجعلنا نقف عندما حده الله له لا نتعداه لا بقياس ولا بغيره ؛ والقرآن جاء في موضع تشريعه بهذه اللفظين فقط ، جاء ذلك في أكثر من عشرين آية . منها قوله تعالى :

« فأنكحوا ما طاب لكم من النساء ، (١) ، « وأنكحوا الأيامي منكم (٢) ،
« حتى تنكح زوجا غيره (٣) ، « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن (٤) ،
« فلما قضى زيد منها وطرا زوجنا بها ، (٥) ،

نقول بينما نجد هذا الفريق من الفقهاء يذهب إلى هذا الرأي إذ بنا نجد آخرين كالحنفية (٦) يذهبون إلى عكس ذلك ، فيصححون عقد الزواج بكل لفظ يدل على تملك العين في الحال ، كاتملك والبيع والصدقة ، والعطية إذا وجدت قرينة

(١) النساء - ٣ (٢) النور - ٣٢ (٣) البقرة - ٢٣٠ (٤) البقرة - ٢٢١
(٥) الأحزاب - ٣٧ (٦) مذهب المالكية فيه اتفاق على انعقاده بلفظي النكاح والزواج وما أخذ منهما . وفيه اختلاف في ألفاظ الهبة والبيع والتمليك إذا ذكر معها ما يدل على أنه أريد بها الزواج . ففي كتاب التاج والأكليل شرح مختصر خليل ص ٤٢ ج ٣ ما ملخصه . وفي انعقاده بلفظ الهبة تردد وكذلك ما عدا زوجت وأنكحت .

وفي حاشيته المسماة بمواهب الجليل ص ١٩ قال ابن الحاجب : الصيغة لفظ يدل على التأييد مدة الحياة كأنكحت وزوجت وملكت وبعت ، كذلك وهبت بتسمية صداق اه .

دالة على أن المراد بها الزواج سواء كانت هذه القرينة تسمية المهر أو غيرها (١).
ورأى الحنفية في نظري أرجح من الرأي الآخر : لأن عقد الزواج كغيره
من العقود التي تنشأ تبعاً لرغبة المتعاقدين ، وتراضيهما ، ومادام اللفظ المستعمل
ينبئ عن تراضى الطرفين مفهوماً لهما ولشهود العقد فهو يحقق للغرض الذى
من أجله صدر ، والمسألة ليست مسألة ألفاظ ، لأنه كما ورد فى تشريعه لفظ
الزواج والنسكاح ورد أيضاً لفظ الهبة فى كتاب الله ، وامرأة مؤمنة إن وهبت
نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين ، (٢) ،
وما قيل : من أن انعقاد الزواج بلفظ الهبة خصوصية لرسول الله كما يدل آخر
الآية مدفوع : بأن الخصوصية فى إباحة تزوجه ﷺ بغير مهر ، كما يدل عليه
سياق الآيات .

ثم ماذا يقولون فى التملك الذى جاء فى بعض روايات حديث ورد فى
الزواج ، وفيها يقول رسول الله للرجل : « ملكتها بما معك من القرآن » ، (٣) ؟

(١) راجع فتح القدير باب النسكاح ج ٢ ، ورد المختار لابن عابدين ج ٢ باب
النسكاح .

(٢) الأحزاب — ٥٠

(٣) أصل هذا الحديث أن امرأة جاءت إلى رسول الله تعرض نفسها عليه للزواج
فأعرض عنها الرسول : فقال رجل من الجالسين إن لم يكن بك حاجة إليها فزوجنيها
يا رسول الله . فقال له الرسول : هل عندك مال تدفعه لها . فقال الرجل ليس عندي
إلا أزارى هذا . فقال له : هل عندك غيره فقال لا . فقال له : التمس ولو خاتماً من حديد
فذهب الرجل ورجع فقال : ولا خاتماً من حديد ، فقال له رسول الله : ماذا تحفظ من
القرآن ، فقال الرجل سورة كذا وكذا وعد سورة ، فقال الرسول : عليها شيئاً من
القرآن . ثم قال : « ملكتها بما معك من القرآن » .

كل ذلك يدل على أن الزواج يصح بكل لفظ يفيد التملك للعين في الحال
فما الفرق بين لفظ البيع والصدقة وبين لفظ التملك في إفادة الملك متى ذكر
معه المهر المختص بعقد الزواج ؟ ١٩ .

والفقهاء — مع اختلافهم هذا — متفقون على أنه لا ينعقد بالفاظ
الإعارة ، والإباحة ، والإحلال ، والإجارة ، والوصية ، لأن هذه الألفاظ
بعيدة عن معنى الزواج فلا تدل عليه .

ثم إنهم تكلموا عن الصيغة من ناحية أخرى ، وهي بأى الأفعال تكون
أبالماضى ، أم بالمضارع والأمر ؟ .

ذلك لأن هذه الأفعال تختلف في دلالاتها ، فالماضى يدل على حصول الحدث
قطعا من غير احتمال ، أما الأمر والمضارع فيدلان على حصول الحدث في الحال
والاستقبال ففيهما احتمال الوعد والمساومة .

من أجل هذا اتفقوا على انعقاد العقد بالفعل الماضى ، لأنه أدل على المراد من
غيره ، وليس معنى هذا أنه وضع لإنشاء العقد ، بل المراد أن الناس من حين
تعاقدوا استعملوه ، فلما جاء الإسلام أقرهم على ذلك ، والناس حينما يتبايعون
يقولون : بعث ، واشتريت ، ورهنتك ، وزوجتك ، ووهبتك ، وأعرتك
بأسلوب الماضى .

وأما غيره من الأفعال فينعقد العقد بها إذا وجدت قرينة تنفي احتمال
العدة والمساومة . مثل زوجنى بمهر كذا . فيقول الآخر : زوجتك ، ومثل قول
الرجل للمرأة : تزوجينى نفسك بمهر قدره كذا ، فتقول له : زوجتك
نفسى .. الخ .

والجملية الإسمية تصلح لذلك أيضاً على الأصح ، فإذا قال شخص لآخر :
أنا بائع لك كذا ، أو أنا واهب لك كذا ، فقال الآخر : أنا قابل ، انعقد ،
وكذلك حرف الجواب ، كنعم في مثل قول القائل : بعتى هذا الشيء بكذا ،
فيقول الآخر : نعم .

وأما الكتابة : فينعقد بها العقد بشرط أن تكون مستتينة (١) بأن تبقى صورتها بعد الانتهاء منها ، وأن يقرأ كل من المتعاقدين ما كتبه الآخر ويفهمه ، فإذا كتب أحد المتبايعين كلمة الإيجاب . بعث لك هذا الشيء بعشرين قرشاً ، فكتب الآخر قبلت ، وكانت الكتابة مستتينة ، وقرأها كل من المتعاقدين وفهما فإنها ينعقد عقد البيع حينئذ ، كما لو تلفظا بهاتين العبارتين ، وأما لو كانت الكتابة غير مستتينة ، كما لو كتب على الماء ، أو في الهواء ، أو كانت باقية ، ولكن أحدهما لم يقرأ ما كتبه الآخر ، أو قرأه ولم يفهمه ، ولكنه كتب كلاماً يدل على أحد ركني العقد ، ففي هذه الصورة لا ينعقد العقد لا ختلال شرط من شروط الانعقاد .

ثم إن الكتابة معتبرة بأي لغة كانت مادامت مفهومة ، ولا يشترط في الانعقاد بها عجز العاقدين عن النطق ، بل يصح وإن كانا قادرين عليه ، وهذا الحكم يسرى في كل العقود ما عدا الزواج في حال اجتماع الطرفين في مكان واحد ، فإنه لا ينعقد العقد بالكتابة منها إلا إذا كانا عاجزين عن النطق . والسبب في ذلك . أن عقد الزواج يشترط في صحته حضور الشهود وسماعهما كلام الزوجين ، وهذا لا يتيسر في الكتابة ، ولأن عقد الزواج أساسه العلنية دون السرية ، وبالكتابة يكون سراً ، والرسول قد أمر بإعلانه بقوله : « أعلنوا هذا النكاح » .

وأما إذا كانا غير مجتمعين بأن كان أحدهما في بلد والآخر في بلد آخر فيتعذر الانعقاد بالكلام ، فيكون كحالة العجز عن النطق ، وحينئذ يصح الانعقاد بالكتابة كأن يكتب أحد الراغبين رغبته في كتاب ويقول : زوجيني بنفسك بمهر قدره كذا ، ثم يرسله إلى الطرف الآخر ، فإذا وصله وقبل في مجلسه « مجلس قراءة الكتاب » انعقد العقد ، ويكون هذا أمام شاهدين .

(١) راجع تبين الحقائق للزيلعي ، وحاشية الشلبي عليه ج ٦ ص ٢١٨ في بحث مسائل شتى .

يقرأ عليهما الكتاب الذي فيه الإيجاب ، ثم يقبل بكلام مسموع لها ، فلو قام من غير أن يقبل انتهى الإيجاب ، حتى إذا قبل بعد ذلك لا ينعقد العقد .

ولكن بعض الفقهاء توسع في هذا واعتبر بقاء الإيجاب مرتبطاً بوجود الكتاب نفسه ، فإدام الكتاب موجوداً مع المرسل إليه له أن يقبل في أى وقت ولا يتقيد بالمجلس ولكن الراجح هو الرأى الأول . (١)

ومثل إرسال الكتاب إرسال الرسول لتبليغ الإيجاب ، ومجلس التبليغ هو مجلس العقد فيجب أن يقبل فيه .

وأما الإشارة : فلا تخلو إما أن تكون من القادر على الكلام أو من العاجز عنه كالآخرس مثلاً ، والعاجز إما أن يكون يحسن الكتابة أو لا يحسنها حالات ثلاث يختلف الحكم فيها .

الحالة الأولى : إذا كانت من القادر على الكلام فلا ينعقد بها العقد عند جمهور الفقهاء ، لأن الأصل في التعبير عن الإرادة يكون بالكلام ولا يلجأ إلى غيره إلا عند العجز .

ولكن المالكية يخالفون في ذلك ، ويقررون أن الإشارة المفهومة معتبرة في العقود ، لأن المقصود هو ، التعبير عن الإرادة بما يدل عليها والإشارة المفهومة تدل على ذلك ، بل إنها أولى في الدلالة من الفعل الذي ينعقد به العقد بخلاف إلا في التفصيل ، : على أن الإشارة سماها القرآن كلاماً في قصة زكريا عليه السلام في قوله تعالى : **قال رب اجعل لى آية . قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا ، (٢)** والرمز الإشارة ، ولكنهم استثنوا من ذلك عقد

(١) وفي هذا يقول صاحب الهداية من الحنفية ، والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوع الكتابة وأداء الرسالة داه .
(٢) آل عمران - ٤١ .

الزواج ، فقالوا : إنه لا ينعقد بالإشارة في تلك الحالة ، لخطورته وما يترتب عليه من آثار في غاية الأهمية .

والقانون المدني الجديد يوافق ما ذهب إليه المالكية فيقرر في المادة (٩٠) التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقته المقصودة .

المادة الثانية : إذا كانت من الأخرس الذي ولد ومعه هذه الآفة (١) وكان عاجزاً عن الكتابة فإن عقده ينعقد بها بلا خلاف بين الفقهاء بشرط أن تكون مفهومة ، فإن كانت غير مفهومة اعتبرت لغواً .

الحالة الثالثة : إذا كانت من العاجز الذي يحسن الكتابة ففي مذهب الحنفية روايتان .

إحداهما تقرر أنها تعتبر ، لأنه عند العجز عن الكلام ينتقل إلى ما يقوم مقامه ، والإشارة والكتابة في ذلك سواء .

والرواية الأخرى تقول : إن الكتابة أبلغ في الدلالة من الإشارة ، لأن الكتابة يعرفها كل من يقرأ ، بخلاف الإشارة فإنه لا يعرفها كل واحد ، على أن دلالتها فيها اشتباه ، فكانت الكتابة أقوى من الإشارة . وعند اجتماع الدلائل يقدم الأقوى ، وعلى هذه الرواية سارت المحاكم .

التماخر بالأفعال : لا خلاف بين الفقهاء في أن الزواج لا ينعقد بالأفعال الدالة على الرضا ، كإعطاء المهر مثلاً ، فلو أعطى رجل امرأة مبلغاً من المال على أنه مهر بقصد الزواج المتفق عليه بينهما قبل ذلك ، فتابعته المرأة

(١) قيدنا بذلك لأن الأخرس الطارئ بسبب المرض مثلاً يختلف في اعتبار الإشارة من صاحبه ، فقليل تعتبر كالأخرس الأصلي ، وقليل لا تعتبر إلا إذا يشبها من عودة النطق إليه وهو رأى الحنفية .

من غير أن يتلفظا بعقد ، وعاشا معاً كالأزواج ، كان ذلك مجرد تراض على المعاشرة والاستمتاع ، ولا يكفي في تمييز الزواج عن السفاح .

ذلك لأن عقد الزواج له خطورته لما يترتب عليه من الآثار ، وأنه وارد على المرأة وهي حرة لم تبج إلا للضرورة (١) ، حفظاً لكرامتها وصوناً لها عن الابتذال لم يسمح حلها بفعل يدل على ذلك ، بل لابد من القول حتى يسمع شهود العقد ليتحقق الإعلان المأمور به .

ثم إن الناس تعارفوا التعاقد بالفعل في غير الزواج على مر الزمان ، ولم يحدث أن عقدوا زواجا بالأفعال ؛ وألحق الشافعي بالزواج الطلاق والخلع والرجعة فلم يحوئها إلا بالقول ، وأما بقية العقود فقد اختلفت اجتهادات الفقهاء فيها على ثلاثة آراء .

الأول : أنها لا تعقد بالأفعال ، لعدم قوة دلالتها على التعاقد ، لأن الأصل في العقود أن تكون بالألفاظ لوضوح دلالتها ، لأن الناس يعبرون بها عن أغراضهم ولم يعدل عنها إلى غيرها إلا في مواضع الحاجة ، كالإشارة بالنسبة للأخرس ، أو الكتابة لأنها قائمة مقام الكلام ، ولأنها تنحل إلى الفاظ عند قراءتها ، وليس فيها احتمال ، أما الأفعال فإنها تختلف باختلاف الناس ، وتحتمل غير المراد من العقد ، فلا يعقد بها أى عقد .

هذا ما ذهب إليه الشافعي وأحمد في رواية عنه .

ولما في هذا القول من الحرج ذهب بعض المتأخرين من الشافعية إلى أنه

(١) ولذلك قيل في القواعد : إن الإباحة والبذل إنما يجريان في الأموال لا في المتعة ، البدائع ج ٦ ص ٢٢٧ .

يصح فيما تعارفه الناس ، ومنهم من صححه في الأمور التافهة لا النفيسة (١) .

الثاني : أنها تعقد بالأفعال فيما تعارفه الناس سواء كان حقيراً ، أو نفيساً ، لأنه بعد التعارف واعتياد الناس له يصير أداة ظاهرة في التعبير عن الإرادة . .

ومن هذا النوع ركوب السيارات المعدة لنقل الركاب بالآجر ، والقطارات ، وحياكة الثياب ، وشراء الصحف والمجلات ، والأشياء المحددة الأثمان بدفع الثمن وأخذ المبيع ، والتصدق ، وهذا مذهب الحنفية ورواية عن أحمد ، وإليه مال بعض الشافعية كما سبق فإن من قال منهم يجوز في الحقير دون النفيس قاله بناء على جريان العرف بذلك .

ثم إن الحنفية صححوه بشرط أن يكون ثمن المبيع معلوماً علماً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية إلى النزاع وإلأفسد العقد ، ولا يلزم لانعقاد العقد أن يكون التعاطى من الجانبين على رأى محمد ، وعليه الفتوى ، بل يكفي أن يكون من جانب واحد ، فإذا أخذ البائع الثمن ، ولم يعط المبيع ، أو أخذ المشتري المبيع ، ولم يعط الثمن صح البيع ولزم حتى ولو تغير الثمن (٢) .

الثالث : إنها تنعقد بالأفعال متى كانت الفعل واضح الدلالة في جميع العقود ماعدا الزواج ، سواء جرى به العرف أولاً ، وهو ظاهر مذهب أحمد

(١) راجع نهاية المحتاج ص ٤ ج ٣ ، وبهذا قال الكرخي من الحنفية ، كما في الدر المختار أول باب البيع . .

(٢) راجع رد المختار لابن عابدين ص ١٥ وما بعدها ج ٤

ابن حنبل ، ومذهب مالك (١) .

وينعقد بالفعل سراء كان من الجانبين أو من جانب واحد ، كما في المذهب السابق إلا أنه لا يكون لازماً (٢) إذا كان من جانب واحد حتى يوجد القبض من الجانب الآخر فيلزم .

ووجه هذا الرأي . أن الشارع لم يجعل للعقود رسماً خاصاً توجد عليه ، وإنما جعل الأساس في إنشائها هو التراضي ، والتراضي أمر باطن لا يظهر لنا إلا بما يدل عليه ، فشكل ما دل على وجود التراضي فهو معتبر في نظر الشارع ، والأفعال الواضحة لا تقل عن غيرها في الدلالة ، ولا أدل على ذلك من تعاقد الناس بالأفعال من عصر النبوة وما بعده من العصور ، على أن الكلام والإشارة والكتابة التي أجازوا بها التعاقد بالاتفاق ما هي إلا أفعال في حقيقةها ، فواجه إجازة التعاقد إذا بيعت الأفعال دون البعض الآخر ؟ لا شيء إلا أنه تحكيم لا أساس له في شرع الله .

ونحن إذا نظرنا إلى هذه الآراء على ضوء ما هو مقرر في شريعة الله من أنها جاءت بما يحقق مصالح الناس من غير إيقاعهم في حرج ، أو عنت نستطيع

(١) جاء في كتاب الفروق للقرافي ج ٣ ص ١٤٣ وما بعدها ، في الفرق - ١٥٧ - بين قاعدة البيع توسع العلماء فيه حتى جوز مالك البيع بالمطاعة وهي الأفعال دون شيء من الأقوال وزاد على ذلك حتى قال : كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع ، وقاعدة النكاح . وقع التشديد فيها في اشتراط الصيغ حتى لا أعلم أنه وجد لما لك القول بالمطاعة فيه ألينة بل لا بد من لفظ) . راجع هذا الفرق فإنه بين فيه السبب في أن عقد الزواج لا يصح بالأفعال أجلى بيان .

(٢) ويترتب على ذلك أن الشخص لو اشترى طعاماً معلوم الثمن بالتعاطي ولم يدفع ثمنه جازله أن يأكله لصحة العقد وجاز له أن يردده ويأخذ بدله ، وليس فيه بيع طعام بطعام نسيئته ، لأن العقد ، ينحل قبل القبض من الجانبين .

أن نقول إن أرجح هذه الآراء هو الرأي الثالث ، لأنه يتفق والحياة العملية لما فيه من يسر وتيسير .

والتشريع الوضعى يوافق هذا رأى جاء ذلك صريحا فى المادة - ٩٠ من القانون المدنى الجديد ، ونصها :

- ١ - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على حقيقة المقصود .
- ٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا .

ويقول الدكتور السهورى فى وسيطه (١) عند هذا الموضوع : ويكون التعبير الصريح أخيرا باتخاذ أى موقف آخر لاتدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على حقيقة المقصود ، فعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحا ، ووقوف عربات الركوب ونحوها فى الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور ، ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل كميزان أو آلة لبيع الحلوى أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحا .

العقد بين نية العاقد وإرادته

أو بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة

عرفنا بما تقدم أن العقد لا يوجد إلا إذا وجدت إرادتان . إرادة باطنة تسمى عند الفقهاء بالنية ، وإرادة ظاهرة ، وهى المسماة بالصيغة ، والأولى هى

(١) ص ١٧٦ وما بعدها .

الأصل ، ووظيفتها التوجيه للظاهر والثانية دالة على الأولى ، ووظيفتها إبراز ما في النفس ، فهي المؤثر الظاهر في وجود العقد في الخارج .

على هذا لا يكون لوجود إحداهما منفردة أثر في وجود العقد وترتب آثاره عليه فلو عزم شخص في نفسه على بيع ماله ، أو إجارته ، أو رهنه من غير أن يوجد منه ما يدل على ذلك لا يكون عزمه هذا إيجاباً من جانبه .

ولو عزم رجل على الزواج من امرأة معينة ، وعزمت هي على ذلك ، فلا زواج بينهما ما لم يوجد منهما ما يظهر هذا العزم .

وإذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها فلا تفيد شيئاً ، كما إذا صدرت العبارة من ليس له إرادة كصبي غير مميز ، أو نائم ، أو مجنون ، لأن الإرادة الظاهرة ما هي إلا دليل معبر عما في النفس ، فإذا لم توجد إرادة باطنة لا تكون هذه دالة ، وعند انتفاء دلالتها ينتفي عملها .

هذا بما لا نزاع فيه بين الفقهاء ، وكما اتفقوا على ذلك اتفقوا على أنه يوجد العقد وترتب عليه الآثار إذا وجدت الإرادتان متوافقتين ، وإنما الخلاف بينهم فيما إذا وجدت أو كان في إحداهما خلل ، أو لا توافق بينهما ، ففي هذه الحالة : هل يعول على الباطنة ، أو الظاهرة ، وقبل تفصيل ذلك يحسن بنا أن نبين ما تتحقق به الإرادة الباطنة ، أو الأساس الذي تقوم عليه ، بعد أن عرفنا في البحث السابق ، ما تتحقق به الإرادة الظاهرة .

وقد اتفق الفقهاء على أنها تتحقق بالرضا والاختيار ، ولكنهم اختلفوا في أنهما شيء واحد ، أو متغايران ، وبعبارة أخرى . هل هما متلازمان ، إذا وجد أحدهما يوجد الآخر أو لا ؟

فالحنفية يذهبون إلى تغايرهما (١) ، وعدم التلازم بينهما من الجانبين ، فيعرفون

(١) يدل على ذلك كلامهم في بحث عوارض الأهلية علم الأصول .

الاختيار : بأنه القصد إلى التلفظ بالعبرة المنشئة للعقد ، على أنها سبب غادى له ، ووسيلة شرعية إليه ، وإن لم تكن له رغبة في إنشائه وترتب آثاره عليه . والرضا ، هو الرغبة في آثار العقد عند التلفظ بما يدل على إنشائه .

إذا يكون القصد من العاقد ، إما أن يتوجه إلى التلفظ بالعبرة الموضوعة لإنشاء العقد فقط ، وإما أن يتوجه إليها وإلى ما يترتب عليها من آثار ، وهذا ما يفسر به كلام صاحب كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام حينما عرف (١) الرضا : بأنه امتلاء الاختيار ، أى بلوغه غايته بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ، ونحوها ، وذلك لأن القصد إلى العبرة وآثارها قصد كامل ، أو اختيار كامل ، وأما القصد إلى العبرة وحدها فهو قصد ناقص .

وحينئذ يكون وجود الرضا مستلزماً لوجود الاختيار ، ولا يلزم من وجود الاختيار وجود الرضا .

وبناء على هذا يكون الهزل في العقد غير راض به لعدم رغبته في الآثار المترتبة عليه ، ومثله المكروه في أغلب صور الإكراه ، ولكنهما مختاران

== يقول صاحب كشف الأسرار الكبير في شرحه لأصول فخر الإسلام ج ٤ ص ١٣٧٧ عند الكلام على الهزل ، وإنما جمع بين الرضا والاختيار لأن الاختيار قد ينفك عن الرضا . كما في مسائل الإكراه .

وفي فصل الإكراه يقول فخر الإسلام في ج ٤ ص ١٥٠٢ والإكراه أنواع ثلاثة . نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجئ . ، ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجئ . ، ونوع آخر لا يعدم الرضا .

ومثل ذلك أيضاً في كشف الأسرار الصغير شرح المنار ج ٢ ص ٣٠٧ وما بعدها (١) ج ٤ ص ١٥٠٢ ، ويقول النسفى في شرح المنار ج ٢ ص ٣٠٦ : (والرضا عبارة من امتلاء الاختيار حتى يفضى إلى الظاهر ويرى أثر السرور في وجهه) اهـ .

لقصدهما العبارة والتلفظ بها ، أما اختيار الهازل فظاهر ، وأما المكره فلأنه عرف الشرين ، واختيار أهونهما وهذا آية القصد والاختيار .

ويكون النائم والمجنون ، والصبي غير المميز والملقن للعبارة من غير فهم لمعناها لا اختيار لهم ولا رضا ، حيث لم يوجد منهم قصد ، لا إلى العبارة ولا إلى آثارها .

من أجل ذلك قالوا : إنه يوجد انعقاد وارتباط بين الإيجاب والقبول وإن لم يكن العقد سليماً من العيوب ، فالمنعقد السليم من العيوب صحيح ، والمنعقد غير السليم فاسد ، وغير المنعقد باطل .

وغير الحنفية يقولون : إن الرضا والاختيار متلازمان لا يوجد أحدهما بدون الآخر ، فالقصد إلى العبارة وحدها لا يسمى عندهم اختياراً ، بل الاختيار هو القصد إلى العبارة المنشئة للعقد بحيث تكون العبارة دالة على ما في النفس من رغبتها في آثار العقد ، وهو عين الرضا .

وبناء على ذلك لا يكون للهازل والمكره رضا ولا اختيار ، كالصبي والمجنون وأشباههما ، وإن كان الشافعية في أحد القولين عندهم يذهبون إلى أن الهازل مختار في التلفظ بالعبارة قاصداً إلى إنشاء العقد بها ، وهذا دليل رضاه وقصده الباطن فيعامل بذلك ، ولا يلتفت إلى دعواه الهزل لأن فتح هذا الباب يجعل المعاملات غير مستقرة بين الناس .

من أجل ذلك قسموا العقود إلى قسمين صحيح وغير صحيح ، ولا ثالث لهما ، فالارتباط بين الإيجاب والقبول لا يوجد إلا إذا كان العقد سليماً من العيوب ، فالمنعقد هو السليم من العيوب وهو الصحيح ، وغير السليم ليس منعقداً ولا صحيحاً ، بل هو باطل أو فاسد على حد سواء .

ولنعد إلى أصل الموضوع فنقول .

إذا لم يصدر من الشخص عبارة ، أو ما يقوم مقامها من إشارة أو كتابة لا يوجد عقد ، لأن الحكم بوجوده تابع لوجود صورته في الخارج ولم توجد .

وإذا صدرت منه العبارة فلا يخلو . إما أن يكون مع قصد النطق بها ، أو صدرت بدون قصد ، وفي حالة القصد . إما أن يكون فاهما لمعناها ، وما تدل عليه ، أو لا يكون ، فإن كان يفهم معناها ، فيما أن يقصد بها غرضاً آخر غير إنشاء العقد ، أو يقصد بها إنشاء العقد .

وفي الحالة الأولى . إما أن يكون ذلك الغرض متحققاً بدون التظاهر بإنشاء العقد ، أو لا يمكن تحقيقه إلا مع التظاهر بإنشائه ، وفي الحالة الثانية إما أن يقصد ترتيب أثر العقد الشرعي عليه ، أو يقصد أثراً آخر .
فيتلخص من ذلك الصور الآتية .

١ - صدرت العبارة من غير قصد النطق بها كعبارة النائم والمجنون والصبي الذي لا يميز والسكران ، والغامض عليه .

٢ - صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها لكن من غير فهم لما تدل عليه ، كما إذا لقن شخص عبارة بلغة أخرى غير لغته لا يفهم لها معنى .

٣ - صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها وفهم معناها ، ولكنه أراد بها غرضاً آخر لا يحتاج هذا الغرض في تحقيقه إلى التظاهر بإنشاء العقد ، كما إذا ردد شخص عبارة تدل على إنشاء عقد من العقود بقصد حفظها ، أو الإخبار بها عما حصل في الزمن الماضي أو التعليم ، أو التمثيل ، أو غير ذلك من الأغراض .

٤ - صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها والفهم لمعناها لكنه قصد بها تحقيق غرض آخر غير إنشاء العقد ، وهذا الغرض لا يتحقق إلا مع التظاهر بإنشاء العقد ؛ كعبارة الهزل ، والمكروه ، فإن الهزل صدرت منه العبارة باختياره لغرض الهزل وهذا الغرض لا يتحقق إلا مع التظاهر بإنشاء العقد ،

وذلك الاستهزاء والمكره صدرت منه العبارة لغرض دفع الأذى عن نفسه، وهذا الغرض لا يكون إلا مع التظاهر بإنشاء العقد .

٥ - صدرت مع قصد التلفظ والفهم لمعناها وقصد بها إنشاء العقد ، ومارتبته الشارع عليه من الآثار .

٦ - صدرت مع قصد التلفظ والفهم لمعناها ، وقصد بها إنشاء العقد ، لكن لتحقيق غرض لم يكن مقصوداً من شرع العقد .

أم طام هذه الصور : أما الصورة الأولى : فالعبارة لاغية لا يترتب عليها شيء باتفاق الفقهاء ، ولم يختلفوا إلا في عبارة السكران ، فمن الفقهاء من يرى أنها لاغية لافرق بينها وبين عبارة المجنون والنائم سواء كان السكر بمحرم ، أو بسبب مباح .

ومن ذهب إلى هذا الرأي . الإمام أحمد ، وبعض فقهاء المالكية ، وبعض الحنفية كالكرخي ومحمد بن مسلمة .

وعلى هذا الرأي تسير المحاكم في طلاق السكران كما ورد في المرسوم (١) بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .

ووجه هذا الرأي . أن صحة التصرف تناط بالقصد الصحيح ، والسكران ليس عنده ذلك ، بل هو أسوأ حالا من النائم ، لأنه إذا أوقف يستيقظ بخلاف السكران .

وذهب الجمهور إلى التفرقة بين السكر بمحرم ، والسكر بمباح ، فقالوا : إذا كان السكر بمباح لا تعتبر عبارته ، لعدم تحقق القصد منه ، والعقود لا تنشأ وتترتب عليها آثارها بدون القصد إليها ، وأما إذا كان السكر بمحرم فتعتبر عبارته في جميع العقود ، وتترتب عليها آثارها ، فيصح نكاحه ويقع طلاقه .

(١) فادته الأولى تقول : « لا يقع طلاق السكران والمكره » .

وذلك لأنه مخاطب حال سكره في قوله تعالى ، « لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى » ، ولأنه تسبب في زوال عقله بسبب محذور ، وهو مختار فيه فاعتبر عقله باقياً حكماً زجراً له ، ولهذا قالوا : إنه لو أكره على الشرب ، أو كان مضطراً إليه لإساعة اللقمة لا يقع طلاقه (١) .

ولسكننا نقول : إن إلزامه بما تدل عليه عبارته على سبيل العقوبة غير مستقيم لأمرين أولهما : إنه وضع عقوبة لم يجعلها الشارع ، لأنه حدد له جزاء خاصاً ، وهو الجلد . وثانيهما : إنه لا يكون عقوبة وزجراً إلا إذا كان أثر العقد ضاراً له كالطلاق مثلاً ، أو البيع بالغين ، وأما إذا كان نافعاً له أو ليس فيه ضرر فلا زجر فيه ، فالأولى أن تلغى عبارته ولا ترتب عليها أى أثر .

وهناك حالة تشبه هذه الحالة ، وهى ما إذا نطق الشخص بالعبرة خطأ أو نسياناً ، ولذلك ألحقها الشافعية بها فى حكمها ، وقالوا : إن عبارته لا يترتب عليها أى أثر لانعدام القصد ، فالشخص الذى قصد إلى النطق بعبرة « بعت كذا » فسبق لسانه من غير قصد إلى لفظ « أنت طالق » ، لم يقصد طلاقاً ، وإنما قصد البيع ، فيجب ألا يؤخذ بما لم يقصده (٢) ، ويوافق الشافعية فى هذا المالكية والحنابلة ، مستدلين بحديث « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » . وخالفهم الحنفية (٣) فى هذا وقالوا : إن عبارة المخطئ والناسى يترتب عليها

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٤٠ وما بعدها .

(٢) وكذلك الشخص الذى يتكلم بعبرة تدل على إنشاء التزام غافلاً عن معناها ظاناً أنها تدل على معنى آخر يريد عند التسكلم ، فالفرق بينه وبين المخطئ أن المخطئ أخطأ فى النطق فتلفظ بلفظ بينما قصد النطق بغيره ، والغافل أو الناسى ، لم يخطئ فى التلفظ ، وإنما أخطأ فى معنى اللفظ ، فهو يظن أنه يدل على معنى ونطق به قاصداً هذا المعنى ، ولكن تبين أنه غافل عن معناه لأنه يدل على معنى آخر .

(٣) راجع البحر الرائق ص ٣٦٣ ح ٣ فى باب الطلاق .

آثارها ، لأن العبرة في وجود العقد بمظهره الخارجى ، وقد تحقق من شخص
عنده أهلية لإنشائه والإرادة أمر خفى لا اطلاع لنا عليه ، فلو قبلنا دعوى الخطأ
والنسيان في هذه التصرفات لتزلزلت المعاملات ، ولما استقرت ، حيث يسهل
على كل من يريد نقضها أن يدعى أنه أخطأ ، أو كان غافلاً عن معناها .

ونستطيع أن نأخذ رأياً وسطاً بين الرأيين يوافق الحديث السابق ، ويحفظ
على المعاملات استقرارها . وهو أن نلغى عبارته في حالة ما إذا كان المقام يؤيد
الخطأ أو الغفلة ، كما إذا كان الرجل يساوم زوجته على بيع شيء من ماله لها ،
فقال لها : أنت طالق بدلا من أن يقول بعت .

أو كان الشخص مبتدئاً في تعلم اللغة فنطق بلفظ يظن أنه دال على إنشاء
التزام وهو يدل على غيره ، فإذا قال الأول أخطأت ، وقال الثانى غفلت عن
معناه الحقيقي ولم أقصده صدق في ذلك ، وأما إذا كانت القرائن دالة على قصد
العقد ، أو لم يوجد دليل على دعوى الخطأ فإن عبارته تعتبر ويترتب عليها
آثارها ، لأن تصديقه في هذه الحالة يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات .

وأما الصورة الثمانية : فلا يترتب على عبارته شيء في كل العقود ، لأن
عدم الفهم ينفي القصد وهو أساس الرضا .
وخالف بعض فقهاء الحنفية (١) فقالوا : إنه ملزم بأثر عبارته في التصرفات
التي يتساوى فيها الهزل والجد ، وهى النكاح والطلاق والرجعة والإعتاق
واليمين . معلنين ذلك : بأن الفهم لمضمون اللفظ شرط لأجل القصد ، وهذه
التصرفات لا يشترط فيها القصد ، فلا يشترط فيمن نطق بما يدل عليها أن
يكون فاهماً لمعناها .

(١) راجع فتح القدير ج ٢ باب النكاح ، ورد المختار في باب النكاح أيضاً

ص ٥٨٤ ج ٢

ولا يخفى أن هذا القول فيه مغالاة ، لأن عدم اشتراط القصد في هذه التصرفات إنما يأتي بعد فهم المعنى ، ولا يعقل أن يرتب الشارع أحكاماً على عبارات مهمة غير مفهومة المعنى .

وأما الصورة الثالثة : فهذه لا يترتب على العبارة أى أثر من آثار العقد باتفاق الفقهاء لافرق بين عقد وعقد ، فمن يقرأ في كتاب فيه عبارات تدل على إنشاء العقود ، فأخذ يردد هذه العبارات بقصد حفظها فإنه لا يكون ملزماً بها حتى ولو كان معه شخص آخر وأجابه عند سماع كلامه بما يفيد القبول ، وكذلك من ينطق بهذه العبارات بقصد تعليمها لغيره .

ومن هذا النوع عبارات الممثلين ، فإذا قال الرجل في هذه الحالة لامرأة : زوجيني نفسك فقلت . زوجتك نفسي ، فهما يقصدان التللفظ بالعبارة مع فهم معناها ، ولكنهما لم يقصدا إنشاء العقد ، بل قصدا غرضاً آخر وهو التمثيل وحكاية أقوال أشخاص القصة التي يحاكيها (١) .

أما الصورة الرابعة : وهى التى قصد فيها المتكلم إلى غرض آخر ، وهذا الغرض لا يتحقق إلا إذا تظاهر بإنشاء العقد ، كأن يقصد بالعبارة الهزل أو الاستهزاء أو يقصد دفع الأذى عن نفسه كما في حالة الإكراه .
ففي حالة الهزل والاستهزاء نجد الشخص نطق بالعبارة الموضوعية لإنشاء العقد مع فهمه لمعناها ، ولكنه لم يرض بترتب آثارها عليها ، بل تظاهرياً بإنشاء العقد ليحقق غرضه الذى قصده من الهزل والاستهزاء .

(١) روى أن امرأة قالت لزوجها سمى ونادنى بما تسمى ، فسمها ظبية ونادها بذلك ، فقالت له ما قلت شيئاً ، فقال لها هات ما أسميك به ، فقالت سمى خلية طالق ، فقال لها وأنت خلية طالق ، فأتت عمر بن الخطاب فقالت : إن زوجى قد طلقنى ، فأرسل إليه فجاء فقص عليه القصة فأوجع عمر رأسها ، وقال لزوجها خذها بيدها وأوجع رأسها .

لذلك ذهب بعض المالكية إلى أنها لا يترتب عليها أى أثر فى كل العقود
لا فرق بين عقد وعقد ، لأن القرائن دالة على عدم إرادة إنشاء العقد ، والإرادة
أساس العقود فإذا انتفت انتفى العقد .

وعلى عكس هذا القول نجد الشافعية يذهبون إلى عكسه فى القول الراجح (١)
عندهم ، فيقولون أن عبارات الهزل وأمثاله صالحة لإنشاء العقود ، وترتب
الآثار عليها ، ولا يلتفت إلى دعوى الهزل وغيره ، ولأن سبب الهزل إن كان
سابقاً على العقد بأن اتفق العاقدان على ذلك يكون بمنزلة الشرط السابق على
العقد ، وهذا الشرط لا يؤثر فى العقد عندهم .

والجمهور من الحنفية والحنابلة وأكثر المالكية يذهبون إلى التفصيل بين
التصرفات الخمسة التى سوى الشارع فيها بين الجد والهزل ، وهى النكاح والطلاق
والرجعة والإعتاق واليمين ، وبين غيرها من العقود والتصرفات ، فصححوا
عبارة الهزل فى النوع الأول ورتبوا عليها الآثار استناداً إلى حديث « ثلاث
جدهن جد وهزلن جد النكاح والطلاق والعتاق » ، وفى بعض الروايات
الرجعة ، وفى بعضها اليمين ، ولأن هذه التصرفات حق الله وهو ليس موضعاً
للهزل والاستهزاء .

وأما النوع الثانى وهو عقود المبادلات المالية ؛ والعقود التى موضوعها
المال كالهبة والعارية ، والوديعة ، فإنهم لم يربنوا الآثار لعدم تحقق الرضا
الذى تقوم عليه الإرادة .

ومع هذا الاتفاق على أن العبارة غير صالحة لترتب الآثار عليها نجد
مختلفين فيها من ناحية أخرى ، فغير الحنفية يعتبرونها عبارة فاسدة غير صالحة
لإنشاء العقود ، والعقد لم ينعقد بها ، وعلى هذا الورضى بالعقد وآثاره بعد ذلك
لا ينعقد العقد صحيحاً لأن الباطل لا يلحقه تصحيح .

(١) راجع المجموع شرح المذهب باب البيع .

والخفية يقولون : إن العبارة في حد ذاتها صحيحة صالحة لإنشاء العقد ، ولولا فوات الرضا لترتبت الآثار عليها ، فالعقد انعقد بها ، ولكنه فسد لفوات الرضا الذي هو عماد صحة العقود ، وعلى هذا لو رضى بعد ذلك بهذا العقد في المدة المقررة ، وهي ثلاثة أيام كما يقول أبو حنيفة صح العقد ، لأن فسادها كان من جهة الخلل في الرضا ، فيرتفع هذا الفساد بوجود الرضا .

ومن صور الهزل أن يتفق شخصان على أن يتظاهرا أحدهما ببيع ماله للآخر دفعاً لأذى ظالم هده في ماله ، ثم يعقد بناء على الاتفاق ، وهو المسمى في عرف الفقهاء ببيع التلجئة ، فعند الشافعي هذا صحيح تترتب عليه آثاره ، ولا عبرة بالاتفاق السابق .

والجمهور (١) يذهبون إلى عدم صحته ، لأنه ليس بيعاً حقيقة ، وإنما هو بيع صوري حيث جاء مجرداً عن الإرادة التي هي أساس العقود .

ومنها المواضعة على الزيادة في الثمن عند العقد مع الاتفاق على ثمن أقل منه لأجل منع الشفيع من أن يأخذ بالشفعة ، فالشافعي يعتبر الثمن الذي ذكر في العقد ، والجمهور يرون أن الثمن المتفق عليه سراً هو المعتمد .

ومنها التظاهر بالزيادة في المهر بعد الاتفاق سراً على مقدار المهر ، كما يفعل كثير من الناس طلباً لحسن السمعة بين الناس ، فإن كان المهر المتفق عليه مائة ،

(١) يلاحظ أن الحنابلة يحكمون ببطلان هذا البيع وإن لم يصرحاً في التعاقد بأنه تلجئة كما في كشف القناع ص ٥ ج ٢ فهم يكتفون بدلالة الحال ، ولكن الخفية يشترطون تقدم الاتفاق ، فإن لم يتقدم الاتفاق على التظاهر كان بيعاً صحيحاً ، ثم إن الإمام وصاحبيه متفقون على عدم صحته فيما إذا تقدم الاتفاق على التظاهر ، واتفق العاقدان على أنهما عقداه بناء على الاتفاق السابق ، كما اتفقوا على أنهما لو أعرضا عن الهزل حين العقد ، صح العقد وإن اختلفا أو لم تحضرهما نية فالإمام يرى صحته . والصاحبان يقولان بعدم صحته ، راجع شروح المنار في بحث الهزل ج ٢ .

ومهر العلانية مائتين وجب للزوجة المذكور عند العقد وهو المائتان عند الشافعي ، والجمهور (١) يوجبون مهر السر وهو المائة .

وفي حالة الإكراه، فإن الشخص قصد التلفظ بالعبارة مع فهمه لمعناها ولكنه لم يرض بما يترتب عليها من الآثار ، لأن الإكراه سواء كان ملجئاً أو غير ملجئ، معدم للرضا والملجئ مفسد للاختيار عند الحنفية ، وغير الملجئ لا يفسد ، لأن المكروه يستطيع أن يتحمل الأذى المهدد به بخلاف الملجئ فإنه لا يستطيع تحمل ما هددية (٢) .

إذا كان الإكراه معدوماً للرضا فتكون عبارة المكروه غير صحيحة ، فلا يترتب عليها أى أثر في جميع العقود التي . سواء منها العقود التي فيها حق الله ، أو غيرها عند جمهور الفقهاء « المسالكية والشافعية (٣) » والحنابلة « ودليلهم على ذلك » الحديث السابق : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، ولأن المكروه غير مختار في النطق بالعبارة ، بل هو مضطر إلى ذلك تحت سلطان التهديد ، فتكون لغواً ، وبهذا الرأي أخذ قانون الأحوال الشخصية في طلاق المكروه.

(١) في أعلام الموقعين ج ٢ ص ٨٧ وما بعدها . أن في مذهب الحنابلة اختلافاً في الروايات ، هل يؤخذ بمهر العلانية أو يؤخذ بمهر السر . فليراجع .

(٢) الإكراه الملجئ هو التهديد بقتل النفس أو باتلاف عضو ، أو باتلاف جميع المال أو بالضرب المبرح الذي لا يتحملة المكروه ويخشى منه التلف أو بالحبس الدائم أو بعمل مهين لشخص له جاه ومنزلة ، وغير الملجئ هو التهديد بما يوجبهما وغما بغير ما سبق ، والفقهاء كلام كثير ، وتفصيلات في جرد الإكراه . ومن يتحقق وشروطه ، وأنواعه ، والمؤثر منها وغير المؤثر يرجع إليه في كتب الأصول في بحث الإكراه في عوارض الأهلية وكتب الفقه في مواضع متفرقة

(٣) راجع مواهب الجليل على شرح مختصر خليل ج ٤ ص ٤٤ وما بعدها ، وكشاف القناع للحنابلة ص ١٤١ ج ٣) ونهاية المحتاج للشافعية .

ولكن الحنفية يذهبون في الإكراه مذهبهم في الهزل ، فقالوا : إنه مختار في التلفظ لأنه اختار أهون الشرين ، فيكون العقد منعقداً بهذه العبارة إلا أنه غير صحيح لعدم الرضا ، فيكون فاسداً (١) ، ويترتب على ذلك أنه إذا أبجازه ورضى به في المدة المقررة ، وهي ثلاثة أيام صح العقد وترتب عليه الأثر ، هذا في العقود المالية ، وما ألحق بها من العقود التي موضوعها المال .

وأما العقود الخمسة التي فيها حق لله فهي صحيحة من أول الأمر ، لأن الشارع جعل العبارة فيها عند القصد إليها قائمة مقام الإرادة بدليل أن الشارع اعتبرها صحيحة من المازل مع أنه قصد العبارة فقط ، ولم يقصد ترتب الأثر (٢) .

وأما الصورة الخامسة : وهي ما إذا قصد التلفظ بها مع فهم معناها وجعلها سلباً شرعياً لترتب الآثار التي رتبها الشارع فهي صحيحة بالاتفاق ، ويترتب عليها الأثر متى كانت مستوفية لشروطها . سواء كانت العبارة موضوعاً للدلالة

(١) يرى زفر من الحنفية أن العقد مع الإكراه غير فاسد ولكنه صحيح موقوف على إجازته بعد زوال الإكراه فإن أبجازه نفذ وإلا بطل ، يراجع البدائع ص ١٧٧ ج ٧ .

(٢) ويلاحظ أن مذهب الحنفية وإن استقام في غير العقود الخمسة بإثباته الخيار له بعد زوال الإكراه ، وهو كاف في رفع الضرر عنه الذي يلحقه من الإكراه لكنه لا يستقيم فيها إذ كيف يقع طلاق المرأة تحت التهديد بالقتل ، أو تصبح زوجته بعبارة صدرت كذلك ؟ !

وقولهم : إنه مختار لا يفيدهم لأن اختياره في الإكراه غير الملجئ . وإن كان سلباً إلا أنه في الملجئ غير سليم كما قرروه .

وقياسهم لمسكروه على المازل في إلزامه بهذه العقود الخمسة غير صحيح لوجود الفارق فالمازل أتى بما يستحق عليه العتوبة ، والمسكروه لم يأت بشيء من ذلك .

على إنشاء هذا العقد ، أو الالتزام ، أو لم تكن موضوعة لذلك إذا وجدت لذلك إذا وجدت معها قرينة على أنه أراد بها إنشاء هذا العقد ، كمن يستعمل لفظ الهبة بالثمن في إنشاء عقد البيع ، أو لفظ البيع مجاناً في إنشاء الهبة ، أو لفظ البيع للمنفعة في الإجارة ، أو لفظ الوصية في الوكالة مثلاً .

هذا باتفاق الفقهاء ولم يختلفوا إلا في عقد الزواج ، فإن الحنفية جعلوه كبقية العقود الأخرى : ينقذ بكل لفظ دل على تمليك العين في الحال متى وجدت قرينة تدل على أنه أراد به الزواج ، وخالفهم غيرهم فلم يصححوه إلا بالفاظ خاصة ، وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام على صيغة العقد .

وأما الصورة السادسة وهي ما إذا اتجهت إرادة العاقد إلى جعله وسيلة لتحقيق غرض آخر لم يقصده الشارع من تشريعه فإن كان ذلك الغرض مباحاً صح العقد بالاتفاق ، كمن يتزوج امرأة لتخدمه وهو مريض ، ولا شيء غير الخدمة فإن الخدمة فقط لم يشرع لها الزواج ، وإنما شرع لمقاصد أخرى .

وكمن يتزوج المرأة ليستعين بما لها أو بجاها في غير محرم ، فإن هذا المقصود مباح ، ولكن الزواج لم يوضع له شرعاً ، وإنما صح العقد في ذلك لأنه لا يتنافى مع مقاصد الزواج .

وأما إذا كان الغرض محظوراً كبسيع السلاح لأهل الفتنة ، لمن يقتل به ، أو لمن يبيعه للأعداء ، ومثل بيع العصير ممن يتخذه خمرأ ، والإجارة على حمل الخمر لمن يشربها ، وإجارة الدار لمن يتخذها نادياً للقمار ، وبيع الخشب لمن يتخذ منه آلات الملاهي وما شاكل ذلك .

فأبو حنيفة والشافعي يريان صحة هذا العقد ؛ لأن العبارة سليمة ، ولا عبرة لما خفي من النية غير الطيبة ، بل أمرها متروك إلى الله بحسب صاحبها عليها ووفيه جزاءه في الآخرة .

ولعل المشتري لا يستعمل ذلك الشيء في المحرم ، فمن اشترى السلاح ربما لا يقتل به ، ومن اشترى العصير أو العنب ربما لا يتخذ خمرأ ، ومن استأجر الدار ربما لا يتخذها للقمار الخ .

والمالكية يميلون إلى عدم الصحة مطلقاً بناء على مبدأ سد الذرائع المقرر عندهم ، فالشاطبي في موافقاته (١) بعد أن بين أن هذا النوع موضع خلاف في هل تقوم مظنة الشيء مقام نفس القصد إلى ذلك الشيء أولاً اختار المنع ، لأنه من باب سد الذرائع ، ثم قال : وبه أخذ مالك رضى الله عنه .

ويقول الخطاب (٢) : « يبيع العنب لمن يعصره خمرأ ويبيع ثياب الحرير لمن يلبسها غير جائز » .

وذهب أبو يوسف من الحنفية ، والإمام أحمد إلى أن هذا العقد وإذا ظهر معه هذا القصد السيء بقرينة من القرائن كان غير صحيح ، لأن العقد في هذه الحالة إعانة على معصية الله ، والعقود لم تشرع لذلك وإنما جعلت وسيلة إلى قضاء الحاجات المشروعة .

وأما إذا لم يتبين بالدليل هذا الغرض كما إذا كان المشتري مستور الحال ، أو كان هذا الغرض مشكوكاً فيه ، مثل ما إذا كان المشتري للعنب أو للعصير يصنع الخمر والخل ، والمشتري للخشب يصنع أدوات الملاهي وغيرها مما يباح الانتفاع به شرعاً ، ففي هذه الحالة لا يبطل العقد ويترتب عليه أثره .

وهذا تفصيل حسن يتفق مع حديث « إنما الأعمال بالنيات » ، والقاعدة الشرعية المصروفة بأن « الأمور بمقاصدها » .

يقول الإمام الشاطبي في موافقاته (٣) : كل من ابتغى في تكاليف الشريعة

(٢) ج ٤ ص ٢٦٧

(١) ج ٢ ص ٣٥٩

(٣) ج ٢ ص ٢٣٣

غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ،
فمن ابتغى في التسكليف ما لم يشرع له فعمله باطل ، ثم دلال على ذلك بما
لا يدع مجالاً للشك . .

ومما يدخل في هذا النوع بيع العينة ، وهو بيع يقصد منه التعامل بالربا ،
وله صور مختلف العلماء في حكمها .

منها أن يرغب شخص في الاقتراض من آخر وهو لا يقبل أن يقرضه بدون
فائدة ، فيوسطا في ذلك بيعاً ، بأن يبيعه المقرض عيناً تساوى مائة مثلاً
بمائة وعشرة مؤجلة إلى أجل معين ، فيبيعها المشتري إليه مرة أخرى بمائة حالة
ويأخذها ، وقد يوسط شخصاً ثالثاً ، فيبيعها له بمائة حالة ويقبضها ، ثم يبيعها
ذلك المشتري لبائعها الأول بمائة ، وبذلك تتم الحيلة ، وتنتهي إلى أن المقرض
أخذ مائة حالة بمائة وعشرة مؤجلة وهو عين الربا ، وقيل في تصويرها
غير ذلك (١) .

فهذا البيع قصد به تحقيق غرض آخر غير ما شرع له البيع ، وهذا الغرض
محرم وهو التعامل بالربا ، وهو موضع خلاف بين الفقهاء .

فالإمام الشافعي (٢) يرى أنه بيع صحيح ، لأن العبارة سليمة في حد ذاتها ،
والنية أمر خفي لا اطلاع لنا عليها ، ولا فرق عند الشافعي بين ما إذا وسطا
وثالثاً بينهما أو لم يوسطا أحداً .

والأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك (٣) وابن حنبل يذهبون إلى أنه إذا لم يوسط

(١) راجع رد المحتار ج ٤ ص ٤٣٢ وما بعدها .

(٢) ينبغي أن يقيد ذلك بما إذا لم يظهر منهما قصد التعامل بالربا كما نبه على ذلك
ابن القيم في بحث الحيل السابق في هذا الكتاب .

(٣) يشترط المالكية لمنع هذا البيع أن يكثر قصده للتعاقد حتى ولو لم يقصد
العائد بالفعل راجع الموافقات ج ٤ ص ٢٠٠ بهامشها .

بينهما ثالث يكون البيع غير صحيح ، لوضوح الغرض منه حينئذ وهو التعامل بالربا ، والحديث ورد في هذا .

وأبو يوسف من الحنفية يرى أنه يبيع صحيح ، ولكن قيل : إن الذي جوزه أبو يوسف هو الذي لا ترجع فيه العين إلى صاحبها ، كما إذا اقترض شخص من آخر خمسة عشر ، ثم اشترى بها عيناً من المقرض تساوى عشرة ، وبعد ذلك باعها في السوق لغيره ، ولم ترجع إلى الأول (١) .

وأما محمد بن الحسن فذهب به أن هذا البيع مكروه كراهة تحريم ، ولذلك أثر عنه أنه كان يقول : هذا البيع على قلبي مثل الجبال اخترعه أكلة الربا .

ومن هذا النوع أيضاً زواج المحلل وهو أن يتزوج الرجل المرأة المطلقة ثلاثاً لا يعيش معها ويكونا أسرة كما هو الشأن في الزواج ، بل ليحلها لزوجها الأول ؛ فهذا العقد لم يقصد به ما شرع لأجله ، بل قصد به غرض آخر غير مشروع ، وهذا أيضاً موضع خلاف بين الفقهاء ، فذهب فريق إلى صحته صارفاً النظر عن هذه النية ما دام لم يشترط التحليل في العقد ، فإذا طلقها بعد ذلك وانقضت عدتها من هذا الطلاق حلت للأول .

أما إذا شرط التحليل في العقد كان فاسداً على رأى ؛ ومكروها على رأى آخر ، وذهب آخرون إلى أنه عقد فاسد لا يبيح لمن فعله العشرة مع هذه الزوجة ولا يحلها للزوج الأول إذا طلقها سواء شرط التحليل في العقد أولاً ، ولـكل وجهة فليرجع إلى ذلك في موضعه من كتب الفقه .

هذا عرض سريع لأراء الفقهاء في صور اختلاف عبارة العاقد ونيته ، أو اختلاف الإرادتين الظاهرة والباطنة ، والكلام فيها — كما ترى — يدور

(١) راجع فتح القدير . والبحر الرائق . ورد المختار .

حول الجزئيات وإن كانت توجيهاتهم لأحكام تلك الجزئيات تصلح لأن تكون قاعدة عامة قابلة للتطبيق على ما ينطوى تحتها من جزئيات .

كقول بعضهم : إن العبارة صدرت من غير قصد فلا تعتبر ، لأن القصد أساس الإرادة .

وقول الآخرين : إن العبارة صدرت سليمة من كل عيب وهي المظهر الخارجي للعقد ، فيوجد العقد بوجودها ، ولا عبرة بما وراءها .

فالعبرة الأولى تدل على اعتبار الإرادة الباطنة ، والثانية تدل على اعتبار الإرادة الظاهرة .

وقد كان من السهل أن نأخذ قاعدة كل مذهب من أحكام جزئياته بعد تتبعها في مواضعها لولا ما وجدناه من اختلاف الأحكام والتعليقات ، فبينما نجد في بعض المواضع مع العبارة إذ تراه في أخرى مع النية والقصد .

فما سر هذا الاختلاف إذأ ، وما هو موقف تلك المذاهب من هذه المسألة ؟ .

وللجواب عن هذا التساؤل — ولكي يكون جوابنا أقرب إلى الصواب — يجب أن نضع أمام أعيننا الحقائق الآتية .

أولاً : أن الشارع جعل أساس العقود المالية التراضي ، ففي القرآن « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، وفي الحديث « لا يحل مال امرئ إلا بطيب من نفسه » .

ثانياً : أن الشارع وضع أسرار تدل على ذلك التراضي ، وهي صيغ العقود من الألفاظ وغيرها واعتبرها مظهرية ودالة على ما في النفس .

كأشاً : أنه جعل لبعض التصرفات وضعاً خاصاً فاعتبر صورتها الخارجية حتى ولو تبين أن الباطن يخالفها، هذه التصرفات هي الزواج، والطلاق، والرجعة والإعتاق، واليمين يدل لذلك حديث: «ثلاث جدهن جدوهن هن جد، الحديث، وبهذا يكون قد نحابها منحي الإرادة الظاهرة، من أجل ذلك اتفق الفقهاء - إلا من شذ - على أن العبرة فيها بما يصدر من الشخص متى كان أهلاً للعبرة السليمة

رابعاً : إن حديث «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، قد جعل لعقود المخطيء والناسي والمسكره وضعاً يخالف غيرها من العقود، أو على الأقل جعلها موضع اجتهاد، واختلاف نظر، فالحديث يخبر عن رفع أحكام الخطأ الخ.، لأن ذواتها لا ترفع بعد وقوعها.

وهذا يفيد أنه لا يترتب على عبارات هؤلاء حكم من الأحكام، سواء كانت دنيوية، أو أخروية، كما فهمه جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية والحنابلة وخالف الحنفية فقالوا : إن المراد رفع الأحكام الأخروية، وهي المؤاحدة والعقاب، وأما الأحكام الدنيوية فلم يعرض لها الحديث، فبقيت مترتبة على عبارات هؤلاء.

خامساً : إن الاستثناء من القواعد العامة أمر مقرر ومشروع فإذا كان حكم بعض الجزئيات المندرجة تحت القاعدة الكلية يخالف حكمها الكلي لدليل دل على ذلك لا يكون هذا مطعناً في نفس القاعدة.

وبناء على هذه الأسس نستطيع أن نقول : إن الشافعية يسيرون مع الإرادة الظاهرة، ولا يلتفتون إلى ما وراءها، ولا ينقض قاعدتهم هذه ما قرروه في المخطيء والناسي والمسكره من عدم اعتبارهم لعبارتهم، لأن الحديث لم يلزم واحداً منهم بآثار ما صدر منه، بل رفعها عنهم، لذلك كان قرارهم عاماً بالنسبة لجميع العقود حتى الآه ور الحسة التي يستوى فيها الجد والهزل، فيكون الاستثناء الوارد

على القاعدة بالحديث ، ولولاه لكان الحكم عاما شاملا ، ويمكن أن نوجه استثناءهم هذا بتوجيه آخر حاصله .

إنه ليس معنى اعتبار الإرادة الظاهرة أن تعتبر حتى ولو صدرت من الشخص من غير قصد ، وإلا لاعتبرنا عبارة النائم والصبي غير المميز ، بل المراد أنها تعتبر إذا كانت صحيحة ، ولا صحة لها بدون قصد التلفظ بها على الأقل ، والمخطيء لم يوجد منه قصد صحيح ، بل لم يوجد منه قصد إلى العبارة أصلا بخلاف الهازل ، فإنه قصد العبارة والنطق بها ، وإن كان أراد بها شيئا آخر .

وإذا كان كذلك فلا يصح أن يقال : إنهم تناقضوا في مسلكهم - كما قيل - ثم إن هذا المذهب يظهر واضحا في العبارات التي يريد بها أصحابها أغراضا أخرى ، كما سبق تفصيله في الحالة السادسة .

هذا هو مذهب الشافعية ، ويقابله مذهب الخنابلة ، فإنهم على العكس منه ، يفتشون على النيات ، ويجعلون لها الاعتبار الأول ، أما العبارات وحدها فلا وزن لها عندهم إلا في الزواج ، والاساس عندهم . أنه متى دلت القرينة - لفظية أو حالية - على أن مراد العاقدین غير ما دلت عليه الألفاظ اعتبر ذلك ، وأهدرت دلالة الألفاظ .

ووجهتهم في ذلك : أن الألفاظ ما هي إلا ترجمة لما في النفس من الأغراض والنيات ولا اعتبار لها إلا من هذه الناحية ، فلا بد إذا من أن تكون موافقة لها ، فإذا ظهرت مخالفتها بقرينة من القرائن لم تكن معبرة عما جعلت دليلا عليه فلا تعتبر .

والفرق بين المذهبين : أن الأول ينظر إلى العبارة السليمة ويعمل بمقتضاها ، ولا يلتفت إلى ما وراءها ، مما يحف بها من قرائن تدل على خلاف ما دلت عليه ، وفي هذا يقول الإمام الشافعي في كتابه الام (١) : « أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين ،

(١) ص ٦٥ ج ٣ .

وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لم النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت
تفسد البيع ، وكأ أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم
على بائعه أن يبيعه من يراه أنه يقتل به ظاهراً لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد
عليه هذا البيع « إلخ عبارته (١) .

وأما المذهب الثاني « مذهب الحنابلة ، فلا ينظر إلى العبارة إلا إذا لم يوجد
ما يخالفها ، فإن وجد ما يخالفها سواء كان سابقاً على العقد ، أو مقارناً له اعتبر
ذلك وألغيت العبارة .

وبين هذين المذهبين مذهب الحنفية والمالكية ، ولكن مذهب المالكية
أقرب إلى مذهب الحنابلة في اعتبار الإرادة الباطنة ، وهذا هو المتفق مع
اعتبارهم لسد الذرائع .

وأما مذهب الحنفية فهو أقرب إلى الإرادة الظاهرة منه إلى الباطنة ، ولولا
اختلافات بين أئمتهم في بعض المسائل الجزئية ، يرى بعضهم فيها أن العبرة بالظاهر
والبعض الآخر يرى العكس ، كما سبق في مسائل الحالة السادسة ، من بيع العصير
من يتخذه خمرأ ، أو السلاح لمن يقتل به ، وأشباههما ، فإن أبا حنيفة يعتبر
الظاهر فيها دون النية ، وأبو يوسف يرى عكس ذلك ، ولولا ذلك الاختلاف

(١) فهذه العبارة تفيد أنه يعتبر العبارة ويرتب عليها صحة العقود وإن كان يكره
النية الخبيثة لسكن في بعض كتب الشافعية المتأخرين ما يفيد أنهم يعتبرون الصيغ
في الغالب ، وقد يعتبرون المعنى دون الصيغة . ففي نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٨ وما بعدها
في باب الوكالة « الوكالة ولو يجعل بناء على أن العبرة بصيغ العقود هنا جائزة . أى غير
لازمة من الجانبين ، وقال الشبرايملى في حاشيته : معنى ذلك أن الوكالة بأجر إجارة
في المعنى ، والإجارة لازمة من الجانبين ، فلو نظر للمعنى كانت لازمة وإن نظر للفظ ،
وهو وكلتلك كانت وكالة غير لازمة ، والراجع تغليب اللفظ فهي جائزة ، وقوله هنا
إشارة إلى أنهم قد يغلبون المعنى كالمهبة بثواب فإنها بيع مع لفظ الهبة نظراً للمعنى اهـ .

قلنا : إن مذهب الحنفية يسير مع الإرادة الظاهرة ، لأن أكثر تقريراتهم تسير في هذا الطريق .

ألا ترى أنهم في التصرفات الخمسة تمسكوا بالعبارة واعتبروها حتى من المكروه مخالفين في ذلك الأئمة الآخرين ، وفي بيع العينة حكموا بالصحة على تفصيل واختلاف يسير أشرنا إليه في موضعه ، وفي زواج المحلل كذلك ، وفي المواضعة في الثمن في البيع ، والمهر في النكاح ، وبيع التلجئة ، وفي الخطء والناسى اعتبروا عبارتهما ورتبوا الآثار عليها عكس ما قاله الشافعي وهو من أصحاب الإرادة الظاهرة .

التشريع الوضعي : هذا هو موقف رجال الفقه الإسلامي من الإرادتين الظاهرة والباطنة ، وأما التشريع الوضعي ففيه مذهبان متقابلان ، كما يقول الأستاذ السنهوري في وسيطه (١) .

(١) ص ٨٣ وما بعدها .

والدكتور عبد الحى حجازى في كتابه « النظرية العامة للالتزام » ج ٢ ص ٤١ وما بعدها يقول في بحث الرضا : عند عدم اتفاق التعبير مع الإرادة الباطنة يقوم الخلاف هل يعتبر التعبير أو يعتبر الإرادة الباطنة ، وهنا أربعة مذاهب : (١) مذهب الإرادة . وهو في الفقه الفرنسى . وخلاصته أن المعتبر هو الإرادة الحقيقية ، والتعبير أو الإرادة الظاهرة لا اعتبار لها إلا إذا كانت متفقة مع الباطنة فإن خالفها ألغيت ، (٢) مذهب التعبير ، وحاصل هذا أن الرضا يتكون بتقابل التعبيرين ولو كان أحدهما لا يتفق مع الإرادة الحقيقية لصاحب التعبير ولو كان من تلقى التعبير قد فهمه بصورة لا تطابق الإرادة الحقيقية لمن أصدره (٣) مذهب الثقة وخلاصته أنه يعتبر التعبير العقد باطلا لعدم الثقة المتولدة من هذا التعبير (٤) مذهب المسؤولية وهو يعتبر الإرادة الحقيقية ، والعقد يعتبر باطلا إذا خالف التعبير الإرادة إلا إذا كانت المخالفة نتيجة =

مذهب الإرادة الباطنة — وهو المذهب اللاتيني — يقف عند الإرادة النفسية ، أما التعبير المادى عن هذه الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس .

ومذهب الإرادة الظاهرة — وهو المذهب الجرمانى — يقف عند التعبير عن الإرادة ، ويعتبره هو الإرادة ذاتها ، إذ التعبير هو المظهر الاجتماعى للإرادة ، والقانون إنما يعنيه الظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية ، هذا إلى أن التعبير عن الإرادة هو الشيء المادى الذى يقف عنده المتعاملون ويطمثون إليه فى تعاملهم ، على أن التقنيات اللاتينية لم تسلم من أثر لمذهب الإرادة الظاهرة ، كما لم تسلم التقنيات الجرمانية من أثر لمذهب الإرادة الباطنة .

ثم أبان موقف التقنين المصرى الجديد ، وأنه بقى فى حظيرة التقنيات اللاتينية ، فالأصل عنده هو الأخذ بالإرادة الباطنة ، ولكنه مع ذلك يأخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذى يقتضيه استقرار التعامل يؤخذ ذلك من المواد ٩١ ، ٩٢ ، ١٢٠ ، ١٢٦ ، ١٢٨ ، وهى فى تكوين العقد ، وكذلك من المادة ١٥٩ وهى فى تكوين العقد ، وكذلك من المادة ١٥٠ وهى فى تفسير العقد .

وبعد أن شرح ذلك شرحاً مسيئاً قال : والذى يخلص لنا من متابعة التقنين الجديد أن الأصل فى الإرادة هو الإرادة الباطنة ، ولكن هذه الإرادة فى بعض الأحوال تبعاً لمقتضيات الاستقرار فى التعامل تتجسم فى المظهر الذى اتخذ للتعبير منها فتصبح هى الإرادة الظاهرة ، وتقوم عندئذ على أساس من الثقة المشروعة التى يولدها هذا المظهر فى نفوس المتعاملين .

== لخطأ صاحب التعبير وكان المتعاقد الآخر يجهل ذلك فإنه يكون معذوراً فى اعتقاده المطابقة وعلى ذلك يعتبر العقد صحيحاً .

وفي موضع آخر (١) ، عند الكلام على التراضى ، يوضح هذا مرة أخرى فيقول عند ما أورد المادة - ٨٩ - ناقداً ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التميدى ، من أن المشروع أثر مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص - يقصد نص المادة ٨٩ .

وهذا القول الذى ورد فى المذكرة الإيضاحية يؤهم أن القانون الجديد قد انحاز إلى نظرية الإرادة الظاهرة انحيازاً تاماً ، والواقع غير ذلك ، فقد رأينا أن القانون الجديد فى وضعه النهائى قد سلك مسلكاً وسطاً بين نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، بل هو جعل الإرادة الباطنة هى الأصل ولم يعدل عنها إلى الإرادة الظاهرة إلا إذا اقتضى استقرار التعامل هذا العدول ، اهـ

(١) ص ١٧١ وهامشها . ومع هذا فإن الدكتور عبد الحى حجازى فى كتابه السابق ص ٤٤ وما بعدها يأتى إلا أن يخالف الدكتور السنهورى ، فيستكمل عن المواد التى تفيد ذلك ويفردها مادة مادة مبيناً رأى السنهورى فيها ، ثم يتعقبه ببيان رأيه المخالف ، وأن المادة لا تفيد ما استنبطه السنهورى منها ، ثم يقول : من هذا نرى أنه ليس فى هذه النصوص ما يدل على أن الشارع قد فضل الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة ، وكل ما تدل عليه هذه النصوص هى أن الشارع لم يسر وراء منطق سلطان الارادة إلى النهاية ، بل اعتمد إلى حد ما بالاستقرار الواجب فى المعاملات وبعد كلام طويل يقول : إذا ثبت ذلك نقول : ان القانون المدنى الجديد لم ينحرف عن الباطنة الى الظاهرة ، بل هو لا يزال يعتد كقاعدة عامة بالإرادة الباطنة . والسكنه مع ذلك لم يغال غلواً كبيراً اذ هو يعتمد الى جوار ذلك باعتبار اجتماعى هو الاستقرار الواجب للمعاملات ، ولذلك يعتد بالباطنة بالقدر الذى لا يتعارض مع الاستقرار الذى يجب أن يسود المعاملات .

وهذا يكون قد انتهى إلى ما انتهى اليه الدكتور السنهورى من قبل .

الشروط المقررة بالصيغة وأثرها في العقد : كل عقد من العقود له أحكامه ونتائجه المترتبة عليه ؛ ولا نزاع في أن العقد ينشأ ويوجد بإرادة العاقدين متى صدر عنهما ما يدل على ذلك ، ولكن ترتب النتائج بإيجاب الشارع لا دخل للمتعاقدين في إنشائها فهو الذي شرع العقود ، ونظم آثارها ورتبها عليها ، حيث جعل كل عقد طريقاً إلى تحقيق أغراض معينة ، وأن كلمات الفقهاء تكاد تتفق على أن العقود أسباب جعلية وضعها الشارع ليتوصل بها إلى مسياتها التي أوجبها وجعلها آثاراً لها (١) .

وبناء على ذلك إذا صدرت الصيغة من المتعاقدين مطلقة من القيود سليمة من العيوب ترتب عليها نتائجها التي حددها الشارع ، ولا يستطيع واحد منهما أن يمنع من ترتب تلك النتائج كلها ، أو بعضها ، فإذا قال شخص لآخر : بعث لك دارى بألف جنيه وقال الآخر قبلت ، ففي هذه اللحظة تنتقل ملكية الدار للشترى يتصرف فيها كيف شاء ، ويجب على البائع تسليمها له إذا سلمه الثمن ، وكذلك الحكم بالنسبة إلى الثمن وليس لواحد منهما بعد ذلك أن يزيد في هذه الآثار أو ينقص منها .

ولكن في بعض الحالات يجد المتعاقدان أن هذه النتائج في جملتها غير محققة لأغراضهما فيضطران إلى التغيير فيها إما بالزيادة ، أو بالنقص في أثناء العقد ، فيزيد أحدهما في الصيغة قيداً على هيئة شرط يقبله الآخر ، فيحدد من أثر الصيغة الأصلية بالنسبة لأحدهما لحساب الآخر .

وهذه الرغبات التي يظمرها المتعاقدان أثناء العقد على هيئة قيود

(١) راجع أصول الفقه في الكلام على العلل الشرعية ومنها العقود . كشف الأستراج ٤ وشرح المنارج ٢ ، والمستصفي للغزالي ج ١ ص ٩٣ وما بعدها في فصل الأسباب الشرعية . والموافقات للشاطبي الجزء الأول المسألة الرابعة من بحث الأسباب ص ١٩٤ وما بعدها .

أو شروط (١) لم يتركها الشارع تسير حسب أهواء المتعاقدين وشهواتهم فيختل بذلك نظام التعامل ويسهل تبديل المشروعات ، بل لاحظها وعنى بها ، فأباح لهم من الشروط أنواعا تحقق رغباتهم ، ولا تتنافى مع مقتضيات العقود الأصلية ، ومنعهم مما يعود على أصل العقد بالنقض ، أو يتنافى مع قواعد الشريعة وأصولها .

جاء ذلك في جملة نصوص من كتاب الله وسنة رسوله .

فالقرآن يوجب اوفاء بالعقود بقوله : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، كما أوجب الوفاء بالعهد : « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » ، (٢) ، والشرط عهد يلتزم به أحد المتعاقدين للآخر ، والاتفاق عليه والرضا به عقد وارتباط بين الطرفين فيكون مأمورا بالوفاء به

وفي السنة القولية يقول رسول الله صلى عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » وفي حديث آخر يقول : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » .

وفي السنة العملية يروى : « أن رسول الله اشترى في السفر من جابر بن عبد الله بعيرا وشرط لجابر ظهره إلى المدينة ، أي شرط حق ركوبه بعد البيع حتى يصل إلى المدينة .

كما وردت نصوص أخرى في بعض الشروط الجزئية .

وأخيرا يروى بعض أصحاب السنن : أن رسول الله « نهى عن بيع وشرط » ، هذه جملة نصوص تفيد في مجموعها أن الشروط العقدية نوعان . مباح

(١) والفقهاء يعرفون هذا الشرط : بأن التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد غمز عيون البصائر للحموى ج ٢ ص ٢٢٤ .
(٢) الاسراء — ٣٤ .

واجب الوفاء به وآخر غير مباح منهى عنه ، ولكنها لم تبين الحد الفاصل بين النوعين بياناً قاطعاً .

ومن هنا اختلفت الاجتهادات الفقهية في هذا الأمر .

فن الفقهاء من تمسك بظاهر بعض النصوص ، ووقف عندها لا يبيع للعاقدين شيئاً من الشروط ، ولا يجعل لهذا الاشتراط حرمة إلا إذا ورد بالشرط دليل خاص ، وهؤلاء هم الظاهرية أتباع داود الظاهري . تمسكوا بظاهر حديث « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » .

وعلى عكس هذا نجد فريقاً آخر يذهب إلى أن للمتعاقدين الحرية التامة في الاشتراط حسبما يتفق وأغراضهم ، ولكن بشرط ألا يكون ذلك منهيّاً عنه بنص خاص ، أو يعود على أصل العقد بالنقض والإلغاء ، وهؤلاء هم الحنابلة استندوا للحديث : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » ، فإنه يفيد بظاهره أن الأصل الإباحة كما هي قضية الاستثناء وبين المذهبين نجد جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية يتوسطون في الأمر ، فلا يشترطون في الإباحة ورود نص خاص ، كما ذهب الفريق الأول ، ولا يجعلون الأصل فيها الإباحة كما ذهب الفريق الثاني ، بل يميلون إلى أن الأصل فيها هو الحظر واستثنوا بعضها ولكنها توسعوا في الاستثناء .

ومع هذا الاختلاف نجد اتفاقاً على أن الشروط المشروعة يجب الوفاء بها ، والشروط غير المشروعة لا غية لا يجب الوفاء بها ، ولكن بعضها يقتصر فسادها على نفسه ، فيصح العقد معه ويلغى الشرط ، والبعض الآخر يتعدى فسادها إلى العقد ، فيفسد هو الآخر .

وهذا إجمال لا يغني عن التفصيل ، وسنقتصر على تفصيل مذهبي الحنفية والحنابلة .

أما الحنفية فقد قلنا إن الأصل عندهم هو الحظر ، ولكنهم توسعوا في الاستثناء فاستثنوا أنواعا من الشروط حكموا بصحتها ، وهي أربعة كما فصلوها في كتبهم (١) ،

١ - الشرط الذى يقتضيه العقد ، مثل اشتراط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل تسليم المبيع ، واشتراط المشتري رد المبيع إذا وجد به عيباً ، واشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها ، أو اشتراطه عليها أن تسلم نفسها وتدخل فى طاعته إذا قبضت المهر ، أو اشتراطها أن يكون لها مهر مثلها إذا لم يتفقا على تسمية مهر معين ، فإن هذه الشروط لم تثبت شيئاً جديداً غير ما يقتضيه العقد ويوجبه ، لأن مضمونها ثابت واجب الوفاء به حتى ولو لم يشترطه أحد المتعاقدين ، ولذلك نرى أن عد هذا النوع من ضمن الشروط ليس كما ينبغي ، فإن كلامنا فى شروط تثبت شيئاً زائداً على ما يوجبه العقد ، أو تنقص منه ، .

٢ - الشرط المؤكد لمقتضى العقد . مثل اشتراط تقديم كفيل ، أو رهن بالثمن عند تأجيله ، واشتراط وصف مرغوب فى المبيع ، كأن تكون الأرض لها شرب أو مصرف ، فإن هذا يحقق لرغبة المشتري ورضاه بالعقد ، ومثل اشتراط ولى الزوجة أن يكون والد الزوج كفيلاً بالمهر والنفقة .

٣ - الشرط الذى ورد به الشرع فيشمل ما ورد به نص خاص ، كاشتراط الخيار لسبب من المتبايعين ، واشتراط تأجيل الثمن ، واشتراط خيار الرؤية إذا لم يكن رأى المبيع عند العقد ، واشتراط الزوج على زوجته أن يكون له حق الطلاق إذا وجد سبب يدعو إلى ذلك ، وما ألحق به بطريق القياس ، كخيار التعيين ، وخيار النقد ، فإن ما ثبت بالقياس الصحيح يعتبر بما ورد به الشرع .

(١) راجع المبسوط ج ١٣ ص ١٤ وما بعدها .

٤- الشرط الذى جرى به العرف . مثل اشتراط المشتري على البائع أن يتعهد بإصلاح الشيء المشتري مدة معينة من الزمان ، كالساعة والسيارة ، والمذياع ، الراديو ، وغيرها إذا جرى العرف بذلك ، ومثله اشتراط حمل البضاعة إلى مكان المشتري .

وإذا لاحظنا أن العرف معتبر إذا لم يصادم نصاً ، أو ينقض قاعدة شرعية أمكننا أن نقول : أن اعتبار الحنفية للشرط العرفي يجعله قريباً من مذهب الحنابلة في التوسع في الشروط .

هذه هي الاستثناءات في المذهب الحنفي ، فإذا وجد شرط منها كان صحيحاً واجب الوفاء به ، وما عداها فهو شرط غير صحيح ، وهو إما فاسد أو باطل . فالقاسم : هو ما لم يكن واحداً من الأنواع السابقة ، وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، أو لغيرهما ، مثل أن يشترط بائع الدار على مشتريها أن يتركها معه ليسكنها مدة معينة ، أو لا يخرج سكانها منها . أو يشترط عليه أن يؤجرها لفلان « شخص معين » ، واشترط الزوجة ألا تنتقل من بلدها التي تزوجت فيه ، أو ألا يتزوج عليها ، أو أن يطلق امرأته الأولى ، أو ألا يطلقها أبداً ، أو أن يتوارثا وهما مختلفان ديناً ، وما شابه ذلك من شروط .

والشرط الفاسد ملغى في جميع العقود لا يجب الوفاء به ، ولكن فساده يتعدى إلى بعض العقود فيفسدها ، وهي عقود المعاوضات المالية ، كالبيع ، والإجارة ، والقسمة والمزارعة ، والمساقاة ، والصلح عن المال (١) .

وفي غيرها من العقود يبقى العقد صحيحاً ، ويلغو الشرط وحده سواء كان العقد من عقود التبرعات ، كالصدقة والهبة والإعارة ، أو من عقود التوثيقات

(١) راجع تبيين الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ١٣١ باب المتفرقات ، وجامع الفصولين ج ٢ ص ٢ وما بعدها ، والبحر الرائق ج ٦ ص ١٩٤ وما بعدها في باب المتفرقات .

كالكفالة والحوالة والرهن ، أو الإسقاطات ، كالطلاق ، أو الإطلاقات ، كالوكالة ، أو عقود المعاوضات غير المالية . كالزواج والخلع والطلاق على مال .

وإنما وجب إلغاء هذا الشرط ، لأن التزامه غير مشروع حيث لم يرد به نص ولا جرى به عرف ، وهو في نفس الوقت مخالف لمقتضى العقد ، وإذا كان كذلك لم تكن له حماية شرعية فيلغو ، وإنما فسدت المعاوضات المالية التي اقترن بها ، لأن صحة العقود أساسها الرضا ، فإذا فات الرضا لم يكن العقد صحيحاً ، وهنا لما بطل الشرط فات معه رضا من اشترطه ، لأنه ما رضى بالعقد إلا على أساس الموازنة بين العوضين حال قبول الآخر الشرط ، بخلاف العقود الأخرى ، فإنه لا موازنة فيها بين عوضين حتى يكون الشرط مقابلاً بجزء من العوض ، فقوات الشرط لا يفوت الرضا .

والشرط الباطل : هو ما خلا من الأوصاف الصحيحة ، ولم يكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما مثل ما إذا اشترط بائع الدار على المشتري أن يتركها من غير سكن مدة في كل سنة مثلاً ، أو اشترط البائع على المشتري ألا يزرع الأرض مدة سنة ، أو يزرعها زرعاً معيناً أو يبيع له سيارته ويشترط عليه ألا يركب فلاناً فيها ، أو يضعها في مسكان خاص .

ومثل هذا الشرط لغو لا فائدة فيه فيلغو وحده ، ولا يؤثر في العقد بشيء بل يبقى العقد صحيحاً .

وأما الحنابلة فقد جعلوا الأصل في الشروط الإباحة ، فصححوا كل شرط (١)

(١) راجع كشف القناع ج ٣ ص ٥٣ وفتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها ، وإعلام الموقعين ج ٣ ص ٢٨٨ وما بعدها . وكتاب الفروع ج ٣ ص ٦٠ ، وروى البخاري في صحيحه ، عن قضاء عمر رضي الله عنه : أن رجلاً تزوج امرأة =

فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولم يستثنوا من ذلك إلا الشرط المنافي لمقتضى العقد ، أو الذى ورد النهى عنه .

فقال الأول : اشتراط البائع على المشتري ألا يبيع المشتري ، أو ألا يقفه ، أو ألا يسكن فيه ، وهذا الشرط يلغو وحده ، ويبقى العقد صحيحاً .

ومثال الثانى : اشتراط البائع على المشتري أن يؤجر الدار لفلان ، أو أن يهبه شيئاً ، أو أن يبيع له شيئاً معيناً ، وكذلك كل شرط يوجب إنشاء عقد آخر . مستندين إلى حديث : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة » ، « أو صفقتين في صفقة » ، وهذا النوع من الشروط يفسد العقد معه أيضاً ، لأن النزاع فى العقد الآخر المشترط يودى إلى النزاع فى العقد الأصلى .

ومن ذلك أيضاً اشتراط الزوجة على زوجها أن يطلق امرأته الأولى ، أو اشتراطها أن يتوارثا وهما مختلفان ديناً .

وما عدا هذين النوعين فهو صحيح ، فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها ، أو ألا ينقلها من بلدها ، وقبل ذلك صح الشرط ووجب الوفاء به ، فإن لم يوف به كان لها أن تطلب الفسخ .

وبالجملة : فإن مذهب (١) الحنابلة يعتبر - بحق - أوسع المذاهب الفقهية

= وشرط لها السكنى فى دارها ، ثم نقلها فتقاضيا إلى عمر ، فقال : لها شرطها ، فقال الرجل : أذن يطلقننا ؟ فقال عمر : مقاطع الحقوق عند الشروط فلك ما شرطت .

(١) أى فرق بين هذا المذهب وبين ما تقرره القوانين الحديثة . من أن كل شرط يشترطه العاقدان يعتبر صحيحاً ملزماً إلا ما يخالف النظام العام ، أو الآداب العامة ، أو النصوص القانونية الخاصة .

في إباحة الشروط فهو الذي يتفق ورغبات المتعاقدين ، وفيه مسaire العرف
التجاري الحديث .

نما يلاحظ أن هذا المذهب لا يفرق بين عقد وعقد ، بل جعلوا عقد الزواج
أولى من غيره بالوفاء بشروطه .

يقول ابن القيم في زاد المعاد (١) ، في الصحيحين عن رسول الله أنه قال : « إن
أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج ، وفيهما » لا تسأل المرأة طلاق
أختها لتستفرغ ما في صحتها وإنما لها ما قدر لها ، ، وفيهما » إنه نهى أن تشتترط
المرأة طلاق أختها ، ، وفي مسند أحمد « لا يحل أن تنكح امرأة بطلاق أخرى ، ،
فتضمن هذا الحكم وجوب الوفاء بالشروط التي اشترطت في العقد إذا لم تتضمن
تغييراً لحكم الله ورسوله ، وبعد أن بين بعض الشروط الواجب الوفاء بها ،
والتي لا يجب الوفاء بها ، والمختلف فيها قال : « وأضمن حكمه صلى الله عليه وسلم
بطلان اشتراط المرأة طلاق أختها ، وأنه لا يجب الوفاء به ، فإن قيل : فما
الفارق بين هذا وبين اشتراطها ، ألا يتزوج عليها حتى صحته هذا ، وأبطلتم
شرط طلاق الضرة ، قيل الفرق بينهما : « إن في اشتراط طلاق الزوج من
الإضرار بها ، وكسر قلبها ، وخراب بيتها ، وشماتة أعدائها ما ليس في اشتراط
عدم نكاح غيرها ، وقد فرق النكاح بينهما ، فقياس أحدهما على الآخر فاسد » اهـ

تلمية : تبين مما سبق أن منافاة الشرط لمقتضى العقد تجعل الشرط فاسداً
على كلا المذهبين ، ولكن الحنفية توسعوا في تفسير المنافاة — حسبما يؤخذ
من تقريراتهم — فكل ما يحد من آثار العقد — ولو كان فيه منفعة لأحد
المتعاقدين — يعتبر في نظرهم منافياً لمقتضى العقد ما دام ذلك غير مبطل
للمقصود الأصلي من العقد ، بل قالوا : إن مثل ذلك يعتبر من مقتضى العقد ،

لأن مصلحة العاقد مصلحة للعقد نفسه ، فلو شرط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه فإنه يكون مبطلاً للبقصود الأصلي من العقد ، وهو الملك المبيع للتصرف ، بخلاف ما إذا شرط الانتفاع به مدة معينة كسكنى الدار، أو زراعة الأرض ، فإنه لا يكون منافياً عندهم .

٣ - محل العقد

محل العقد هو ما يقع عليه التعاقد وتظهر فيه أحكام العقد وآثاره ، وهو يختلف باختلاف العقود ، فتارة يكون عيناً مالية ، كما في البيع والهبة والرهن ، وأخرى يكون عيناً غير مالية ، كما في الزواج ، فإن موضوعه المرأة ، وقد يقع العقد على منفعة مال ، كما في عقد الإجارة ، وقد يكون غير ذلك ، وسواء كان موضوع العقد هذا أو ذاك فلا بد من أن يتوفر فيه الشروط الآتية :

١ - أن يكون قابلاً لحكم العقد شرعاً ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء ، فإذا لم يكن قابلاً له لا يصح أن يرد عليه العقد ، ومن ثم يكون العقد باطلاً ، فإذا كان وارداً على منفعة ، أو عمل يشترط أن يكون مما أباحه الشارع .

فالشيء الذى ليس مالا كالميتة ، والمال غير المتقوم ، كالخمر والخنزير فى حق المسلم ، والمال المباح لا يصح أن يرد عليه بيع ولا هبة ولا وقف ولا وصية .

وكذلك المرأة المحرمة بالنسبة لشخص معين لا تصلح أن تكون محلاً لعقد الزواج ، والعمل المحرم كالقتل والسرقة ، وإتلاف الأموال لا يصح الاستئجار عليه .

والأموال التى يتسارع اليها الفساد كالخضروات والثلج لا تصلح أن تكون محلاً للرهن على رأى الراجح ، لأن حكمه وهو حبس المرهون لإمكان استيفاء الدين منه عند عدم الأداء فى وقته لا تقبله هذه الأموال .

٢ - أن يكون موجوداً عند العقد ، أو متوقعاً وجوده في المستقبل حسبما تقتضيه طبيعة العقد ، فعقود البيع والهبة والرهن ترد على عين ، والعارية ، والإجارة كلاهما يرد على منفعة ، وهي غير موجودة قطعاً وقت العقد ، وإنما توجد شيئاً فشيئاً ، وعقد الاستصناع يرد على شيء غير موجود لكنه يوجد في المستقبل وكذلك عقد المزارعة والمساقاة .

وإذا كانت طبيعة العقود تختلف تبعاً لاختلاف محالها ، فهذا الشرط يختلف تبعاً لذلك الاختلاف .

وقد اتفق الفقهاء على أن الشيء المعلوم الذي يستحيل وجوده في المستقبل لا يصلح أن يكون محلاً للعقد سواء كان ذلك عيناً أو منفعة .

كما إذا تعاقد شخص مع طبيب على علاج مريض توفي ، فإن الميت لا يصلح أن يكون محلاً للعلاج ، أو تعاقد شخص مع عامل على حصاد زرع الذي احترق .

كما اتفقوا على أن محل العقد إذا كان منفعة لا يشترط وجودها عند العقد ، وإنما يشترط إمكان تحققها في المستقبل ، لأن طبيعة العقد لا تقتضي وجود محله عند التعاقد ، وحيث إن المنفعة معدومة توجد شيئاً فشيئاً ، ولا يتصور وجودها دفعة واحدة .

واختلفوا فيما إذا كان العقد وارداً على عين مالية . هل يشترط أن يكون

المحل موجوداً في كل العقود ، أو أن ذلك شرط في بعضها فقط ، أو لا يشترط ذلك

بل يشترط عدم الغرر ، وهو ما لم يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً .

فالحنفية ومعهم الشافعية يشترطون أن يكون موجوداً في جميع العقود لا فرق بين عقد معاوضة وعقد تبرع ، فلا يصح عندهم بيع المعلوم ولاهبته ولا رهنه ، وكذلك ما يتيقن وجوده كاللبن في الضرع ؛ لاحتمال عدمه بأن يكون انتفاخاً ، والحمل في بطن أمه ، لاحتمال أن يولد ميتاً .

ولذلك تراهم يقرزون في السلم « وهو بيع شيء ليس عند الإنسان حال العقد بشمن حال » : إنه مشروع على خلاف القياس والقواعد باستثناء الشارع بالنص .

والمالكية يشترطون ذلك في عقود المعاوضات فقط ، وأما عقود التبرعات كالهبة والوقف فيصح أن يكون المحل فيها معدوماً ، فإذا وهب ما ينتجه الشجر أو النخيل من الثمر صح ، ومثلها في ذلك الرهن ، ومع اشتراطهم وجود المحل في عقود المعاوضات فقد جوزوا بيع المعدوم في الخضروات التي تظهر شيئاً فشيئاً ، كالباذنجان والبطيخ والخيار والشمام وما شاكلها ، لضرورة أنها لا تظهر دفعة واحدة . فلو منع بيعها حتى توجد كلها لوقع الناس في الحرج .

والحنابلة وخصوصاً ابن تيمية وابن القيم لا يشترطون وجود المحل في أى عقد ، فيجوزون بيع المعدوم مادام خالياً من الغرر . على معنى أن يكون مقدوراً على تسليمه .

ومنشأ الخلاف هو الاختلاف في فهم حديث النهى عن بيع المعدوم ، وحديث النهى عن بيع الغرر ، فالحنابلة يقولون : إن النهى عن بيع المعدوم ليس لذاته ، بل لما فيه من الغرر ، فيكون النهى دائراً مع الغرر ، وهو عدم القدرة على التسليم ، فإذا كان المعدوم يحتمل وجوده مستقبلاً ويقدر على تسليمه حينذاك صح العقد عليه لا تنفاه الغرر ، ولذلك لا يصح بيع الموجود الذى لا يقدر على تسليمه كالبعير الشارد ونحوه .

وغيرهم يذهب إلى أن الحديث الأول « نهى عن بيع المعدوم » صريح في النهى عن بيع المعدوم ، فلا يصح إلا ضرورة ، كما قال مالك في بيع الخضروات والفواكه ، وحديث النهى عن بيع الغرر وارد في الموجود الذى لا يقدر على تسليمه ، كما في البعير الشارد والعبد الآبق .

والتشريع الوضعي في جملة موافق للفقه الإسلامي بالنسبة لهذا الشرط كما جاء في المادتين ١٣١ ، ١٣٢ من القانون المدني الجديد .

وفي هذا يقول الدكتور السنهوري في وسيطه (١) : يشترط أن يكون محل الالتزام شيئاً موجوداً وقت نشوء الالتزام ، أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

وفي موضع آخر (٢) يقول : إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني يجب أن يكون موجوداً ، وإذا كان محله عملاً ، أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل ممكناً ، فإذا كان المحل مستحيلاً فإن الالتزام لا يقوم ، ويكون العقد باطلاً ، ثم بين أن الاستحالة المبطله للعقد هي الاستحالة الذاتية « الطبيعية » إذا كانت سابقة على العقد ، ومثلها الاستحالة القانونية .

٣ - أن يكون معلوماً لطرفي العقد علماً ينفي عنه الجهالة المفضية إلى النزاع ، والعلم به يتحقق بتعيينه بالإشارة ، أو بالرؤية عند العقد أو قبله بوقت لا يحتمل تغييره فيه ، وكذلك برؤية جزء منه إذا كانت أجزاؤه ، أو وحداته غير متفاوتة تفاوتاً يعتد به في عرف الناس ، ويتعين أيضاً بالوصف إذا كان مالا مثلياً ، وذلك ببيان جنسه ونوعه ووصفه ، كقنطار من القطن جيرة ٣٠ رتبة جود مثلاً أو أردب من القمح الهندي درجة نظافة ٢٣ .

وهذا الشرط موضع خلاف بين الفقهاء . فالشافعية شرطوه في جميع العقود لافرق بين عقود المعاوضات ، وعقود التبرعات ، والخفية قصره على عقود المعاوضات المالية وغير المالية ، وصححوا عقود التبرعات مع الجهالة في محلها ، لأن الجهالة فيها لا تؤدي إلى النزاع .

وأما المالكية فقد شرطوه في عقود المعاوضات المالية ، فلا يصح عقد

(١) ص ٣٧٦ (٢) ص ٣٨٢

منها مع الجهالة في محله مطلقاً سواء كانت فاحشة أو يسيرة ، ولم يشترطوه في عقود التبرعات ، فتصح مع الجهالة ، وإن كانت فاحشة ، ولذلك صححوا الهبة بالعبد الآبق ، أو البعير الشارد ، لأن الجهالة فيها غير مفضية إلى النزاع .

وفي عقد الزواج توسطوا فشرطوا عدم الجهالة الفاحشة ، ولهذا صححوه مع الجهالة اليسيرة في المهر ، مثل ما إذا تزوجها على أئاث بيت ، فإن جهالته يسيرة ، فيرجع فيه إلى المتوسط ، ومنعوه بما فيه جهالة فاحشة كالحيوان الفار الذي لا يقدر صاحبه على تسليمه ، وعلا هذا بأن الزواج فيه شبهان ، شبه بالماوضات من ناحية اشتراط أصل المهر ، وشبه بالتبرعات والإحسان من ناحية أن المقصود من دفع المهر هو المودة والألفة ، فلم يكن المهر عوضاً من كل وجه (١) .

(١) وفي هذا يقول القرافي فروقه في الفرق الرابع والعشرين بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالات والغرر ، وقاعدة ما لا تؤثر فيه ذلك من التصرفات : وردت أحاديث صحيحة في نهيهِ عليه السلام عن بيع الغرر وعن بيع المجهول . واختلف العلماء بعد ذلك فمنهم من عممه في التصرفات كلها وهو الشافعي ، ومنهم من فصل وهو مالك بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة ، وهو باب الماكسات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال وما يقصد به تحصيلها ، وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو ما لا يقصد لذلك وانقسمت التصرفات عنده إلى ثلاثة أقسام . طرفان وواسطة ، فالطرفان أحدهما . معاوضة صرفة ، فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة ، وثانيهما . ما هو لإحسان صرف لا يقصد به تنمية المال ، بل إن فانت على من أحسن إليه به لا ضرر عليه ، فانه لم يبدل شيئاً ، ، بخلاف القسم الأول إذافات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابله ، فاقترضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه ، وأما الإحسان الصرف فالمطلوب التوسعة فيه فيصح بالمعلوم والمجهول ، فاذا وهب له عبده الإبق جاز أن يجده فينتفع به ، ولا ضرر =

والتشريع الوضعي اشترط التعيين أيضاً ، ولكنه تجاوز عن الجهالة
اليسيرة فيما إذا كان المحل غير معين بالذات ، فتراه في المادة ١٣٣ يقول :
(١) إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه
ومقداره ، وإلا كان العقد باطلا .

(٢) ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به
تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن
استخلاص ذلك من العرف ، أو من أى ظرف آخر التزم المدين أن يسلم شيئاً من
صنف متوسط .

وهنا يقول الأستاذ السهوري : ويتبين من هذه النصوص أنه يجب في المحل
أن يكون معيناً ، أو قابلاً للتعيين (١) .

== عليه إن لم يجده ثم إن الأحاديث لم يرد فيها ما يعبر الأقسام كلها ، بل وردت في
البيع ونحوه .

وأما الوسطة بين الطرفين فهو النكاح ، فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصوداً
ولنما مقصده المودة والألفة والسكون يقتضى أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقاً ، ومن
جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى . « أن تبتغوا بأموالكم » يقتضى
امتناع الجهالة والغرر فيه ، فوجود الشبهين توسط مالك لجوز فيه الغرر القليل دون
الكثير ، فيجوز على عبد من غير تعيين ، ولا يجوز على العبد الآبق ، لأن الأول يرجع
فيه إلى الوسط المتعارف ، والثاني ليس له ضابط فامتنع ، والحق الخلع بأحد الطرفين
الأولين الذي يجوز فيه الغرر مطلقاً ، لأن العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يقصد
للمعاوضة ، بل شأن الطلاق أن يكون بغير عوض كالهبة ، ثم قال والفقه مع مالك رحمه
الله ، اه ملخصاً .

(١) الوسيط ص ٣٨٧ .

(٤) أن يكون مقدوراً على تسليمه وقت التعاقد وهذا في المعاوضات المالية بالاتفاق ، وفي عقود التبرعات خلاف مالك أيضاً ، وعلى هذا الشرط لا يجوز إجارة المغصوب من غير الغاصب ، كما لا يجوز بيعه من غيره لأن مالكة عاجز عن تسليمه ، ولا يجوز بيع الحيوان الفار ، ولا الصيد بعد فراره سواء كان حيواناً أو طيراً أو سمكاً للعجز عن التسليم .

وظاهر مسلك القانون المدني ، أنه لا يشترط هذا الشرط ، بل أن الدكتور السنهوري في بحث محل الالتزام عد الشروط ثلاثة فقط وليس هذا الشرط منها (١) .

٤ - العاقد

إذا كان العقد لا يتصور وجوده من غير عاقد يصدر عنه ، والعاقد لا يكون إلا إنساناً ، وليس كل إنسان يصلح لأن يكون عاقداً ، بل الأمر - حسب الواقع المشاهد - مختلف ، فمن الناس من لا تصلح عبارته لشيء أصلاً ، ومنهم من تصلح عبارته صلاحاً مطلقاً ، ومنهم من هو وسط بين النوعين ، فتصلح عبارته لنوع من التصرفات دون نوع آخر ؛ أو هي صالحة في ذاتها ، ولكنها قاصرة فتحتاج إلى ما يقويها .

لذلك كان لابد وراء الإنسانية من شيء آخر يجعله صالحاً لأن يكون عاقداً ، هذا الشيء هو المعبر عنه بالأهلية ، ثم أن مجرد وجود العبارة الدالة على إنشاء العقد لا تجعله نافذ المفعول تترتب عليه الآثار ، بل لابد من صفة أخرى يتوقف عليها نفاذ العقد شرعاً ، هذه الصفة هي المسماة بالولاية عند الفقهاء .

(١) راجع الوسيط في شرح المولد من ١٣١ إلى ٣٥ ١ .

فلا بد إذا لوجود العقد شرعا وترتب آثاره عليه من وجود عاقد له أهلية
وولاية ، وهذا يدعونا إلى الكلام على الأمرين « الأهلية والولاية » .

أما الأهلية : فمعناها في اللغة الصلاحية ، يقال فلان أهل لهذا العمل ، أى
صالح له وجدير به .

وفي اصطلاح الفقهاء هي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحاً
لأن تثبت له الحقوق ، وتثبت عليه الواجبات ، ويصح منه التصرفات .

والأهلية بهذا المعنى الواسع لا تثبت لكل شخص ، بل قد يثبت له منها
جزء أو أجزاء على حسب كمال الشخص في جسمه وعقله ونقصانه ، وهي
تتدرج مع الشخص حتى تصل إلى درجة الكمال عند ما يصل إلى درجة الكمال
فكلما كان الشخص ناقصاً كانت أهليته ناقصة ، وكلما قل نقصه زادت
أهليته .

فأول مراحلها ثبوت الحقوق له ، ثم ثبوت الحقوق عليه ، ثم صحة بعض
التصرفات ، ثم صحة كل تصرفاته ، وتحمله للمسئوليات ، ولهذا قسمها الفقهاء
إلى قسمين أهلية وجوب ، وأهلية أداء ، وكل منهما إلى قسمين ناقصة وتامة .

فأهلية الوجوب : صلاحيته لأن يجب له الحقوق ، ويجب عليه الواجبات
أو هي صلاحيته للالتزام والالتزام .

ومناط هذه الأهلية عند الفقهاء هو الذمة^(١) وهي صفة اعتبارية اعتبرها

(١) قس القرافي المالكي الذمة بتفسير آخر في كتابه الفروق ج ٣ ص ٢٢٠
وما بعدها في الفرق — ٨٣ — بين الذمة وأهلية التصرف .

حيث قال : « إنها معنى شرعى مقدر فى المكلف قابل للالتزام والالتزام ، وهذا المعنى

الشارع في الشخص تجعله أهلاً لثبوت الحقوق له وعليه ، ولذلك يقال : في ذمة فلان كذا من المال ، والذمة تثبت للشخص باعتباره إنساناً ، فكلما تحققت الإنسانية وجدت الذمة ، ووجدت معها أهلية الوجوب ، ومن هنا تثبت للجنين قبل أن يولد كما سيأتي بيانه .

وهذه الأهلية نوعان : ناقصة وكاملة . فالناقصة : هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له : والكاملة : هي صلاحيته للوجوب له وعليه .

== جعله الشرع مسبباً على أشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشد ، فمن بلغ سفيهاً لازمة له ، ومنها ترك الحجر ، فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل لإلزامه أرش الجنائيات وأجر الإجراءات وأثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات ويقبل التزامه إذا التزم أشياء اختياراً من قبل نفسه لزمه ، وإذا فقد شرط من هذه الشروط لم يقدر الشرع هذا المعنى الأبل للالزام والالتزام ، ثم قال : وهذا المعنى المقدر هو الذي تقدر فيه أثمان البياعات بثمن إلى آجال بعيدة أو قريبة .

ثم قال : وأما أهلية التصرف فحقيقتها عندنا قبول يقدره صاحب الشرع في المحل ، وسبب هذا القبول المقدر التمييز عندنا ، وعند الشافعي التمييز مع التكليف ، وأخيراً يقول : فكل من أهلية التصرف والذمة معنى مقدر في المحل غير أن الأول لا إلزام ولا التزام فيه ، والثاني فيه ذلك ، والذمة يشترط فيها التكليف من غير خلاف بخلاف أهلية التصرف ففيها خلاف .

والذي يظهر لي من هذا الكلام أن مراده بأهلية التصرف هو ما أراده الحنفية بأهلية الأداء الناقصة ، وما أراده بالذمة هو ما أراده بأهلية الأداء الكاملة . أقول يظهر من كلامه هذا من غير قطع بذلك لأنه قال في أول الفرق : أنهما يجتمعان في الحر البالغ الرشيد ، وتنفرد الذمة في العبد البالغ ، وتنفرد أهلية التصرف في الصبي المميز عندنا وعند أبي حنيفة وأحمد ، لأن تصرفه صحيح ينفذ بأجازة الولي خلافاً للشافعي فإنه لا يصح عنده حتى ولو أجازة الولي .

لأن كون العبد البالغ كامل الأهلية محل نظر ،

أهلية المراهقة : هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه معتبرة في نظر الشارع ، ومناطق هذه الأهلية التمييز والعقل .

وهي أيضاً نوعان : ناقصة وكاملة حسبما يوجد عند الشخص من التمييز والعقل ، فإن كان تمييزه تاماً ، وعقله كاملاً كانت أهلية أداؤه كاملة .

والأهلية بنوعها ، أو بأنواعها الأربعة لا تثبت للإنسان مرة واحدة ، بل تثبت له شيئاً فشيئاً ، وأول ما يثبت له أهلية الوجوب الناقصة ، ثم أهلية الوجوب الكاملة ثم أهلية الأداء الناقصة ، ثم الكاملة ، هذا إذا كانت حياته سائرة في طريقها الطبيعي ولم يعرض لها عارض من عوارض الأهلية الآتية بيانها .

ومن هنا انقسمت حياة الإنسان بالنسبة لثبوت أنواع الأهلية إلى مراحل أربع : ١ - مرحلة كونه جنيناً ٢ - مرحلة الطفولة وعدم التمييز ٣ - مرحلة التمييز ٤ - مرحلة البلوغ مع الرشد .

ففي المرحلة الأولى : يثبت للجنين أهلية وجوب ناقصة ، وبها يكون صالحاً لثبوت بعض الحقوق له ، لأن إنسانيته ليست كاملة ، بل هو إنسان من وجه دون وجه ، فمن حيث إنه يتغذى بغذاء أمه ، ويتحرك بتحريكها ، وينتقل بتنقلها يعتبر كجزء منها ؛ ومن ناحية أنه يتهيأ للانفصال عنها بعد تمام تكوينه يعتبر إنساناً مستقلاً ، فمراعاة للناحيتين يثبت له بعض ما يثبت للإنسان ، وهو ثبوت بعض الحقوق وهي :

١ - النسب من أبويه - ٢ - الميراث إذا مات أحد مورثيه ، فيوقف له أكبر النصيبين من نصيب الذكر والآنثى - ٣ - استحقاقه لما يوصى له به أو يوقف عليه وما يثبت له من ذلك لا تكون ملكيته له نافذة ، بل تتوقف

على ولادته حيا ، فإذا ولد ميتاً رد ذلك إلى أصحابه المستحقين له ، وإن ولد حيا تثبت له ملكية مستندة إلى وقت ثبوتها بأثر رجعي .

وفي المرحلة الثانية : التي تبدأ بعد الولادة مباشرة ، وتستمر إلى وقت التمييز وهو بلوغه السابعة من عمره ، وفي هذه يصبح إنسانا مستقلا فتكمل أهلية الوجوب عنده ، فتجب له الحقوق ، وتثبت عليه الواجبات ، فإذا بيع له أو وهب له ملك ، ووجب عليه العوض في المعاوضات .

وإنما الذي يتصرف عنه وليه أو وصيه ، وتلزمه هذه التصرفات ، ما دامت في حدود الولاية ، وآثارها لازمة له أيضاً ، فإذا زوجه وليه لزم المهر في ماله ، وكذا نفقة الزوجة ، ولا يستطيع أن يتخلص من ذلك بعد ما يثبت له أهلية الأداء ، وهكذا كل الحقوق المالية سواء كانت عوضا كنفقة الأقارب ، أو مئونة كالخراج فإنه مئونة الأرض نظير المحافظة عليها وتسهيل زراعتها بشق الترع وإصلاح الأنهار ، وغيرها من المنافع العامة . ومشله أيضاً العشر ، لأن جانب المئونة فيه أرجح من جانب العبادة ، ويجب في ماله أيضاً ضمان ما أتلفه من الأنفس والأموال ، فإذا أتلف لإنسان مالا وجب مثله في ماله إن كان مثليا ، أو قيمته إن كان قيمياً .

أما مرحلة التمييز : وهي تبدأ بعد سن السابعة إلى البلوغ والعقل ، ومعنى التمييز أن يصير بحالة يفرق فيها بين الخير والشر ، والنفع والضرر ، ويعرف معاني الألفاظ ، والمقصود منها إجمالا ، فيعرف أن البيع يخرج المال عن ملكه ، ويدخله في ملك غيره ، والشراء بالعكس .

والتمييز ليس له وقت محدد ، فقد يأتي مبكراً ، وقد يتأخر ، ويعرف بآثاره التي تبدو في تصرفات الطفل ، وهذه الآثار لا تظهر دفعة واحدة ،

ولذلك لم ينط الشارح أحكام التمييز بحقيقة التمييز، لأن الأحكام تضطرب حينئذ.
من أجل ذلك جعل الشارح سنا معينة لتكون مبدأ التمييز، وثبتت عندها
الأحكام فاعتبر تمام السابعة هو الوقت الذي يعتبر فيه الطفل مميزاً ، وهذه
السن في الغالب يميز فيها الطفل متى كان في حالة طبيعية .

وفي هذه المرحلة تبدى أهلية الأداء فتثبت له أهلية الأداء الناقصة ليرن
على التصرفات ، ولكن تصرفاته تكون تحت رقابة من له الولاية عليه ، لأن
قصور أهليته يجعله محتاجاً إلى ما يكمل أهليته ، ومن هنا قسموا التصرفات
بالنسبة إليه إلى ثلاثة أقسام .

١ - تصرفات نافعة نفعا محضاً ، وهذه تصح منه وتنفذ ، ولا تحتاج إلى
شيء آخر من إذن ولي أو غيره ، لأنها خير على كل حال ، مثل قبول الهبة ،
والوصية والوقف وما شاكل ذلك .

٢ - تصرفات ضارة ضرراً محضاً ، وهذه لا تصح منه ، بل تقع باطلة ولا
تنفذ حتى ولو أجازها الولي أو الوصي ، لأن الوصي أو الولي لا يملك إنشاء
هذه التصرفات ابتداءً ، حيث إن تصرفاته مقيدة بما لا يضر بالصغير ، من ذلك
الهبة والصدقة والوقف وسائر التبرعات والطلاق والسكفالة بالدين .

٣ - تصرفات دائرة بين النفع والضرر بمعنى أنها تحتل الأمرين كالبيع
والشراء والإجارة ، وسائر عقود المعاوضات المالية وغير المالية كالزواج .

وهذه التصرفات تصح^(١) من الصبي المميز ويتوقف نفاذها على إجازة
الولي . . أما صحتها فباعتبار ماله من أصل الأهلية ولاحتمال أنها نافعة ، وأما

(١) يوافق الحنفية في صحة تصرفات الصبي المميز المالكية كما في الفروق للقرافي .

راجع الفرق - ٨٣ - ج ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها .

وكذلك الحنابلة كما في كشف القناع ج ٢ ص ٢٢٩ .

توقفها فلقصور أهلية الصبي ، ولاحتمالها للأميرين . فإذا أجازها عرفنا أن جهة النفع فيها راجحة ، وإذا رفضها عرفنا أنها بالعكس .
وينبغي هنا ملاحظة الأمور الآتية :

الأول : أن المعتبر في هذا النوع الثالث هو طبيعة العقد دون نظر إلى واقعة معينة فإذا باع الصبي عقاره بأضعاف قيمته ، أو اشترى بنصف القيمة توقف العقد على الإجازة ولا ينظر إلى ما فيه من نفع ظاهر ، لأن الشأن في هذه العقود أنها تحدثل الأمرين ، ولربما كان البيع بضعف القيمة في واقع الأمر ضرراً ، كما إذا كان الصغير محتاجاً إلى نفس المبيع مثلاً ، أو احتمال أن يأتي عليه زمن ترتفع قيمته فيه أكثر مما يبيع به .

الثاني : أن الإجازة لا تكون صحيحة إلا إذا كان المميز يملك إنشاء هذا العقد وإنفاذه ابتداء ، فإذا لم يكن يملك ذلك ابتداء لا تكون إجازته صحيحة .

فمثلاً الولي أو الوصي لا يملك ابتداء أن يبيع مال الصغير بغين فاحش ، ولا الشراء كذلك ، فإذا كان عقد الصغير المميز كذلك لم يملك الولي إجازته ، لأن مالا يملكه ابتداء لا يملك إجازته ، فيقع العقد باطلاً من أول الأمر ، كالتصرفات الضارة ضرراً محضاً .

الثالث : أن التصرفات الموقوفة على إجازة الولي إذا بقيت معلقة لم يبت

== وبناء على هذا جوزوا لوليه أو للقاضي أن يأذن له بالتجارة ليتدرب على التعامل إلا أن الحنابلة قيدوه بما أذن له فيه فقط ، والحنفية قالوا لا يتقيد ، فإذا أذن له بالتجارة في نوع خاص كان له أن يتاجر فيه وفي غيره ، لأن الإذن إطلاق ورفع الحجر عنه وهو لا يقبل التقييد .

فها الولي بقبول أو رفض حتى يبلغ الصبي وكملت أهليته انتقل إليه حق إجازتها،
لأنه ببلوغه يستقل في تصرفاته ، فله أن يجيزها وأن يرفضها .

أما التصرفات التي بت فيها الولي بإجازة أو رفض فلا يملك فيها شيئاً ، لأن
التصرف قد نفذ حال الإجازة ، أو بطل حال الرفض، وإذا بطل لا يقبل إجازة
بعد ذلك ، وكذلك التصرفات التي وقعت باطلة من أول الأمر لا يملك إجازتها
بعد البلوغ لما قلنا .

الرابع : إن الإجازة اللاحقة للتصرف تصير كالإذن السابق ، فينفذ
التصرف مستنداً إلى وقت التصرف ، فلو تزوج الصبي المميز بدون إذن وليه ،
ثم أجازته الولي نفذ من حين العقد، وترتبت عليه آثاره من هذا الوقت ، ولورده
بطل من حين العقد أيضاً .

وأما مرملة البلوغ والرسم: وهي المرحلة التي يكون فيها الجسم والعقل
أقرب إلى التمام فيكمل للشخص فيها أهلية الأداء بالاتفاق إذا بلغ رشيداً .

والبلوغ يعرف بالعلامات الطبيعية إن وجدت، وأدنى سن يصدق وجودها
فيها اثنتا عشرة سنة في الغلام ، وتسع سنوات في الفتاة ، فإذا ادعى غلام أنه
بلغ باحتلام وكانت سنه اثنتى عشرة سنة ، ونما جسمه يحتمله صدق في دعواه ،
وإن كانت سنه أقل منها لا يصدق ، وكذلك الفتاة بعد تسع سنوات ، وإن
لم يوجد شيء من العلامات الطبيعية كان البلوغ بالسن ، فتي بلغ خمس عشرة
سنة حكم ببلوغه سواء كان ذكراً أو أنثى وهذا التقدير عند جمهور الفقهاء (١) ،

(١) والدليل على ذلك ما رواه الجماعة عن ابن عمر قال : عرضت على النبي صلى الله
عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني ، وعرضت عليه يوم الخندق
وأنا ابن خمس عشرة فأجازني ، منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٥ ص ٢١٠ .

وأبو حنيفة قدرها بثماني عشرة للفقى وسبع عشرة سنة للفتاة ، والإمام مالك قدرها بسبع عشرة سنة لها ، كما في تفسير القرطبي (١) .

والشارع جعل البلوغ أمانة على كمال العقل وتمام التمييز وإن كان العقل يكمل والتمييز يتم عند بعض الأفراد قبل البلوغ وقد يتأخر ذلك عن البلوغ عند البعض ، ولكن الغالب أن ذلك يتحقق عند البلوغ والتشريع عام فلا بد أن يناط بشيء ظاهر مضبوط ، لأن إناطته بحقيقة تمام العقل والتمييز - وهو يختلف باختلاف الأفراد والبيئات - يؤدي إلى اضطراب التكليف .

وأما الرسم : فهو في اللغة بمعنى الصلاح والهدى إلى صواب الأعمال .
وعند جمهور الفقهاء : هو حسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية ولو كان فاسقاً من الوجهة الدينية (٢) : وهذا الرشد قد يأتي مع البلوغ ، وقد يتأخر عنه كثيراً أو قليلاً ؛ وقد يتقدم على البلوغ ولكن لا اعتبار له قبل البلوغ ، فإذا بلغ رشيداً كملت أهليته ، وارتفعت الولاية عنه ، وسلم إليه ماله باتفاق الفقهاء ، وإن بلغ غير رشيد بقيت الولاية عليه ، ولم تكمل أهليته ، وبقيت أمواله تحت يد وليه أو وصيه كما كانت عند جمهور الفقهاء ولا ترتفع الولاية حتى يتحقق رشده .

وخالف أبو حنيفة في هذا ، وقال : إذا بلغ عاقلاً غير رشيد كملت أهليته وارتفعت الولاية عنه ، ولكن أمواله لا تسلم إليه على سبيل الاحتياط والتأديب لا على سبيل الحجر عليه (٣) ، لأنه لا يرى الحجر على السفیه ، وهذا

(١) ج ٥ ص ٣٧ .

(٢) هذا هو مذهب الحنفية ويوافقهم الإمام مالك ، ففي بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٤٣ أن مالكا يرى أن الرشد هو تمييز المال وإصلاحه فقط ، والشافعي يشترط مع هذا صلاح الدين .

(٣) راجع رد المحتار ج ٥ ص ١٤٤ كتاب الحجر .

المنع عنده وقت ينتهى بأحد أمرين ، إما بالرشد بالفعل ، أو ببلوغه خمساً وعشرين سنة ، فإن رشح قبلها سلم إليه المال ، وإن لم يتحقق رشده سلم إليه إذا بلغ هذه السن .

وجهور الفقهاء لم يحددوا للرشد سنّاً معينة ، لأنه تابع لترسية الشخص واستعداده فقد يأتى مبكراً وقد يتأخر ، ولأن النصوص لم تحدد ذلك ، بل أناطت تسليم المال إليهم بمجموع الأمرين البلوغ وإيناس الرشد فى قوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم (١) » .

ثم إن اشتراط الرشد لنفاذ تصرفاته إنما هو بالنسبة للتصرفات المالية التى يكون السفه فيها سبباً للجحر عليه ، وأما غير ذلك من التصرفات كالزواج والطلاق فإنها نافذة منه بمجرد البلوغ مع العقل .

وإذا كانت النصوص الشرعية لم تحدد للرشد سنّاً معينة ، فليس فيها ما يمنع التحديد ، ولسكتها تركته لأولى الأمر يحدونها حسبما تقتضى به المصلحة تبعاً لاختلاف البيئات ، وسهولة المعاملات وتعقدها .

ولقد حدد المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال السن التى تنتهى عندها الولاية والوصاية على القاصر بإحدى وعشرين سنة (٢) كما جاء بالمادة ١٨ ، والمادة ٤٧/١ ، فيصبح الشخص بعدها رشيداً ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه .

وقرر أن القاصر « غير الرشيد » ليس له أهلية التصرف فى المال إلا فيما

(١) النساء — ٦

(٢) قد يستأنس فى هذا التحديد بما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال : لأحب ولدك سبعاً ، وأدبه سبعاً ، وصاحبه سبعاً ، ثم اترك حبله على غاربه .

يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته . مادة - ٦١ - كما أنه يجعله أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره إذا بلغ السادسة عشرة ولم تر المحكمة تقييده في التصرف بشئ . مادة ٦٣ .

وقد منع هذا القانون تسليم مال القاصر إليه إلا إذا بلغ الثامنة عشرة وأذن له الولي في تسليم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها بإشهاد رسمي لدى الموثق، أو أذنت له المحكمة بعد سماع أقوال الوصي ، المادتان ٥٤ ، ٥٥ .
ولقد كانت سن الرشد محددة بذلك من قبل في قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ ، والقانون المدني الجديد .

وفائدة هذا التحديد تظهر في أن الشخص لا يقبل منه إثبات الرشد قبل ذلك ولا يحتاج عند بلوغها إلى إثباته بالدليل ، ويرفع عنه الحجر إلا إذا ثبت سقمه بعد بلوغها فإنه يحجر عليه حجراً قضائياً .

ويتلخص مما تقدم أن أهلية الوجوب ثابتة لجميع الأشخاص لا فرق بين رشيد وغير رشيد، ولا بين مميز وغير مميز، وأنها لا علاقة لها بإنشاء التصرفات، وأن أهلية الأداء الكاملة تثبت للبالغ العاقل الرشيد ، فإذا لم يكن رشيداً كانت أهليته ناقصة ما دام مميزاً سواء كان بالغاً أو غير بالغ ، ومن لا تمييز عنده لا أهلية له حتى ولو بلغ مائة سنة ، ومن هنا تكون أهلية الأداء مستلزقة لأهلية الوجوب ولا عكس .

والقانون المدني الجديد بين ذلك في المواد ٤٤ و ٤٥ و ٤٦ .

فمادة ٤٤ - (١) كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

(٢) وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .

مادة ٤٥- (١) لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .

(٢) وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز .

مادة ٤٦- (١) كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون .

عوارض الأهلية

تحت هذا العنوان يتكلم علماء الأصول عن أمور كثيرة تعرض للإنسان فتؤثر في أهليته إما بالنقص ، أو بالإبطال وقسموها إلى عوارض سماوية ؛ وهي التي لا دخل للإنسان فيها كالجنون مثلاً ، ، ومكتسبة ، وهي التي للإنسان دخل فيها كالسكر والسفه ، ولكنهم توسعوا فيها فعدوا منها الصغر مع أنه ليس عارضاً ، بل يولد الإنسان صغيراً ، كما عدوا أشياء لا تؤثر في الأهلية بالنسبة إلى المعاملات ، وإنما يقتصر تأثيرها على بعض العبادات المكلف بها الشخص ، فيسقطها عنه أو يؤخرها إلى وقت آخر كالنفاس والسفر ، وتبع هذا التوسع أن صرحوا بأن تلك العوارض تعرض للأهليتين ، كالموت فإنه يعرض لأهلية الوجوب فيمنعها ، والنوم والإغماء وغيرهما فإنها تعرض لأهلية الأداء ولا تؤثر في أهلية الوجوب ،

كما تبع ذلك أيضاً أن تكلفوا في تفسير العوارض ، فقالوا : إن المراد بها الصفات غير الذاتية للإنسان سواء كانت طارئة ، أو غير طارئة ، مع أن المتبادر منها أنها الأمور الطارئة .

ولكننا ونحن بصدد الكلام على أهلية التعامل لا يعنيننا إلا معرفة الأمور التي تعرض لأهلية الأداء التي هي أساس التعامل .

وقد عرفنا أن هذه الأهلية تكمل إذا بلغ الشخص عاقلاً رشيداً ، وعندما تكون كل التصرفات التي تصدر من صاحبها صحيحة معتبرة في نظر الشارع ، ولكن قد يعرض لصاحب الأهلية عارض يؤثر فيه ، وبمقدار تأثير ذلك العارض في مناط الأهلية — وهو العقل — يكون تأثيره في الأهلية ذاتها ، فإن أعدم العقل ، أو عطله تعطيلاً تاماً كان أثره في أهلية صاحبه تاماً كذلك فيعدمها ، وإن لم يعدم العقل ، ولكنه أدخل به إلى حد ما يكون تأثيره في الأهلية كذلك ، فيصيرها ناقصة بعد أن كانت تامة ، وقد لا يؤثر في العقل فلا يؤثر في الأهلية ، ولكنه يحدد من تصرفات الشخص محافظة على ماله . إما لمصلحته ، أو لمصلحة غيره .

والعوارض التي تعدم الأهلية : هي النوم والإغماء والجنون بالاتفاق ، والسكر على الخلاف ، وأما العته فينقصها ، والسفه والغفلة والدين ومرض الموت لا تؤثر فيها إلا أنها توجب الحد من تصرفات صاحبها لمصلحته كما في السفه والغفلة ، أو لمصلحة غيره كما في الدين ومرض الموت .

أما النوم : فهو فتور طبيعي يعتري الإنسان في فترات منتظمة ، أو غير منتظمة لا يزيل العقل ، بل يعطله ، ولا يزيل الحواس الظاهرة ، بل يعطلها ، وعبارات النائم لا اعتبار لها على الإطلاق .

أما الإغماء : فهو مرض في القلب ، أو الدماغ يعطل القوى المحركة للإنسان أو القوى المدركة فيه ولا يزيل العقل (١) ، وهو يشبه النوم في أن كلا منهما يعطل العقل ، والقوى الظاهرة ، ويفترقان في أن النوم عارض طبيعي ، والإغماء غير طبيعي . لذلك كان حكمهما واحداً من ناحية تأثيرهما في التصرفات ، فكل عبارات المغمى عليه ملغاة لانعدام القصد عنده .

(١) السعد على التلويح ص ١٦٧ ج .

وأما الجنون : فهو اختلال في القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقييحة المدركة للعواقب ، فتعطل أفعالها ، ولا تظهر آثارها .

وَسواء أكان مطبقاً « مستمراً » أم غير مطبق « متقطع » فهو معدم للأهلية ، فلا يصح منه تصرف أصلاً في حالة جنونه ، وأما يصدر منه وقت الإفاقة في الجنون المتقطع فإنه صحيح ، ما دام عقله سليماً (١) .

وأما العته : فهو آفة توجب خللاً في العقل ، فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء ، وبعضه كلام المجانين ، وكذا سائر أموره (٢) .

والعته بهذا المعنى لا يذهب العقل بالكلية ، بل يكون عند صاحبه بقية منه ، وعلى هذا تكون أهليته ناقصة كالصبي في دور التمييز ، وقد تقدم تفصيل ما يصح منه . وما لا يصح .

هذا هو الأصل في حد العته ، لكن بعض العلماء يرى أن العته نوعان ،

(١) والجنون أنواع مختلفة . لأن الاختلال إما أن يكون لنقصان جبل عليه في أصل الخلقة ، وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط أو آفة ، وإما لاستيلاء الشيطان وإلقاء الخيالات الفاسدة إلمه بحيث يفرح ويفزع من غير ما يضلخ سبباً ، فهو أنواع ثلاثة ، فالأول منه لا يمكن علاجه ، لأنه خلقي كلسان الآخرس ، وعين الآكه ، والثاني يعالج بالأدوية ، وفي هذين النوعين يزول العقل بيقين للفساد الأصلي ، أو الطارئ ، وأما الثالث فيسمى صاحبه بمسوساً وموسوساً . وهذا النوع يعالج أيضاً . ولكنه لا يحكم بزوال العقل فيه ، راجع كشف الأسرار ج ٤ ص ١٣٨٣ وما بعدها .

(٢) كشف الأسرار ج ٤ ص ١٣٩٣ .

عنه تام ، وآخر غير تام ، والأول يأخذ حكم الجنون ، لأنه نوع منه يسمى بالجنون الساكن ، والثاني يأخذ حكم الضبا مع التميز .

وأما السكر : فهو حالة تعرض للإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه ، فيتعطل منه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقيحة (١) .

والسكر إما مباح ، كالحاصل من الأدوية ، أو الأشربة المباحة ، وإما حرام ، كالحاصل من الخمر وما في معناها ، وقيل إن السكر يذهب العقل ، والصحيح أنه لا يذهبه ، بل يعطله بالكيفية بدليل بقاء تكليفه ، ولا تكليف إلا مع العقل ، وعلى كلا الرأيين لا يكون للسكران إرادة ولا قصد .
ومن هنا ذهب بعض الفقهاء إلى أن عبارته لا تعتبر أصلاً في أي عقد من العقود .

وذهب الجمهور إلى التفرقة بين السكر بمباح ، والسكر بمحرم ، ففي النوع الأول لم يجعلوا لعبارته اعتباراً ، وفي النوع الثاني اعتبروها جزءاً له ، وعقاباً على تسببه في الإخلال بعقله ، وقد سبق تفصيل هذا الرأي ومناقشته .

(١) وقيل السكر هو سرور يغلب على العقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع الإنسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزيله ، ولهذا بقي السكران أهلاً للخطاب ؛ : وقيل هو غفلة تلحق الإنسان مع فتور في الأعضاء بمباشرة بعض الأسباب الموجبة لها من غير مرض ولا علة ، راجع كشف الأشرار ج ٤ ص ٧٢٤ .
وقد وضع كيفية السكر فقال : إن العقل في الرأس ، وشعاعه في الصدر والقلب ، فالقلب يهتدي بنوره لتدبير الأمور وتمييز الحسن من القبيح ، فإذا شرب الخمر خلعت أثرها إلى الصدر خال بينه وبين نور العقل فبقى الصدر مظلاً فلم ينتفع القلب بنور العقل . فسمى بذلك سكرأ ، لأنه سكر حاجز بينه وبين نور العقل ؛ أم .

وأما السهم : فهو خفة تعثرى الإنسان فتبعته على العمل بخلاف موجب العقل ، ويزاد به هنا : عدم الإحسان في تصرفاته المالية ، فينفقها على خلاف مقتضى الشرع والعقل (١) فالسفيه ينفق المال من غير نظر وروية في العواقب محمودة كانت أو غير محمودة ، لأن من عاداته التبذير والإسراف في النفقة ، وأن يتصرف تصرفاً لا لغرض أو لغرض يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً ، وهذه الخفة لا تؤثر في أهلية السفيه بشيء ، لأن كمال الأهلية تابع لكمال العقل ، والسفيه كامل العقل ، غير أنه يسير مع هواه ويكابر عقله .

وقد اختلف الفقهاء في الحجر على السفيه ، ومنعه من بعض التصرفات . فذهب أبو حنيفة إلى عدم الحجر عليه ، لأن الشخص إذا بلغ رشيداً أكملت أهليته ، وارتفعت الولاية عنه ، وسلم إليه ماله ، فإذا ما عرض له السفه بعد ذلك لا يحجر عليه ، ولا يسلب منه ماله ، لأن في الحجر إهداراً لأهليته وحرية ، ولا يكون المال أعز من النفس في موازين الأشياء .

وأما إذا بلغ عاقلاً غير رشيد ، فإنه يرى أن أهليته تكمل ، والولاية ترفع عنه ولا يسلم إليه ماله لا حجراً عليه ، وإنما للاحتياط فقط ، حتى إذا رشده بالفعل سلم إليه ، فإن لم يتحقق رشده وبلغ خمساً وعشرين سنة سلم إليه المال ، لأن من وصل إلى هذه السن ولم يرشد لا ينتظر منه رشد بعد ذلك ، فلا فائدة من حجز المال عنه ، أو يقال : إن هذه السن غالباً يتحقق فيها الرشد .

(١) فالمبذرسفيه ولو كان ينفق ماله في وجوه البر عند الجنفية ، وخالف الشافعي فلم يجعل الإسراف في الإنفاق في وجوه البر سفهاً ، راجع رد المحتار ج ٥ ، كتاب الحجر ، ٤ ، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٩٢ .

وذهب الصاحبان « أبو يوسف ومحمد ، إلى أنه إذا بلغ سفياً تبقى الولاية عليه ، ولا يسلم إليه ماله ، ولا ينفذ من تصرفاته إلا ما كان نفعاً محضاً ، وأما بقية تصرفاته التي تقبل الفسخ ، ولا تكون صحيحة مع الهزل فمنوع منها ، وهذا الحجر للمحافظة على ماله لئلا يكون عالة على الناس بعد إفلاسه .

وأما التصرفات التي لا يؤثر فيها الهزل ، وهي الزواج والطلاق والرجعة والإعتاق واليمين ، فتقع منه نافذة لأن الشارع رتب عليها آثارها بمجرد وجود العبارة المنشئة لها ، وكذلك وصيته لجهة من جهات البر ، لأنها عبادة ، وهي صحيحة منه .

وأما إذا بلغ رشيداً ثم عرض له السفه ، فإن الصاحبين اتفقا على أنه يحجر عليه في التصرفات التي يؤثر فيها الهزل للعللة السابقة ، ومع اتفاقهما على مشروعية الحجر بسبب السفه يرى محمد أن تحقق السفه يكفي في ثبوت الحجر عليه ، ولا يتوقف على القضاء ، لأن العلة في ثبوته هي السفه وقد تحقق ، فصار كالحجر بالجنون والعتة والصغر ، وهذه لا تحتاج إلى القضاء فكذلك السفه .
وكما أن ثبوته عنده لا يتوقف على القضاء كذلك زواله لا يتوقف عليه ، فبمجرد عودة الرشيد إليه يرتفع الحجر عنه ، وذهب أبو يوسف إلى أنه لا يصير محجوراً عليه إلا بعد القضاء ، فوجود السفه وحده لا يمنع صحة تصرفاته ونفاذها لأمور :

الأول : أن الحجر عليه للنظر له ، وفي الحجر تحصيل النفع له بإبقاء ملكه وإلحاق الضرر به بإهدار عباراته وتصرفاته ، ومثل هذا يحتاج إلى ترجيح أحد الجانبين وهو لا يكون إلا بقضاء القاضي .

الثاني : أن السفه أمر تقديري تختلف فيه أنظار العقلاء ، فرب شخص يرى تصرفاً ماسفهاً بينما لا يراه غيره كذلك ، وهذا يحتاج إلى قضاء القاضي

الذى وظيفته الفصل فى المنازعات بين الناس ، على أن السفه لا يثبت بالتبذير مرة واحدة ، بل لا يكون إلا بعد التكرار .

الثالث : أن الحجر عليه مبطل لتصرفاته ، وفى ثبوت الحجر عليه من غير قضاء إلحاق الضرر بمن تعاملوا معه من غير أن يعرفوا حقيقة أمره .
وكما أن الحجر عليه لا يكون إلا بقضاء القاضى عند أبى يوسف كذلك لا يرتفع الحجر إلا بعد القضاء بزواله عندما يتبين للقاضى زوال سفيهه ، وعلى هذا تكون تصرفاته بعد السفه وقبل القضاء نافذة ، وتصرفاته بعد زوال السفه وقبل القضاء بزواله غير نافذة لعدم تحقق الشرط (١) .

ومما تجب ملاحظته هنا ، أن الحجر على السفه يتناول تصرفاته فى جميع أمواله لافرق بين ما دخل ملكه بعد الحجر عليه أو قبله ، والأئمة الثلاثة هم مالك والشافعى وأحمد بن حنبل ، موافقون على مبدأ الحجر كراى صاحبين (٢) .

أما الغفلة : فهى عدم الخبرة بالمعاملات ، ومعرفة نافعها من ضارها ، وصاحبها يخدع بسهولة ، فيلحقه الخسران فى معاملاته .

وهذا المعنى لا يوجب الحجر عند الإمام أبى حنيفة ، ويوجب عند صاحبيه والأئمة الثلاثة ، فذو الغفلة كالسفيه عندهم سواء بسواء .

أما المرى : فهو عارض يعرض للإنسان لا يؤثر فى أهليته بالاتفاق

(١) راجع كشف الأسرار الكبير ج ٤ ص ١٤٩٤ ، وكشف الأسرار الصغير ج ٣ ص ٣٠٣ ، وتبيين الحقائق ج ٥ باب الحجر ، ورد المختار ج ٥ باب الحجر أيضا .
(٢) توسط بعض فقهاء العراق كإبراهيم النخعى وابن سيرين فى الحكم بالحجر على السفه فذهبوا إلى رأى وسط بين هذين الراىين فقالوا : إن السفه الأصلى موجب للحجر عليه بسبب الصغر . وأما السفه العارض بعد البلوغ مع الرشد فلا يوجب الحجر عندهم . راجع بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ صفحة ٢٤١ وما يعدها .

سواء كان مستغرقاً لشكل ماله ، أو غير مستغرق ، لكنه يوجب أخذ من تصرفاته بالحجر عليه عند جمهور الفقهاء خلافاً لآبي حنيفة ، فإنه لا يرى الحجر عليه ، لأن في الحجر إهداراً لحريته وإنسانيته ، وإنما يؤمر بسداد ديونه ، فإن امتثل فلا يتعرض له بشيء ، وإن أبى الأداء حبس حتى يرضى بالأداء ، فيبيع ماله بنفسه ليؤدي ماعليه ، ولا يجوز للقاضي أن يبيع ماله جبراً عنه من غير رضاه ، لأن هذا نوع حجر عليه ، وهو لا يذهب إليه بالنسبة للحجر البالغ العاقل بحال .

وأما جمهور الفقهاء الذين يرون الحجر عليه ، فمع اتفاقهم على مبدأ الحجر يختلفون في أن الحجر عليه يتوقف على قضاء القاضي أو لا .

فأبو يوسف ومحمد يذهبان إلى أنه يحجر عليه بشرطين - ١ - أن يكون دينه مستغرقاً - ٢ - وأن يطلب الغرماء الحجر عليه ، وعلى هذا لا يصير محجوراً عليه إلا بقضاء القاضي فتسكون تصرفاته قبل القضاء . نافذة (١) .

والحجر يظهر أثره في أمرين :

الأول : منعه من التصرفات التي تضر بدائنيته سواء أ كانت تلك التصرفات من التبرعات المحضة كالهبة ، أم من المعاولات التي فيها محاباة ، كالبيع بأقل من القيمة ، أو الشراء بأكثر منها .

الثاني : أنه يباع ماله جبراً عنه لسداد ديونه متى طلب الغرماء ذلك ، واسكن يتبع في بيع أمواله الطريقة التي لا يلحقه ضرر منها وهي : أنه يبدأ ببيع المنقول الذي يتسارع إليه الفساد ، ثم باقى المنقول ، ثم العقار ، ولا يباع جميع أمواله

(١) والفرق للإمام محمد بين الحجر هنا والحجر على السفينة . أن الحجر هنا لأجل الغرماء فيتوقف على طلبهم . وذلك لا يتم إلا بقضاء القاضي . بخلاف الحجر على السفينة فإنه لمصلحته وهو غير موقوف على طلب أحد .

بل يترك له ما يفي بحاجاته الأصلية من طعام وكسوة وسكنى له ولمن يجب نفقتهم عليه ، ويراعى في ذلك قدر الكفاية من غير إسراف ولا تقتير ، حتى قالوا : لو كان له مسكن فسيح يمكن أن يكتفى بأقل منه يبيع ذلك واشترى له آخر بقدر حاجته (١) .

ثم إن الحجر عليه يقتصر على أهواله التي اكتسبها قبل الحجر عليه ، لأنها هي التي تعلق بها حق الدائنين ، أما التي اكتسبها بعد الحجر عليه ، فلا يبرى عليها الحجر ، بل له حرية التصرف فيها كيف شاء .

والإمام مالك يرى أنه يحجر عليه ابتداء من غير حاجة إلى قضاء القاضى فتصرفاته التي تضر بدائنيه بعد الدين كلها موقوفة غير نافذة ، ولهم إبطالها وإجازتها ، وأما تصرفاته التي لا تضرهم كالبيع والشراء من غير محاباة ، والإقرار بدين لمن لا يهتم فيه فصحيحة نافذة ، لأن المنع لحق الغرماء ، فكل ما يضر بحقوقهم يحجر عليه فيه محافظة على حقوقهم ، ويبقى ما عدا ذلك على الأصل وهو النفاذ .

وإذا كان الدين محيطاً بماله كله حكم الحاكم بتفليسه ، ويحجر عليه ، وحينئذ يمنع من كل التصرفات في ماله ، فلا يصح منها شيء حتى يقسمه بين غرمائه ،

(١) جاء في تبيين الحقائق ص ٢٠٠ ج ٥ : إذا باع القاضى مال المدين لقضاء ديونه يترك عليه دست من ثياب بدنه . ويباع الباقي . لأن به كفاية . وقيل يترك له دستان لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملابس ، وقالوا : إذا كان للدين ثياب يلبسها ، ويكتفى بدون ذلك فإنه يبيع ثيابه ويقضى ببعض ثمنها . ويشترى بما بقي ثوباً يلبسه . لأن قضاء الدين فرض عليه . فكان أولى من التجميل . وكذلك في المسكن إذا كان له مسكن يمكنه أن يجترى بما دون ذلك يبيعه ويقضى ببعض ثمنه الدين ويشترى بالباقي مسكناً يكفيه ، اهـ والدست كلمة فارسية معناها « البدلة » .

ويعجل ما عليه من الدين المؤجل ، ويترك له قدر نفقته وأولاده الصغار أياماً
قدّرت في بعض الروايات بشهر ، وفي أخرى إلى أن يتسبب في وجه نفقته ،
لأن إسلامه إلى الهلاك دون قوت غير جائز ، كذلك كسوته المعتادة ، ثم
ماعدًا ذلك يسد منه ديونه (١) .

وفي مذهب الحنابلة رأيان . رأى مع الإمام مالك ، واختاره ابن تيمية
وتليذه ابن القيم ، ورأى مع الصحابين ، وهو أن تصرفه نافذ ما دام لم يحجر عليه

مرض الموت : المرض عارض يعرض للإنسان لا ينافي أهلية الوجوب ،
لأنه لا يخل بالذمة ، أو بالحياة التي هي مناط هذه الأهلية ، كما لا ينافي أهلية
الآداء ، لأنه لا يخل بالعقل ، فيجب على المريض الحقوق لغيره كما يجب على
الصحيح ، وعبارته معتبرة حتى انعقد بيعه وهبته وإجارته ، وصم نكاحه
وطلاقه وسائر تصرفاته .

وكان مقتضى ذلك ألا يتعلق بماله حق لغيره ولا يحجر عليه في شيء من
تصرفاته .

ولكن نوعاً منه يسلم إلى الموت الذي ينهي الذمة ، ويبطل الملكية سماه
العلماء «مرض الموت» ، وجعلوه موجباً للحجر عليه في بعض تصرفاته
محافظة على حقوق غيره من الورثة والغرماء ، وهذا النوع من المرض هو
الذي يعنينا الكلام عليه هنا .

(١) راجع بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٤٦ وما بعدها ، وشرح الباجي على
الموظأ ج ٥ ص ٨٢ وما بعدها ، وفي ص ٨٥ يقول : والمرأة المديانة تفلس حتى تزوج
فليس لغرمائها أخذ مهرها في دينهم إلا أن يكون الشيء الخفيف كالدينار ونحوه ،
فليس لها أن تقضيهم جميع صداقها وتبقى بلا جهاز ، ووجه ذلك أن حق الزوج متعلق
بالجهاز .

وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تحديده وبيان حقيقته ، فذهب من عرفه :
بأنه المرض الملزم لصاحبه الفراش طال وقته أم قصر ، ومنهم من قال إنه
المعجز لصاحبه عن القيام بأعماله المطلوبة منه سواء كان صاحب فراش أو لا
بشرط أن يموت منه قبل مضي سنة ، فإن تجاوز السنة فلا يعتبر مرض موت
ومنهم من ذهب فيه غير ذلك .

والمحققون من الفقهاء يقولون : إن العبرة في مرض الموت أن يكون بما يغلب
فيه الهلاك عادة ، وأن يتصل به الموت سواء أكان حصول الموت بسبب هذا
المرض أم بسبب آخر غيره . كالقتل والحرق والغرق وغيرها ، ولا يلتفت بعد
ذلك إلى شيء آخر كالعجز عن العمل ، أو ملازمة الفراش ، أو تحديد الوقت
الذي يموت فيه بسنة أو أقل منها ، إلا أنه إذا طال المرض . فإن كان يزداد
على مر الأيام ، وتسوء حالة صاحبه فانه يعتبر من مبدأ المرض إلى الوفاة
مريضاً بمرض الموت ، وإن توقف المرض وهدأت حالته ، واستمرت
حالة الهدوء مدة سنة ، ثم بدأ يشهد ألغيت المدة السابقة على شدته ، ولم
تعتبر مرض موت ، بل يعتبر الشخص فيها صحيحاً ، وهكذا في كل توقف
إن استمر سنة من غير مضاعفات ألغيت المدة كلها ، وإن كان تروقه أقل من
سنة أخذ حكم المرض المستمر .

وعلى ذلك يكون الملاحظ في مرض الموت غلبة الظن بالهلاك من هذا
المرض ، فكل مرض يغلب على الظن أنه موصل إلى الموت عادة ، أو حسب
تقرير الأطباء يعتبر مرض موت طال زمنه أو قصر متى اتصل به الموت ،
ولم تتخلله فترة هدوء سنة أو أكثر .

ولاشك في أن مرضاً كهذا يجعل صاحبه يائساً من الحياة ، فيختل ميزان
تصرفاته ، فلا يسير فيها على الجادة المستقيمة ، بل تراه يميل بها مرة إلى هنا ،
وأخرى إلى هناك .

ولذلك ألحقوا بالمريض مرض الموت كل شخص يضعف أمله في الحياة بسبب عارض من العوارض وإن كان صحيحا معافى من جميع الأمراض . كمن حكم عليه بالإعدام حكما صحيحا غير قابل للنقض ولا أمل في العفو عنه ، فإنه يعتبر كالمريض مرض الموت بالنسبة لتصرفاته ، وكذلك من كان في سفينة اختل توازنها في وسط البحر ، وجنحت إلى الغرق ولا أمل في نجاتها ، ومثله أيضا من كان في ساحة القتال أمام عدو يفوقه عددا وعدة ، وأمله ضعيف في النصر . كل أولئك يأخذون حكم المريض مرض الموت . (١)

فإذا اختل أحد الأمرين السابقين لا يعتبر الشخص مريضا مرض الموت ، فإن كان المرض لا يوصل إلى الموت في الغالب ، كالأعراض العادية ، ثم اتصل به الموت لا يعتبر الشخص في هذه المدة في مرض الموت ، وكذلك إذا كان المرض يغلب منه الهلاك ، واستمر مدة ، ثم أعقبه الشفاء النهائي ، أو الشفاء الذي استمر أكثر من سنة ، فإن الشخص لا يعتبر فيه مريضا مرض الموت كذلك .

هذا النوع من المرض له حكم خاص ، وهو أن حقوق الدائنين تتعلق بمال المريض كله إن كان الدين مستغرقا ، أو ببعضه إن لم يكن كذلك ، كما يتعلق حق ورثته بثلثي ماله الخالص من الديون ، وهذا يقتضي الحجر عليه فيما يضر بحقوقهم .

وإنما كان هذا النوع من المرض موجبا لتعلق حقوق الغير بالمال ، لأنه موصل إلى الموت بسبب ترادف الآلام ، والموت عجز حقيقي ، وهو علة لخلافة الورثة والغرماء في المال . لأن بالموت تبطل أهلية الملك ، فيخلفه أقرب

(١) القتاوى الهندية ج ٦ ص ١٠٩ .

الناس إليه ، والذمة تخرب بالموت ، فيصير المال الذي هو محل قضاء الدين مشغولا بالدين ، فيخلقه الغريم في المال ، فيكون المرض من أسباب تعلق حق الوارث والغريم بماله .

وإذا كان المرض سببا لتعلق حق الوارث والغريم بالمال يكون سببا من أسباب الحجر على المريض بقدر ما يقع به صيانة هذا الحق .
ويثبت الحجر بالمرض عند ما يتصل به الموت ، لأن علة الحجر مرض يميت ، فقبل وجود الوصف لا يثبت الحجر ، لأنه قبل الموت لا ندرى . أيتصل به الموت فيكون مرض موت موجبا للحجر ، أم لا يتصل به فلا يكون كذلك ، ومع هذا الشك لا يثبت الحجر ، ولكن إذا ثبت الحجر يثبت مستنداً إلى أول المرض لأن الموت لما اتصل به علمنا أن حق هؤلاء تعلق بالمال من وقت ابتداء المرض .

وإذا كنا لا نحكم بتعلق تلك الحقوق بالمال إلا بعد الموت ، ولا يثبت الحجر إلا في هذا الوقت تكون تصرفات المريض قبل الموت صحيحة نافذة ترتب عليها آثارها إذا كانت قابلة للفسخ (١) مثل البيع والهبة والوقف والوصية ، فإذا تحقق الموت نقض من هذه التصرفات ما يحتاج إلى نقضه إذا تعارض مع حق الغرماء ، أو الورثة ، ولم يجزوه .

وإذا كان مرض الموت موجبا للحجر بعد الموت مستنداً إلى أول المرض لحق الغرماء والورثة فهل معنى هذا أن يسرى الحجر على جميع تصرفاته التي صدرت منه في هذه الفترة كلها ؟

والجواب عن ذلك يحتاج إلى شيء من التفصيل ، لأن التصرف إما أن يكون لأجل قضاء حاجات المريض نفسه من طعام وكسوة وسكنى وزواج

(١) وأما التصرفات التي لا تقبل الفسخ كالإعتاق ، فإنها تقع منه صحيحة موقوفة كالمعلقة على الموت فيما يتعارض مع حقهم ويأخذ حكم الوصية .

أو ثمن دواء ونفقة من تلزمه نفقته، وغير ذلك. والثاني إما أن يكون تصرفاً في المنافع بتمليكها للغير بعوض فيه غبن بطريق الإجارة، أو بغير عوض بطريق الإعارة، أو يكون تصرفاً في أعيان المال بتمليكها كذلك بعوض أو بغير عوض، وعلى كل. إما أن يكون لوارث أو لأجنبي.

فإذا كان تصرف المريض لأجل قضاء حاجاته، ونفقة من تلزمه نفقته نفذ من حين التصرف، وليس لأحد اعتراض عليه بعد وفاته، فلا الدائنون ولا الورثة يملكون إبطال شيء من ذلك مهما بلغت قيمته بالنسبة للتركة إلا إذا كان في هذا التصرف محاباة، أو غبن لا يتغابن فيه الناس، كما إذا باع شيئاً بأقل من قيمته، أو اشترى بأكثر من القيمة، فإن هذه المحاباة تعتبر تبرعاً في مرض الموت فتأخذ بحكم الوصية، يستوى في هذا الشراء من الوارث أو من الأجنبي على الأصح.

وإذا تزوج بمهر المثل فليس لأحد التعرض لذلك بالإبطال بعد وفاته أيضاً، لكن إذا كان المهر أكثر من مهر المثل اعتبرت الزيادة تبرعاً للزوجة، فيأخذ بحكم الوصية للوارث، وكذلك إذا طلق امرأته وقع طلاقه فإن كان الطلاق بائناً ومات وهي في العدة ورثته لأنه بطلاقها يعتبر فاراً من ميراثها، وهذا عند الحنفية، وعليه العمل الآن وهناك آراء أخرى^(١).

وإذا كان تصرفه في المنافع سواء كان بعوض، أو بغير عوض كالإجارة والإعارة والمزارعة والمساقاة وغيرها، فلا يملك أحد الرجوع عليها بالإبطال عند الحنفية لأمرين:

(١) ويرى الحنابلة أنها ترثه مطلقاً حتى ولو انقضت عدتها ما لم تزوج بغيره قبل موته، والمالكية يقولون: إنها ترث منه حتى ولو تزوجت غيره والشافعي يمنع إرثها منه عملاً بالأصل وهو عدم إرث الميوتة.

الأول : أن المنافع ليست أموالاً في مذهبهم فلا يتعلق بها حق الدائنين والورثة .

الثاني : أن التصرف في المنافع يذمى بوفاة أحد المتعاقدين ، وإذا انتهى التصرف الذي فيه المحاباة بوفاة المريض لم يبق محل لاعتراض أصحاب الحقوق من الدائنين والورثة .

وأما غير الحنفية الذين يعتبرون المنافع أموالاً وأنها تنتقل ملكيتها بالأثر فإن التصرف فيها خاضع لما يخضع له التصرفات في الأعيان .

وأما التصرف في الأعيان . فإن كان بغير عوض ، كالهبة أو الوقف أو التصديق أو بعوض فيه محاباة ، كأن يبيع عيناً من ماله ، أو يشتري عيناً من آخر بالغبن ، فإن هذا التصرف يتوقف نفاذه بعد وفاة المريض على إجازة أصحاب الحق أو رفع ذلك الغبن ، وإن كان التصرف لاغبن فيه ، فإن كان مع أجنبي فإنه ينفذ ولا يتوقف على إجازة أحد ، كما يبطله إبطال أحد منهم ، لأنه لم يمس حقاً من حقوقهم ولا تهمة فيه .

وإن كان البيع لوارث بمثل القيمة ، أو بأكثر منها فكذلك لا يملك أحد إبطاله عند صاحبه . بمعنى أنه نافذ في حق الغرماء والورثة ، لأن حق الجميع عندهما متعلق بمالية التركة دون أعيانها وصورها .

وأما عند الإمام فهو نافذ في حق الغرماء فقط ، وأما في حق الورثة فغير نافذ ، بل هو موقوف على إجازتهم ، لأن حق الورثة عنده متعلق بمالية التركة وأعيانها معاً^(١) ، فبيعه لأحد الورثة فيه إضرار له بهذه العين دون الآخرين ،

(١) في كشف الأثرار الكبير ج ٤ ص ١٤٣٢ ، حق الورثة متعلق بالمال بصورة

تكون كالوصية بهذه العين للوارث، لأن المحاباة كما تكون بالتبرع بالمال نفسه تكون بعين مختارة ولو بقيمتها ، والوصية للوارث موقوفة على إجازة الورثة .
يلاحظ أن قانون الوصية أجاز الوصية للوارث كالأجنبي في حدود الثلث على السواء من غير توقف على إجازة أحد ، والتوقف إنما هو فيما زاد على الثلث .
هذا حكم تصرفات المريض مرض الموت ما ينفذ منها في حياته وبعد وفاته ، وما ينفذ منها في حياته ، ويتوقف بعد وفاته .

ومن هذا العرض نعلم أن مال المريض مرض الموت تتعلق به حقوق .
حق المريض نفسه ومن تلزمه نفقته وقد عرفنا أنه مقدم على جميع الحقوق
بأنه نافذ وإن استنفذ كل المال إذا لم يكن فيه محاباة لأحد .

ثم يلي ذلك حقوق الدائنين ، فإنها مقدمة على حقوق الورثة ، والموصى لهم ، ولذلك تتوقف كل تصرفاته التي فيها غبن يمس حقهم على إجازتهم أو إبرائهم .

فإذا كان الدين محيطا بكل التركة توقفت التصرفات التي فيها غبن ولو كان يسيرا على إجازتهم أو إبرائهم أو رفع ذلك الغبن فإن تمسكوا بحقهم ، ولم يرفع هذا الغبن ، أبطلت هذه التصرفات وفي هذه الحالة لاشأن للورثة بالتركة

ومعنى في حق أنفسهم، ومتعلق به معنى في حق غيرهم من الأجانب والغرماء ، فلو باع عينا لأحد الورثة بمثل القيمة لا ينفذ إلا بإجازة الباقي . ولو باعها لأجنبي نفذت من غير توقف ، وحق الغرماء متعلق به معنى لاصورة في حق أنفسهم وفي حق غيرهم ، فلو باع عينا بمثل القيمة لأحد الغرماء أو لأحد الغرماء أو لأجنبي عنهم سواء كان وارثا أو غير وارث نفذ من غير توقف .

إلا إذا أرادوا استخلاص أعيانها يدفع قيمتها للدائنين ، فإنه في هذه الحالة يجبر الدائنون على أخذ القيمة متى كانت ديونهم مساوية للتركة ، وإن كانت الديون أكثر لا يجبرون .

وإن كان الدين غير مستغرق السكل المال استوفى مقدار الدين أولاً ، وما بقي بعد ذلك يكون حق الورثة متعلقاً به ، فإن سلم لهم الثلثان بأن كانت المحاباة تخرج من ثلث باقى التركة بعد أداء الديون نفذت التصرفات ، وإلا توقفت على إجازة الورثة ، أو رفع ذلك الغبن .

وحق الورثة يظهر دائماً فى الثلثين بعد أداء الديون ، ولهذا لو كانت التركة مستغرقة بالديون لم يكن للورثة حق فيها ، فإن تنازل الدائنون عن بعض دينهم ظهر حق الورثة وتعلق بثلثى هذا الجزء المتنازل عنه ، ولذلك لا ينفذ من التصرفات التى فيها محاباة إلا بما يوازى ثلث هذا الجزء المتنازل عنه .

فلو فرضنا أن المدين بدين مستغرق لماله باع — وهو مريض — عيناً قيمتها خمسمائة بأربعمائة فإن مقدار الغبن يكون مائة ، ويتوقف على إجازة الدائنين ، أو إبرائهم من الدين مقدار ثلاثمائة ليخرج الغبن من ثلثه ، فلو كان الإبراء من مائة فقط توقف على إجازة الورثة فى ثلثى المائة .

ومن الحقوق المتعلقة بالتركة أيضاً الوصية ، وهى مقدمة على الميراث ، وتنفذ فى الثلث من غير توقف على إجازة ، والمحاباة فى تصرفاته فى مرض الموت تعتبر وصية فى المعنى فتضم إلى وصاياهم الأخرى لتخرج من الثلث ، فإن ضاق عنها توقفت على إجازة الورثة (١) .

(١) والقانون المدنى عرض لتصرفات المريض مرض الموت فى موضعين الاول فى البيع فى مادتي ٤٧٧ ، ٤٧٨ ، والثانى فى أسباب كسب الملكية فى الوصية مادة — ٩١٦ — وهو فى الموضعين قريب من أحكام الشريعة ، يل متفق معها فى أغلب الأحكام. راجع بحث الدكتور كامل مرسى فى مجلة القانون والاقتصاد فى سنتها الثامنة .

الولاية

معناها. أنواعها مبدأ ثبوتها، وعلى

من تكون. من تثبت له. شروطها.

الولاية في اللغة مصدر تزد بمعنى تولى الأمر والقيام به أو عليه تقول: ولى هذا الشيء، وولى عليه ولاية إذا ملك أمره، وكان له القيام عليه، أو القيام به.

وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة

على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها. بمعنى أنها تترتب عليها آثارها الشرعية

بمجرد صدورها منه.

وهذه السلطة لا تثبت إلا لمن كان كامل أهلية الأداء، ففاقد الأهلية، وناقصها.

لا ولاية لواحد منهما لأعلى نفسه، ولا على غيره.

أنواع الولاية: هذه السلطة تثبت للشخص على نفسه وماله، وقد تثبت

له على غيره، فالشخص كامل الأهلية له سلطة في حق نفسه في الأمور التي

تتعلق بشخصه، والتي تتعلق بماله، فجميع تصرفاته نافذة ما لم يترتب عليها

ضرر بالغير كما في المدين، والمريض مرض الموت، وقد سبق تفصيل ذلك.

وهذه تسمى ولاية ذاتية أو قاصرة (١).

وقد تثبت له بالنسبة لشخص آخر، وتسمى ولاية غير ذاتية أو متعدية.

وهي إما أن تكون ثابتة بإثبات الشارع ابتداء من غير إناقة من أحد، كما

في ولاية الأب، والجد عند عدم الأب، فإن الشارع أثبت لكل منهما ولاية على

(١) رجال القانون لا يسمون هذه ولاية، لأنهم يقصرون الولاية على صلاحية

التصرف بالنسبة إلى الغير، جاء في الوسيط للدكتور السنهوري: الأهلية للإداء هي

صلاحية الشخص لاستعمال الحق، والولاية هي نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير.

وفي موضع آخر. أهلية الإداء: صلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه، والولاية

صلاحية بالنسبة إلى مال الغير.

أولادهم بمجرد ولادتهم ، وتسمى هذه ولاية أصلية .
وقد تكون يانابة شخص أو أشخاص ، كما في ولاية الوصى الذي أقامه الأب
أو الجد أو القاضي ، فإن الوصى استمد ولايته من أنابه ، ولولا هذه الإنابة ما
أثبتت له هذه السلطة ، ومثلها ولاية الوكيل فإنه استمدّها من الموكل ، والإمام
والقاضي كل منهما نائب عن المسلمين ، فهو يتصرف بحكم وكالته عنهم (١) .
ومن هذا ترى أن الولاية على الغير قد تكون ثابتة ابتداء من الشارع ،
وقد تكون ثابتة يانابة للمالك نفسه ، وقد تكون يانابة غير المالك (٢) .
فالولاية الذاتية أو القاصرة : هي التي تثبت للشخص كامل الأهلية على نفسه وماله .

والمتعدية : هي التي تثبت للشخص على غيره بسبب أمر عارض جعله الشارع
سبباً لثبوتها . وهي نوعان ، أصلية ، ونياية .

فالأصلية : هي ما تثبت بسبب الأبوة . كولاية الأب والجد الصحيح ،
فإنها تثبت بسبب ولادة الصغير ، ولم تأت لهما يانابة غيرهما ولذلك تستمر حتى
يزول سببها ، وهو الصغر وضعف العقل .

والنيابية : هي ما تثبت باستمدادها من شخص آخر ، كولاية وصى الأب

(١) ومن الفقهاء من جعل تصرفهما بحكم الولاية التي أثبتها الشارع لهما .
(٢) يقول الكاساني في بدائعه ج ٢ ص ١٥٢ في بحث الولاية عند الكلام على
شرائط البيع . والولاية في الأصل نوعان : نوع يثبت بتولية المالك ، ونوع يثبت شرعا
لأبتولية المالك ، أما الأول فهو ولاية الوكيل فينفذ تصرف الوكيل وإن لم يكن
المحل مملوكا له لوجود الولاية المستفادة من الموكل ، وأما الثاني فهو ولاية الأب والجد .
أب الأب ، والوصى والقاضي . وهو نوعان أيضاً . ولاية النكاح ، وولاية غيره من
التصرفات ، ثم أخذ في بيان وتوجيه كون ولاية وصى الأب والجد أصلية .
وعما ينبغى التنبيه عليه أن جعله ولاية الوصى ما يثبت شرعا لأبتولية المالك لا ينافي
أنها ولاية نيابية ، ولكنها ليست من المالك ، بل من الولى الأصلي وهو الأب أو الجد .

أو الجد أو القاضي ، وولاية الوكيل ، وكذلك الإمام والقاضي ، فإن ولايتهما مستمدة من المسلمين فكلاهما يعتبر نائباً عنهم .

وبعد هذا تتنوع الولاية المتعدية إلى نوعين .

ولاية على النفس : وتكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه من تعليم وتأديب وختان وتطبيب وتزويج وما شاكل ذلك .

ولاية على المال : وتكون في التصرفات المتعلقة بالمال ، وتفصيل الكلام على النوعين في مقرر آخر ونكتفي هنا ببيان مبدأ ثبوت الولاية وشروطها إجمالاً .

مبدأ ثبوت الولاية وعلى من تكونه ؟

والولاية تثبت على الأشخاص منذ ولادتهم وتستمر حتى يبلغوا الرشد ، أما الجنين فلا ولاية لاحد عليه ، فلو اشترى له شخص شيئاً ، أو وهب له شيئاً فلا يدخل في ملك الجنين حتى ولو ولد حياً ، وإلما يثبت له الحقوق التي فصلناها عند الكلام على أهلية الوجوب .

والقانون الوضعي أجاز تعيين وصي للحمل المستسكن حينما صدر قانون المجالس الحسينية في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ؛ وعلل واضعوا القانون ذلك بأن عدم تعيين وصي فيه ضرر بمصلحته لما يترتب على ذلك من ترك أمواله بلا حصر وإيجار وقبض وغير ذلك من الأمور الوقتية التي تقتضي السرعة .

ثم جاء قانون المحاكم الحسينية سنة ١٩٤٧ مقررآ له ، وأخيراً صدر المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال منظمآ لذلك .

فالمادة - ٢٨ - منه تنص على : أنه يجوز للأب أن يقيم وصياً مختارآ لولده القاصر أو للحمل المستسكن ، ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية ، أو عرقية مصدق على توقيع الأب فيها ، أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه ، ويجوز له

أن يعدل عن اختياره في أى وقت ، وتعرض الوصاية على المحكمة لتشييتها ..
والمادة - ٢٩ - منه تنص على أنه : إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن،
وصى مختار تعين المحكمة وصياً ، ويبقى وصى الحمل المستكن وصياً على المولود
مالم تعين المحكمة غيره .

وكما تثبت الولاية على الصغير تثبت على المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة.
كما جاء بالمادة - ٦٥ - من قانون الولاية (١) .

من تثبت له الولاية : تثبت الولاية بوجه عام للأب والجد والوصى من
قبل الأب أو الجد والقاضى ، ووصيه على خلاف بين الفقهاء ليس هذا موضعه .
وقانون الولاية على المال ينص فى مادته الأولى على أن الولاية للأب ثم للجد
الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً للولاية على مال القاصر، وعليه القيام
بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة .
وفى المادة - ٢٩ - تعين المحكمة وصياً للقاصر إذا لم يكن وصى مختار .

شروط الولاية : يشترط فى الولى أن يكون حراً عاقلاً حتى يتحقق فيه
أهلية الأداء ، فلا ولاية للعبد ، ولا للمجنون ولا للصغير ، لأنه لا ولاية لهم على
أنفسهم ، وفاقد الشيء لا يعطيه ، وكذلك يشترط اتحاد الدين بينه وبين المولى
عليه ، فلا تثبت ولاية لغير المسلم على المسلم كما لا ولاية للمسلم على غير المسلم .
ومن الشروط : أن يكون قادراً على التصرفات التى تدخل فى ولايته مع

(١) ونصها : يحكم بالحجر على البالغ المجنون أو للسفه أو الغفلة ولا يرفع الحجر
إلا بحكم ، وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيميا لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة فى
هذا القانون .

أمانته ، لأن المقصود من الولاية تحقيق مصلحة المولى عليه ، وهى لا تتحقق مع العجز وعدم الأمانة (١) .

فإذا كان الولى مستوفياً الشروط ، ثم أصبح غير أمين وجب عزله ، وإن طرأ عليه العجز لا يعزل ، بل يضم إليه القاضى من يعينه ليكمل نقصه .

ويشترط فى المولى فيه : ألا يكون من التصرفات الضارة بالمولى عليه ، لقوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هى أحسن » ، وعلى هذا تكون تصرفاته النافعة نفعاً محضاً نافذة ، كقبول الهبة والوصية ، ومثلها التصرفات المحتملة للنفع والضرر ما لم يكن ضررها ظاهراً ، وأما التصرفات الضارة ضرراً محضاً فلا تنفذ على المولى عليه وذلك كالهبة من ماله ، أو الصدقة ، أو الطلاق غير أنه إن أمكن تنفيذها على الولى نفسه نفذت وإلا كانت باطلة .

الوكالة

معناها ، أركانها وشروطها ، محلها ، أنواعها ، حكم العقد وحقوقه ولحق الرجوع ، إنتهاء الوكالة .

الوكالة فى لغة العرب تطلق على معان ، منها المراعاة والحفظ ، كما فى قوله تعالى : « وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل » (٢) ، ومنها التفويض والاعتماد ، كما فى قوله : « إني توكلت على الله ربي وربكم » (٣) .

(١) وفى قانون الولاية على المال احتياض كبير لأجل المحافظة على أموال القاصرين بالمادة ٢٠ تنص على أنه : إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لآى سبب آخر فلا يحكم أن تسلب ولايته أو تحد منها .

كما حدد للولاية حدودها التى يتصرف الولى فى إطارها . راجع على سبيل المثال للمواد ٥ ، ٦ ، ٧ ، ١٢ وشرط فى الوصى : أن يكون عدلاً كفؤاً ذا أهلية كاملة ومنع من تعيين أصناف سبعة أوصياء كما جاء بالمادة ٢٧ .

(٢) آل عمران — ١٧٣ (٣) هود — ٥٦ .

والفقهاء يريدون بها المعنى الثانى (١) ، وهو التفويض والاعتماد ، ولكن جقيود تجعله أخص من المدلول اللغوى ، فتراهم يقولون فى تعريفها .

إنها إقامة الشخص غيره مقام نفسه فى تصرف مملوك له معلوم قابل للنياية (٢) ومعنى هذا ، أن الإنسان إذا أناب غيره ليقوم بدله بعمل من الأعمال التى يملك إصدارها ويكون مما يقبل الإنابة ، كان فعله هذا تفويضاً لذلك الغير فيما أنابه ، واعتماداً عليه فيه ، كما إذا قلت لشخص : بع مالى نياية عنى ، وقبل ذلك كان هذا العمل توكيلاً ، والعقد يسمى وكالة .

أما إذا كان التصرف غير مملوك له ، أو كان مملوكاً له ولكنه لا يقبل الإنابة ، فإن هذا العمل لا يكون توكيلاً مشروعاً ، وسنوضح ما يقبل النياية ، وما لا يقبلها عند الكلام على محل الوكالة .

هذا التصرف المسمى بالوكالة مشروع فى الفقه الإسلامى من مبدأ الأمر ، يدل على ذلك ما فى كتاب الله حكاية عن أصحاب الكهف : « فابعثوا أحداكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه » (٣) .

وهذه الحكاية وإن كانت عن قوم سابقين إلا أنها لم تنكر فى شريعتنا فتعتبر تشريعاً لنا ، على أنه جاء فى سنة رسول الله ما يؤيد ذلك ويؤكدده ، فلقد أثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل من يقبل عنه الزواج ، كما وكل من يشتري له شاة

(١) وقد يريدون بها المعنى الأول فيما إذا قال شخص لآخر : وكلتك بمالى ، أو أذنوك بى فى كل شىء كان وكيلاً بالحفظ . راجع تبين الحقائق وحاشية الشلبى عليه ص ٢٥٤ ج ٤ (٢) وقريب من هذا تعريف صاحب المنهاج من الشافعية : « بأنها تفويض شخص لغيره فيما يفعله عنه حال حياته بما يقبل النياية شرعاً » .

(٣) الكهف — ١٩

وتلك حوادث مشهورة ، وأشهر منها إنابته من يقوم بأعمال الدولة كجباية الزكاة وغيرها من ضروب الأموال .

ومن وراء ذلك إجماع الفقهاء المسلمين في كل العصور على شرعيتها لم يخالف في شرعيتها فقيه واحد منهم .

وليس من المعقول أن يهمل التشريع الإسلامي هذا الأمر الخطير الذي يتوقف عليه إلى حد كبير تحقيق مصالح الناس ، وقضاء حاجاتهم ، فكثير من الناس تشعب أعمالهم بحيث يعجزون عن القيام بها كلها ، أو يكون في حالة يرى من الحرج القيام بعمل معين ، إما لأنه لا يليق به إتيانه ، أو لأنه لا يحسنه .

ومن هذا يظهر لنا حكمة تشريع الوكالة واضحة جليلة .

ومن تتبع تشريع هذا الأمر في القوانين الوضعية ، ومبلغ ما وصلت إليه بعد جهاد شاق طويل ، وقارن بينه وبين تشريعه في الفقه الإسلامي وجد الفرق كبيراً ، فيذنا نرى القوانين الوضعية تسير في هذا الطريق على حذر نجد الفقه الإسلامي جاء به وافياً من أول الأمر .

وإن نظرة واحدة للضوابط التي وضعها الفقهاء له لكفيلة بتصديق هذه الدعوى .

يقول صاحب الهداية من الحنفية : « كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل غيره به » ، ويقول صاحب المغنى (٢) من الحنابلة : « كل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً كان أو كافراً » .

أما غيرها : الوكالة من العقود ذات الطرفين التي لا توجد إلا بإيجاب وقبول ،

إيجاب يصدر من الموكل بأى عبارة تدل على الإثابة ، أو ما يقوم مقامها من كتابة أو إشارة ، وقبول يصدر من الوكيل سواء كان قولاً ، أو فعلاً يعتبر قبولاً ضمناً ، فلو علم الوكيل بالوكالة وسكت ثم باشر التصرف الموكل فيه اعتبر ذلك قبولاً ، كما لا يشترط هنا اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام على مجلس العقد (١) .

ولما كانت الوكالة مشروعة لحاجة الناس إليها ، وحاجات الناس حسب الواقع مختلفة ، فقد يكون الشخص محتاجاً إليها فى وقت مستقبل غير محتاج إليها الآن . وقد يكون محتاجاً إليها فى حالة خاصة ، أو على اعتبار خاص لذلك . صحت منجزة ومعلقة ومضافة إلى زمن مستقبل ، فكما يصح أنت وكيلى فى بيع كذا يصح وكلتـك ببيعـه إن سافرت خارج البلد ، أو وكلتـك من أول الشهر القادم ،

وهذا ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة ، والشافعية وإن خالفوا فى جواز التعليق على القول الراجع عندهم إلا أنهم صححوا تصرف الوكيل بعد هذا التوكيل المعلق لوجود الإذن (٢) .

شروطها : لا بد لصحة الوكالة من توفر شروط لكنها موزعة بين الموكل والوكيل ، والموكل فيه .

(١) راجع تبين الحقائق ص ٢٥٥ ج ٤ ، ونهاية المحتاج ص ٢١ ج ٤ ، وفيه « ولا يشترط فى وكالة بغير جعل القبول لفظاً ، بل الشرط ألا يرد ، ولا يشترط فور ولا مجلس إذ التوكيل رفع حجر وقيل يشترط » اهـ .

(٢) راجع البدائع ص ٢٠ ، ٢١ ج ٦ ، وكشاف القناع ص ٢٣٢ ج ١ ، نهاية المحتاج ص ٢١ ج ٤ وعبارته « ولا يصح تعليقها بشرط من صفة أو وقت على الأصح » والقول الثانى إنها تصح ، وعلى الأول ينفذ تصرفه فى ذلك عند وجود الشرط لوجود =

فيشترط في الموكل: أن يكون أهلاً للتصرف الذي وكل فيه، فإذا كان التصرف يحتاج إلى كمال الأهلية لزم أن يكون الموكل كامل الأهلية، وإن كان يكفي فيه الأهلية الناقصة صح التوكيل من صاحبها، وعلى هذا لا يصح التوكيل مطلقاً من فاقد الأهلية كالمجنون والصغير غير المميز، ويصح من الصبي المميز ومن في حكمه في التصرفات النافعة نفعاً محضاً من غير توقف، كما يصح توكيله في التصرفات المترددة بين النفع والضرر إذا كان مأذوناً له في التجارة، أو أجازها الولي أو الوصي، وتبطل في التصرفات الضارة ضرراً محضاً حتى ولو أجازها وليه وكذلك يصح التوكيل من المحجور عليه للسفه أو للغفلة فيما يساح له من التصرفات دون غيرها، ويصح توكيل المرأة شخصاً ليزوجها عند من أجاز لها أن تباشر عقد زواجها بنفسها. ولا يصح هذا التوكيل منها عند من لم يحز لها مباشرة هذا العقد (١).

وإنما شرط هذا، لأن الوكيل يستمد ولايته من الموكل، فإذا لم يكن الموكل مالكا للتصرف الذي يوكل فيه فلا يتصور تمليك له غيره.

ويشترط في الوكيل: أن يكون له عبارة معتبرة، بأن يكون مميزاً ويستوى في ذلك البالغ وغير البالغ، والرجل والمرأة، والحر والعبد، وعلى هذا يصح توكيل كامل الأهلية وناقصها كالصبي المميز، ولا يختلفان إلا في أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل

الإذن، ويقول ابن قدامة في المغني ص ٨٥ ج ٥: ويجوز تعليق الوكالة على شرط، فهو إذا جاء الحاج فباع هذا الطعام، وإذا جاء الشتاء فاشتري لنا خماً، وإذا جاء الأضحى فاشتري لنا أضحية، وإذا طلب منك أهلي شيئاً فادفعه إليهم بهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي لا يصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الإذن، وإن كان وكيلاً يجعل فسد المسمى وله أجر المثل، لأنه عقد يملك به التصرف في الحياة فأشبهه البيع اهـ.

(١) راجع نهاية المحتاج ص ١٢ ج ٤.

إذا كان كامل الأهلية ، وإذا كان ناقصها رجعت إلى الموكل ، وخالف الشافعية في توكيل ناقص الأهلية ، كالصبي المميز فاعتمروه غير صحيح بناء على أن الشرط في أوكلين عندهم ، أن يصح مباشرته التصرف الذي وكل فيه لنفسه ، والصبي لا اعتبار لعبارته في مذهبهم إلا في بعض مسائل ليس التوكيل منها (١) . ويشترط في الموكل فيه « محل الوكالة » .

أولاً : أن يكون معلوما ، ولا تضر الجمالة اليسيرة ، لأنها لا تفضى إلى النزاع ، حيث أن الوكالة عقد غير لازم في أغلب صورها ، وهذا الشرط في الوكالة الخاصة ، وأما الوكالة العامة فتصح ولو كان الموكل به مجهولا .

ثانياً : أن يكون من التصرفات المباحة شرعاً ، فلا يحوز التوكيل في فعل محرم شرعاً كالتوكيل في الغصب أو الاعتداء على الغير .

ثالثاً : أن يكون مما يقبل النيابة ، وذلك لأن التصرفات منها ما هو منظور فيه إلى تحقيقه بصرف النظر عن فاعل خاص مثل البيع والشراء والإجارة والهبة ، ورد الودائع والمغضوبات ، وقضاء الديون ، وما شابه ذلك ، ومنها ما هو منظور إليه من ناحية صدوره من شخص معين ، مثل اليمين ، والشهادة والعقوبات .

من أجل ذلك كانت التصرفات في نظر الفقهاء بالنسبة لقبولها النيابة ثلاثة أنواع : نوع يقبلها بالاتفاق ، ونوع لا يقبلها كذلك اتفاقاً ، ونوع ثالث كان مجالا لاختلاف النظر ، فأجاز البعض النيابة فيه ، ومنعها الآخرون (٢) .

(١) من هذه التصرفات الإذن في دخول الدار وإيصال الهدية . راجع نهاية

المحتاج ص ١٤ ج ٤

(٢) إذا أردت أن تقف على أوجه النظر المختلفة فارجع إلى بداية المجتهد

لابن رشد ص ٢١٠ ج ٢ ، والمغنى لابن قدامة ص ٨٣ . والدر المختار مع حواشي =

ومن النوع الأخير استيفاء القصاص . فن الفقهاء من أباح التوكيل به ، لأنه حق من حقوق الأدميين ، وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيه ، لأن صاحبه قد لا يستطيع استيفاءه ، ومنهم من منع ذلك لأن الحدود تسقط بالشبهات ، وقد أمر بدرئها ، والتوكيل يوصل إلى استيفائها ، ولأن الولي لو حضر ربما عفا (١) .

== ابن عابدين ج ٣ ص ٢١٣ وما بعدها . ومن الذين كتبوا في ذلك بتوسع الإمام الشاطبي في موافقاته ج ٢ ص ٢٢٧ وما بعدها . وكذلك القراني في فروقه ج ٢ ص ٢٠٥ . في الفرق بين قاعدة ما تصح النية فيه وما لا يصح النية فيه . وفيه يقول : « هذا الفرق مبنى على قاعدة وهي أن الأفعان قسمان . منها ما يشتمل فعله على مصلحة مع قطع النظر عن فاعله . كرد الودائع وقضاء الديون ورد المغصوبات وتفريق الزكوات والكفارات ولحوم الهدايا ونحوها ، فيصح في جميع ذلك النية إجماعا ، لأن المقصود انتفاع أهلها بها ، وذلك حاصل بمن هي عليه لحصولها من نائيه ، ولذلك لم تشترط النيات في أكثرها . ومنها ما لا يتضمن مصلحة في نفسه ، بل بالنظر إلى فاعله كالصلاة فإن مصلحتها الخشوع والخضوع وإجلال الرب سبحانه وتعالى وتعظيمه ، وذلك إنما يحصل من جهة فاعلها ، فإذا فعلها غير الإنسان فانت المصلحة التي طلبها صاحب الشرع ولا توصف حينئذ بكونها مشروعة في حقه ، فلا تجوز النية فيها إجماعا . ومنها قسم متردد بين هذين القسمين فيختلف العلماء في أى الشائبتين تغلب عليه . كالحج فإن مصلحته تأديب النفس بمفارقة الأوطان وتهذيبها بالخروج عن المعتاد من الخبط وغيره لتذكر المعاد والاندراج في الأكفان وتعظيم شعائر الله في تلك البقاع وإظهار الانقياد من العبد لما لا يعلم حقيقته كرمى الجمار والسعى بين الصفا والمروة والوقوف على بقعة خاصة دون بقية البقاع ، فمن لاحظ هذا المعنى وهو مالك ومن وافقه قالوا : لا تجوز النية في الحج ، ومن لاحظ الفرق بين الحج والصلاة ، وأن الحج لا يعبر عن القرية المالية غالبا في الإنفاق في الأسفار قال تجوز النية في الحج قال . ومن النوع الأول اليمين فإن مصلحته الدلالة على صدق المدعى فلا تحصل بخلاف غيره اهـ .

(١) راجع تبين الحقائق ج ٤ ، والمعنى لابن قدامة ص ٨١ ج ٥ ، ونهاية

المحتاج ص ١٩ هـ

أنواع الوكالة: والوكالة قد تكون خاصة ، وقد تكون عامة .

فأولى : ما كانت إنابة في تصرف معين ، كبيع سيارة معينة ، أو شراء شيء معين ، أو توكيل في قضية خاصة .

والثانية : ما كانت إنابة عامة لا في تصرف خاص ، كأن يقول له : وكلتك .
عنى في تصرفات كلها ، أو أنت وكيل في كل شيء .

والأولى صحيحة باتفاق الفقهاء بشرط أن يكون الموكل فيه معلوماً ليس فيه جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع ، كما إذا وكله بشراء ثوب ولم يبين نوعه ولا صفاته فإنه يؤدي لاحتالة إلى النزاع لو امتثل واشترى أى ثوب .

وأما الثانية فهي موضع خلاف بين الفقهاء ، فمنهم من اعتبرها صحيحة ، ويملك الوكيل كل تصرف يملكه الموكل (١) ، ومنهم من أبطلها لما فيها من الغرر والضرر حيث تشمل بعمرها هبة أمواله وطلاق نسائه .

ويذهب فريق ثالث إلى صحتها مع استثناء ما فيه ضرر بالموكل كالاسقاط والتبرع فلا يملكه الوكيل ، وهذا استحسان مقبول لانتافيه قواعد الشريعة ، لأن الشخص قد يكون عاجزاً تمام العجز عن إتيان أى عمل من أعماله ، فلو لم يبح له هذا النوع من الوكالة لأدى إلى الحرج حيث يحتاج إلى توكيل وكلاء عديدين ، أو يضطر إلى توكيل خاص لكل عمل من الأعمال ، وفيه من المشقة ما لا يخفى .

ومع ما لهذا رأى من وجه ظاهر إلا أنه ينبغي أن يكون عموم الوكالة في نوع من التصرفات ، كأن يوكل محامياً عنه في جميع قضاياها ، أو يوكل شخصاً في جميع التصرفات المتعلقة بتجارته مثلاً ، لأن الغرر الذى فيه يكون أقل بما في

(١) بمن ذهب إلى هذا رأى الخنابلة كما في المغنى ج ٥ .

الوكالة العامة الشاملة لكل التصرفات ، فلا يحتاج إلى استثناء ، وهو مذهب الشافعية كما في نهاية المحتاج (١) .

ومحتمل أن ينيل إلى هذا الرأي ، لأنه وسط بين الرأيين محقق لمصالح الناس

متفق مع ناموس الحياة الذي يتعقد يوما بعد يوم .

وتنقسم الوكالة أيضا إلى مقيدة ومطلقة :

فالوكالة المقيدة: هي التي يرسم فيها الموكل لوكيله طريق التصرف ، كأن يقول له : وكلتك في بيع هذه الأرض بثمان حال قدره كذا ، أو مؤجل إلى شهر مثلا ، أو مقسط إلى أقساط في مدة عام ، وفي هذا النوع يتقيد الوكيل بما قيده به الموكل ، فلو خالف فإن كانت المخالفة إلى خير نفذ التصرف ، كأن يبيع بألفين ما وكله ببيعته بألف وخمسمائة ، أو يبيع بثمان حال ما وكله ببيعته بثمان مؤجل .

أما إذا كانت المخالفة لا خير فيها (٢) فإن التصرف يتوقف نفاذه على إجازة الموكل ، لأن الوكيل بمخالفته خرج عن وكالته ، وأصبح فضوليا ، وهذا عند من يصح تصرف الفضولي وهم الحنفية ، وسيأتي توضيح ذلك في بحث الفضولي .

وأما الوكالة المطلقة: وهي التي لم يقيد الموكل الوكيل فيها بشيء ، كما إذا قال لآخر : وكلتك في إيجار هذه الأرض من غير أن يحدد له أجره معينة ،

(١) ص ١٩ - ٤ : إذا قال أنت وكيلى فى كل شىء لا يصح للغرر الكثير ، أما لو قال له وكلتك فى بيع أموالى ، أو وفاء ديونى فإنه يصح .

(٢) محل التوقف فيما إذا كان التصرف الصادر من هذا الفضولى لا يمكن تنفيذه على الفضولى كبيع مال الموكل وإيجارته مثلا ، أما إذا وجد له نفاذاً عليه كالشراء من الغير والاستئجار منه فإنه لا يتوقف بل ينفذ عليه من حين تصرفه .

ولا مدة معينة أو يقول له : وكاتك في بيع هذه السيارة دون تحديد ثمن لها ، ولم يتعرض لكون الثمن حالا أو مؤجلا على قسط واحد أو على أقساط .

وهذه الوكالة لا تقيد الوكيل بشيء إلا بما تعارفه الناس ، فإذا وكل شخص آخر ببيع داره وكالة مطلقة تقيد الوكيل بالمتعارف ، فليس له أن يبيع بغير النقد الغالب ، كما ليس له أن يبيع بغبن فاحش وهو ما لا يتساهل فيه الناس عادة ، ولا بثمن مؤجل إلا إذا جرى العرف في مثله بذلك ، وإذا وكله ببيعه مؤجلا من غير أن يحدد له الأجل تقيد بالأجل المتعارف في مثله ، فإن لم يكن فيه عرف تقيد بالأنفع للموكل .

ومن ذهب إلى ذلك التقييد أبو يوسف ومحمد من الحنفية والإمام الشافعي (١) والحنابلة في أرجح الرأيين عندهم ، ولكن الإمام أبا حنيفة يرى رأيا آخر في الوكالة المطلقة ، فيجيز لذلك الوكيل أن يبيع بأى ثمن ، وبأى نقد ، حالا كان أو مؤجلا أو مقسطا ، حتى ولو كان بغبن فاحش ، لأن هذا هو ما يقتضيه الإطلاق ، ولو كان الموكل يقصد إلى شيء معين لقيده به في وكالته ، أما وأنه لم يفعل فقد بقى المطلق على إطلاقه ، لأن الموكل قد يقصد التخلص من هذا المال بأى ثمن ، وعلى أى وجه .

وهذا كلام قد يكون حسنا في بعض الحالات أولا ما فيه من مخالفة لقاعدة العرف المشهورة « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » .

(١) راجع نهاية المحتاج ح ٤ وفيه « وليس للوكيل أن يبيع لنفسه ولا لمن في ولايته كإبنه الصغير أو المجنون ولا أن يبيع لأبيه وإبنه الذى ليس في ولايته وسائر فروع . وأما أبو حنيفة فيمنع الوكيل من البيع لأحد من فروع أو أصوله ولو كان بلا غبن لوجود تهمة المحاباة ولكن صاحبيه يجوزان له التعامل مع الأصول والفروع وكل من لا تقبل شهادته له إذا كان خاليا من الغبن .

وبعد هذا فقد تكون الوكالة بغير أجر ، وهو أكثر صورها ، وقد تكون بأجر وفي هذه الحالة يكون الوكيل أجيراً ، والوكالة إجارة في اللغى .

والنوعان ثابتان من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإنه وكل من يشتري له شاة بغير أجر ، وكل عماله في جمع الصدقات وغيرها ، وجعل لهم أجراً على ذلك .

فإذا صدرت الوكالة مع التصريح يكونها بأجر أو بغير أجر نفذ ذلك وإن صدرت من غير تعرض لكونها بأجر أو بغير أجر حكم العرف ، فإن كان موضوع الوكالة مما تعارف الناس دفع الأجر عليه ، كما في توكيل المحامين للدفاع ، أو توكيل السماسرة في البيع والشراء لزم الأجر ، ويقدر بأجر المثل ، وإن لم يكن فيه عرف بأحدهما كانت مجانا حملاً للمتنازع فيه على الأعم الأغلب .

عمدة الوكيل بالموكل ومن هنا تختلف علاقة الوكيل بالموكل حسب نوع الوكالة ، فإذا كانت الوكالة بأجر كانت العلاقة بينهما كالعلاقة بين الأجير والمؤجر فيلزم كل منهما بمقتضى العقد ، ولا يستبد أحدهما بفسخه من غير رضا الآخر إلا إذا وجد سبب موجب للفسخ ، وعلى هذا يلزم الوكيل بالمضى في العمل ، وليس له أن يتخلى عنه بدون عذر يبيح له ذلك .

وإذا كانت مجانا كان الوكيل متبرعا بالقيام بهذا العمل ، فلا يلزم المضى في ذلك العمل ، بل له أن يتخلى عنه في أى وقت شاء ، ولا يملك الموكل إلزامه بالمضى فيه ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية .

والشافعية لا يفرقون بينهما ، فالوكالة بنوعها غير لازمة كما صرح به صاحب نهاية المحتاج (١) .

(١) ص ٣٨ وما بعدها جء وعبارته : «الوكالة ولو جعل جائزة أى غير لازمة من الجانبين ،

هل يملك الوكيل أنه يوكل غيره : يذهب الحنفية في هذا الموضوع إلى أن للوكيل أن يوكل غيره في حالتين :

الأولى : إذا أذن له الموكل في صراحة . سواء أكانت الوكالة خاصة أم عامة . مطلقة كانت أو مقيدة .

الثانية : إذا فوضه في التصرف . كأن يقول له : اعمل برأيك كيف شئت ، فإذا وكل كان الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل الذي وكله ، وفي غير هاتين الحالتين لا يملك الوكيل توكيل غيره .

والشافعية (١) هنا يذهبون إلى أن الوكيل ليس له أن يوكل غيره من غير إذن مادام يمكنه أن يفعل ماوكل فيه ، وإن لم يمكنه فعله لكثرة ماوكل فيه ، أو لكونه لا يليق به أن يفعله جاز له حينئذ التوكيل ، لكثته يوكل عن الموكل لا عن نفسه إلا إذا أذن له في التوكيل عن نفسه ، فإن الوكيل الثاني يكون وكيلا عن الوكيل الأول ، فينعزل بعزل الأول أو بموته بخلاف الصورة الأولى فإنه لا ينعزل بعزله ولا بموته .

وبما يجب ملاحظته هنا : أنه في كل موضوع يجوز للوكيل أن يوكل فيه غيره لا يصح له أن يوكل إلا الأمين القادر على مباشرة ماوكل فيه ، لأن ذلك هو مقتضى النظر للوكيل (٢) .

نعمد الوكيل : للشخص أن يوكل أكثر من واحد لينوبوا عنه في القيام بما يحتاج إليه من تصرفات .

(١) والجنابلة يوافقون الشافعية في الجملة راجع المغنى ص ٨٩ > ٥٥ .

(٢) راجع المرجع السابق .

فإذا وكل كلا منهم في عمل معين ملك كل واحد ما وكل فينقطع ، وإذا وكلهم في عمل معين بعقد واحد ، فلا يجوز لواحد أن ينفرد به دون الآخرين إلا إذا صرح لهم بذلك عند التوكيل ، أو كان التصرف الموكل فيه لا يمكن اجتماعهم عليه في وقت واحد . أو كان ذلك التصرف لا يحتاج إلى رأى وتشاور كرد الوديعة إلى صاحبها ، وكذلك إذا كان عند التوكيل أفرد لكل واحد وكالة خاصة ، بأن وكل كلامهم به على الانفراد لأن التوكيل بهذه الصورة يعطى كل واحد الحق كاملا .

وفي كل موضع يجوز فيه الانفراد تنتهى وكالة الباقيين بتصرف أى واحد من الوكلاء .

حكم العقد ومفوقه بيع الموكل والتوكيل : يراد هنا بحكم العقد الغرض المقصود من شرعيته والآخر المترتب عليه . كملك المبيع للمشتري والتمن للبائع في عقد البيع ، وملك المتعة في عقد الزواج وملك الأجرة للوَجَر ، والمنفعة للمستأجر في عقد الإجارة ، وملك المنفعة بدون عوض للمستعير في عقد الإعارة .

وأما عقود العقد : فهي التزامات ومطالبات يقتضيها العقد لها اتصال بحكمه فتقرره وتمكن العاقد من الاستفادة به على وجه سليم كحق البائع في المطالبة بالثمن ، وضمانه سلامة المبيع من العيوب بحيث لو ظهر فيه عيب قديم وجب عليه قبوله من المشتري عند رده ، والتزامه برد الثمن عند استحقاق المبيع وكحق المشتري في المطالبة بتسليم المبيع بعد أداء الثمن وثبوت حق الخيار عند رؤيته للمبيع ، وحق رده إذا ظهر به عيب قديم .

هذا هو الفرق بين حكم العقد وحقوقه ، ولكي تعرف إلى من ترجع هذه الحقوق وتلك الأحكام ، وآراء الفقهاء في ذلك ينبغي أن تعرف أولا :

أن من العقود نوعاً لا يقع عن الموكل إلا إذا أضافه الوكيل إليه ، كما إذا وكل شخص آخر في أن يزوجه أو وكه في أن يقتض له مبلغاً من المال ، أو يستعير له شيئاً أو يقبل عنه الهبة من شخص آخر ، فهذه لا بد للوكيل من أن يضيفها إلى موكله ليثبت الحكم له ، فإذا أضافها إلى نفسه ثبت حكمها للوكيل لا للموكل .

ومن هنا نوع لا يلزم فيه أن يضيفه الوكيل إلى موكله ، بل يقع الحكم للموكل سواء أضافه الوكيل إليه ، أو أضافه إلى نفسه ، وذلك كعقود المعاوضات المالية ، كالبيع والشراء والإجارة وما شاكلها .

وفي النوع الأول ترجع أحكام العقد وحقوقه إلى الموكل بلا خلاف ، وليس للوكيل فيه إلا أداء العبارة ، فهو سفير ومعبّر عن الموكل فقط ومهمته سفارة ، وليست وكالة حقيقة .

فإذا قال الوكيل بالتزويج للمرأة ، زوجي نفسك لموكلتي فلان تم العقد وثبت حكم العقد للموكل وأصبح مطالباً بحقوقه ، فالمرأة تطالبه بالمهر ، وليس لها أن تطالب الوكيل ، لأن مهمته انتهت بانتهاء العبارة المنشئة للعقد .

ومثل هذا النوع في ذلك العقود التي لا يتصور أن يضيفها الوكيل إلى نفسه ، كما إذا كان وكيلاً عن المرأة في الزواج ، أو وكيلاً عنها في الطلاق على مال أو في الخلع .

وفي النوع الثاني يرجع حكم العقد إلى الموكل بلا خلاف سواء أضافه الوكيل إلى الموكل أو أضافه إلى نفسه ، فيستوى قوله : اشتريت هذه السيارة بألف ، وقوله اشتريتها لفلان ، لأن العقد إنما عقد من أجله .

وأما حقوق العقد فقد اختلف الفقهاء في رجوعها إلى الموكل أو الوكيل .
فالحنابلة يذهبون إلى أنها ترجع إلى الموكل :

يقول ابن قدامة في هذا الموضع (١) : « ولأن سلم أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل ، وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن . وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك » .

وفي موضع آخر يقول : « وثمن ما اشتراه الوكيل إذا كان مؤجلاً فإنه يثبت في ذمة الموكل أصلاً ، وفي ذمة الوكيل تبعاً كالضامن ، وللبنائع مطالبة من شاء منهما » .

والحنفية يقولون برجوعها إلى الوكيل لأنه هو الذي تولى إصدار العقد ، فالطرف الآخر في العقد لا يعرف غيره ، ولكنه مع ذلك منفذ لإرادة الموكل ، فيجب ملاحظة الأمرين ، وهذا لا يكون إلا بجعل حكم العقد ، المقصود الأصلي منه راجعاً إلى الموكل ، وجعل حقوقه التي تعتبر بمثابة لوازم للحكم راجعة إلى الوكيل ، وإنما جعلوا المقصود الأصلي — وهو الحكم — راجعاً للموكل ، وما عداه راجعاً إلى الوكيل ، لأن الولاية الأصلية للموكل ، والوكيل استفاد ولايته على إنشاء العقد منه .

ثم إن رجوع الحقوق إلى الوكيل عندهم مقيد بشرطين .

أمرهما : أن يكون من أهل الضمان ، فإن لم يكن كذلك بأن كان محجوراً عليه رجعت الحقوق إلى الموكل سواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أو أضافه إلى الموكل ، لأن الوكيل هنا ليس أهلاً لرجوع الحقوق إليه ، لأن الوكالة ضمان وكفالة وهو ليس من أهلها .

(١) المغني ج ٥ ص ١٣١ .

تأثيرها : أن يضيف العقد إلى نفسه ، فلو أضافه إلى الموكل ، كأن يقول :
اشتريت لفلان ، الموكل ، كذا رجعت الحقوق إلى الموكل ، لأن الوكيل
هنا سفير فقط .

والحنفية يحكون في كتبهم خلافا للشافعية في هذا الموضوع ، ويدعون
أنهم يقولون بر جوع الحقوق إلى الموكل ، ولكن المذكور في كتب الشافعية
خلاف ذلك ، فهي تصرح بأن ماسماه فقهاء الحنفية حقوق العقد ، مثل المطالبة
بالبئن ، أو تسليم المبيع ، وضمانه إذا كان مستحقا للبئن ، وما شابه ذلك ترجع
إلى الوكيل لا إلى الموكل (١) .

وربما كان للشافعية قول آخر هو الذي حكاه الحنفية عنهم .

انتهاء الوكالة : تنتهي الوكالة بواحد من أمور :

١ - إذا قام الوكيل بما وكل به في الوكالة الخاصة ، كأن يوكل شخص
آخر في استئجار دار له ففعل ذلك .

٢ - خروج العين الموكل بالتصرف فيها عن أن تكون محلا له ، كما إذا
وكله بأن يزوجه امرأة معينة فماتت ، أو وكله في شراء سيارة بذاتها فاحترقت .

٣ - إذا خرج الوكيل عن أهليته بأن جن جنونا مطبقا ، وهو ما يستمر
شهرًا كاملا على الرأي الراجع المعمول به ، لأن صحة الوكالة موقوفة على
كونه أهلا للتصرفات ، فإذا زالت هذه الأهلية بطلت الوكالة ، وكانت تصرفاته
كلها لاغية .

(١) راجع نهاية المحتاج ص ٣٧ وما بعدها ج ٤ ، وفيها د أحكام العقد تتعلق
بالوكيل دون الموكل ، فيعتبر في الرؤية ولزوم العقد بمفارقة المجلس ، والتقابض في
المجلس حيث يشترط كالربوي والسلم الوكيل لأنه العاقد دون الموكل ، إلى أن قال :
وإذا اشترى الوكيل طالبه البائع بالبئن إن كان دفعه إليه الموكل وإلا فلا يطالبه .

٤ - إذا باشر الموكّل العمل الذى وكل فيه قبل مباشرة الوكيل له ، كأن
توكّله فى شراء شئ معين ، ثم يقوم بشرائه بنفسه ، لأنه بعد تصرفه أصبحت
الوكالة لا موضع لها فتبطل .

٥ - إدامات الموكّل ، أو خرج عن أهليته للتصرف الذى وكل فيه ، لأن ولاية
الوكيل مستمدة من ولاية الموكّل ، فإذا زال الأصل زال التبعية ، وبطلان الوكالة هنا
يبدأ من وقت موت الموكّل ، أو خروجه عن أهليته ، فكل تصرف للوكيل بعد هذا
الوقت لا اعتبار له .

٦ - مثلاً إذا وكل شخص آخر فى أن يهب شيئاً معيناً من ماله لفلان ، وقبل أن يقوم
الوكيل بهذا العمل حجب على الموكّل للسفّه ، فإن التوكيل يبطل وقت الحجب ، لأن
الحجب مانع من التبرعات ، وبطلان الوكالة بهذا السبب لا يتوقف على علم الوكيل بما
حصل للموكّل ، ولكن يشترط : ألا يكون هذا التوكيل قد تعلّق به حق لغير الموكّل
فإذا كان كذلك لم ينعزل الوكيل إلا إذا رضى صاحب الحق .

٦ - إذا تنازل الوكيل عن التوكيل فإنه ينعزل عن الوكالة ، ولكن بشرط علم
الموكّل بهذا التنازل لئلا يلحقه ضرر بهذا التنازل ، وهو التعرير به ، كما يشترط عدم
تعلّق حق لغير الموكّل بهذه الوكالة ، لئلا يلحق صاحب الحق ضرر بهذا التنازل ،
وحينئذ لا تنتهى وكالته إلا إذا رضى صاحب الحق بذلك .

٧ - إذا عزل الموكّل من الوكالة ، فإنه ينعزل لعدم لزومها بشرطين أيضاً

أحدهما : علمه بهذا العزل لئلا يلحقه ضرر بإبطال ولايته فيما إذا تصرف

تصرفاً يعود عليه بالضمان ، والثانيهما : ألا يتعلّق بهذه الوكالة حق لغير الموكّل ، كما
إذا وكل الراهن شخصاً ببيع الرهن وسداد الدين منه إذا حل أجله ، فإن هذا
التوكيل تعلّق به حق للمرتهن وهو الدائن ، فإذا عزل الراهن الوكيل بالبيع فإنه
لا ينعزل إلا برضا الدائن صاحب الحق ، وكما لو أراد المدين السفر فطلب دائته

أمن الحاكم منه من الشغل ، أو يوكل وكيلاً عنه ليخاصمه وقت الحاجة فوكل وكيلًا بالخصومة إجابة لطلبه وسافر ، فليس له أن يعزل الوكيل إلا إذا رضى الدائن بذلك .

الفضولي

التعريف به . موقف الفقهاء من شرعية تصرفاته . عقوده بين الإجازة والرد . أثر الإجازة فيه ، شروط صحة الإجازة

الفضولي في لغة العرب ، هو من يشتغل بما لا يعنيه ، أو بما ليس له ، وعمله هذا يستلحق فضالة ، والشرعيون يريدون بكل من اللفظين معنى يقرب من المعنى اللغوي فالفضولي عندهم : هو من يتصرف في شئون غيره من غير أن يكون له ولاية

إصدار هذا التصرف ، ، فالذي يبيع مال غيره أو يوجره أو يطلق زوجته من غير أن يكون له ولاية شرعية عليه ، أو وكالة صادرة منه يكون فضولياً وتصرفه هذا فضاله . هذا التصرف اختلف الفقهاء فيه على قولين :

أمرهم : أنه مشروع ، ويقع صحيحاً متى كان المتصرف أهلاً للتصرفات ، والمحل يقبل ذلك التصرف في ذاته ، ولكنه لا يكون نافذاً من حين صدوره ، بل يتوقف على إجازة صاحب الشأن ، وهو من صدر التصرف لأجله . وإن أجازته نفذ ، وإن رده بطل .

والى هذا رأى ذهب الخنقية والمالكية ، وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة (١)

(١) راجع البدائع ص ١٨١ وما بعدها ج ٥ وفتح القدير ص ٣٠٩ ج ٥ ، وبداية المجتهد ص ١٥٠ ج ٢ - وفيها يقول : يبيع الفضولي اختلفوا فيه هل ينفذ أولاً ، رخصه أن يبيع الرجل مال غيره بشرط أن رضى به صاحب المال أمضى البيع وإن لم يرض ففسخ وكذلك في =

ومما يثيرها : إنه غير مشروع ، ويقع باطلا من أول الأمر ، ولا يغير من هذا رضا صاحب الشأن به بإجازته له ، لأن الإجازة إنما تؤثر في عقد موجود . وهذا العقد لا وجود له ، لأنه ولد ميتاً فلا تحييه الإجازة ، وإذا رغب صاحب الشأن فيه فعليه أن ينشئ عقداً آخر من جديد . وإلى هذا ذهب الإمام الشافعي في مذهبه الجديد ، والحنابلة في أرجح الروايتين عندهم (١) .

استمر أصحاب الرأي الثاني : أولاً : بأن تصرف الفضولي تصرف فيما لا يملكه ، وقد ورد النهي عنه ، والنهي يفيد عدم مشروعية المنهي عنه عندهم ، ورد ذلك في أحاديث ، منها . مارواه ابن ماجه (٢) بسنده إلى حكيم بن حزام قال : قلت : يا رسول الله الرجل يسألني البيع وليس عندي أفأبيعه؟ ، قال : لا تبع ما ليس عندك . .

فهذا الحديث يمنع من بيع ما ليس عند الإنسان ، أي ما ليس مملوكاً له . وهل الفضولي يفعل غير ذلك؟ وإذا كان هذا الحديث وارداً في البيع ، فيلحق به غيره من التصرفات بطريق القياس .

== شراء الرجل للرجل بغير إذن على أنه أن رضی المشتري صح الشراء . ولا لم يصح فمنعه الشافعي وأجازته مالك في الوجهين . ثم ساق الأدلة - والفروق للقرا في ص ٢٢٦ وما بعدها ج ٣ في الفرق - ١٨٣ - وفيه يقول . فان للفضولي عندنا له أهنية التصرف وتصرفه حرام وللمالك عندنا إمضاء ذلك التصرف من غير تجديد عقد آخر لينفذ ذلك المتصرف فدل ذلك على أن العقد المتقدم قابل للاعتبار .

(١) راجع كشف القناع ص ١١ وما بعدها ج ٢ ، ونهاية المحتاج ص ٢٣ وما بعدها ج ٣ .
(٢) ج ٢ ص ١٦ شرح السندی وهي أوضح في الدلالة على المطلوب من رواية الترمذي التي نقلناها في الطبعة السابقة .

ثانياً : بأن العقد لا يوجد شرعاً إلا إذا كان العاقد له ولاية إصداره. إما بكونه يتصرف في خالص حقه . أو بكونه نائباً عن غيره . فالولاية كالأهلية فكما لا يوجد العقد من فاقده الأهلية لا يوجد من فاقده الولاية . ولو كان كامل الأهلية في نفسه . لأن الانعقاد معناه الارتباط بين كلامي العاقدين بحيث تترتب عليه آثاره شرعاً . وأنه يحمل في طيه تعهد كل منهما بتمكين الآخر من أحكام العقد كاملة والفضولي لا يمكنه ذلك ،

ولتوقف صحة العقد عندهم على الولاية قالوا : إن عقود الصبي المميز ، ومن في حكمه كلها باطلة .

وأما النذاهبون الى شريعة فيستدلون على منزهتهم

أولاً : بما ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى أحد أصحابه ، وهو عروة البارقي ديناراً ، وقال له : « اشتر لنا من هذا الجلب شاة » ، قال فاشتريت شاتين بدينار ، وبعثت إحدى الشاتين بدينار ، وجئت بالشاة والدينار ، فقلت يا رسول الله : هذه شاةكم وهذا ديناركم ، فقال : « اللهم بارك له في صفقة يمينه » ،

ففي هذه الحادثة لم يكن عروة موكلًا إلا بشراء شاة واحدة ، فشراؤه الثانية وبيعه لها كان من غير توكيل ، وهذا بعينه هو عمل الفضولي ، وإقرار رسول الله له على هذا الوجه دليل على مشروعيته ، وإنه ينفذ على صاحب الشأن متى أجاز له .

ثانياً : بأن التصرفات ما شرعت إلا لتحقيق مصلحة ؛ وهذا التصرف إن لم يكن فيه مصلحة فلا ضرر فيه ، لأن الظاهر أن هذا الفضولي ما أقدم على ذلك إلا لمصلحة عاجلة قد تفوت على من كان التصرف له ، والمفروض أنه عاقل ، والحكمة تقضي بعدم إهدار كلام العقلاء ، ففي القول بصحة تصرفه مراعاة للجانبين ، أما جانب الفضولي فبانهتقاد عقده ، وعدم إهدار عبارته ، وأما الجانب الآخر فبالحكم بأنه

موقوف على إجازته ، فإن رآه في مصلحته أقره ، وأن واجتهده غير ذلك ألغاه ولا حرج عليه .

ثم قالوا : إن حديث حكيم بن حزام لا يدل على إبطال تصرف الفضولي ، لأنه وارد في تصرف الإنسان لنفسه ، فلو باع الشخص شيئاً ليس عنده ، ربما لا يجده ، فيعجز عن تسليمه ، وحيث أنه يكون قد غرر بصاحبه .

وإذا صح عقد الفضولي فإنه يكون موقوفاً على إجازة صاحب الشأن ، إن أجازته نفذ وإن لم يجزه بطل ، ولكن هذا الحكم ليس مطلقاً ، بل هو مقيد بشرطين :

الاول : أن يكون لهذا العقد مجيز (١) وقت انشائه ، فإن لم يكن له مجيز في هذا الوقت فلا تنفيذ فيه الإجازة ، كما إذا باع مال الصغير بغيب فاحش ، أو وهب ماله أو طلق زوجته ، فإن هذه التصرفات تقع غير صحيحة من أول الأمر لأنه لا مجيز لها عند انشائها . أما الصبي فلا به ليس أهلاً لها ، وأما وليه فلا به مقيد بمافيه مصلحة الغير وهذه تصرفات ضارة به .

أما إذا كان البيع بمثل القيمة أو بأكثر منها ، وكان للصبي ولي له حق الإجازة فيتوقف العقد على إجازته ، وكذلك إن كان البيع لمال العاقل الرشيد .

الثاني : ألا يمكن تنفيذ هذا العقد على الفضولي عند رفض صاحب الشأن له ، كما إذا باع مال غيره أو أجره سواء أضاف العقد إلى صاحب المال ، أم لم يصفه إليه ، وكذلك إذا اشترى ، أو استأجر ، وأضاف العقد إلى الشخص الذي يعقده ، كأن يقول : اشتريت هذا الشيء لفلان أو استأجرته له ، فإنه في هذه الصور لا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي ، وعلى هذا يكون موقوفاً على إجازة من يعمل له الفضولي إن أجازته نفذ عليه ، وإن لم يجزه بطل .

(١) المجيز هو من يجعل الشارع له حق تقرير وإمضاء ذلك التصرف أو رفضه .

وأما إذا كان يمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند عدم إجازته فإنه لا يبطل بل إن إجازته من عقد لأجله نفذ عليه ، وإن رده نفذ على الفضولي ، لأن الأصل أن الإنسان يعقد لنفسه إلا إذا وجد ما يصرفه عن هذا الأصل ، كما أن الأصل الاحتياط في التصرفات بالعمل على تصحيحها بقدر الإمكان .

وهذا كما إذا اشترى شيئاً أو استأجره ولم يضاف العقد إلى من يعمل له فإنه في هذه الحالة يمكن اعتباره مشترياً ، أو مستأجراً لنفسه ، لأن العاقد الآخر شخصاً غيره فيلزم به أمامه .

ويلاحظ هنا أن النفاذ يكون من وقت الإجازة في العقود التي يصح تعليقها بالشرط كالكفالة والحوالة والوكالة والطلاق ، لأن هذا العقد يكون معلقاً في المعنى على الإجازة فيصير كالمعلق حقيقة ، فيقتصر على وقت تحقق الشرط .

وأما العقود التي لا تقبل التعليق بالشرط ، كعقود المعاوضات فإنها تنفذ من وقت إنشائها ، لأن آثارها لا تتراخى عنها فتثبت من حين وجودها .

والعقود التي يتوقف تمامها على شيء آخر غير الصيغة كالهبة — فإنها لا تتم إلا بالقبض — تنفذ من وقت تسليم الموهوب ، ويظهر أثر ذلك في زوائد المعقود عليه ، فإنها في البيع وأمثاله تكون مملوكة للمشتري ، لأنها زوائد ملكة .

أثر الإجازة في الفضولي : وكما أن الإجازة تؤثر في العقد بالنفاذ ، وترتب آثاره عليه بعد أن كان موقوفاً . كذلك تؤثر في نفس الفضولي ، فتجعله وكيلاً من قبل إنشاء العقد ، وكأن المميز قد وكله به قبل مباشرته ، ولذلك يقرر الفقهاء أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، ، ويترتب على هذه الوكالة الجديدة ما يترتب على الوكالة السابقة على التصرف ، وقد تقدم بيان ذلك . وآثار العقد وأحكامه تترتب من وقت نفاذ العقد على التفصيل السابق .

شروط صحة الإجازة: يشترط لصحة الإجازة الشروط الآتية .

١ - أن تكون بمن له ولاية إنشاء هذا العقد ، كالولي أو الوصى ، فلا تصح من القاضى مع وجود الولي أو الوصى .

٢ - أن تصدر حال بقاء محل العقد ، كي يظهر أثر العقد فيه عند الإجازة ، فلو أجاز العقد بعد هلاك محله ، فلا يظهر أثر لهذه الإجازة .

٣ - أن تكون فى حياة من تعاقد مع الفضولى ، كي يظهر أثرها فى حقه ، فلو باع الفضولى مال غيره لشخص وقبل إجازة مالك المال مات المشتري ، فإن الإجازة التى تصدر من مالك المال لا يكون لها أثر ، لعدم وجود الطرف الآخر فى العقد .

٤ - أن تصدر حال حياة الفضولى ، لأنه سينقلب بها وكيلا ، وهذا الشرط فى العقود التى ترجع حقوقها إلى الوكيل كالمعاوضات ، وأما فى العقود التى لا ترجع حقوقها إليه فلا تتوقف صحة الإجازة على حياته ، لأنه لا صفة له فى العقد بعد العبارة .

فلو زوج امرأة لرجل من غير توكيل منها ، وأجازت المرأة العقد ، فإنه ينفذ الزواج وتترتب عليه آثاره سواء أكان الفضولى حياً أو ميتاً ، بخلاف ماله باع مال غيره وأجاز مالك المال هذا البيع ، فإن إجازته لا تكون صحيحة إلا إذا كان الفضولى حياً ، لأن حقوق العقد سترجع إليه ، فيطالب بتسليم المبيع ويطلب بالثمن .

فالفرق بين النوعين . أن الإجازة إذا نقلته إلى مرتبة السفير ، فإن مهمته تكون قد انتهت من حين العقد فلا حاجة إلى حياته ، وإذا نقلته إلى مرتبة الوكيل فإن مهمة الوكيل لم تنته بعد ، فيحتاج إلى حياته ، فاشترط بقاؤه .

عقد الفضولي بالنسبة لطرفيه : عرفنا أن عقد الفضولي غير لازم بالنسبة لمن عقد لأجله ، فله الحق في إمضائه أو إبطاله ، وكذلك بالنسبة للعاقد الثاني الذي تولى العقد مع الفضولي فله الحق في فسخه قبل إجازة الطرف الآخر المعقود له ، لأنه عقد لم يتم ، بل صدر منه موقوفاً على رضا الآخر ؛ وهو لم يوجد بعد .

وأما الفضولي . فله حق الفسخ أيضاً قبل الإجازة ، ولكن في العقود التي ترجع حقوقها إليه لو أصبح وكيلاً بالإجازة ، مثل عقود المعارضات المالية ، وليس له هذا الحق في العقود التي يكون فيها سفير ومعبّر فقط ، كالزواج .

وسبب هذه التفرقة أن الإجازة في النوع الأول يترتب عليها إلزامه بحقوق العقد وقد يلحقه ضرر من ذلك ، فتفادياً من حقوق الضرر أيج له فسخ هذه العقود بخلاف النوع الثاني ، لأنه لا يلتزم بشيء بعد الإجازة ، بل حقوق العقد ترجع إلى صاحب الشأن فيه . فلا ضرر يلحقه من نفاذه .

فلو زوج فضولي امرأة لشخص من غير أن توكله فإنه لا يملك فسخ العقد قبل إجازة المرأة .

الفضولي في نظر القانون أما التشريع الوضعي فقد عرض لأحكام الفضالة والفضولي في عشر مواد من القانون المدني الجديد . من المادة ١٨٨ - ١٩٧ .

فالمادة — ١٨٨ — تقول : الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك ، .

والمواد التي بعدها تتكلم عن أخكامها التي منها . أن إقرار رب العمل ما قام به الفضولي يجعل الفضولي وكيلاً ، والفضالة وكالة ، وأن رب العمل إذا نهى الفضولي عن التدخل في شؤنه لا يكون فضولياً ، وأن الفضولي ملزم بالمضى

في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، وأن الفضولي يجب عليه أن يبذل عنايته في القيام بهذا العمل ، ويكون مسئولاً عن خطئه . وغير ذلك من الأحكام .

والذي يؤخذ من ذلك بوجه عام أن القانون جعل للفضالة مرتبة لا تقل في نظره عن مرتبة الوكالة ، حتى أن الشراح توسعوا في شرح أحكامها ، فالدكتور السنهوري في وسيطه (١) يعقد لها مبحثاً طويلاً يقول في أوله :

وأركان الفضالة ثمانية

- ١ — أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر ، وهو الركن المادى :
- ٢ — أن يقصد من قيامه بهذا الشأن العاجل مصلحة رب العمل ، وهذا هو الركن المعنوى .
- ٣ — ألا يكون إزاء هذا الشأن العاجل ملتزماً به ولا موكلاً فيه ولا منبياً عنه . وهذا الركن يمكن أن يطلق عليه الركن القانونى .

هـ — حكم العقد وتقسيماته

حكم العقد كلمة تختلف إطلاقاتها في نظر الشرعيين . فمرة يريدون منها ما للعقد من آثار تترتب عليه شرعاً . كما في قولهم . حكم عقد البيع ثبوت ملكية المبيع للمشتري وملكيتها الثمن للبائع . وحكم الإجارة . إنها تفيد ملك المنفعة للمستأجر وملك الأجرة للتأجير . وحكم عقد الزواج . إفادته ملك المتعة لكل من الزوجين بالآخر . وحكم الرهن . حبس المرهون عند المرتهن حتى يستوفي دينه والإعارة تفيد ملك المستعير الانتفاع بالعارية مجاناً لا في نظير عوض وهكذا بقية العقود . . .

(١) راجع ص ١٣٠ وما بعدها .

وأحياناً يريدون بحكم العقد ما له من صفات ثابتة له نتيجة شرعيته ، أو عدم شرعيته ، كقولهم : هذا عقد صحيح أو باطل ، أو نتيجة ما للعقد المشروع من قوة تقتضى ترتب آثاره عليه في الحال ، أو لا تقتضى ذلك ، فيقال : هذا عقد نافذ ، وذاك عقد موقوف ، أو ماله من قوة ملزمة لكل العاقلين أو لأحدهما ، أو غير ملزمة لواحد منهما . كما يقال : عقد الزواج عقد لازم للطرفين بعد تمامه لا يملك أحدهما فسخه ، وأن البيع الخالي من شرط الخيار لازم للمتبايعين لا يملك أحدهما فسخه بدون رضا الآخر .

وأن عقد الرهن لازم من جانب الراهن دون المرتهن ، على معنى أن للمرتهن فسخه متى أراد ، وليس للراهن ذلك ، وأن عقد الإعارة غير لازم لواحد من المتعاقدين فلملمير أن يرجع في إعارته ، ويسترد الشيء المعار في أى وقت يريد كما أن للمستعير أن يفعل ذلك متى شاء .

تقسيمات العقد

ينقسم العقد عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة ، وإليك بعض هذه التقسيمات :

التقسيم الأول : باعتبار الشارع له وترتب آثاره عليه وعدم ذلك ينقسم العقد بهذا الاعتبار إلى صحيح وغير صحيح .

وهذا التقسيم متفق عليه بين الفقهاء ، فقد اتفقت كلهم على أن من العقود عقوداً يقرها الشارع ويرتب عليها آثارها ، وهى العقود التى سلمت أركانها وأوصافها من الخل ، ولم يرد من الشارع منع لها ، وتسمى صحيحة ، ومنها عقود أخرى تخالف سابقتها في حكمها ، وهى العقود التى أصابها خلل في ركن من أركانها ، أو وصف من أوصافها ، وورد من الشارع نهى عنها ، وهى

تسمى بالعقود غير الصحيحة بالاتفاق ، ولكنهم اختلفوا فيها . أتعتبر كلها في درجة واحدة ، وتأخذ حكماً واحداً ، أم تختلف درجاتها ؟ .

فالحنفية يذهبون إلى أن العقد غير الصحيح يتنوع إلى نوعين . فاسد وباطل حسب تنوع موضع الخلل فيه ، فإن كان في ركن من أركانه كان باطلاً وإن كان في وصف من أوصافه سمي فاسداً .

وذهب غير الحنفية إلى أن العقد غير الصحيح لا يتنوع ، بل هو نوع واحد ، يسمى فاسداً ، أو باطلاً على حد سواء .

وهذا الخلاف يرجع إلى أنه وردت نصوص بالنهاي عن بعض العقود . منها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الغرر ، كما نهى عن بيع فضل الماء إلا ما حمل منه ، ونهى عن بيع الميتة والخمر والخنزير » ، كما نهى عن بيعتين في بيعة وغير ذلك من النصوص .

والناظر في هذه الأحاديث يجد النهي في بعضها راجعاً إلى ما في أحد الأركان من الخلل ، كما في النهي عن بيع الخمر والخنزير والسهمك في الماء فإن هذه الأشياء ليست من الأموال المتقومة ، وفي بعضها الآخر يجده راجعاً إلى وصف ملازم للعقد ، كما في النهي عن بيع الغرر ، أو بيعتين في بيعة .

ومن هذا اختلف الفقهاء في أثر هذا النهي .

فذهب الجمهور إلى أن النهي مطلقاً يقتضي عدم وجود العقد شرعاً . سواء كان راجعاً إلى أصل العقد « أركانه ومحلّه » ، أو راجعاً إلى وصف ملازم له ، فالعقد الذي اختل فيه شرط من شروطه أو وصف من أوصافه يتساوى مع العقد الذي اختل فيه ركن من أركانه ، فإذا ما وقع عقد من هذا النوع وقع

باطلاً لا يترتب عليه أى أثر من الآثار ، لأن نهى الشارع عنه يجعله غير مشروع والنهى الوارد لأجل الوصف يتعداه إلى الموصوف .

وخالف الحنفية فى هذا ، وقالوا : إن النهى إن كان راجعاً إلى أصل العقد . بأن كان الخلل فى العاقد ، أو فى المحل أو الصيغة اقتضى بطلان العقد ، فلم يكن له وجود شرعاً ، ولا يترتب عليه أى أثر من الآثار ، وإن كان النهى لوصف ملازم له اقتضى ذلك بطلان هذا الوصف فقط ، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد ؛ لأنه صدر من أهله فى محله ، فيكون العقد فاسداً .

فالعقد الفاسد موجود وصحيح بأصله ، والنهى مسلط على الوصف فقط ، فوجود الأصل ترتب عليه بعض آثاره ، فيثبت الملك إذا قبض كل من المتعاقدين فسخه ، فإن فعلاً ذلك فيها ، وإلا وجب على القاضى فسخه ؛ وعلى هذا تعرف هذه الأنواع عندهم بما يلى :

العقد الصحيح : هو ما كان صالحاً لترتب الآثار عليه ، أو — كما يقولون — ما كان مشروعاً بأصله ووصفه . يعنون بذلك أنه سليم من الخلل فى أركانه وأوصافه . ويتحقق فيه ذلك إذا صدر من أهل للتعاقد ، وهو المميز ، وكان محله قابلاً لحكم العقد شرعاً . ولم يرد من الشارع نهى عنه يجعله معيباً .

فتمت تحقق فى العقد مقوماته ، وتوفرت له شروطه كان سلباً صالحاً لترتب آثاره الشرعية عليه ، ووسم حينئذ بأنه عقد سليم ، أما إذا وقع خلل فى أحد الأمرين كان أحد العاقدين ، أو كلاهما فاقد الأهلية ، أو كانا من كملت أهليته ، ولكن كلاميهما لم يتلاقيا على شئ واحد ، أو تلاقيا ولكن محل العقد غير صالح لحكمه ، كما إذا وقع البيع على مال كالميتة ، أو على مال غير متقوم كالمباج ، أو على متقوم ولكن الثمن ليس بمال متقوم ، كببيع المسلم بالخمر ، أو كان المبيع مجهولاً جماله تؤدي إلى النزاع مثل بيع ثوب من غير بيان نوعه ووصفه .

ففي هذه الصور وما شابهها يكون العقد غير صحيح ، إما لعدم وجود عقد أصلاً ، أو وجوده معيياً .

والعقد الباطل : هو ما كان مختلاً ، والخلل راجع إلى أمر أساسي فيه ، كأن يكون أحد المتعاقدين فاقد الأهلية ، كالمجنون أو الصبي غير المميز ، أو تكون الصيغة غير سليمة ، أو يكون المحل غير قابل للحكم لعقد ، والخلل بهذه الصورة مانع من انعقاد العقد ، فالباطل غير منعقد ، ولا وجود له شرعاً .

ولذلك يقولون في تعريفه : هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه ، على معنى أن الشارع لا يعتبره موجوداً وإن كانت صورته موجودة في الخارج محسوسة فلا يترتب عليه أى أثر من الآثار المقررة للعقد الصحيح (١) .

والعقد الفاسد : هو ما كان مختلاً والخلل راجع إلى وصف من أوصافه اللازمة ، وهذا الخلل لا يمنع انعقاده ؛ لأن الصيغة صدرت بمن هو أهل لها ، والمحل قابل لحكمها شرعاً ، ولكن صاحب ذلك وصف منهي عنه ، كما إذا باع عاقلان مالا متقوماً بثمن مؤجل إلى أجل مجهول يؤدي إلى النزاع ، أو جعل الثمن خمرأ أو باع أحدهما مالا غير معين كشوب أو سيارة مثلاً أو باع بقرة على أنها حامل ، وهكذا كل عقد فيه جهالة تفضي إلى النزاع الذي لا يمكن فصله ، أو فيه غرر . أى تغير بأمر موهوم غير وثوق به .

ومن هذا نرى أن العقد الفاسد وسط بين الصحيح والباطل ، فهو يشبه

(١) يستثنى من ذلك عقد الزواج الباطل إذا أعقبه دخول فانه يترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح ، وهو وجوب المهر ، لأن الدخول بالمرأة لا يخلو شرعاً من حد أو مهر . ووجوب العدة من وقت المفارقة ، وثبوت نسب ما يجي منه من أولاد .

الأول من جهة سلامة مقوماته وانعقاده ، ويشبه الثاني من ناحية ما فيه من خلل ، وأن الشارع نهى عنه .

ولذلك أثبتوا له أمرين :

المؤول : أنه يترتب عليه آثاره في بعض صورته إذا اتصل به القبض . فالمشتري شراء فاسداً إذا قبض المبيع بإذن بائعه ، أو في مجلس العقد ملكه نظراً لأصل انعقاده .

الثاني : أنه مطلوب فسخه من المتعاقدين ، أو من القاضى إذا علم بذلك . ونظراً لما فيه من الفساد والنهي عنه ، ولكن وجوب الفسخ يثبت بشرطين :

أولهما : بقاء المعقود عليه على ما كان عليه قبل القبض ، فلو تغير شكله بأن كان غزلاً فنسجه المشتري بعد قبضه ، أو كان قمحاً فطحنه ، أو دقيقاً فخبزه أو هلك أو استهلك ، فإنه يمتنع الرد وإن كان الإثم باقياً .

ثانيهما : عدم تعلق حق للغير به ، فلو باعه المشتري لآخر بيعاً صحيحاً أو رهبة ، أو تصدق به وقبضه الموهوب له ، أو المتصدق عليه ، أو وقفه أو رهنه امتنع عليه الرد في هذه الصورة وأمثالها (١) .

(١) ومرتبة الفساد في العقود لا نظير لها في القوانين الوضعية ، لأنها جعلت للعقود مراتب ثلاثة . الصحة وهي تقابل الصحة في الفقه الإسلامى على اختلاف في بعض التفاصيل ، والبطلان المطلق وهو بعينه البطلان في الفقه الإسلامى .

والبطلان النسبى وهو في بعض صورته من قبيل العقد الموقوف ، وفي بعضها الآخر من قبيل العقد غير اللازم في الفقه الإسلامى ، لأن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يبقى

وبما ينبغي ملاحظته هنا أن تقسيم العقد غير الصحيح إلى فاسد وباطل عند الحنفية لا يسرى على جميع العقود ، بل في طائفة منها فقط ، وهي العقود الناقلة للملكية ، أو العقود المالية التي توجب التزامات متقابلة من المتعاقدين ، كالبيع والإجارة والهبة والقرض والرهن والحوالة والشركة والمزارعة والمساقاة والقسمة ، وأما العقود غير المالية ، كالوكالة والوصاية والزواج على الأصح ، والعقود المالية التي ليس فيها التزامات متقابلة كالإعارة والإيداع ، ومثلها العبادات ، والتصرفات المنفردة ، كالطلاق والوقف والكفالة والإقرار وما شاكلها . كل هذه لا فرق فيها بين الفاسد والباطل .

وأما الجمهور الذين قسموا العقد إلى صحيح وغير صحيح ، فاسد أو باطل على حد سواء ، فعرفوا العقد الصحيح : بأنه ما كان مستوفياً لأركانه وشرائطه بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية بمجرد تمامه .

صحيحاً إلى أن يقضى القاضى بإبطاله بناء على طلب الشخص الذى لم يكن رضاه بالعقد تائماً ، كمن دلس عليه فى البيع مثلاً . وهذا العقد كما أنه قابل للإبطال من أحد الطرفين الذى وقع عليه الضرر قابل للأجازة منه أيضاً ، فإذا أجازته ولو كانت الإجازة ضمنية سقط حقه فى الإبطال ، وليس للقاضى أن يبطله من تلقاء نفسه من غير طلب صاحبه . ومن هنا يتبين أن تسميته بالبطل تسمية متساهل فيها على الأقل إن لم تكن غير صحيحة .

وأما العقد الفاسد فى الفقه الإسلامى فهو غير صحيح ولا يترتب عليه أثر إلا فى بعض صور قليلة — كما بيناه — ويجب على كل من المتعاقدين فسخه ، وكذلك يجب على القاضى فسخه بمجرد علمه من غير طلب من أحد المتعاقدين ، ولا يملك أحدهما إجازته ، وإذا ثبت حكمه فى بعض الصور يثبت بالقيمة لا بالثمن المسمى فى العقد ..

وغير الصحيح ما ليس كذلك .

وعلى هذا تكون عقود الصبي المميز والفضولي والسفيه فيما حجر عليه فيه غير صحيحة ، لأن العقد لا تترتب عليه آثاره إلا إذا كان صادراً ممن له ولاية إصداره ، وهؤلاء لا ولاية لهم على إنشاء تلك العقود ، فتقع عقودهم غير صحيحة فلا تنفع إجازة الولي أو الوصي .

وقد قدمنا في بحث الفضولي : أن المالكية يقولون بصحة عقده ، وأنه موقوف على إجازة صاحب الشأن فيه ، وحينئذ يكون معنى الصحيح عندهم قريباً من معناه عند الخنفية ، وهو كونه سبباً صالحاً لترتب آثاره عليه ولا يفترقان إلا في أن دائرة الصلاحية عند الخنفية أوسع منها عند المالكية .

هذا هو حكم العقد المنهى عنه لأمر أساسي فيه أو لوصف لازم له ، فإن كان النهي لوصف غير لازم ، وهو ما يعبر عنه بالأمر المجاور للنهي عنه ، فبعض الفقهاء يرى أنه يقتضى عدم المشروعية ، ويكون غير صحيح نظراً لظاهر النهي ، والجمهور منهم يذهبون إلى أنه صحيح فيه كراهة فقط لأجل النهي ، وأمثلة ذلك كثيرة .

منها البيع وقت الأذان يوم الجمعة للآية « يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » ، فإن هذه الآية تأمرنا بترك البيع وقت النداء في هذا اليوم ، وهذا النهي ليس لذات البيع . ولا لوصف لازم له ، ولكن لأمر يصاحبه ، وهو أن الاشتغال به قد يؤدي إلى ترك إجابة النداء ، وليس بل لازم ، لأنه قد يبيع ولا يترك الإجابة ، كما إذا تابعا وهما ذاهبان إلى الصلاة ، وقد يترك الإجابة من غير أن يشتغل بالبيع . ومن ذلك « التنجش » وهو أن يساوم الشخص في السلعة بالزيادة في ثمنها

أمام الغير متظاهراً بأنه يشتري لكي يغتر بذلك الغير ، فالتغير ليس لازماً لهذه المساومة ، بل قد يوجد معها ، وقد لا يوجد فيما إذا لم يتم الشراء مثلاً .
ومنه « تلقي الجلب » وهو أن يبادر بعض التجار لتلقي الجالبين للتجارة فيشتري ما معهم ، ثم يبيع لأهل البلدة حسبما يحلو له ، وبالسعر الذي يريده ، وهذا مكروه ، لأنه قد يلبس السعر على الجالبين ، فيشتري بسعر أرخص ، وقد يضر بأهل البلدة ، لأنه نوع من الاحتمار ، ولذلك لم يكن مكروهاً في كل ضوره ، بل فيما إذا ألحق الضرر بغيره .

أقسام العقد الصحيح : قدمنا أن العقد الصحيح هو ما كان سبباً صالحاً لترتب الآثار عليه . بأن يكون صادراً من أهله في محل صالح لحكمه ، وسالماً من الخلل في أركانه وأوصافه عند فريق من الفقهاء . وعند آخرين : هو ما سلم من العيوب وترتب عليه آثاره ، فعند الفريق الأول ينقسم إلى نافذ وموقوف .

فانفاذ: هو ما صدر عن شخص يتمتع بالأهلية ، وله ولاية إصداره سواء كانت هذه الولاية أصلية أو نيابية . كالعقد الذي يعقده العاقل الرشيد لنفسه في ماله ، أو يعقده الوصي أو الولي للقاصر ، أو يعقده من وكله غيره توكيلاً صحيحاً .

وإحكام هذا العقد : أنه تترتب عليه آثاره من غير توقف على إجازة أحد ، سواء كان ترتيب الآثار عليه فور صدوره ، كما في العقد المنجز ، أو بعد فترة من الزمن ، كما في العقد المضاف إلى زمن مستقبل ، فإنه نافذ تترتب عليه آثاره عند مجيئ الوقت الذي أضيف إليه .

الموقوف : هو ما صدر من شخص له أهلية التعاقد من غير أن يكون له

ولاية إصداره . كالعقد الذى يصدر من الفضولى ، أو من الصبي المميز ومن
فى حكمه إذا كان من العقود التى لا بد فيها من رأى وليه أو وصيه .

وحكم هذا العقد . أنه لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازة من يملك إصداره
إجازة صحيحة ، فإن لم توجد هذه الإجازة بطل العقد ، وكأنه لم يكن .

وهذا التقسيم متفق عليه بين الحنفية والمالكية لما عرفت أنهم يصححون
عقد الفضولى ، وإن كانت دائرة الموقوف عند الحنفية أوسع منها عند المالكية .

وأما الشافعية ومن وافقهم فلا يكون العقد الصحيح عندهم إلا نافذاً ؛
لأنهم جعلوا من شروط انعقاده ، أن يكون للعقد ولاية إنشائه وإصداره ،
فليس عندهم عقد صحيح موقوف .

أقسام العقد النافذ : ثم إن العقد النافذ ينقسم إلى عقد لازم ، وآخر
غير لازم .

فالعقد الموزم : هو العقد الصحيح النافذ الذى لا يملك أحد المتعاقدين
فسخه وإبطاله والتحلل منه .

وهذا النوع منه ما هو لازم لطرفيه ، ولا يقبل الفسخ بحال من الأحوال
حتى ولو اتفق المتعاقدان على ذلك ، لأن طبيعته تقتضى هذا اللزوم
ولا تقبل الفسخ كالخلع والطلاق على مال ، فإن المرأة تدفع المال للزوج نظير
تخليصها ، فإذا تم الخلع أو الطلاق فى نظير المال لا يملك أحد من المتعاقدين
أن يفسخ هذا العقد ويرفعه ، ولا يملك المتعاقدان أن يفعلوا ذلك باتفاقهما ،
ومثلهما فى ذلك عقد الزواج ، فإنه بعد تمامه تترتب آثاره عليه ، ويلزم كلا من
الزوجين ، فلا يملكان الاتفاق على فسخه ورفعها ، لأن معنى فسخ العقد رفعه
عن أساسه كأن لم يكن ، فلا يبقى من آثاره شيء كما فى إقالة البيع ، وما يملكه

الزوج من الطلاق لا يعتبر فسخاً للعقد ، بل هو انتهاء له فقط . بدليل بقاء بعض آثار الزواج من وجوب النفقة ولزوم المهر .

وهذا إذا حملنا لفظة الفسخ في التعريف على معناها المتبادر منها ، وهو إلغاء العقد ورفع من أساسه ، أما إذا توسعنا في معناها ، وجعلناها أعم من هذا ومن انتهاء العقد فإن عقد الزواج لا يكون من هذا النوع الذي لا يقبل الفسخ .

ومن اللازم نوع يقبل الفسخ إذا اتفق المتعاقدان على ذلك . كعقود المعاوضات من البيع والإجارة والمزارعة والمساقاة والصلح .

وهذا النوع يكون لازماً بمجرد تمام العقد عند من لا يقول بخيار المجلس من الفقهاء ، ولا يكون لازماً إلا بعد انتهاء المجلس ، أو التخيير من أحد المتعاقدين والاختيار من الآخر عند من يقول بخيار المجلس ، وقد سبق تفصيل هذا .

والعقد غير الملزم : أو الجائز — كما يعبر عنه بعض الفقهاء — هو ما يستطيع كل واحد من طرفيه أو أحدهما فقط أن يتحلل منه ويفسخه بدون توقف على رضا الآخر .

ومن هذا التعريف نجد أن عدم اللزوم قد يكون من الجانبين ، وقد يكون من جانب واحد .

فأول : كالإيداع . فإن كلا من المودع والمودع له كامل الحرية في فسخ هذا العقد وإبطاله سواء رضى الآخر أو لم يرض .

والإعارة . فإنه يصح للمعير أن يرجع في إعارته ، ويسترد الشيء المعار ،

سواء كانت مؤقتة بمدة أولا ، وإن كان يلزمه ضمان ماقد يلحق المستعير من الضرر في العارية المؤقتة بوقت إذا مارجع قبل انتهاء المدة ، كما أنه يجوز للمستعير أن يتنازل عن حقه في الانتفاع ويرد العارية .

والهبة . فإن الواهب له الحق في الرجوع في هبته ما لم يوجد مانع من الرجوع ، كما هو مفصل في كتب الفقه ، وكذلك للموهوب له أن يرد الشيء الموهوب للواهب ويبطل هذا العقد .

والوكالة . كذلك لما سبق بيانه إلا إذا كانت بأجر ، فإنها تكون اجارة وهي من العقود اللازمة .

وفي الشركة لسكل من الشريكين أن يفسخ عقد الشركة متى شاء سواء رضى الآخر أولا ، ولكن العقد لا يفسخ الا من تاريخ علم الشريك الآخر ، وإنما كانت الشركة غير لازمة ، لأنها في واقع الأمر وكالة ، لأن كل واحد من الشريكين قد وكل الآخر في التصرف عنه فيما يملك من التصرفات .

وكذلك الوصية . فإنها في حياة الموصى غير لازمة ، فله أن يرجع عنها متى شاء ، وللموصى له أن يردّها ويبطلها بعد وفاة الموصى .

والنوع الثاني : وهو ما يكون فيه عدم اللزوم من جانب واحد بمعنى أنه لازم في حق أحد المتعاقدين دون الآخر ، كالرهن ، فإنه بعد تمامه لازم في حق الراهن ، فليس له أن يفسخه الا برضى المرتهن ، وليس بل لازم في حق المرتهن ، فله أن يفسخه في أى وقت شاء سواء رضى الراهن أو لم يرض .
والكفالة فإنها لازمة بالنسبة للكفيل ، وليست لازمة للكفول له .

التقسيم الثاني - تنقسم الى عقود مساواة وغير مساواة

تمهيد: العقود مشروعة لتحقيق مصالح الناس ، فهي تتبع حاجاتهم ، فكلما دعت حاجة إلى انشاء عقد من العقود فعلوه .

والملاحظ أن كل التشريعات سواء كانت سماوية أو ، وضعية عند وضعها لنظم التعامل بين الناس تعنى بما تعارفوه وتقره متى كان صالحاً ، وتلغى ما لا يتفق مع غايتها المقصودة ثم تضع لكل نوع اسماً خاصاً يعرف به تمييزاً له عما سواه ، وهذه العقود تعرف في الاصطلاح القانوني ، بالعقود المسماة ، أو بالعقود العينية .

ولكن حاجات الناس المتجددة التي لا تنتهي عند حد قد تدعو إلى عقد من العقود لم يرد في التشريع ذكر صريح له ، فيفعله الناس بدافع الحاجة ، وهذا يصطلح له على اسم خاص .

من ذلك عقد الاستصناع ، وهو التعاقد على صنع شيء معين ، فقد استمر زمناً غير يسير متردداً بين البيع والإجارة ، لأن فيه بيعاً لأصل الشيء ، وفيه إجارة على صنعه واعداده ، حتى اصطلاح الفقهاء على تسميته بالاستصناع .

ومثله في هذا بيع الوفاء ، فقد كان حائراً بين البيع والرهن ، لأنه يبيع بصورة ورهن في المعنى .

ومن ذلك التسخير ، وهو إجارة الوقف مدة طويلة من الزمان بدفع مبلغ يقارب قيمة الوقف لينبئ عليه ، وينتفع به مدة طويلة غير معروفة في الإجارة المعتادة ، ثم يدفع بعد ذلك أجره ضئيلة تشبه ما يسمى في العرف

الحديث « بالإنجار الإسمي » ، ويترتب على هذا العقد وراثته هذا الحق ، ومثله لا يكون في الإجارة .

وموقف الفقهاء إزاء هذه العقود الجديدة بعد وضع الأسماء لها هو تخريج أحكامها على ضوء النصوص الشرعية ، والقواعد العامة ، ولذلك نجد هذا النوع مشار خلاف غالباً .

بعد هذا التمهيد نقول : إن العقود تنقسم إلى نوعين ، عقود مسماة ، وعقود غير مسماة .

النوع الأول : هو ما وضع له اسم خاص ، وتكفل التشريع ببيان أحكامه كالبيع والإقالة والإجارة ، والرهن ، والكفالة والحوالة والهبة ، والإجارة ، والقرض والشركة ، والمضاربة ، والمزارعة ، والمساقاة ، والقسمة ، والوكالة والصالح ، والمخارجة والنكاح ، والوصية ، والإيضاء .

على أن من هذه العقود ما يتنوع إلى أنواع ، كالبيع فإن منه السلم والصرف ، والمقايضة ، والبيع المعروف .

النوع الثاني : وهو العقود التي ليس لها اسم خاص ، وهي غير منحصرة ، ولا تقف عند حد ، ولكنها إذا اصطلاح لها على اسم خاص انتقلت إلى قسم العقود المسماة كما قلنا في الاستصناع ، وبيع الوفاء والتحكير ، وبيع الاسترجار وهو الذي يعرف اليوم « بالحساب الجاري » .

هذا والفقهاء الإسلاميون لم يقفوا جأداً إزاء التعامل في حلقة العقود المسماة ، بل ورد في مصدره الأول الأمر العام بالوفاء بالعقود . « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » .

ولقد أقر الفقهاء كثيراً من العقود التي لم يرد بها نص خاص ، ولكنهم

كانوا مقيدين بما يتفق ومبادئ الشريعة، فما جاء من هذه العقود مخالفاً للنصوص،
أو القواعد الشرعية منعه وحكموا عليه بالإبطال .

وهنا نلفت النظر إلى ما يثيره بعض الناس من حين لآخر تجاه الفقه الاسلامي
فهم يرمونه بالجمود ، وعدم تطوره مع الزمن ، وحجتهم في ذلك . أنه وقف
جامداً أمام ما يتجدد من عقود ومعاملات لا غنى للناس عنها ، ويعنون بذلك
العقود الربوية التي أقرتها القوانين الحديثة ، وتعامل بها الناس .

ونحن إزاء هذه الفرية الظالمة نقول لهم : لم يكن الفقه جامداً في يوم من
الأيام ، ولا وقت حجر عثرة في سبيل التقدم ، وكيف ينسب إليه ذلك مع أنه
أقر كثيراً من تلك العقود الجديدة التي لم تكن في العهد الأول حين نزول القرآن
وكونه رفض نوعاً أو أنواعاً من هذه العقود ، لم يرفضها لمجرد الرفض ، أو لأنه
يأبى كل جديد ، بل رفضها لأنها تخالف مبادئه العامة ، وقواعده الكلية وهو في
ذلك لم يأت بدعاً ، بل شأنه في ذلك شأن القوانين الوضعية ، فهي لا تقر كل
ما يحدثه الناس من عقود على الإطلاق ، بل قيدت ذلك بعدم مخالفتها للقوانين،
أو النظام العام .

ولذلك ما يقوله الدكتور السهوري في هذا الموضع :

والعقد المسمى : هو ما خصصه القانون باسم معين، وتولى تنظيمه لشيوعه بين
الناس في تعاملهم ، والعقد غير المسمى : وهو ما لم يخصصه القانون باسم معين ولم
يتول تنظيمه ، فيخضع في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عليه للقواعد العامة
التي تقررت لجميع العقود . شأنه في ذلك شأن العقد المسمى ، ولكنه لما كان أقل
شيوعاً لم يفصل المشرع أحكامه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، وذلك مثل
عقد النشر ، وعقد التوريد ، وعقد البواب ، وعقد النزول في الفندق وعقد
الاعلان وغير ذلك .

والعقود غير المسماة تصبح عقوداً مسماة حينما تشتهر ويصبح الناس في حاجة ملحّة لها فتتّظمها القوانين ، ولا تزال العقود تتجدد في كل يوم .

ثم قال : إن العقد غير المسمى يدل بوجه خاص على أن القانون المكتوب يسير وراء الحقائق الواقعة ، ولا يتقدم عليها . بمعنى أن النظم القانونية إنما ترجع في أصولها الأولى ليس إلى هوى الفقهاء والمشرعين ، بل إلى ما يبتدعه أولوا المصلحة وما يسيرون عليه من تنظيم علاقاتهم بعضهم ببعض حتى لينبغي أن نقول : إن هذه النظم القانونية تستمد أحكامها من العادة قبل أن تمتد إليها يد التشريع .

إلى أن قال : إن العقد غير المسمى هو أوكد الدلائل على أن الحياة القانونية لم تصب في قوالب جامدة لا تقبل التغيير ، وأنها على الضد من ذلك في حركة دائمة ، وتطور مستمر حتى من الناحية الفنية ، فمن ثانياً عقد البيع خرج عقد التوريد ، ومن عقد القرض اشتق عقد فتح الاعتماد ، وعقد الخصم وكلها ازداد نمو الحياة الاقتصادية ونجدت صور جديدة من العقود .

ومع اعتبار كل القوانين للعقود غير المسماة إلا أنها جعلتها خاضعة للأحكام العامة في العقود ، ولذلك يقول المشرعون : إن الأفراد أحرار في أن ينشئوا من العقود ما يشاؤون بشرط عدم مخالفة القانون أو النظام العام .

بعد أن عرفنا موقف الفقه الإسلامي إزاء العقود غير المسماة ، وأنه لا يختلف — في جملته — عن موقف القوانين الوضعية . يحسن أن نشير إلى مذاهب الفقهاء في هذا الموضوع فنقول :

إن الفقهاء المسلمين — مع اتفاقهم على أن العقود غير المسماة لا تقبل إلا

إذا وافقت الأصول الشرعية — مختلفون في مدى حرية العاقدین في إنشاء هذه العقود .

فبينما نجد فريقاً — كالظاهرية — لا يعترفون بأى عقد إلا إذا جاء فيه بخصوصه دليل من نص أو إجماع ، لانحصار الأدلة عندهم في هذين ، إذ بناً نجد فريقاً آخر على العكس من ذلك كالحنبالية — يذهب إلى إباحة كل عقد ما لم يرد بخصوصه نص يمنع ، أو يخالف القواعد العامة القطعية ، وهذا المذهب يبيح لكل عاقد أن ينشئ من العقود ما يشاء غير مقيد إلا بقيد واحد ، وهو أن يكون بعيداً عن معارضة كتاب الله ، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

وبين هذين الرأيين نرى جمهور الفقهاء يذهبون مذهباً وسطاً ، وهو أن العاقد له الحرية في إنشاء العقود الجديدة ، ولكن في نطاق الأدلة المعروفة . القياس والعرف ، والمصالح المرسلة وغيرها من الأدلة التي يستند إليها بعدالنس والإجماع ، والمذاهب المختلفة تبعاً لاختلافهم في العمل بهذه الأدلة .

ونحن إذا ما أمعنا النظر في هذين المذهبين ، مذهب الجمهور ، ومذهب الحنبالية لانجد بينهما فرقاً كبيراً ، بل تكاد تنحصر دائرة الخلاف بينهما في دائرة ضيقة ، لأن العرف والمصالح المرسلة يعمل بهما فيما لم يوجد فيه نص مخالف ، فيكون الخلاف بين المذهبين في العقود التي فيها مصالح فردية ، فإنها تصح عند الحنبالية ولا تصح عند الجمهور لعدم العرف ، ولعدم توفر شرط العمل بالمصالح ، وهو العموم ، لكن إذا وجد فيها قياس صحت ، ولعلها لا تعدم قياساً .

ونحن لا يعتنينا هنا تفصيل هذه المذاهب ، وذكر أدلتها ومناقشتها بل نقولها كلمة مجملة: وهي أن ما استند إليه فقهاء الظاهرية من الأدلة على المنع لا يثبت مدعاهم فضلاً عن أنها تبطل ما ذهب إليه مخالفوهم ، لحديث « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردد » الذي يعتبر أساس استدلالهم فيفيد أن كل عقد يخالف الأدلة

الشرعية غير صحيح ، والأدلة لم تنحصر في النص والإجماع ، بل هناك أدلة
أخرى عمل بها المجتهدون بعد عصر النبوة ، كالمصلحة والعرف والقياس ،
ويبقى بعد ذلك نصوص في كتاب الله وسنة رسوله توجب الوفاء بالعقود
كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، وأوفوا بالعهد إن العهد
كان مستولاً ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم
إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » يؤكد ذلك ، وأى فرق بين مبدأ
الشروط ، ومبدأ العقود ؟ . لا فرق بينهما ، لأن كلا منهما ينشئ التزاماً لم يكن
موجوداً قبله .

وعلى هذا يكون الرأي الراجح رأى جمهور الفقهاء وهو أن كل عقد جديد
يؤيده قياس ، أو عرف ، أو دعت إليه حاجة من غير أن يكون مخالفاً لما في
كتاب الله وسنة رسوله حلال مباح ، بل أن مبدأ الاستحسان - الذى يرجع في
حقيقته إلى الاستثناء من القواعد العامة التى يلزم من تطبيقها حرج للناس -
يبيح لنا أنواعاً من العقود غير ما تقدم تحت عنوان المصلحة .

فأى سماحة بعد سماحة الفقه الإسلامى ، وأى تيسير أوسع من هذا
التيسير ؟ وفى هذا يقول الإمام ابن تيمية فى فتاويه : « إننا إن حرّمنا ما يجرى
بين الناس فى المعاملات العادية من عقود وشروط بغير دليل من الشارع كنا قد
حرّمنا ما لم يحرمه الله » .

التقسيم الثالث

باعتبار آثارها والأغراض التى تقصد منها

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى مجموعات عديدة ، كل مجموعة منها تهدف إلى غرض

فمعين ، وقد يكون للعقد الواحد أكثر من غرض ، ويترتب عليه آثار ، لذلك يدخل في عدة مجموعات باعتبارات مختلفة .

فمثلا عقد البيع الغرض منه على سبيل التبادل والمعاوضة ، وإذا انتقل فيه أحد البديلين من يد إلى يد كان مضمونا على من انتقل إليه ، فلمذا يعد تارة من عقود التمليكات في مقابلة الإسقاطات ، وأخرى يعد من عقود المعاوضات في مقابلة التبرعات ، وثالثة يعد من عقود الضمان ، على معنى أن البديلين بعد انتقالهما من يد إلى أخرى يكونان مضمونين ، وهذا في مقابلة عقود الأمانة ، وهى التى يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في يد من قبضه ، كما فى عقد الإيداع ، فإن المال في يد المودع أمانة لحساب المودع ، فلا يكون مضمونا عليه إذا هلك من غير تعدولا تفريط منه

ونحن لو استقصينا سائر العقود لحصر أغراضها المنوعة لطال بنا الكلام ، ولكننا سنقتصر على الأغراض العامة ، وهنا نجد العقود ، إما أن تكون غايتها التملك ، أو الإسقاط ، أو الاشتراك ، أو التفويض والإطلاق ، أو التقييد ، أو التوثيق والتأمين ، أو الحفظ ، فهذه أغراض سبعة تتنوع العقود تبعاً لها إلى مجموعات سبع :

١ - عقود التمليكات : وهى ما يكون المقصود منها التملك . سواء كان التملك لأعيان المال أو لمنافعها ، وهذا التملك قد يكون بعوض ، وقد يكون مجانا ، فانقسمت هذه المجموعة إلى مجموعتين بل ثلاثة :

(أ) المعاوضات : وهى التى تقوم على أساس تبادل الالتزامات المتقابلة بين العاقلين كالبيع والإجارة والصلح عن دعوى المال بالمال ، والقسمة للأموال الشائعة ، والزواج والمضاربة والمساواة والمزارعة والاستصناع ، فإن هذه وأمثالها فيها معاوضة ومبادلة من طرفى العقد .

(ب) التبرعات : وهى التى تقوم على أساس المعونة والمساعدة من أحد

الطرفين للآخر من غير مقابل ، ومن هذا النوع الهبة والاعارة والصدقة والوصية والكفالة من غير أمر المدين والحوالة كذلك .

(ح) عقود هي تبرعات في ابتدائها . كالقرض ، والهبة بشرط المعاوضة ، والكفالة بأمر المدين ؛ فان المقرض متبرع عند الإقراض ، ولكنه عند رجوعه على المقرض بمثل ما أخذه يكون معاوضة لأنه يأخذ عوض ما دفعه .

وكذلك الكفيل عند ما يلتزم بالدين الذي على المدين يكون متبرعا بهذا الالتزام ، فإذا دفع الدين ورجع على المدين بمثل ما دفعه يؤول إلى المعاوضة .

والهبة بشرط العوض اعتبرها بعض الفقهاء معاوضة في المبدأ ، وآخرون يجعلونها من هذا النوع ، فنظراً للفظ الهبة تكون تبرعا في المبدأ ، ونظراً لاشتراط المعاوضة تكون معاوضة في نهايتها ، ولا شك أن الأحكام تختلف تبعاً لهذا الاختلاف ، فمن جعلها معاوضة ابتداء شرط فيها ما يشترط في البيع ، وأن الملك يتم بمجرد العقد ، ومن جعلها تبرعا في الابتداء لاحظ فيها توفر شروط الهبة ، وقال : إن الملك فيها لا يتم إلا بالقبض .

٢ — الإسقاطات : وهي ما يكون المقصود منها إسقاط حق من الحقوق سواء كان ذلك في نظير بدل ، أو لا في نظير شيء ، ومن هنا تنوعت الإسقاطات إلى نوعين .

(أ) إسقاطات خالصة ، كالطلاق المجرد عن المال ، والاعتاق كذلك ، والعفو عن القصاص من غير بدل ، والتنازل عن حق الشفعة مجانياً ، وإبراء الدائن المدين من دينه .

(ب) إسقاطات فيها معنى المعاوضة ، كالطلاق في نظير مال تدفعه الزوجة ، والاعتاق في نظير مال يدفعه المأثوق ، والعفو عن القصاص في نظير مال يدفعه القتال .

٣ - عقود المشاركة : وهى التى يكون المقصود منها الاشتراك فى نماء المال أو ما يخرج من العمل ، ومنه عقود الشركة بأنواعها ، والمزارعة والمساقاة والمضاربة وهى أن يدفع شخص لآخر مبلغا من المال ليتجر فيه على أن يشتركا فى الربح والخسارة ،

٤ - عقود التفويض والاطلاق : وهى التى يفوض فيها شخص أو أشخاص لآخر فى أن يقوم بعمل ما ، ويطلق يده فى التصرف بعد أن كان ممنوعا منه .

ومن هذا النوع الوكالة ، فإن الموكل يفوض الوكيل ، وينيبه عنه ، ويطلق يده فى التصرف الموكل فيه .

وعقد الإيضاء ، وهو أن يعهد شخص لآخر فى أن يتولى شئون أولاده القاصرين بعد وفاته ، فهو بهذا قد فوض إليه التصرف ، وأطلق يده فى أمر كان ممنوعا منه ، ومنه أيضاً الإذن للمحجور عليه فى التصرف ، والإذن للصغير المميز بالتجارة ، ومنه أيضاً تولية الولاية والقضاة .

٥ - التقييدات : وهى التى يمنع فيها شخص من تصرف كان مباحا له ، وذلك كعزل الأوصياء ونظار الوقف والولاية والقضاة والوكيل ، ومنع المحجور عليه والصبي من التصرف بعد الإذن لهما فيه ، فإن هذه الأمور كلها فيها منع وتقييد بعد إطلاق سابق .

٩ - عقود التوثيق والتأمينات : وهى التى يقصد بها ضمان الديون لأصحابها وتأمين الدائن على دينه قبل المدين ، ومن هذا النوع الكفالة والحوالة والزهن .

٧ - عقود الحفظ : وهى التى يقصد منها حفظ المال فقط ، كعقد الإيداع ، فإن المودع يضع ماله عند المودع ليحفظه ، ولا شيء غير الحفظ .

التقسيم الرابع

تنقسم العقود إلى عقود عينية ، وعقود غير عينية :

فالعقود العينية : هي التي لا يكفي لترتب آثار العقد عليه فيها مجرد وجود الصيغة مستوفية لشرائط صحتها ، لأن تمام الإلتزام فيها يتوقف على قبض العين ، وهذه العقود هي :

الهبة ، والصدقة ، والإعارة ، والإيداع ، والرهن ، والقرض .

فهذه العقود قبل تحقق القبض فيها لا يظهر لها أثر ، وإن كان في بعضها خلاف بين الفقهاء .

ونحن إذا نظرنا إليها نجد أنها كلها من عقود التبرع ما عدا الرهن ، والتبرع إحسان فلا بد له من شيء يؤكد ، فقبل القبض يكون عرضة للرجوع عنه ، وأما الرهن فإنه شرع موصوفاً بالقبض في قوله تعالى « فرهان مقبوضة » .

والعقود غير العينية : هي التي لا يتوقف تمامها وترتب الآثار عليها على شيء غير الصيغة . فهي تتم بمجرد الصيغة السليمة من العيوب ، وهذا النوع يشمل سائر العقود ما عدا العقود الستة السابقة .

ثم إن الفقهاء مختلفون فيما يتحقق به القبض في النوع الأول ، فمنهم من ذهب إلى أنه يتحقق بالتخلية بينه وبين من يكون منه القبض بحيث يتمكن من تسلمه والاستيلاء عليه ، وهذا إنما يكون برفع الموانع .

ومنهم من يذهب إلى أنه لا بد من القبض الحسى باليد فيما يمكن فيه ذلك كالمقولات ، وأما ما لا يمكن فيه هذا فيمكن فيه التخلية ، ويرجع في ذلك كله إلى العرف .

التقسيم الخامس

باعتبار اتصال آثار العقد به وقت إنشائه وعدم اتصاله به
ينقسم العقد بهذا الاعتبار الى ثلاثة أنواع ، منجز ، ومضاف ، ومعلق .

فالعقد المنجز : هو الذى تكون صيغته دالة على انشائه وامضائه من حين

صدوره ما لم يوجد أمر آخر يمنع من ترتب الحكم عليها ، وهذا لا يكون إلا
إذا كانت الصيغة خالية من الإضافة إلى زمن مستقبل ، ولم تعلق على وجود
شيء سيوجد فى المستقبل كذلك ، وإن كانت مقيدة بشرط ، لأن التقييد لا
يمنع تنجزها ، بل هو التزام زائد على ما أوجبه العقد .

فإذا قال لآخر : اشتريت منك هذه الساعة بكذا بشرط أن تقوم
بإصلاحها مدة سنة من الآن ، وقال الآخر : قبلت ، فإن هذه الصيغة تفيد إنشاء
عقد البيع من وقت صدوره ، وترتب آثاره عليه ، والشرط لا يمنع من ذلك
شيئاً ، ولكنه ألزم البائع بالإصلاح فى المدة المشروطة ، فيجب الوفاء بهذا
الالتزام إذا كان العرف جرى بمثله .

والعقد المضاف : هو الذى تدل صيغته على إنشائه من حين صدورها على

ألا يترتب عليه حكمه إلا فى زمن مستقبل يضيفه إليه : مثل أن يقول شخص
لآخر : استأجرت منك هذه الدار كل شهر بعشرة جنيهات ابتداء من أول
الشهر القادم ، ويقول الآخر : قبلت ، فإن هذه الصيغة دلت على إنشاء عقد
الإجارة فور صدورها ، ولكن العبارة الزائدة فى الصيغة ، وهى قوله . ابتداء
من أول الشهر القادم — أخرت ترتب الحكم إلى مجيء ذلك الوقت المضاف
إليه ، ولولا هذه الإضافة لترتب الحكم من وقت العقد .

والعقد المضاف كذلك يكون مطلقاً عن التقييد بالشرط ، وقد يكون مقيداً به كما إذا قال : آجرتك هذه الأرض لزرعها مدة ثلاث سنين ، هكذا ابتداء من العام القادم بشرط أن تدفع لي نصف الأجرة عند ابتداء المسدة ويقول الآخر : قبلت .

والعقد المعلق : هو ما كانت صيغته غير دالة على إنشائه وإمضائه من وقت صدورهما ، ولكن تدل بأداة من أدوات التعليق « إن وأخواتها » ، على تعليق هذا الإنشاء ، وربط وجوده بوجود أمر مستقبل بحيث إن وجد الأمر المستقبل وجد العقد حين وجوده ، وإن لم يوجد ذلك فلا يوجد العقد نحوه : إن سافرت من هذه البلدة فقد وكلتك ببيع منزلي ، وما فيه من أثاث .

فالعقد المعلق غير موجود عند التكلم بالصيغة ، وإنما يوجد عند وجود الأمر المعلق عليه ، فالفرق بينه وبين المضاف ، أن العقد في حال الإضافة موجود وقت التسليم ، والحكم غير موجود ، بل سيوجد عند حلول الزمن المضاف إليه ، وفي حال التعاقب كلاهما غير موجود ، وإنما يوجدان عند تحقق المعلق عليه .

فإذا قال شخص لآخر : إذا أقرضت فلاناً مبلغ كذا فأنا كفيل به فإن هذا الكلام لا ينعقد سبباً للكفالة الآن ؛ بل حينما يتحقق الإقراض ، فيصبح القائل كفيلاً بعده ، ويترتب حكم الكفالة من ذلك الوقت .

والفرقة بين المضاف والمعلق هو مذهب الحنفية ، واسكن الشافعية يذهبون إلى التسوية بينهما ، على معنى أن العقد موجود في حالة التعليق ، كما في حالة الإضافة والتعليق منع من ترتب الحكم عليه لحين تحقق الشرط ، كما أن الإضافة منعت ترتب الحكم إلى أن يحىء الوقت المضاف إليه . . . والمسألة مشهورة مفصلة في بحث مفهوم الشرط في علم أصول الفقه :

ثم أن التعليق لا يفيد الحكم السابق إلا إذا كان المعلق عليه معدوماً عند التعليق يمكن الوجود في المستقبل مثل ما إذا قال شخص عنده مريض : إن شفى الله مريضى لاتصدقن بكذا من المال ، أو يقول شخص لآخر : إن سافرت فقد وكلتك ، أو يقول الرجل لامرأته : إن خرجت اليوم فأنت طالق ، وما شابه ذلك ، فإن الشفاء معدوم الآن ، ويحتمل وجوده في المستقبل ، وكذلك السفر ، وخروج المرأة اليوم .

أما إذا كان المعلق عليه موجوداً وقت التكلم فالتعليق صورى ، وهو في الحقيقة تنجيز . كما إذا قال شخص لآخر . وهبتك هذه الساعة إن نجحت في الامتحان ، وكان في هذا الوقت ناجحاً .

أو إذا قال شخص لآخر : إن ملكت هذه الدار أجرتها لك بكذا ابتداء من الشهر القادم ، وقال الآخر قبلت ، وتبين أنه كان مالكا لها وقت العقد بطريق الإرث مثلا ، فإن التعليق يكون صورياً .

وإذا كان المعلق عليه معدوماً يستحيل وجوده في المستقبل لم ينعقد العقد أصلاً ، كما إذا قال رجل لامرأة : زوجينى نفسك ، فأجابته بقولها ، إن سقطت السماء على الأرض زوجتك نفسى ، فإن هذا التعليق مبطل للعقد ، لأن الغرض منه واضح ، وهو إفهام المخاطب أن إنشاء هذا الزواج مستحيل ، ومثل هذا يجعله محالاً .

وإذا قال شخص لآخر : إن شربت ماء هذا البحر كله وهبتك هذا الشيء ، فإن هذا التعليق ينبىء عن استحالة الهبة ، فيكون الكلام لغواً لا أثر له في إنشاء العقد .

العقود بين التنجيز والتعليق والاضافة

بعد أن عرفنا معانى هذه الكلمات والفرق بينها . بقى أن نعرف مدى قبول العقود لهذه المعانى . فنقول :

الأصل في العقود كلها أن تكون منجزة ، لأنها موضوعة لإفادة أحكامها في الحال ، ولا يخرج عن هذا الأصل إلا ما كان بطبيعته يأبى التنجيز، وينحصر ذلك في عقدي الوصية والإيصاء ، فإن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، فإن قبل الموصى له الوصية في حياة الموصى يكون هذا القبول لغواً ، يستوى في ذلك إضافة العقد إلى ما بعد الموت ، وعدم إضافته ، فلو قال شخص لآخر : أو صيت لك بربع مالي كان ، ذلك مساوياً لقوله : جعلت لك هذا القدر من المال بعد وفاتي وصية :

والإيصاء : جعل الشخص غيره وصياً على أولاده ، أو حفدته بعد وفاته ، فهذا العقد لا يترتب عليه حكم إلا بعد الوفاة . سواء أضاف ذلك إلى ما بعد الموت أو لم يصفه .

العقود والإضافات : تتنوع العقود بالنسبة لقبولها الإضافة ، وعدم قبولها ذلك إلى ثلاثة أنواع .

- ١ - عقود لا تكون الإضافة ، وهي الوصية والإيصاء كما سبق بيانه .
- ٢ - عقود تقبل الإضافة ، على معنى أنها تصح أن تكون منجزة ، ويصح أن تكون مضافة ، فإذا كانت منجزة ترتب عليها آثارها في الحال ، وإن كانت مضافة وجد العقد ، وتأخر حكمه إلى زمن الإضافة ، وقد عدها فقهاء الحنفية أربعة عشر عقداً .

وهي بوجه عام تشمل العقود الواردة على (١) المنافع . كالإجارة والإعارة والمزارعة والمساقاة والمضاربة ، والإسقاطات . كالطلاق والخلع من جانب

(١) راجع تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٤٤ وما بعدها ، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٣٤ ، وجامع الفصولين ج ٢ ص ٢ وما بعدها في الفصل السادس والعشرين ، فيما يبطل من العقود بالشرط وما لا يبطل وما يصح تعليقه وإضافته وما لا يصح .

الزوج والإعتاق ، والوقف ، والإطلاقات . كالأمانة والقضاء ، والإجارة ،
والوثائق كالكفالة والحوالة .

٣ - عقود لا تقبل الإضافة ، وهي بوجه عام عقود التمليكات التي تفيد
تمليك الأعيان ، كالبيع وإجارته ، والهبة والصلح عن مال ، والإبراء عن
الدين ، ويلحق بها الزواج والشركة والقسمة والرجعة .

والفرق بين النوعين حيث جاز في الأول الإضافة ، ولم تجز في الثاني -
أن النوع الأخير عقود يمكن اتصال أحكامها بها من غير تراخ عنها ، فتأخيرها
يكون إهمالاً لها ، وإبقاء لها من غير عمل مدة من الزمان ، ولأنها في الأصل
موضوعة لإفادة أحكامها في الحال ، والصيغة المضافة لا تفيد ذلك ، فتكون
بعيدة عن كونها سبباً في هذا النوع فلا ينعقد بها العقد .

وأما النوع الذي قبله فإنه وارد على المنفعة في بعضها ، وهي لا توجد مرة
واحدة ، بل توجد متدرجة مع الزمن ، فإضافتها لا تنافي وضعها ، بل معنى
الإضافة ملاحظ فيها .

والإسقاطات إنهاء لما يملكه العاقد ، فله أن ينهيها في الحال ، وأن يؤخرها
فترة من الزمن .

والإطلاقات لا تفيد أحكامها دفعة واحدة ، بل تثبت شيئاً فشيئاً ، فلا
تنافي معها الإضافة ، والوثائق كذلك ، فقد يكفل الشخص ، ولا يطالب
بدفع الدين إلا بعد فترة من الزمن ، وقد لا يؤدي ، وكذلك الحال عليه . ففيها
معنى الإضافة فلا يتناقض معها .

العقود والتعليق : تنقسم العقود بالنسبة لقابليتها للتعليق إلى قسمين : قسم
لا يقبل التعليق بحال ، وآخر يقبله ، وهذا الأخير تحته صنفان : صنف يقبل

التعليق بالشرط مطلقاً ، وصنف لا يقبل التعليق إلا بالشرط الملائم ، فتكون ثلاثة أنواع :

النوع الأول : العقود التي لا تقبل التعاقب بحال ، وقد عدها صاحب جامع الفصولين (١) ثلاثة عشر .

وهي بوجه عام تشمل التمليكات سواء أ كانت واردة على الأعيان ، أم على المنافع . المعاوضات منها والتبرعات (٢) ماعدا عقد الوصية ، كالبيع وإجازته ، والهبة والقرض ، والإجارة والإعارة ، والمزارعة والمساقاة وعقود المبادلات غير المالية كالزواج والخلع ، والتقييدات . كالرجعة ، والحجر على المأذون له بالتجارة . وكذلك الرهن . والإبراء على الأصح باعتباره تمليكا للدين لا إسقاطاً له .

وإنما منع تعليق هذه العقود ، لأن الأصل في العقود أن توجد بمجرد وجود الصيغة الدالة عليها ، فتعليق وجودها على أمر محتمل الوجود قد يوجد وقد لا يوجد يجعلها مترددة بين الوجود والعدم ، فهو أشبه بالقمار والمخاطرة فيكون فيها غرر .

(١) ج ٢ ص ٢ وما بعدها في الفصل ٢٦ . وكذلك البحر الرائق ج ٦ ص ١٩٤ وما بعدها . باب المتفرقات ، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٣٤ ، وراجع مع ذلك الفروق للقرافي ج ١ ص ٢٢٨ وما بعدها في الفرق ٤٥ .

(٢) والشافعية يوافقون الحنفية في عقود المعاوضات والتبرعات جميعاً ، والمالكية يوافقونهم في المعاوضات ، ويختلفون في عقود التبرعات ، فيجيزون التعليق فيها ، لأنه لا يترتب عليه ضرر فيها ، ولأن ما فيها من الغرر لا يلحق الضرر بواحد من المتعاقدين فأى ضرر يكون في قول الرجل : إن نجحت في عملي هذا وهبتك ذلك الشيء ١ فإذا تحقق الشرط وجدت الهبة ، وإن لم يوجد فلا يلحق الموهوب له ضرر من ذلك .

فإذا قال شخص لآخر : إن لم أجد لهذا الشيء مشترياً بسعر أغلى مما حددته بعته لك ، ويقول الآخر : قبلت ، فإن العقد لا ينعقد ، بل يكون فاسداً ، لأنه لا يدري وقت هذا الكلام . أي وجد بيع في المستقبل أولاً ، وكذلك لو قال شخص لآخر : إن وجدت مسكناً غير هذه الدار آجرتها لك بكذا كل شهر ، ويقبل الآخر .

أو يقول الرجل للمرأة : تزوجتك إن رضى أهلى ، وتقول له قبلت . أو يقول الرجل لابنه : إن نجحت في الامتحان وهبتك هذه الساعة ، أو يقول شخص لآخر : إن جاءنى فلان بما عليه من الدين أقرضتك مبلغ كذا ، وهكذا في بقية تلك العقود .

النوع الثامى : عقود تقبل التعليق بكل شرط ، ومنها الوكالة والوصية والإيضاء ، والإسقاطات كالطلاق والإعتاق والتنازل عن حق الشفعة ، والالتزامات التى يحلف بها ، كالنذر نحو قولك : إن نجحت في الامتحان هذا العام لأتصدقن على الفقراء بمبلغ كذا من المال ، فإن هذا يصح ، وإذا تحقق الشرط المعلق عليه ، وهو النجاح لزمه التصديق .

وكذلك لو قال شخص لآخر : إن سافرت فقد وكلتك فى التصرف فى تجارتى ، أو تقول لغيرك : إن وجدت كذا فى السوق فاشترى منه كذا ، فإنه يصح ، ويكون وكىلا عند تحقق الشرط ، ولو قال شخص لآخر : إن ملكت هذا المنزل جعلته لك وصية صح .

قالوا : وإنما صح تعليق هذه العقود ، لأنه لا يترتب على تعليقها ضرر بأحد المتعاقدين ، ولأنها إما التزام شخصى يتعلق بإرادة الملتزم كما فى الإسقاط والنذر ، أو إطلاق فى التصرف ، وهو فى معنى التصرف الشخصى كما فى الوكالة والإيضاء وكل ذلك يتعلق بإرادة من صدرت منه ، فهو الذى يكيفها حسبما يريد ،

والوصية لا ينافيها التعليق ، لأنها في الأصل كالمعلقة على الموت ، حيث لا تكون إلا بعده ، فيصح تعليقها على شيء آخر .

النوع الثالث : عقود يصح تعليقها بنوع من الشروط دون نوع ، فيصح تعليقها بالشرط الملائم دون سواء ، كالكفالة والحوالة والإذن بالتجارة .

والشرط الملائم : هو ما كان متفقاً مع مقتضى العقد شرعاً أو عرفاً بأن يكون بين الشرط وما عليه مناسبة تقتضي هذا التعليق ، كأن يقول شخص لآخر : إن داينت فلاناً فأنا كفيل بهذا الدين ، أو إن لم يؤد فلان ما عليه لك من الحق غداً فأنا ضامن له ، أو إن استحق المبيع فأنا كفيل بتمنه ، أو يقول القيم على الصغير : إن أظهرت مهارة في تصريفاتك فقد أذنت لك بالتجارة .

وأما إذا كان الشرط غير ملائم فلا يصح التعليق ، كأن يقول شخص لآخر : إن تقدمت في الامتحان فقد تكفلت بما لك من الدين على فلان ، أو يقول : إن كان الجو حاراً فقد أذنت لك التجارة ، فإنه لا علاقة بين هذه الشروط وتلك العقود ، وهذا التعليق مفسد للعقد ، لأنه لا يظهر فيه غرض صحيح فيكون كالهزل . والعقود لا تصح معه إلا ما ورد به النص ، وهو حديث « ثلاث جدهن جد وهزلن جد » .

ونكتفي بهذا القدر من تقسيمات العقود :

٦ - عيوب العقد

يراد بعيوب العقد هنا . الأمور التي تلابس إنشاءه ، ويكون لها فيه نوع تأثير ، سواء أ. كان تأثيرها في أصل العقد ، كما في الخلط في محل العقد ، أم في صحته كما في الخلط في رصف من أوصاف المعقود عليه ، وكما في الغبن مع التخزين والعيوب التي تلم بالعقد كثيرة متنوعة ، ولكنها ترجع في أغلب صورها إلى ثلاثة أنواع :

الإكراه ، والغلط ، والغبن مع التغيرير .

الإكراه : معناه في اللغة : حمل الإنسان غيره على ما يكره قهراً ، والفقهاء يريدون به معنى يقارب ذلك ، وهو طلب الشخص من غيره الإتيان بعمل غير واجب عليه شرعاً مع تهديده بإلحاق الأذى به إن لم يحجب طلبه (١) .

ثم إن مجرد الطلب المقترن بالتهديد لا يحقق الإكراه شرعاً ، بل لابد وأن يكون من شخص قادر على تنفيذ ما هدد به ، وأن يكون المهدد جاداً في تهديده بحيث يظن المكره جديته ، وأنه منفذ لما هدد به إذا لم يمتثل ، وأن يكون الشيء المهدد به مما يشق على المكره تحمله ، وأن يكون ما أكره عليه ممتنعاً على المكره قبل الإكراه إما لحق إنسان آخر ، أو لحق الشرع (١) ، فإن اختل واحد من هذه القيود لا يتحقق إكراه ، كما إذا كان المهدد غير قادر على ما هدد به سواء كان بسبب عجزه عن التنفيذ ، أو بسبب استطاعة المكره الإفلات مما هدد به ، أو كان هازلاً في تهديده في الواقع ، أو في اعتقاده المكره ، أو كان الشيء المهدد به مما لا يشق على النفس احتماله :

وما دام التهديد وقع من القادر على تنفيذه تحقق الإكراه لا يعيننا بعد ذلك أن يكون من أصحاب الولاية والسلطان . أو من عامة الناس .

والإكراه بهذا المعنى يتنوع إلى نوعين : تام وغير تام ، أو على حد تعبير الفقهاء والأصوليين إكراه ملجئ ، وإكراه غير ملجئ .

فالإكراه الملجئ : هو ما يكون التهديد فيه بقتل النفس ، أو بإتلاف عضو

(١) وعرفه السرخسي في مبسوطه ج ٢٤ ص ٣٨ فقال : « هو فعل يفعله المزمع بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره » ، وعرفه أصحاب المجلة العدلية بأنه « إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة » المادة ٩٤٨ .
(١) راجع كشف الأسرار .

أو بالضرب الشديد الذي يخشى منه تلف النفس أو العضو ، أو بإتلاف جميع المال أو بالحبس الدائم .

والإكراه غير الملجئ : هو التهديد بما سوى ذلك مما يشق على النفس احتمالُه كالتهديد بالضرب الذي يخشى منه التلف ، أو بإتلاف بعض المال ، أو بالتأنيب الشديد أمام الناس ، ولا شك في أن هذا النوع يختلف باختلاف الأشخاص ، فرب أمر يعتبر إكراها في حق شخص بينما لا يكون كذلك في حق غيره ، وهذا النوع ليس له حدود فاصلة ، بل أمره متروك إلى القاضي يقدره حسبما وقع ، فإذا كان الشيء المهدد به مما لا يشق على النفس احتمالُه لا يتمحق الإكراه .
والإكراه بنوعيه لا يؤثر في الأهلية ، بل المسكره مع هذا الإكراه له أهلية أداء كاملة ، ولكنه يؤثر في الرضا فيعدهم ، لأن الرضا رغبة ، ولا رغبة مع الإكراه وكما بعدم الرضا بعدم الاختيار عند الحنفية الذين يرون التلازم بين الرضا والاختيار .

وأما الحنفية فأنهم يرون أن الإكراه الملجئ مفسد للاختيار لأنه يجعل المسكره كالآلة في يد المسكره ، ولهذا ينسب الفعل إلى من كان منه الإكراه كأنه وقع منه ، وأما غير الملجئ فلا يفسد الاختيار ، بل يكون المسكره مختاراً واختياره صحيح ، لأنه يستطيع أن يتحمل ما هدد به من الأذى (١) .
والكلام على الإكراه فيه تفصيل تكفل علماء الأصول ببيانه في بحث عوارض الأهلية هناك .

(١) والإكراه بنوعيه معتبر في التصرفات القولية ، ومنها العقود ، وأما التصرفات الفعلية ، كإتلاف مال الغير أو الاعتداء على النفس فلا اعتبار إلا للإكراه الملجئ ، فهو الذي يسقط العهدة عن المسكره ، بخلاف غير الملجئ فإنه لا أثر له ويكون المسكره ضامناً . راجع المادة — ١٠٠٧ من المجلة العبدلية .

وأما أثره في العقود - وهو ما يعيننا هنا فقد سبق بيانه في بحث « العقد بين الإرادة الباطنة والظاهرة » من هذا الكتاب .

والقانون المدني تكلم عن الإكراه في مادتي ١٢٧ ، ١٢٨ ، بين فيهما حكم الإكراه وأثره في العقد ، وحكم ما إذا وقع الإكراه من غير المتعاقدين .

الغلط : الغلط في العقد قد يكون باطنياً . أى في الإرادة الباطنة ، كان

يبيع شخص لآخر ، أو يتصدق عليه اعتقاداً منه أنه فلان ، ويظهر أنه غيره ، وكان يشتري سيارة بثمن معين معتقداً أن قيمتها كذلك ، ثم يتبين أن قيمتها نقصت كثيراً عن ذي قبل ، وكما إذا اشترى خاتماً معتقداً أنه من الذهب فيظهر أنه من الفضة المموهة بالذهب أو من النحاس وما شاكل ذلك من صور الغلط التي لا يوجد في الصيغة ما يدل عليه .

وقد يكون الغلط ظاهرياً ، بمعنى أنه يوجد في الصيغة ما يدل عليه ، كما إذا قال شخص لآخر : بعني هذا الفص من الماس بثمن قدره كذا مشيراً إلى فص معين تبين فيما بعد أنه من الزجاج ، فإن المشتري هنا وقع في خطأ حيث اعتقد أن الفص الذي اشتراه من الماس ، والواقع خلاف ذلك ، وقد جاء في كلامه ما يدل على هذا الخطأ .

والفقهاء لم يلتفتوا إلى النوع الأول (١) ، لأن العبرة عندهم في العقود بوجه

(١) قد يقال : إن هذا يخالف ما سبق في بحث الإرادة الظاهرة والباطنة . وهو أن فريقاً من الفقهاء يقولون على الإرادة الباطنة دون الظاهرة . والجواب أنه لا تخالف ، لأن محل اعتبارهم للإرادة الباطنة إنما هو عند وجود تخالف بين الإرادتين ، لذلك قلنا في تقرير مذهبهم هناك : أنهم يعتبرون الإرادة الظاهرة إذا لم يوجد ما يخالفها ، فإذا وجد اعتبر ذلك وألغيت العبارة .

عام بما يدل على النوايا من الألفاظ ، وفي معناها ، فما دام لم يوجد في الصيغة لفظ يختلف معناه مع الواقع لا يلتفت إلى دعوى الخطأ ، ولا يترتب عليه أى أثر ، والمعتبر عندهم هو النوع الثانى الذى يوجد في الصيغة ما يدل عليه ، ومع ذلك فقد قصرُوا كلامهم هنا على الغلط المتعلق بمحل العقد ، وأما المتعلق بذات العاقد ، أو بصفاته فمحلّه بحوث أخرى كالولاية والفضالة .

ومعنى الغلط في محل العقد . هو ظهور المعقود عليه على خلاف ما عين بالعقد . وهذا الغلط يؤثر في رضا العاقد الذى وقع في جانبه ، لأنه مارضئ بالعقد إلا على الحالة التى قدرها وأنشأ العقد على اعتبار وجودها ، فإذا اختلفت الحقيقة مع ما قدره فات رضاه بالعقد .

ثم إن هذا الغلط لا يخلو إما أن يكون في جنس المعقود عليه ، أو في صفة من صفاته .

فأقول : يتحقق عندما يكون المذكور عند إنشاء العقد من جنس آخر غير جنس الذى عينه بالإشارة ، كما إذا قال : اشتريت هذا الفص من الماس مشيراً إلى فص معين ، وبعد قبول الآخر ظهر أنه من الزجاج . أو اشتراه على أنه من الياقوت فوجده من الزجاج ، أو اشتري ثوباً على أنه من الصوف فظهر أنه من قطن مصبوغ أو اشتري داراً معينة على أنها مبنية بالآجر فظهر أنها مبنية باللبن ، وما شاكل ذلك .

والضابط في اختلاف الجنس وعدمه — في نظر الفقهاء — أنه إذا تفاوتت الأغراض والمقاصد بين الشيئين تفاوتاً كبيراً ، كالزجاج والماس ، أو اتحدت الأغراض ، ولكن اختلفت القيمة اختلافاً كبيراً ، كالدار المبنية بالآجر ، والمبنية باللبن كان الجنس مختلفاً ، وإن لم يوجد هذا التفاوت ، أو

هذا الاختلاف لم يكن الجنس مختلفاً ، كما في الياقوت الأصفر والأحمر ، والبقرة الحلوب . والقماش الحرير المصنوع في الجمهورية العربية المتحدة ، والمصنوع في اليابان (١) .

والثاني : وهو الاختلاف في الصفة يتحقق عند ما يكون المشار إليه في العقد والمذكور فيه غير مختلفين في الجنس بالمعنى السابق ، كما إذا اشترى ثوباً من الحرير على أنه مصنوع في جمهوريتنا ، فتبين أنه مصنوع في اليابان مثلاً ، أو يشتري بالليل فص ياقوت على أنه أحمر فتبين أنه ياقوت أصفر ، أو يتزوج امرأة على أنها بكر فتظهر غير بكر ، أو يتزوجها على أنها متعلقة فتبين أنها جاهلة . والآخر الذي يترتب على الغلط في أحد النوعين مختلف عن الآخر ، فالغلط في النوع الأول مبطل للعقد ، فيجعله كأن لم يكن ، لأن محل العقد غير موجود والعقد لا يوجد بدون محله .

ذلك لأن القاعدة عند الفقهاء : أنه إذا اجتمع في المعقود عليه التعيين بالإشارة والتعيين بالإسم والوصف ، واختلف جنس المشار إليه عن جنس المعين بالإسم كانت العبرة فيه بالمعين باسمه ووصفه ، فيكون هو المعقود عليه ، وحيث إن المعين بالوصف غير موجود فيكون العقد غير موجود من أساسه ، وإذا اجتمع التعيينان مع اتحاد جنس المشار إليه والمسمى تعلق الحكم بالمشار إليه ، وينعقد لوجود المحل ، ولسكنه يتخير لفوات الوصف .

وأما الغلط في النوع الثاني فإنه لا يترتب عليه بطلان العقد ، وإنما يترتب عليه عدم لزومه في حق من وقع الغلط في جانبه ، أما صحة العقد ، فلأنه صدر

(١) يقول الباجي في شرح الموطأ ج ٤ ص ١٥٩ : إذا اختلف الشيطان في المنفعة المقصودة منها كانا جنسين مختلفين وإن سميا باسم واحد ، وإن اتفقا في المنفعة المقصودة واختلفا في الاسم فهما جنس واحد في قول ابن القاسم . فليراجع .

من أهله في محله ، وأما عدم لزومه فلفوات الرضا ، وحينئذ يكون له حق الفسخ فإن شاء فسخه ، وإن شاء أمضاه .

وهذا الحكم وهو حق الفسخ إنما يكون في العقود التي تقبل الفسخ كعقود المعاوضات المالية ، وما في معناها ، وأما العقود التي لا تقبله كعقد الزواج فلا يثبت خيار الفسخ بفوات الوصف المرغوب فيه خلافاً للإمام أحمد ، فإنه عمم حكم خيار الفسخ حتى في عقد الزواج .

فلو تزوج امرأة على أنها بكر أو متعلمة ، ثم ظهرت خلاف ذلك كان للزوج حق فسخ عقد الزواج بهذا عند الحنابلة .

وبما تجب ملاحظته هنا ، أن فوات الوصف يوجب الخيار بشرطين .

الأول : أن يكون هذا الوصف بما لا يدرك بالمعاينة الظاهرية ، ككون هذا القياس عربياً أو غير عربي ، أو كون الجلد عربياً أو أمريكياً ، فإن كان يدرك بالمعاينة ، ووجده خالياً من هذا الوصف فلا خيار له .

والثاني : ألا يكون فواته إلى أحسن منه ، فإن كان الوصف الموجود أفضل من الوصف المشروط لا يثبت خيار لمن غلط فيه .

ولقد عرض القانون المدني الجديد لأحكام الغلط في العقد في خمس مواد ١٢٠ ، ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٢٤ ، ومن يستعرض هذه المواد مع شرحها يجد الغلط في العقد في نظر رجال القانون أوسع دائرة منه في نظر الفقهاء ، فقد يكون الغلط في صفة جوهرية في العقد ، أو في ذات المتعاقد ، أو في صفة من صفاته ، وقد يكون فردياً ، كما يكون مشتركاً (١) .

(١) راجع النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ص ٢٩ وما بعدها .

الغبن والتعريض

الغبن في اللغة النقص ، والفقهاء يريدون به كون أحد العوضين في عقد المعاوضة غير متعادل مع الآخر بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر منها .
فإذا باع شخص شيئاً قيمته خمسون بأربعين كان الغبن في جانب البائع ، ولو باعه بستين كان الغبن في جانب المشتري ، فالغبن لا يكون في جانب واحد دائماً ، بل قد يكون في هذا الجانب مرة ، وفي الجانب الآخر مرة أخرى .

والغبن إما يسير وأما فاحش . فاليسير : يوجد في أغلب صور المعاوضات بخلاف الفاحش ، وفي بيان معنى الغبن اليسير والفاحش عند الفقهاء أقوال أقربها إلى الفقه . أن اليسير هو ما كان داخلاً تحت تقويم المقومين . أي تقدير الخبراء للبعقود عليه ، فإذا باع شيئاً بتسعين ، وقد قومه أحد الخبراء بتسعين ، والآخر بثمانين ، والثالث بمائة ، كان يسيراً ، وإلما كان يسيراً لأن النقص فيه ليس متحققاً ، بل محتملاً فقط (١) .

والغبن الفاحش : عكسه . وهو ما لم يكن داخلاً تحت تقويم المقومين .
ففي المثال السابق ، لو باعه بسبعين ، أو بمائة وعشرة كان الغبن فيه فاحشاً ، لأن السبعين لم تأت في التقويم ، ومثلها المائة والعشرة :

ومن الآراء ما يحدد كلا منهما ، وفي تحديده اختلاف حسب أنواع المال ، فحدد للغبن الفاحش في العروض بما يعادل نصف العشر ، وفي الحيوان بالعشر ، وفي العقار بالخمس ، فإذا لم يصل الغبن هذا القدر كان يسيراً ، وقد أخذت المجلة بهذا الرأي كما جاء في المادة ١٦٥ .

(١) راجع البدائع ج ٦ ص ٣٠

والتقرير : لغة الخداع والإطاع بالباطل .

والفقهاء يريدون به : استعمال حيلة و خدعة مع أحد المتعاقدين ليقدّم على العقد ظاناً أنه في مصلحته ، والواقع خلاف ذلك ، يستوى في هذا استعمال الخدعة من العاقد الآخر ، أو من غيره كما يحدث من السماسرة الذين يرغبون الناس في السلع بطرق عديدة .

وهذا التقرير قد يكون بالقول ، ويسمى تقريراً قولياً ، كأن يقول البائع للمشتري : إنه قد عرض عليّ ثمن أكثر من هذا ، ولكنني آثرتك به مع قلة ما تدفعه ، أو أن هذا الشيء ندر في الأسواق ولن تجده بعد اليوم ، أو يقول المشتري للبائع لقد عرض عليّ ما هو أحسن منه بهذا الثمن أو بأقل منه ، وما شا كل ذلك ، أو يعلن شخص عن سلعة من السلع ، ويصفها بأوصاف مرغوبة تجعل الناس يتسابقون عليها ، وهذا العمل كرهه المشروع وتوعد عليه بالعقاب (١) .

وقد يكون التقرير بفعل يجعل العاقد الآخر يظن في المعقود عليه خلاف الواقع كما يحدث في صورة التصرية ، وهي ربط البائع بضرع البقرة القليلة اللبن مدة حتى يمتلئ بضرعها باللبن ، ويسمى هذا تقريراً فعلياً .

أثر الغبن والتقرير في العقد

أما الغبن اليسير : فإنه لا يؤثر في رضا العاقد ، لأنه محتمل لسكثرة وقوعه ، والعاقد مهما احتراز عنه فلن يستطيع أن يتفاداه في كل عقود ، ومن ثم قرر الفقهاء أنه لا يؤثر في العقود اللازمة ، فليس لمن وقع الغبن في جانبه خيار الفسخ ، وهذا الحكم

(١) أخرج البخاري عنه عبد الله بن أبي أوفى أن رجلاً أقام سلعة له في السوق فحلف بالله لقد أعطى بها ما لم يعطيه ليوقع فيها رجلاً من المسلمين فنزل قول الله تعالى : أن الذين يشترون بعهم الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكّيهم ولهم عذاب اليم ، آل عمران ٧٧ .

عام في العقود كلها، ولا يستثنى منه إلا بعض صور قليلة يثبت فيها حق المطالبة بالفسخ لغير المتعاقدين محافظة على حق مقرر لذلك الغير .

وهذا في تصرف المدين بدين مستغرق إذا كان محجوراً عليه، فإذا باع أو اشترى بغير يسير، فإن هذا التصرف موقوف على إجازة الدائنين، أو رفع هذا الغبن، وكذلك تصرف المريض مرض الموت بدين مستغرق ولو لم يكن محجوراً عليه، لأن مرض الموت موجب للحجر، ولسكنه لا يظهر إلا بعد الموت حيث لا يتحقق أنه مرض الموت إلا إذا أسلم إلى الموت .

وأما الغبن الفاحش : فإنه يؤثر في رضا العاقد فيعدهم، لأنه ما أقدم على هذا العقد إلا لظنه أنه في مصلحته، فلما بان أنه مغبون فيه فأتى رضاه به، ومع ذلك فإن تأثيره في العقد لم يكن محل وفاق بين الفقهاء، بل اختلفوا فيه على مذاهب .

فهم من يرى أنه يؤثر في حكم العقد، فيجعله غير لازم في جانب من وقع الغبن في جانبه من غير علمه، فيحق له أن يفسخ العقد، لأن الغبن ظلم مطلوب رفعه :

ومنهم من يرى أنه لا يؤثر في لزوم العقد، فلا يحق للمغبون أن يفسخ العقد، سواء كان الغبن نتيجة تغير أولي، ووجه رأيهم : بأن عقود المعاوضات التي هي موضع للغبن عقود لازمة في أصلها، فلو أبيع للمغبون فسخها لكان ذلك ذريعة إلى تغيير لزومها المشروع، ولأن الغبن لا يقع إلا بتقصير من المغبون غالباً، لأنه لو تأنى في تعاقدته لما وقع في هذا الغبن .

وفريق ثالث (١) يذهب إلى رأى وسط بين الرأيين، فأثبت حق الفسخ

(١) يرى بعض المحققين أن القول الثالث توفيق بين القولين يحيل القول الأول على ما إذا كان الغبن مع التغير والثاني ما إذا كان بدون تغير .

جاء في رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ٧٩ في ختام رسالة تحبير التمهيد في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغير ما يلى .

للمغبون فيما إذا كان الغبن نتيجة تغيير غيره ، ومنعه إذا لم يكن كذلك .
وهذا كما ترى رأى مقبول له وجه ظاهر ، لأن المغبون معذور في حالة التغيير

تقدم في عبارة الخيرية نقلا عن البحر عن القنية ما حاصله أن الرد باغبن
الفاحش روايتان ، وأن بعضهم أفتى بالرد رفقا بالناس ، وبعضهم أفتى بعدمه وهو
ظاهر الرواية ، وبعضهم قال : إن غر المشتري البائع أو بالعكس يثبت الرد ، وعلى
هذا فتوانا وفتوى أكثر العلماء رفقا بالناس . قال : والذي يظهر من هذه العبارة
أن القول الثالث توفيق بين الروايتين بحمل الرواية الأولى على ما إذا كان الغبن مع
التغيير ، والثانية على ما إذا كان بدون تغيير ، ويؤيده أن من أفتى بالأولى علل
فتواه بقوله : رفقا بالناس كما علل أصحاب القول بالتفصيل ، فعلم أنهم حملوا الرواية
بالرد التي هي أرفق بالناس على ما إذا كان مع التغير ، وحملوا الثانية التي فيها رفق
بالناس على ما إذا كان بدون تغيير . إذ لا تصلح علة واحد لقولين متغايرين .

قال وهذا التوفيق ظاهر ووجه ظاهر . إذا الرد مطلقا ليس أرفق بالناس بل
خلاف الأرفق لأنه يؤدي إلى كثرة المخاصمة والمنازعة في كثير من البيوع .
والقول بعدم الرد مطلقا خلاف الأرفق أيضا ، وأما القول بالتفصيل فهو القول
الوسط القاطع للشغب والشطط ، وخير الأمور أوسطها لا تفرطها ولا إفراطها ،
لأن من اشتري القليل بالسكثير مع خداع البائع وتغيره يكون بدعوى الرد معذورا
وبائة آثما وأزورا .

فلا جرم أن قالوا : وعلى هذا فتوانا وفتوى أكثر العلماء رفقا بالناس . وقال
الزيلعي إنه الصحيح ، ومشى عليه في متن التنوير وعامة المتأخرين . ويظهر من هذا
أن ما يقع في بعض العبارات كعبارة الدر المختار من أنه أفتى بعضهم بالرد مطلقا
كما في القنية غير محرر لأنه في القنية لم يذكر الإطلاق وكأن من صرح بالإطلاق
فهم من عدم ذكر القيد في كل من الروايتين الإطلاق فحملاهما على الإطلاق ولم يلحظ
ملاحظة أهل التوفيق .

قال . وهذا شأن كل متناقضين ظاهرا في النصوص وغيرها من أقوال العلماء فانه
يطلب أولا التوفيق ، فإن لم يمكن يطلب الترجيح كما هو مقرر في كتب الأصول وغيرها

حيث إن الغبن لحقه بسبب الخداع والتضليل بخلاف الصورة الأخرى، فإن الغبن لحقه نتيجة تقصيره وعدم تروييه .

وهذا الاختلاف في الآراء يخرج عنه بعض الصور هو موضع اتفاق على أن الغبن الفاحش يؤثر في العقد بالإبطال إذا لم يرفع الغبن ، وهي التصرف في مال الوقف ، وأموال المحجور عليهم بسبب الصغر والجنون والسهو وأموال بيت المال ، فإذا بيع شيء من ذلك بالغبن الفاحش نقض سواء كان الغبن نتيجة تغيير أولا ، لأن التصرف في هذه الأموال مقيد بالمصلحة ، وليس من المصلحة في شيء يبيعها بالغبن الفاحش ، فيقع غير صحيح من أول الأمر .

وأما التغيير : فإن يوهم بوجود صفة في المعقود عليه مرغوب فيها ، ولولاها لما أقدم على العقد ، كما في صورة التصرية ، فإن المشتري ما أقدم على الشراء إلا لرغبته في كونها حلويا ، فإذا فات ذلك الوصف ثبت للمغرور الخيار في الفسخ ، ويسمى ذلك خيار الوصف (١) .

وهذا الخيار يثبت له عند القائلين به سواء نتج عن التغيير غبن أولا ، وسواء كان التغيير بالقول أو بالفعل . ولكن بشرط ألا يكون الوصف الفاتت مما يدرك بالعيان والمشاهدة ، فإن كان كذلك فلا خيار لانتفاء التغيير .

(١) وبعضهم يسميه خيار التغيير ، وهو منهي عنه الحديث : لا تصروا إلا بل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء ردها وصاعا من تمر ، تصروا بضم التاء وفتح الصاد من التصرية وهي الجمع . . هذا الحديث لم يأخذ به أبو حنيفة ومحمد فلم يثبتا هذا الخيار لمخالفة ظاهره لقاعدة الضمان ، وأخذ به أبو يوسف ، وقال : له الخيار في الرد فإن ردها رد معها قيمة اللبن سواء كانت مساوية لقيمة صاع التمر أولا معللا ذلك بأن قيمة اللبن حينذاك كانت مساوية لصاع التمر .

وذهبوا الفقهاء يذهبون إلى أن خيار الرد ثابت بهذا الحديث ويجب عليه رد صاع

وإن لم يكن التفرير كذلك ، بل كان راجعاً الى السعر ، فإن نتج عنه غبن فاحش فقد سبق حكمه ، وأنه موجب للخيار على أرجح الآراء ، وإن لم يترتب عليه غبن فلا خيار (١) .

ومن التفرير بوجود الوصف الموجب للخيار صورة اشتهرت باسم التدليس ، وهو إخفاء عيب في أحد العوضين في عقود المعاوضات ، كما إذا كان المبيع ثوباً به خروق فرفاها البائع ليخفى هذا العيب ، وليظهر الثوب بصورة السليم ، أو كان بالشاة المبعة عيب وباعها صاحبها من غير أن ينبه المشتري إلى هذا العيب . والتدليس موجب للخيار للمدلس عليه سواء كان هو البائع أو المشتري ، فإن شاء أمضى العقد ، وإن شاء فسخه .

ومع كون هذا الخيار من صور خيار العيب الذي سيأتى تفصيله — إلا أنه في الحقيقة لا يخرج عن كونه خيار وصف ، لأن التدليس بإخفاء العيب موهم لسلامة المعقود عليه ، والسلامة وصف ، ومن هنا سمي الحنابلة خيار التفرير خيار التدليس .

والقانون المدني عرض لحكم التفرير بعنوان التدليس ، وبين حكمه في المادتين ١٢٥ ، ١٢٦ في الأولى ينص على أنه « يجب إبطال العقد للتدليس

من الثمر عملاً بظاهر الحديث . قيل : إن الحكمة في أن الرسول حكم برد صاع من تمر هي أن ابن التصرية اختلط باللبن الطاريء في ملك المشتري فلا يمكن تقويم ما للبائع منه لعدم مرفقة مقداره فجعله الرسول شيئاً معيناً قطعاً للنزاع .

ويمكن على هذا أن يقال إن التقييد بصاع التمر لأنه كان أغلب طعامهم ، فلا يلزم كل واحد برد صاع من تمر ، بل له أن يرد صاعاً من القوت الغالب لأهل بلده .

(١) راجع شرح المجلة العدلية للأتاسي ٣٣٧٣٨ وما بعدها .

إذا كانت الجبل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث
لولاها لما أبرم العقد ، وتنصل الثانية على أنه : « إذا صدر التدليس من غير
المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن
المتعاقدين الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أنه يعلم بهذا التدليس » .

٧- الخيارات

قدمنا في تقسيمات العقود أن منها عقوداً لازمة وأخرى غير لازمة ، وأن
معنى لزوم العقد ، هو ألا يملك أحد المتعاقدين فسخه بدون رضا الآخر ،
فالعقد اللازم متى وجد مستكملاً لأركانها وشروطه كانت له قوة لا يستطيع
أحدهما رفعها ، فلو اقتصر في شرعية هذا النوع من العقود على هذا القدر
لوقع الناس في حرج بين ، فقد يكون الشخص غير خبير بأحوال التعامل فيحتاج
إلى النزوى أو المشاورة في أمر سلعه أقدم على شرائها متسرعاً لثلا تقلبت منه
فرصه الحصول عليها إن هو آخر شرائها إلى ما بعد النزوى ، وقد يضطر إلى
شراء شيء من غير أن يره معتمداً في ذلك على وصف الطرف الآخر وترغيبه
فيه ، فإذا ما رآه وجده لا يوافق رغبته ، أو أنه بولغ في وصفه وقد يجد عيباً
خفى عليه حين التعاقد .

ومن أجل ذلك كله جعل الشارع لأحد المتعاقدين . أو كليهما حق فسخ
العقد بعد تمامه تفادياً لهذا الحرج ، ورفعاً للأضرار التي تلحقه لو لم يسمح له هذا
الحق ، وحق الفسخ هذا هو المعروف في الفقه الإسلامي بالخيار .

والخيار مفرد الخيارات وهو مأخوذ من الاختيار ، ومعناه في لغة
العرب : طلب خير الأمرين أو الأمور .

والفقهاء يريدون به معنى يقرب من المعنى اللغوي ، وهو أن يكون لأحد

العاقدين أو بأكملها الحق في تخيير أحد الأمرين . إما إتمام العقد وتنفيذه ،
أو فسخه ورفع من أساسه .

وهذه الخيارات منها ماورد به نص خاص ، كخيار الشرط ، وخيار الرؤية
ومنها ماثبت بمقتضى القواعد العامة ، كخيار فوات الوصف والتغريض ، ومنها
ماثبت بالقياس ، كخيار النقد والتعيين ، ولذلك نجد الفقهاء لم يتفقوا إلا على
بعضها فقط ، وبقاها كان مجالا لاختلاف الاجتهادات .

ومن ناحية أخرى نجد بعض هذه الخيارات يثبت بإيجاب الشارع حتى
ولو لم يشترطه المتعاقدان ، كخيار الرؤية وخيار العيب ، ومنها مايتوقف
ثبوته على اتفاق العاقدين ، فلا يثبت إلا بالاشتراط ، كخيار الشرط وخيار
التعيين كما أن الفسخ الذى يثبت بهذه الخيارات قد يثبت متى أراده صاحب الخيار
بدون توقف على قضاء القاضى ، كما فى خيار الشرط والرؤية ، وقد يتوقف على
قضاء القاضى - على الخلاف - فلا يثبت قبله ، كما فى خيار العيب ، لأن العيوب
الموجبة للفسخ تحتاج إلى تقدير خاص لا يكتفى فيه نظر العاقدين .

وأفواع الخيارات كثيرة . اختلف الفقهاء فى عددها
فابن نجيم المصرى الحنفى عدها فى البحر الرائق (١) فى أول خيار الشرط
ثلاثة عشر ، وفى الأشباه والنظائر (٢) فى أحكام الفسوخ عدها ثمانية عشر ،
وصاحب الدر المختار يعدها تسعة عشر .

(١) ج ٦ ص ٢ وما بعدها .

(٢) ج ٢ ص ١٩٤ وما بعدها .

(٣) ج ٤ ص ٩٦ وما بعدها مع حواشى ابن عابدين ، وراجع فى ذلك أيضاً
جامع الفصولين فإنه قد خصص فصلاً طويلاً فى كتابه للخيارات . وهو الفصل الخامس
والعشرون بين فيه أنواع الخيارات والعقود التى يصح فيها كل نوع ج ١ من
ص ٢٣٨ إلى ص ٢٦٢ .

لكن هذه الخيارات على كثرتها تجد بعضها يتداخل في بعض ، كما أن بعضها يختص بعقد من العقود ، وبعضها يكون في أكثر من عقد ، وها نحن الآن نقتصر على بعضها ، وهي خيار الشرط والعيب ، والرؤية ، والتعيين والنقد ، بعد أن أشرنا فيما سبق إلى خيار الوصف ، والغبن والتغدير .

خيار الشرط

معناه ، مشروعيته ، مدته ، لمن يثبت ،
العقود التي يدخلها ، أثره في العقد ، انتهاءه

خيار الشرط : هو أن يكون لأحد العاقدين (١) أو لسكليهما أو لغيرهما الحق

في أمضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة (٢) إذا شرط ذلك في العقد .

فإذا قال البائع للمشتري مثلاً : بعت لك هذه الدار بألف جنيه على أني بالخيار مدة ثلاثه أيام ، وقبل المشتري كان للبائع الحق في فسخ العقد في هذه المدة ، فإذا مضت المدة من غير أن يعلن رأيه في الإمضاء ، أو الفسخ سقط حق الفسخ ولزم العقد ولا يلزم في ثبوت الخيار أن يشترطه الشخص لنفسه ، بل يثبت أيضاً إذا شرطه الطرف الآخر له ، كأن يقول البائع : بعت لك هذا الشيء بشمن قدره كذا على أنك بالخيار مدة أيام ثلاثة ، فإذا قبل المشتري كان الخيار له .

فهذا الخيار كما يدل عليه اسمه لا يثبت إلا بالشرط عند جمهور الفقهاء ، فسيبه هو الاشتراط ، وعند الإمام مالك يثبت أماً بالشرط (٣) ، أو بالعادة على معنى أنه

(١) سواء كان عاقداً لنفسه أو لغيره . كالوكيل والوصى ، أو شريكا أو مضارباً

راجع شرح لمجلة ج ٢ ص ٢٣٥ .

(٢) قيدنا بذلك لأنه بمعنى المدة يلزم العقد ويفوت التخيير . والتحقيق : أن الخيار

موضوع لاختيار الفسخ لا للإجازة عند الحنفية .

(٣) راجع شرح الرسالة للنفاوى ج ٢ ص ٢٥٣ وما بعدها

لوحثت عادة الناس بثبوت الخيار في سلعة من السلع ثبت الخيار فيها من غير شرط
وخيار الشرط مشروع مع كونه مخالفاً لمقتضى العقد، وهو لزومه بمجرد تمامه
لورود النص بإباحته، وهو ما روى أن حبان بن منقذاً الأنصاري كان يغبن في البياعات
فشكاه أهله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجاء أن يحجر عليه، ويمنعه من
البيع والشراء، فقال له رسول الله: «إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة
أيام»، ومعنى لا خلافة، لا غش ولا خديعة،—والحديث صريح في تشريع الخيار
لمعنى معقول وهو الاستيثاق والتأكيد من أن هذا العقد لا غبن فيه ليكون الرضا
به تاماً، وليس في الحديث ما يفيد أنه خصوصية لحبان.

صرته: الحديث السابق جعل المدة ثلاثة أيام وعليها اقتصر بعض الفقهاء
كأبي حنيفة والشافعي. فلا يصح عندهم لاء أن تزيد المدة على ثلاثة أيام، ووجهتهم
في ذلك أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فكان الأصل فيه الفساد لولا ورود
النص. وحينئذ يقتصر فيه على مورد النص، فاشتراط أكثر من الثلاثة مفسد
له، إلا أن هذا الفساد يرتفع بارتفاع سببه عند أبي حنيفة فيما إذا أجاز العقد
قبل مضي الثلاثة خلافاً للشافعي.

وذهب آخرون كأبي يوسف ومحمد والإمام أحمد إلى أنه لا يقيد بالثلاثة،
بل يجوز إلى أكثر منها حسب اتفاق العاقلين، لأن الخيار شرع للتروى والمشورة
ولتفادي الوقوع في الغرر والخديعة، وقد لا تسكن في الأيام الثلاثة والأمر يخلف
باختلاف الأشخاص والسلع، فيترك الأمر إلى تقدير المتعاقدين واتفاقهما
حين التعاقد على مدة معلومة يمنع وقوع التنارع فيما بعد، قالوا: وتقدير الرسول
لحبان ثلاثة أيام لأنها كانت كافية له، لا لأنه لا يجوز أكثر منها.

والإمام مالك يرى أن المدة تختلف باختلاف السلع، فلا تقيد بالثلاثة كما
في المذهب الأول، ولا تفويض إلى تقدير العاقلين كما في المذهب الثاني.

يقول ابن أبي زيد في رسالته : « والبيع على الخيار جائز إذا ضرباً لذلك أجلاً إلى ما تختبر فيه تلك السلعة ، أو ما تكون فيه المشورة ، ووجهة هذا الرأي : أن الخيار مشروع للتروى أو المشاورة ، ولذلك يسمونه خيار التروى وهذا يختلف عادة باختلاف السلع ، وقد رعدهم في بعض السلع يوم أو يومين ، وفي بعضها بثلاثة ، وفي بعضها بأسبوع ، وفي أخرى بشهر ، وفيها يتخير بالمكث كالقواكة والخضروات تقدر المدة بالزمن الذي لا تتغير فيه ، وإذا كان المعيار عند المالكية هو أن تكون المدة مناسبة فينبى على ذلك أنه لو حدد العاقدان مدة أكثر أو أقل ردت المدة إلى المتعارف ، ومثل ذلك ما إذا كانت المدة مجهولة (١) ، كأن يقول : أنت بالخيار متى تشاء ، فإن العقد يصح ويتحدد المدة بما يتناسب مع المعقود عليه .

وخالف الأئمة الآخرون ، وقالوا : إن شرط الخيار مع جهالة المدة شرط فاسد فيفسد الشرط وحده عند من لا يرى فساد العقود بمثل هذا الشرط الفاسد كالحنابلة (٢) فيصح العقد ، ويكون لازماً عندهم ، ويلغو الشرط وحده .

وعلى أصل الحنفية الداهيين إلى أن الشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية يتعدى فسادَه إلى العقد يحكم بفساد العقد أيضاً .

لمن يثبت ؟ : لا خلاف بين الفقهاء في أن خيار الشرط يثبت للعاقدين ، أو لأحدهما بالشرط سواء شرطه الشارع لنفسه ، أو شرطه للعاقد الآخر ، ولكن

(١) في بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٢ قال مالك : يجوز الخيار المطلق ، ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله .

(٢) وفي المغنى ج ٣ ص ٥٨٩ . وعند أحمد أنه يصح ، وهما على خيارهما أبداً أو يقطعه وهو قول ابن شبرمة .

الخلاف في اشتراطه لأجنبي ، كأن يقول البائع : بعت لك هذه السلعة بكذا على أن الخيار لفلان « شخص يسميه » مدة ثلاثة أيام ، ويقبل الآخر ، فهذه الصورة أجازها جمهور الفقهاء ، أبو حنيفة وصاحبا ، ومالك وابن حنبل (١) وهو أحد قولي الشافعي ، وخالف فيها زفر وقال : إنه لا يجوز ، وهو القول الآخر للشافعي ، ووجه هذا الرأي ، أن الخيار كأثر من آثار العقد ، وحكم من أحكامه ، ولا يصح أن يجعل شيء من ذلك لغير العاقدين .

ولسكن الجمهور يقررون أن الحق في اشتراط الخيار ثابت أولاً للعاقد ، فهو حق مقرر له ، فإذا جعله لغيره كان هذا بطريق الإنابة والتوكيل ، والتوكيل جائز ولا يترتب عليه جعل حقوق العقد وأحكامه لمن شرط له الخيار ، ولأنه يجوز لأحد العاقدين إذا شرط لنفسه الخيار أن يوكل غيره في إمضاء العقد ، أو فسخه بالاتفاق ، فإذا جاز له أن ينيب غيره بعد العقد جاز له أن ينيب في أثناء العقد ، ومادام الاشتراط للأجنبي من باب الإنابة يكون الخيار للآخرين ، للشارط باعتباره أصيلاً ، ولمن شرط له باعتباره نائباً ووكيلاً .

وإذا ثبت الخيار لهما فأيهما أجاز العقد أو فسخه نفذ ما اختاره ، وإن أجازاه أحدهما وفسخه الآخر نفذ السابق منهما ، لأنه إن كانت الإجازة هي السابقة جاء الفسخ ووجد العقد لازماً فلا يعمل شيئاً ، وإن كان الفسخ هو السابق لم تجد الإجازة عقداً تلحق به ، وإذا لم يعلم السابق رجح الفسخ ، لأنه أقوى ، وقيل يرجح تصرف العاقد ، لأنه الأصيل .

والعقود التي برغمها خيار الشرط : هذا الخيار ثبت ابتداء في عقد البيع ، وفيه ورد حديث شرعيته ، فالحق به كل ما في معناه ، وعلى ذلك قرر فقهاء

الحنفية (١) أن خيار الشرط يثبت في العقود اللازمة القابلة للفسخ التي لا يشترط في صحتها القبض في المجلس ، ولو كان لزومها من جانب واحد ، فهذه قيود ثلاثة لا بد منها في العقد الذي يقبل الخيار ، فإن اختل واحد منها لا يصح اشتراطه .

فالعقود غير اللازمة ، كالوكالة ، والوديعة ، والعارية والهبة ، والوصية لا تقبل خيار الشرط ، لأنها قابلة للفسخ من أحد العاقدين من غير شرط ، فلا معنى لاشتراطه فيها .

والعقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ ، كالأزواج والخلع والطلاق والرجعة لا تقبله أيضاً ، لأن مقتضاها ترتب آثارها عليها ولزومها بمجرد وجود العبارة الدالة على إنشائها ، وخيار الشرط يؤخر ثبوت الآثار بالنسبة لمن ثبت له ، أو يؤخر اللزوم على الخلاف ، فهذه العقود بطبيعتها تأبى قبول الخيار للنفادة التامة بينهما .

والعقود التي تقبل الفسخ ، ولكن يشترط في صحتها القبض في مجلس العقد كالسلم والصرف (٢) لا يدخلها خيار الشرط ، لأن الخيار يؤخر الأحكام ،

(١) قسم ابن قدامة في المعنى العقود بالنسبة لقبولها لشرط الخيار تقسيماً يتفق في أغلب أنواعه مع تقسيم الحنفية ويخالفه في بعضها ، فخالفه مثلاً في العقود اللازمة من جانب واحد حيث جعلها بما لا تقلبه ، كما خالفه في الكفالة والحوالة كذلك ، وتعليقه يفهم أنها عندهم من العقود غير اللازمة ، ومع ذلك فالقدر المتفق عليه ، أنه لا يكون في كل العقود ، بل في بعضها فقط .. راجع ج ٣ ص ٥٩٤ ، ٥٩٥ .

(٢) يشترط لصحة السلم قبض رأس مال في مجلس العقد ، كما يشترط في الصرف قبض البدلين ، فلو تفرقا قبل القبض فسد العقد .

ومنها وجوب القبض في المجلس ، وعدم القبض مفسد لهذه العقود ، فيكون بين الخيار وصحة هذه العقود منافاة فلا يصح اشتراطه .

فإذا توفرت القيود الثلاثة في عقد من العقود قبل خيار الشرط ، وذلك كالبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة ، والصلح على مال ، والقسمة والكفالة والحوالة ، والرهن إذا شرطه الرهن للزومه في جانبه :

وإذا ثبت الخيار لأحد العاقلين ملك إمضاء العقد وفسخه في أي وقت شاء في مدة الخيار ، فإذا مضت المدة من غير اختيار أحد الأمرين نفذ العقد ولزم .

ولا يلزم في الإمضاء أو الفسخ لفظ معين ، بل يصح أن يكون بأي لفظ يدل عليه ، فإذا قال : أمضيت العقد ، أو أنفذته ، أو اخترت نفاذه ، أو لا أريد فسخه نفذ العقد ، وكذلك في جانب الفسخ ، وكما يصح كل منهما باللفظ يصح أن يكون بالفعل الدال عليه ، أو المتضمن له ، فإذا باع شخص سيارة لآخر على أنه بالخيار ، وفي مدة الخيار باعها لشخص غير الأول أو رهنها ، فإن هذا يكون فسخاً للعقد ، وإذا تصرف المشتري المشروط له الخيار في المبيع محل العقد تصرف المالك بأن أجره لغيره أو رهنه ، أو باعه يعتبر ذلك منه إمضاء للعقد .

وإمضاء العقد أو فسخه ينفذ إذا صدر من صاحب الخيار سواء كان بالقول أو بالفعل علم بذلك الطرف الآخر أولاً .

وخالف أبو حنيفة ومحمد في صورة الفسخ بالقول فشرطاً لنفاذه أن يكون بحضور الطرف الآخر ، أو أن يعلم به قبل انقضاء مدة الخيار ، فإذا لم يتحقق ذلك الشرط وانقضت مدة الخيار لزم العقد ، ولا يترتب على هذا الفسخ أي أثر ، وعلل هذا الرأي بأن الفسخ من غير إعلام الطرف الآخر قد يلحق به ضرر ، لأن المشتري قد يتصرف في المبيع ظناً منه أن البائع باق على عقده فيجب

عليه الضمان، والبائع قد يسكت عن البحث عن مشتر آخر لسلعته اعتقاداً
منه أن المشتري لم يفسخ العقد، فاشتراط العلم من الطرف الآخر يمنع وقوع
هذا الضرر، ولا شك أن الرأي الأول أوجه، لأنه متى ثبت حق الفسخ باتفاق
العاقدين فلا معنى لتقييده بشيء آخر بعد ذلك.

هذا إذا كان الخيار لواحد، أما إذا كان الخيار لهما معاً ملك كل واحد منهما
إنقضاء العقد وفسخه، فإذا فسخه أحدهما انتهى العقد، ولم يبق لخيار الآخر وجه،
لأن بقاءه كان أمراً هو نأ ببقاء العقد، فإذا زال العقد سقط ذلك الخيار، وإذا أمضاه
أحدهما بقي الآخر على خياره لوجود العقد، فإن أمضاه نفذ ولزم، وإن فسخه
بطل، لأن حق كل منهما تام ومستقل عن الآخر.

أثر الخيار في العقد: لا نزاع بين الفقهاء في أن الخيار يؤثر في العقد، فيمنع
لزومه بالنسبة لمن له الخيار حتى يثبت فيه بالإمضاء فيلزم، ولكنهم اختلفوا
في أن هذا العقد تترتب عليه آثاره وأحكامه أولاً.

فذهب الحنفية والإمام مالك، ووافقهم أحمد في قول عنه إلى أن أحكام
العقد لا تترتب عليه مادام الخيار قائماً، فإذا كان الخيار للبائع لا يخرج المبيع
عن ملكه، ولا يجبر المشتري على دفع الثمن، وإذا كان الخيار للمشتري لا يخرج
الثمن عن ملكه، ولا يلزم البائع بتسليم المبيع إليه، ووجههم في ذلك: أن
العقد في أصل وضعه لازم، والخيار منع لزومه بالاتفاق، والأحكام التي
تترتب على العقد اللازم غير الأحكام التي تترتب على العقد غير اللازم، فلو
قلنا بترتب الأحكام على العقد المشروط فيه الخيار لسكننا مرتين أحكاماً
عليه غير أحكامه. على أن من شرط الخيار لنفسه لم يتم رضاه بالعقد،
والأحكام لا توجد إلا مع الرضا التام.

وذهب الحنابلة في (١) أظهر القولين عندهم إلى أن الأحكام ترتب على هذا العقد ، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وهو قول للشافعي (٢) ، لأنه عقد صحيح نافذ ، وهو سبب صحيح لترتب الأحكام عليه ، ولا يوجد مانع يؤخر ثبوت هذه الأحكام ، وأثر الخيار قاصر على منع اللزوم فقط لا يتعداه إلى شيء آخر .

ثمرة الخلاف تظهر في مؤنة المبيع والزيادة فيه ، فعلى رأى الأول تكون المؤنة على البائع والزيادة له ، وعلى رأى الثانى تكون المؤنة على المشتري ، والزيادة له .

ثم إن الحنفية قرروا بالاتفاق أن من له الخيار لا يخرج الشيء الذى تعلق به العقد من ملكه ، وأن من لا خيار له بالعكس يخرج الشيء من ملكه ، ولكنهم اختلفوا فى دخوله فى ملك الآخر ، وهو صاحب الخيار ، فأبو حنيفة يرى أنه لا يدخل فى ملك الآخر ، لئلا يجتمع البدلان فى ملك واحد ، وليس له نظير ، بل يبقى موقوفا حتى يبت فى العقد ، فان أمضى ظهر أنه دخل فى ملكه من وقت صدور العقد ، وإن فسخ ظهر أنه ملك لصاحبه .

ويرى الصاحبان أنه يدخل فى ملك الآخر تقاديا من وجود مال متقوم لأمالك له .

انتهاء الخيار : ينتهى خيار الشرط بأمور . ١ - إمضاء العقد أو فسخه . مدة الخيار سواء كان ذلك صريحا أو دلالة كما سبق بيانه .

٢ - مضى مدة الخيار من غير اختيار أحد الأمرين .

٣ - تعيب محل العقد أو هلاكه فى يد المشتري بعد قبضه إذا كان الخيار

(١) راجع المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٥٧١ .

(٢) والقول الثانى للشافعية : أن الأحكام ترتب إذا كان الخيار لواحد منهما ،

وإذا كان لهما معا توقفت الأحكام حتى يبت فى العقد .

له ، ذلك لأن فسخ العقد بعد القبض موجب لرد المقبوض ، وبعد هلاكه لا يمكن رده ، وإذا تعيب بمقتضى رده ، وحينئذ لا يكون هناك معنى لإبقاء الخيار ، ويستوى في ذلك الهلاك بفعل من له الخيار أو بفعل غيره أو بأفة سبائية .

٤ - زيادة محل العقد بعد قبضه زيادة متصلة - سواء أكانت متولدة منه كسمن الحيوان ، أم لا . كالبناء والأشجار - أو زيادة منفصلة متولدة منه كولد الحيوان وثمره البستان .

• - موت من له الخيار عند الحنفية والحنابلة لأن خيار الشرط لا يورث عندهم ، لأنه رغبة ومشئئة ، ومثل هذا لا يخلف الوارث فيه المورث .

والمالكية والشافعية على العكس من ذلك يذهبون إلى وراثة هذا الخيار لأنه حق متعلق بالمال ، وأثر من آثار العقد ، وليس من الحقوق الشخصية (١)

خيار العيب

معناه : سببه ومشروعيته . شروطه . حاجته إلى الرضا أو القضاء . وقته . العقود التي يدخلها ، أثره في العقد موانعه . متى يرجع بالنقصان عند امتناع الرد ؟

(١) أبان ابن رشد في بداية المجتهد سبب الخلاف في هذا الموضع فقال : « إن الأصل عند المالكية والشافعية هو أن الحقوق تورث كالأموال إلا ما قام الدليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال ، وأن الأصل عند الحنفية هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال ، فموضع الخلاف هو . هل الأصل أن تورث الحقوق كالأموال أولاً ، ثم لما بين اختلافهم في وراثة بعض الخيارات واتفاقهم على البعض الآخر قال : إن سبب اختلافهم هو . أن من انقذ له في شيء منها أنه صفة للعقد ورثه ، ومن انقذ له أنه صفة خاصة بذى الخيار لم يورثه ، راجع بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٤ .

وراجع أيضاً الفروق القرآني ج ٣ ص ٢٨٣ وما بعدها .

فإذا عيب هو أن يكون للمتملك الحق في إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد

عيباً في محل العقد المعين بالتعيين لم يطلع عليه عند التعاقد

فسيببه إذن ظهور عيب كان موجوداً بمحل العقد قبل أن ينتقل إلى يد الممتلك ولم يظهر منه ما يدل على رضاه به ، وإنما ثبت له هذا الحق في تلك الحالة لا لعدم رضاه بالعقد حيث كان ينبغي السلامة في المعقود عليه ليكون انتفاعه به انتفاعاً تاماً ، فلما فأت سلامة بوجود العيب أثبت الشارع له حرية الإبقاء على العقد ، أو إلغائه ، فإن شاء تمسك بحقه كاملاً ، وأزال عن نفسه هذا الالتزام مالم يوجد مانع يمنع من ذلك وإن شاء تغاضى عما يصيبه من ضرر ، وأبقى العقد كما كان .

ولذلك نجد الشارع في أحاديث كثيرة يحذر من الغش ، ويرشد المتعاملين إلى أن يكشفوا عما في سلعهم من عيوب حتى لا يلحقوا الضرر بمن تعامل معهم (١) وأخيراً

ترفع إليه قضية بين رجلين ابتاع أحدهما من صاحبه غلاماً ، فلما أقام عنده مدة من الزمن وجد به عيباً فأراد رده إلى من اشتراه منه ، فأبى الآخر فيحكم رسول الله برد الغلام على مالكه الأول ، فبعتل ذلك الرجل قائلاً : يا رسول الله لقد استغل غلامى هذا : فيقول رسول الله له ، « الخراج بالضمنان » (٢) .

(١) من هذه الأحاديث ما رواه مسلم من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر برجل يبيع طعاماً فأدخل يده فيه فأذا به مبلول ، فقال : « من غشنا فليس منا » ، وفي حديث آخر يقول : « لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له » .
(٢) هذا حديث صحيح رواه أحمد وأصحاب السنن الخمسة « أبو داود والترمذى والنسائي وابن ماجه وابن حبان » كما يقول صاحب الأشياء .

العيب الثرى يثبت به الخيار : وإذا كان السبب في ثبوت هذا الحق هو فوات الرضا كما بينا ، فلا يكون كل ما يصدق عليه اسم العيب موجباً للخيار ، بل لا بد وأن يكون له أثر في رضا العاقد ، والفقهاء يختلفون في تحديده .
فالحنابلة يفوضونه إلى العرف ، فيقولون إنه نقيضة يقتضى العرف سلامة المبيع منها غالباً .

والحنفية في أغلب كتبهم يذهبون إلى أنه العيب الذى تنقص بسببه قيمة الشيء عند التجار ، وأهل الخبرة أى نقص ولو كان يسيراً . (١)

والشافعية يقولون : إنه العيب الذى تنقص بسببه القيمة ، أو يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب عدم وجوده في مثل هذا المحل ، فإذا اشترى شخص ثوباً أو حذاء فوجده ضيقاً كان ذلك عيباً يثب معه خيار الرد له وإن لم يتسبب عنه نقصان في القيمة .

وهنا نجد ابن عابد بن الحنفى يقول : إن تعريف الحنفية مبنى على الغالب ، فيجب

== وموضوع الحديث أن الشيء الذى تسكون مؤنته على شخص وإذا تلف يكون تلفه عائداً عليه يقال ذلك الشيء إنه في ضمانه ، وبمقابلة هذا تسكون منافعه خاصة به سواء انتفع بها بنفسه أو تنازل عنها ، وهذا العبد كان في ضمان مشتريه في هذه الفترة ، لأن مؤنته كانت عليه ، ولو تلف يكون تلفه من ماله لا يرجع على غيره بشيء ، فما أخذه من غلته وأجرته كان مباحاً له بسبب هذا الضمان ويسرى هذا الحكم في كل شيء رده بمشتريه بسبب عيب يعد أن قبضه واستغله من غير أن يعلم بما فيه من العيب .
راجع شرح المجلة العدلية للأتاسى ج ١ ص ٢٤٠ .

(١) هذا في التحقيق راجع إلى التفويض للعرف لأن المقصود من الشيء ما ليته ، فإذا وجد به ما ينقص قيمته كان عيباً ، والنقص في القيمة لا يعرفه إلا التجار .

تقييد هذا الضابط بما قيده (١) به الشافعية .
وأنت ترى أن رأى الحنابلة أحسن الآراء ، لأن الشيء إذا لم يحدده الشارع
يكون مفوضاً إلى العرف .

شروط ثبوت الخيار بالعيب : يشترط لثبوت هذا الخيار بعد تحقق العيب شروط
١ - أن يكون ذلك العيب موجوداً في محل العقد قبل أن يتسلمه الممتلك
سواء أ كان وجوده سابقاً على العقد ، أم حدث بعد العقد وقبل القبض ، فإذا كان
العيب الذي ظهر حدث عند المشتري لا يكون له الخيار ، لأن المفقود عليه
وصل إلى يده سليماً وهو ما يقتضيه العقد ، فلا معنى لثبوت الخيار في هذه الحالة
٢ - ألا يرضى الممتلك بذلك العيب بعد ، وهذا الرضا يتحقق بعلمه
بوجود العيب وقت التعاقد ، أو بتصرفه في المفقود عليه تصرف المالك بعد
عليه بوجوده وهو تحت يده .

٣ - ألا يزول ذلك العيب بعد القبض ، فإذا اشترى حيواناً مريضاً
بمرض خفي عليه حين التعاقد ، ثم ظهر له بعد القبض ، ولكنه شفى من هذا
المرض قبل طلب الفسخ ، أو بعده ، وقبل أن يقضى به سقط حقه في طلب
الفسخ ، لأن الموجب للخيار هو فوات السلامة المعدمة للرضا ، وبعد زوال
المرض عادت السلامة فيعود معها الرضا .

٤ - ألا يشترط الممتلك في العقد برأيه من العيوب التي تظهر في محل العقد
كأن يقول له : بعثك هذا الحيوان ، ولست ملزماً بما فيه من العيوب أو ليس لك
حق الرد بخيار العيب ، وقبل المشتري ذلك ، فإنه لا يملك فسخ العقد بأى عيب .

(١) يقول الأتاسى في شرح المجلة ج ٢ ص ٢٩٥ تعليقاً على كلام ابن عابدين : إن
الزيادة في التعريف مبنية على عدم التفرقة بين خيار الوصف وخيار العيب كما ذهب
إلشافعية ، ولكن الحنفية يفرقون بينهما ، وحينئذ لا داعى للزيادة في التعريف ، أم ملخصاً .

عند الحنفية ، ويوافقهم الشافعية في أحدا القولين عندهم .

وخالف المالكية والحنابلة في ذلك وقرروا أن هذا الشرط غير صحيح ، فإذا ظهر العيب القديم الموجب للرد ، كان للمشتري خيار الرد ، ولا أثر للشرط السابق ، واستثنى الحنابلة العيب الخاص الذي يسميه البائع ويبرئه المشتري منه فيمتنع الرد به ، والمالكية استثنوا بيع الرقيق ، وبيع الحاكم على المفلس وبيع الوارث لقضاء دين ، أو تنفيذ وصية ، فإن شرط البراءة فيها صحيح ، فلا يثبت الرد لمن قبل هذا الشرط .

تلك هي شروط ثبوته ، فإذا تحققت الشروط ثبت الخيار من غير اشتراط في العقد عكس خيار الشرط ، لأنه حق أثبته الشارع فلا حاجة إلى اشتراطه صراحة هل يحتاج الفسخ فيم إلى التراضي أو القضاء : يذهب (١) الشافعية والحنابلة إلى أن صاحب الخيار يملك فسخ العقد ورد المعقود عليه إلى ماله الأول من غير توقف على رضاه أو حضوره ، أو حكم حاكم سواء كان الرد قبل القبض . أو بعده ، فمضى أعلن فسخ العقد أصبح غير مسئول عن المبيع .

والحنفية يفصلون في المسألة فيقولون : إن كان الرد قبل القبض ، وفي حضرة الطرف الآخر انفراد به صاحب الخيار . على معنى أنه لو قال بحضرة العاقد الآخر : أبطلت العقد ، أو فسخته وإن لم يقبل الآخر ، وإن كان في غيبته لا يفسخ إلا إذا علم به ، وإن كان بعد القبض فلا بد في بطلان العقد من رضا الآخر أو قضاء القاضي عند إباته (٢) .

(١) راجع نهاية المحتاج وكشاف القناع في هذا الموضع ،

(٢) والفسخ بالتراضي بعد القبض يعتبر فسخا للعقد في حق المتعاقدين وبيعا جديداً بالنسبة لغيرهما فيثبت حق الشفعة حينئذ للشميع إذا كان المبيع عقاراً ، وفي غير هذه الصورة يكون الرد فسخاً في حق العاقدين وفي حق غيرهما ، وعلى ذلك لا تثبت فيه الشفعة .

والسبب في هذه التفرقة : أن العيب الذي ظهر بعد القبض يحتمل أن يكون جديداً لا يوجب الرد كما يحتمل أن يكون قديماً موجباً له . ومثل هذا يكون مثار نزاع غالباً بين المتعاقدين ، فلذلك شرط ، إما التراضي أو قضاء القاضي ، لأن كلاهما قاطع للنزاع ، بخلاف العيب الذي ظهر قبل القبض ، فإنه لا يستطيع المملك إنكاره أو دعوى حصوله عند المملك ، فلا يتصور فيه نزاع ، فنبت الحق لمن له الخيار منفرداً .

ثم إن رضا المملك بالرد عندهم كما يتحقق بالقول يتحقق بالفعل كتسلم المعقود عليه من المملك عند رده عليه .

وقت هذا الخيار : ليس لهذا الخيار وقت محدد عقب العقد كما في خيار الشرط بل ذلك يثبت متى ظهر العيب الموجب للرد حتى ولو كان بعد العقد بزمان طويل ، وهذا القدر لا خلاف فيه بين الفقهاء ، وإنما الخلاف بينهم في أمر آخر هو . هل يجب على الفور بمجرد ظهور العيب ، أو على التراخي ؟

فالشافعية والمالكية يشترطون أن يكون على الفور ، فتأخير الرد بدون عذر مسقط لحقه في الرد ، إلا أن المالكية قدروا الفور بيومين ، وما زاد يكون تراخياً مالم يوجد عذر ، والشافعية فوضوه إلى العرف ، فمعارفه الناس تراخياً في الرد يسقط الخيار ، ومالم يتعارفوه كذلك يكون فوراً غير مسقط له .

والحنفية والحنابلة لا يشترطون الفورية ، بل يجوز عندهم على التراخي ، فمضى ثبت الحق استمر ، وله أن يستعمله في أى وقت شاء طال الوقت أم قصر . مالم يوجد ما يدل على التراضي ، لأن هذا الخيار شرع لدفع الضرر المتحقق ، فلا يبطل بالتأخير إلا إذا اقترن التأخير بما يدل على الرضا ، ولأن الأصل في الحقوق إذا ثبتت أن تستمر مالم يوجد توقيت لها ، وهو لم يوجد حيث لا دليل عليه .

العقود التي يدخلها خيار العيب : وخيار العيب يثبت في عقود المعاوضة التي يكون فيها المعقود عليه معيناً بالتعيين (أى شخصاً) ، أما عقود غير المعاوضة ، وعقود المعاوضة التي يتعين المعقود عليه فيها بالوصف فلا يدخلها خيار العيب ، لأن المعقود عليه إن تحققت أوصافه قبضه ، وإن لم تتحقق هذه الأوصاف فلا يكون محل العقد موجوداً .

ومن هنا قالوا : إنه يثبت في عقود البيع الوارد على عين مشخصة والإجارة كذلك ، وقسمة الأعيان القيمة ، والصالح إذا كان بدله عيناً مشخصة ، فإذا وجد عيب في المعقود عليه في عقد من هذه العقود الأربعة سواء كان العيب فاحشاً أو يسيراً أثبت الخيار لمتملكه ، إن شاء أبقى العقد ، وإن شاء فسخته

وهناك أمور أخرى يثبت فيها خيار العيب بشرط أن يكون العيب فاحشاً وهي المهر وبدل الخلع والصالح عن دم العمد (١)

أثره في العقد : هذا الخيار لا يؤثر في ترتب أحكام العقد باتفاق للفقهاء ، بل الأحكام تترتب عليه بمجرد تمامه لا يؤثرها ثبوت ذلك الخيار ، وإنما أثره يظهر في لزوم العقد فيمنعه بالنسبة إلى من ثبت له الخيار ، وهو في هذه الحالة مخير بين أمرين ، إما إمساك المعقود عليه ، والرضا به كما هو فيلزم العقد في جانبه حيثئذ ، وإما رده إلى مالكه الأول ، فيبطل العقد ، ويصير كأن لم يكن وليس له أن يمسك محل العقد ويطالب بالنقصان ، لأن السلامة من العيب وصف والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تابعة للمعقود عليه ، إلا

(١) راجع شرح المجلة ج ٢ ص ٢٨٩ ،

إذا صارت مقصودة فيقال لها (١) جزء منه ، ولكن إذا رضى البائع بدفع قيمة
النقص في نظير عدم رد المبيع المغيب عليه جاز ذلك ويجعل حطامن الثمن وهو
جائز مشروع .

وحق الرد ثابت ما لم يوجد مانع يمنع منه ، والموانع كثيرة ، منها :

١ - إذا رضى بالعيب ، لأن الرضا به دليل على أن سلامة المعقود عليه
ليست مقصودة له ، ولا يتوقف رضاه بالعقد عليها ، وحينئذ لا يكون هناك
معنى لإثبات الخيار ، لأن الأصل هو لزوم العقد ، ويستوى في ذلك الرضا
الصريح ، كأن يصدر منه قول يدل على ذلك ، نحو رضيت بالعيب ، أو أمضيت
العقد ، أو التزمت به ، وما شاكل ذلك ، والرضا دلالة ، كأن يتصرف فيه
تصرف المالك - بعد أن يعلم بالعيب بأن يؤجره لغيره ، أو يرهنه ، أو يعيره ،
أو يستغله هو بنفسه ، كما إذا كانت ذابة فركبها ، أو قاشا فقطعه ليخيطه ثوباً ،
أو ثوباً فصبغه ، وكذلك لو أخرجه عن ملكه بالبيع أو الهبة سواء كان عالماً
بالعيب ، أو غير عالم به ، لأنه بتمليكها للغير تعلق به حق لذلك الغير ، فيمتنع
الرد محافظة على ذلك الحق (٢) .

٢ - إذا أسقط الخيار صريحاً . كأن يقول : أسقطت الخيار ، أو دلاله ،
كما إذا أبرأه من هذا العيب فإن الإبراء يحمل في طيه إسقاط الخيار .

(١) تصير مقصودة بأحد أمرين : ١ - الإنلاف من البائع كما إذا عيبه بيده قبل
القبض . ٢ - بالمنع حكماً إذا امتنع الرد لحق البائع أو لحق الشرع بأن نقص أو زاد
في يد المشتري ، راجع شرح المجلة ج ٢ ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ . وسيأتي توضيح ذلك
قريباً .

(٢) وفي هذه الحالة إذا رده الممتلك الثاني عليه بالعيب كان له رده إلى الأول في
جميع صور الرد عند الشافعية ، وفي بعضها فقط عند الحنفية .

٣ - إذا تعيب المعقود عليه بعيب جديد في يد من له الخيار ، سواء كان هذا العيب نقصاً في ذاته ، أو بما ينقص قيمته ، وهذا المنع - كما ترى - مراعاة لحق المالك الأول ، وإذا كان التعيب مانعاً من الرد لما فيه من الضرر ، فلا يتصور الرد بعد هلاكه ، وقريب من هذا ما إذا تغير تغيراً تاماً ، كان يكون قبحاً فطحنه ، أو دقيقاً فعبجنه ، وما شاكل ذلك .

٤ - زيادة المعقود عليه في يد من له الخيار زيادة متصلة غير متولدة منه كصنغ الثوب ، والبناء وغرس الأشجار في الأرض ، أو زيادة منفصلة متولدة منه ، كالولد واللبن والصوف من الحيوان ، والتمر من الشجر إذا كانت حاصلة بعد القبض ، وما عدا ذلك من أنواع (١) الزيادة لا يمتنع معها الرد .

أما امتناع الرد في الصورة الأولى ، فلأن الرد لا يكون إلا لحل العقد وحده حتى يكون فسخاً . وهذه الزيادة لا يمكن فصلها عن محل العقد ، فيتعذر رد المحل وحده ، فلورده كانت الزيادة معه فيكون رباً

وأما امتناعه في الصورة الثانية فلأن الرد في هذه الحالة إن كان بدون الزيادة أخذها الممتلك بدون عوض ، فتكون رباً ، ولورده مع الزيادة لأخذها الآخر بدون مقابل ، فظهر من هذا أن امتناع الرد في صورة النقص لحق المملك ، وفي صورة الزيادة لحق الشارع لأنه حرم الربا .

والشافعية والحنابلة يذهبون إلى أن الزيادة لا تمنع الرد ، متصلة كانت أو منفصلة حصلت قبل القبض أو بعده .

(١) كما الزيادة المنفصلة المتولدة منه قبل القبض ، والزيادة المنفصلة إذا لم تكن متولدة منه كالغلة مثلاً ، والزيادة المتصلة المتولدة منه كسمن الحيوان إذا كان هزلاً ، أو كبره إذا كان صغيراً ، فإن هاتين لا يمنعان الرد سواء كانتا قبل القبض أو بعده .

وفي المتصلة يردّها مع الأصل ، ولا يأخذ عنها عوضاً ، والمنفصلة تكون للمتملك إذا حصلت والمنقود عليه في ملكه أو ضمانه .

هذا إجمال الأمور التي يمتنع بها الرد ، فيتعين على الممتلك إمساك المعقود عليه ناقصاً عند وجود واحد منها .

ولكن هل يسوغ له مع هذا الامتناع أن يرجع على المملك بالنقصان أو لا ؟ والجواب عن هذا التساؤل إجمالاً ، إنه يجوز له الرجوع في بعض الصور ويمتنع عليه في الباقي ، فله الرجوع في الحالات الآتية . إذا هلك المعقود عليه ، أو تعيب بغير فعله سواء كان بعد عليه بالعيب أو قبله ، وكذلك إذا تعيب بفعله ، أو استهلكه ، كأن يكون قاشاً فقطعه ثوباً أو كان طعاماً فأكله بشرط ألا يكون عالماً بما فيه من العيب ، فإن كان عالماً به لا يرجع بالنقصان ، لأنه بفعله هذا يكون راضياً بالعيب ، وكذلك يرجع بالنقصان في حالة الزيادة المانعة من الرد .

وليس له الرجوع فيما إذا رضى بالعيب صريحاً أو دلالة ، أو أسقط خياره أو أخرج الشيء المعيب^(١) عن ملكه .

(١) هذه الصورة الأخيرة فيها تفصيل فيرجع بالنقصان في بعض الصور ، ولا يرجع به في بعضها الآخر ، وضابط ذلك كما جاء في الزيلعي والفتاوى الهندية : أنه في كل موضع أمكن المشتري رد المبيع القائم في ملكه على البائع برضاه ، أو بدونه فإذا أزاله عن ملكه بببيع أو شبهه لا يرجع بالنقصان ، لأنه بالببيع قوت على نفسه حقه الأصلي وهو الرد ، وفي كل موضع لا يمكنه رده على البائع فإذا أزاله عن ملكه يرجع بالنقصان . لأنه باخراجه عن ملكه لم يفوت على نفسه الرد ؛ لأن الرد كان ممتنعاً قبله .

والحاصل أن امتناع الرد إذا كان بفعل من قبل الممتلك لا يرجع بالنقصان لجواز أن يقول المملك : لو لم يحصل فيه ذلك لقبليته وأعطيته مادفعه كاملاً ، وإن كان بسبب لادخل له فيه جازله الرجوع بالنقصان .

وطريقة معرفة مقدار النقصان . أن يقوم المعقود عليه وقت العقد على أنه سليم من العيب ، وعلى أنه معيب ، والفرق بين القيمتين ينسب إلى قيمته وهو سليم ، ثم ينقص من الثمن بنسبة هذا النقص ، فمثلاً لو اشترى شيئاً بـ ٢٠٠ جنيه وقيمته وهو سليم ٢٥٠ جنهما ، وقيمته وهو معيب ٢٠٠ جنيه فتكون قيمته الفرق تساوى خمس القيمة أى ٢٠٪ ، فينقص من الثمن مقدار الخمس وهو ٤٠ جنهما .

فبار العيب والموت : الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، — بناء على أصلهم ، وهو أن الحقوق المتعلقة بالمال تورث كالمال — يذهبون إلى أن هذا الخيار يورث ، فلو مات الممتلك قبل أن يرد المعقود عليه بالعيب حل ورثته محله في هذا الحق فيثبت لهم ما كان ثابتاً له .

والحنفية يقولون بثبوت هذا الحق للورثة أيضاً ، لكن لأعلى أنه حق مورث ، بل على أنهم خلفاء الميت في هذا المال ، وهو قد استحققه سليماً من العيوب ، فهم يستحقونه كذلك ، فثبت لهم خيار العيب ابتداء لهذه الضرورة .

بقيت مسألة أخيره كثيرة الوقوع ، وهى ما إذا كان العيب لا يطالع عليه إلا بإحداث عيب آخر ، وهذا يكون فيما يؤكل باطنه فقط دون ظاهره ، كالجوز واللوز والبيض والبطيخ ، فإن المشتري لا يعرف عيبها إلا بكسرها ، والكسر عيب .

وهذه المسألة فيها تفصيل ؛ لأنه إما أن يجده كله فاسداً ، أو يجد بعضه فاسداً فقط ، وهذا البعض إما أن يكون قليلاً بحيث لا يعد عيباً فيعرف أو يعتبر عيباً .

فإذا وجدته كله فاسداً كان البيع باطلاً بالاتفاق ، لأن محل العقد هنا ظهر أنه ليس بمال ، فيرجع بكل الثمن .

وإذا وجد بعضه فاسداً ، وهو قليل لا يعد عيباً في عرف الناس لا يرجع بشيء بالاتفاق ، والعقد صحيح لأشياء فيه ، لأن الأشياء في الغالب لا تخلو عن مثله .

وفي الصورة الأخيرة ، وهي فساد البعض الذي يعد في عرف عيباً يختلف الفقهاء ، فذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية ، والامام أحمد إلى أنه يصح العقد في الصحيح ، ويبطل في الفاسد ، فيرد ذلك الفاسد ، ويرجع بحصته من الثمن ، ولا يرد الكل .

وذهب أبو حنيفة إلى أن البيع يبطل في الكل ، لأن المبيع فيه جزء ليس بمال ، والفرض أنه صفقة واحدة .

والامام الشافعي يثبت الخيار للمشتري بين الرد والرجوع بكل الثمن ، وبين إبقائه وعدم الرجوع بشيء ، لأن المبيع صفقة واحدة ، فإما أن يأخذها كلها أو يردها كلها ، والكسر لمعرفة العيب لا يعد عيباً مانعاً من الرد .

خيار الرؤية

معناه . مشروعيته والخلاف فيها ، شروط ثبوته ، المراد بالرؤية لمن يثبت ، العقود التي يدخلها ، أثره في العقد ، رفته ، مسقطاته . خيار الرؤية في اصطلاح الفقهاء : هو حق يثبت بمقتضاه للتعاقد أن يفسخ العقد أو يعضيه عند رؤية محل العقد المعين إذا لم يكن رآه حين التعاقد ، أو قبله بوقت لا يتغير فيه .

ومعنى هذا . أن الشخص إذا باع شيئاً معيناً مشخصاً ، كالدار التي في جهة كذا

أو السيارة المملوكة لي ، وبين المبيع للمشتري بأوصافه من غير أن يره ففي هذه الحالة يقال : إن المشتري اشترى شيئاً معيناً لم يره ، وحينئذ يثبت للمشتري الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية محل العقد في أى وقت ، وهذا الخيار ثبت بسبب عدم الرؤية

وإنما ثبت هذا الخيار ، لأن الشيء المعين مهما بالغ الإنسان في وصفه لا تبلغ معرفة السامع به مبلغ معرفته بالرؤية فيكون رضاه به غير تام ، والرضا التام أساس صحة العقود ولزومها .

مشروعية : إذا كان سبب هذا الخيار هو عدم رؤية محل العقد عند التعاقد فيكون موضعه التعاقد على شيء غائب ، وصحة العقد على الشيء الغائب موضع خلاف بين الفقهاء .

فالشافعي (١) في مذهبه الجديد يذهب إلى أن العقد على الغائب لا يصح ، ومن ثم

(١) هذا الرأي عند الشافعي لا يصحح بيع الغائب مطلقاً سواء وصف أو لم يوصف . وفي قول آخر له يصح بيع الغائب إذا كان موصوفاً بما يخرج عنه الجهالة ، وعلى هذا الرأي يثبت فيه خيار الرؤية ولكنه يتحدد بمجلس الرؤية .

والمالكية يصححون بيع الغائب في إحدى صورتين — ١ — إذا وصف بما يبين جنسه ونوعه — ٢ — إذا لم يوصف ولكنه اشترط الخيار عند رؤيته فإذا لم يوجد وصف ولا اشتراط لا يصح بيع الغائب .

وعلى هذا يكون مذهبه غير معترف بخيار الرؤية الذي يقول به الحنفية .

والحنابلة يصححون بيع الغائب بشرطين — ١ — أن يكون المبيع من الأشياء التي يصح فيها السلم وهي الأشياء التي يمكن تعيينها بالوصف — ٢ — أن يصفه بالصفات التي تضبطه وهي الأوصاف التي ترتب على ذكرها وعدمه اختلاف في الثمن غالباً .

فإذا باع غائباً من غير وصف بعينه كان البيع غير صحيح وإذا باع الموصوف جاز له رده إذا لم يجد على الصفة التي عينها أو وجد به عيباً .

لا يكون لهذا الخيار موضع عنده في العقود الصحيحة ، واستدل له على ذلك : بأن بيع الغائب بالوصف فيه غرر وجهالة قد تفضى إلى النزاع ، والرسول نهى عن بيع الغرر كما رواه مسلم عن أبي هريرة .

والحنفية يقولون بمشروعية هذا الخيار مستدلين بما رواه الطحاوى في شرح معاني الآثار : أن عثمان بن عفان باع لطلحة بن عبد الله أرضاً بالبصرة لم يرها واحد منهما ، ولما قيل لكل منهما إنك قد غبنت قال : لى الخيار ، حكاه جبير بن مطعم بينهما فحكم بالخيار لطلحة ، وكان ذلك بمحض من الصحابة ولم ينسكروا عليه ، فلهذا القصة تدل على مشروعية خيار الرؤية ، لأنه لو لم يكن مشروعاً لما حكم به جبير ، وهناك حديث يرويه الفقهاء في كتبهم وهو « من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه » ، ولكنه حديث ضعيف ، مطعون في صحته كما يقول صاحب نصب الراية (١) .

ونحن إذا نظرنا إلى الحكمة التي من أجلها شرع خيار الشرط الذي ورد به نص خاص ، وخيار العيب المتفق عليه كذلك بين الفقهاء نجد أنها متحققة في خيار الرؤية ، لأن الشخص قد يضطر إلى شراء شيء غائب عنه لحاجته إليه خوفاً من فوات السلعة إن هو أخر العقد حتى يرى المعقود عليه وفي الوقت نفسه لو ألزمناه به من غير ثبوت الخيار له لا لحقنا به الضرر حينما يجد هذه السلعة غير موافقة لغرضه ولا محققة لمقصوده .

والجهالة التي في محل العقد بعد وصفه لا تفضى إلى النزاع ، فلا تدخل تحت الغرر المنهى عنه ، وحينئذ يترجع القول بمشروعية هذا الخيار .

شروط يَبْهَو : من ثانياً الكلام السابق نستطيع أن نقول : إن خيار الرؤية لا يثبت إلا إذا توفرت فيه الأمور الآتية :

١ - أن يكون محل العقد معيناً بالتعين كما مثلنا ، أما إذا كان معيناً بالوصف فإنه لا يثبت خيار الرؤية ، بل الذي يثبت هو خيار فوات الوصف .

(١) ج ٤ ص ٩ .

لأن المعقود عليه الموصوف إن وجد بأوصافه لزم العقد وإلا فلا عقد لعدم وجود محله .

٢ - أن يكون العقد مما يقبل الفسخ ليمكن فسخه ، فإن كان غير قابل للفسخ كعقد الزواج والخلع ، والصلح عن دم العمد ، فإنه لا يفيد معه ثبوت الخيار ، فلا العقد يفسخ ، ولا المال - من المهر وبدل الصلح - يرد .

٣ - ألا يكون العاقد قد رأى محل العقد عند التعاقد أو قبله بزمان لا يتغير فيه فإن كان رآه في إحدى الحالتين لا يثبت له خيار لانعدام سبب الخيار ، وهو عدم الرؤية .

٤ - وأخيراً يثبت هذا الخيار عند رؤية المحل المعقود عليه في أى وقت ، وعلى هذا إذا اشترى شيئاً لم يره لا يثبت له خيار الرؤية .

المراد بالرؤية : والفقهاء يريدون من الرؤية هنا في الموضعين (١) ما هو أهم من معناها اللغوي ، وهو الحلم بالمقصود الأصلي من العقد بأى حاسة من الحواس ، سواء كان بالشم أو بالذوق أو باللمس أو بالنظر ، فتكون بالشم في المشعومات كالروائح ، وبالذوق في المذوقات كالأطعمة ، وباللمس في الأشياء التي لا نعرف حقيقتها إلا بالجلس واللمس كما في بعض أنواع الاقمشة وبالإبصار فيما لا يحتاج إلى شيء آخر كالبناء والحبوب .

وعلى هذا تتحقق الرؤية من الأعمى بما عدا الأخير ، وفيما يبصر يوصف له وصفاً كافياً ، أو بأكمل من يشق فيه ليراه بدله .

والعبرة في الرؤية بما يتحقق معه المقصود ، فإذا كان الشيء تتساوى أجزاؤه كالقمح والقطن والقماش ، أو أحاده كالبرتقال والليمون مثلاً فيكتفى برؤية

(١) الرؤية قبل العقد التي يسقط بسببها الخيار بحيث يكون قد اشترى ما رآه ، والرؤية بعد الشراء وهي التي تكون بحيث لو صدر بعدها من المشتري ما يدل على الرضا يسقط خياره .

بعض الأجزاء أو الوحدات المسمى ، بالنموذج ، (١) ، وإن كان غير ذلك فلا بد من رؤية الكل كالبناء والدواب . فإذا اشترى داراً لا يكفى في رؤيتها بعض حجراتها ، وإذا اشترى قطيع غنم فلا يكفى أن يرى منه واحدة أو أكثر .

ثم إن هذا الخيار يثبت من غير اشتراط في العقد ، لأنه حق أثبتته الشارع سواء شرطه العاقد أو لا .

لماذا يثبت هذا الخيار ؟ : لانزاع بين القائلين بشرعيته في أنه يثبت للمالك ، وهو المشتري في عقد الشراء مثلاً ، ولكنهم اختلفوا في ثبوته للمالك الذى مملك غيره مالم يره ، كالبائع إذا باع مالا من غير رؤيته ، ويتصور ذلك فيما إذا ورث شخص مالا عن قريب له ، وقبل رؤيته لهذا المال باعه لغيره ، فإنه يصدق عليه في هذه الحالة أنه باع مالم يره .

فبعض الحنفية يقول بثبوته له كما يثبت له كما يثبت للمشتري ، لأن العلة في ثبوت الخيار دفع الضرر ، وهذا البائع محتاج إليه كالمشتري ليدفع عن نفسه الضرر فيما إذا لحقه غبن من هذا العقد .

ويذهب الجمهور منهم إلى عدم ثبوته ، لأن دليل شرعيته ، وهو قصة عثمان وطلحة ثبت فيها الخيار للمشتري دون البائع ، وكذلك الحديث — إن صح — صريح في ثبوته للمشتري فقط ، وإذا كان الخيار بأنواعه ثبت على خلاف القياس والقاعدة في العقود ، فيقتصر فيه على ما ورد به النص ، ولا يتوسع فيه على أنه لا حاجة إلى إثباته في جانب البائع ، لأنه يندر أن يبيع شيئاً من غير أن يره ، ولو فعل كان مقصراً بخلاف المشتري فإن شراؤه لما لم يره يقع كثيراً في الحياة العملية

(١) النموذج يفتح النون كلمة ليست عربية الاصل ، معربة ويراد بها مثال الشيء .
والأتمودج مصحف .

العقود التي يثبت فيها : والذاهبون الى شرعية خيار الرؤية أثبتوه في عقود أربعة : ١ - البيع إذا كان محله مالا معيناً بالتعيين أى مشخصاً ، أما إذا كان معيناً بالوصف كما في السلم فلا خيار فيه - ٢ - والإجازة إذا كانت وازدة على محل مشخص كسيارة بذاتها ، أو دار معينة - ٣ - والقسمة في الأموال القيمة ، فإنه إذا قسم المال القيمي بين الشركاء ولم يكن أحدهم رأى نصيبه عند القسمة ثبت له الخيار - ٤ - والصلح في دعوى المال إذا كان بدل الصلح مالا معيناً كذلك ، لأن الصلح في هذه الحالة عقد مبادلة ، فيكون في معنى عقد البيع .

أثر هذا الخيار في العقد : هذا الخيار لا أثر له فيما يترتب على العقد من آثار فيثبت الملك في البدلين للعاقدين بمجرد تمام العقد ، ولكن أثره يظهر في لزوم العقد فيمنع لزومه بالنسبة لمن ثبت له الخيار حتى يبت في العقد بإمضاء فيلزم ، أو بالفسخ فيرتفع العقد ، وإذا كان الفسخ بمقتضى خيار الرؤية لا يثبت إلا بعد الرؤية ، فقد يوهم هذا أن العاقد لا يملك الفسخ قبلها ، ولكن الصحيح في مذهب الحنفية أنه يملك الفسخ قبلها لكن لا بمقتضى الخيار بل بناء على عدم لزوم العقد . ويلاحظ هنا ، أن الفسخ سواء كان قبل الرؤية أو بعدها قبل القبض أو بعده لا يتوقف على رضا الطرف الآخر ، ولا على قضاء القاضي ، وإنما تتوقف صحته على علم الطرف الآخر فقط دفعاً للغرر عنه بسبب اعتماده على شراء هذا المشتري فلا يطلب لسلعته مشترياً آخر .

ويجب على الممتلك عند الرد أن يحمله إلى محل العقد إذا كان حمل إلى محل آخر سواء كان الذي حمله هو الممتلك ، أو المملك ، لأن مؤنة الرد في خيار الرؤية والشرط والعيب تكون على المشتري .

هل لهذا الخيار وقت محدد ينفى به انقضاءه

هذا الخيار على رأى الراجح عند المثبتين له ليس له وقت محدد ، بل متى ثبت يستمر حتى يوجد ما يسقطه من المسقطات الآتية ، لأن هذا شأن الحقوق لا تسقط إلا بإسقاطها ، أو بإنتهاء أمدتها المحدد لها .

وقيل : إنه يثبت في مجلس الرؤية فقط ، فإن فسخه فيه انفسخ وإلا لزم العقد ، وقيل : إنه محدد بالوقت الذي يتمكن فيه صاحب الخيار من الفسخ ، فإذا مضى وقت بعد الرؤية يسكنى لفسخ العقد ولم يفسخه لزم العقد ، وهذان الرأيان ملاحظ فيهما جانب العاقد الآخر ، لأن إثبات الخيار من غير تحديد وقت له قد يضر بالطرف الآخر .

ولكن أصحاب الرأي الأول لاحظوا ذلك أيضاً فاعتبروا كل ما يدل على الرضا من قول أو فعل إجازة للعقد ، فلو قال : أمضيت العقد ، أو رضيت به ، أو أجزته كان إجازة صريحة ، وإذا تصرف فيه تصرفاً يدل على الرضا ، كقبضه والانتفاع به ، وإجازته وهبته وبيعه كان إجازة ضمنية ، وينتهي بها الخيار كالإجازة الصريحة ، إلا أن يدل على الرضا صراحة لا يعتبر إجازة إلا إذا كان بعد الرؤية ، فإذا كان قبل الرؤية لا يعتبر إجازة ، ولا يسقط خياره ، ومثله في ذلك كل تصرف لا يترتب عليه ثبوت حق لغير العاقدين ، أما إذا كان تصرفاً يترتب عليه حق لغير العاقدين ، كما في البيع والهبة فإنه يعتبر إجازة سواء كان قبل الرؤية أو بعدها .

والسبب في هذه التفرقة أن خيار الرؤية حق أثبتته الشارع بعد الرؤية ، والحقوق لا تسقط قبل ثبوتها ، فلو قلنا بسقوطه قبل الرؤية لكان إسقاطاً قبل الثبوت ، ولولا أن النوع الأخير من الإجازة ترتب عليه حق لغير العاقدين ، وحق الغير يحجب المحافظة عليه ، ولا يمكن استعمال حق الخيار إلا بإبطال ذلك الحق ، لولا ذلك لاضطرد الحكم ، من أجل ذلك اعتبر هذا التصرف إجازة مطلقاً سواء كان قبل الرؤية أو بعدها .

مסקطانه: هذا الخيار يسقط بأمور :

١ - بكل ما يدل على رضاه بالعقد سواء كان صريحاً ، أو دلالة على التفصيل السابق .

٢ - تعذر الرد بهلاك محل العقد ، أو تعييه بعيب يمنع الرد مطلقاً سواء كان بفعله أو بفعل غيره .

٣ - زيادة المعقود عليه زيادة تمنع الرد ، وقد سبق تفصيلها في خيار العيب ، وهي الزيادة المتصلة غير المتولدة منه التي حدثت عند الممتلك ، والمتصلة المتولدة منه على الخلاف ، وكذلك الزيادة المنفصلة المتولدة منه .

٤ - موت من له الخيار سواء كان الموت قبل الرؤية أو بعدها عند من يمنع وراثته هذا الخيار ، وهم الحنفية ، لأنه رغبة ومشية كما سبق في خيار الشرط

خيار التعيين

معناه . مشروعيته . شروطه . وقته .

أثره في العقد . محله . ما ينهى به . وراثته

خيار التعيين : في اصطلاح الفقهاء : هو أن يكون للعاقد حق تعيين أحد

الشيئين أو الثلاثة التي ذكرت في العقد بمقتضى شرط فيه ؟ كأن يقول شخص
آخر : بعث لك إحدى هذه السيارات الثلاث بثمنها المحدد لها - بعد أن
يعين لكل واحدة منها ثمناً - على أن تعين إحداها في مدة ثلاثة أيام ،
ويقبل المشتري هذا العقد ، أو يشتري الشخص واحدة منها ، ويجعل حق
التعيين للبائع .

مشروعيته : هذا الخيار منعه كثير من الفقهاء ، كزفر من الحنفية ،
والإمامان الشافعي وأحمد بن حنبل ، لأن من شروط صحة العقد كون محله معيناً
معلوماً ، وهذا العقد فيه جهالة حيث تردد المبيع بين شيئين أو ثلاثة ، والجهالة
غرر ، والرسول نهى عن بيع الغرر ، ومذهبهم هذا هو مقتضى الأصل والقياس .
ولكن أبا حنيفة وصاحبه أجازوا هذا الخيار استحساناً على خلاف
القياس ، لأن الناس محتاجون إلى مثل هذا النوع من المعاملة ، فهذا رجل كبير
لا يتولى شراء حاجاته بنفسه ، وذاك آخر لا يستطيع الذهاب إلى الأسواق
لكثرة شواغله ، وتلك امرأة محجبة لا تغشى الأسواق ، كل أولئك محتاجون

إلى من يقوم بدولهم بعملية الشراء ، وقد لا يرضى المعين الذى يشتريه الوكيل أو الرسول رغبة من كان الشراء لأجله ، وقد لا يرضى التاجر بإعطائه أنواعا من بضاعته — بغير عقد — ليعرضها على صاحب الشأن لينتقى منها ما يريد فكان المخلص من ذلك كله أن يشتري الرسول واحداً من اثنين أو ثلاثة ويأخذ الكل ليعرضه على صاحب الشأن لينتار منها ما يوافق رغبته ويحقق طلبته . وقد يكون الشخص الذى يشتري لنفسه غير خبير بأحوال السلع فيحتاج إلى عرضها على من له خبرة بذلك ، ولو أجل العقد حتى يرى رأيه لضاعته منه هذه السلعة إما لارتفاع ثمنها ، أو رجوع البائع عن رأيه وبيعها لغيره .

شروط : وخيار التعيين كغيره من الخيارات لا يثبت إلا إذا توفرت شروط ، إن اختل واحد منها فسد الشرط ، وتعدى فسادة إلى العقد ، وهى :
١ — أن يكون الخيار بين شيئين أو ثلاثة لا يتجاوزها ، فإن كان بين أربعة أو أكثر لا يصح ، وذلك لأن هذا الخيار شرع استحساناً على خلاف القياس للحاجة ، فيقدر بقدر الحاجة ، وهى تدفع بالثلاثة وما دونها ، لأن الثلاثة فيها الجيد والردىء والوسط فما زاد يكون مكرراً ، ولا حاجة إليه فيبقى على أصل القياس ، وهو المنع .

٢ — أن تكون الأشياء المخير فيها متفاوتة ليكون للتخير معنى ، فإن كانت متساوية لا يثبت خيار ، والتفاوت إنما يكون فى الأموال القيمية ، والمثلية المختلفة الجنس ، كما إذا باعه إردباً من أرادب ثلاثة ، واحد من القمح ، والثانى من الأرز ، والثالث من الذرة ، أما المثلية المتحدة الجنس فلا تفاوت بينها .

٣ — أن تكون معينة محددة أثمانها ، فإن كانت غير معينة ، كأن يبيع له سيارة من سيارتين من غير تعيين كان المبيع مجهولاً جهالة فاحشة مفضية إلى النزاع فيفسد العقد ، وكذلك لو كانت معينة والثمن غير محدد لكل منها ، لأن البيع يقع على واحد غير معين ، والبيع لا يصح إلا بثمن محدد .

٤ — أن تكون مدة الخيار معلومة على رأى المعتمد عند الحنفية ، وفى رأى آخر لا يشترط هذا الشرط ، فيصح ولو لم تحدد له مدة ، كأن يقول

بعتك واحداً من هذين الشئيين ، لك أن تعين أيهما شئت ، وعلل هذا الرأي ، بأن اشتراط المدة المعينة هنا لا فائدة فيه ، بخلاف اشتراطه في خيار الشرط . يقول صاحب تبين الحقائق (١) في هذا الموضع : (إذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط ، فإن التوقيت فيه يقيّد لزوم العقد عند مضي الوقت ، وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك ، لأنه لازم في أحدهما قبل مضي الوقت ، ولا يمكن تعيينه بمضي الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك . والذي يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه) اهـ . ولكن هذا التوجيه مردود . لأن التحديد لا يخلو من الفائدة ، وهي كما يقول صاحب الحواشي السعدية : « إن تحديد المدة في خيار التعيين له فائدة ؛ وهي أن يجبر على التعيين بعد مضي المدة » ، على أن فيه فائدة أخرى ، وهي دفع الضرر عن الطرف الآخر ، لأننا لو أثبتنا الخيار مطلقاً غير مقيد بوقت لكان الطرف الآخر في حيرة لا يدري مآل ملكه .

فالأوفق أن يكون لخيار التعيين مدة ، وهو ما اتفق عليه الإمام والصاحبان ولكنهم اختلفوا في مقدارها ، فالإمام يرى أنها لا تزيد عن ثلاثة أيام على وفق خيار الشرط ، فإن زادت المدة على ذلك فسد الشرط والعقد .

والصاحبان يذهبان إلى أن تحديدها موكول إلى اتفاق العاقدين ؛ فإذا اتفقا على أكثر من ثلاثة صح .

وعلى هذا الرأي الراجح — وهو اشتراط تعيين المدة — إذا لم يعين لهذا الخيار مدة يكون فاسداً .

هذا واشتراط تحديد المدة في خيار التعيين إذا لم يكن له معه خيار الشرط فإن كان معه استغنى عن تحديدها (٢) بتحديد مدة خيار الشرط .

وإذا اجتمع خيار الشرط وخيار التعيين ، وحدد لكل منهما مدة يكون

(١) ج ٤ ص ٢١ ، ٢٢

(٢) راجع شرح المجلة العدلية — ج ٢ ص ٢٦٢ وما بعدها .

ابتداء مدة خيار التعيين بعد الإجازة بخيار الشرط ، أو مضى مدته إن لم توجد إجازة ، ويلزمه التعيين بعد انتهاء المدتين ، وإذا لم يذكر لخيار التعيين مدة يلزمه التعيين بعد انتهاء مدة خيار الشرط ، لأنه هو الوقت الذى يلزم فيه البيع فى واحد غير معين ، فيصير المشتري شريكاً للبائع فيجبر على التعيين بطلب البائع .

هل يلزم فى صفة خيار التعيين أنه يذكره مع خيار الشرط أو لا ؟

اختلف فقهاء الحنفية فى ذلك . فمنهم من ذهب إلى أن ذلك شرط فلا بد من ذكر الأمرين ، وعلى هذا رأى يكون صاحب الخيار له الحق فى واحد من الخيار فيها . ويمضى العقد ، أو يرد الكل ويفسخ العقد ، فالعقد على هذا رأى غير لازم . ومنهم من ذهب إلى أن ذلك ليس بشرط ، وعلى هذا يكون العقد لازماً فى صورة عدم خيار الشرط ، فليس له رد الكل ، وإن كان صاحب البدائع يرى أن خيار التعيين بمنزلة خيار الشرط يثبت لصاحبه خيار الفسخ لأن الملك الثابت معه ليس لازماً .

والذى يترجح فى نظرى أنه ليس بـ لازم أن يكون مع خيار التعيين خيار الشرط ، لأن الحاجة قد تدعو إليه وحده ، وأن العقد معه لازم فى واحد غير معين ، فليس لصاحبه الحق فى رد الكل وفسخ العقد بمقتضى خيار التعيين وحده . فإذا ما كان متردداً فى تنفيذ العقد من أول الأمر احتياطاً لنفسه واشترط خيار الشرط مع خيار التعيين ، فيكون له الخيار فى الفسخ وفى التعيين معاً .

أثر هذا الخيار فى العقد : مما سبق بيانه يعلم أن أثر خيار التعيين فى العقد يختلف باختلاف النظر ، فمن يذهب إلى أنه مثل خيار الشرط يكون أثره عنده أنه يجعل العقد غير لازم ، ومن يذهب إلى أنه ليس مثله يكون أثره فى اختيار محل العقد فقط ، والعقد لازم معه .

والرأىان متفقان على أنه لا أثر له فى ثبوت أحكام العقد ، لأنها تثبت من وقت تمام العقد ، ولكن على أنها لازمة على رأى الأخير .

محل هذا الخيار: وهذا الخيار لا يكون إلا في عقود المعاوضات المالية التي تفيد تمليك الأعيان كالبيع والهبة بشرط العوض ، والصالح عن دعوى المال بالمال ، وما شاكل ذلك .

مقتضاته : هذا الخيار يسقط بواحد من أمور :

١ - تعيين محل العقد باختيار أحد الشئيين المخير فيهما ، سواء كان ذلك صراحة ، كقوله : اشتريت هذا ، أو رضيت به ، أو كان بطريق الدلالة ، كتصرفه في أحد الأشياء المخير فيها بما يدل على رضاه ، مثل ما إذا كان المخير فيه قطعاً من القماش فقطع واحدة لتفصيلها ثوباً أو سيارة فأجرها أو استعملها بنفسه أو باع واحداً منها أو هبه أو رهنه إلى غير ذلك من التصرفات .

٢ - هلاك أحد الشئيين بعد قبض المشتري ، فإن الهالك هنا يتعين محلاً للعقد ويلزم بدفع ثمنه المحدد له والباقي يتعين للأمانة ، إذا كان الهالك عند البائع فإن الباقي يتعين للاختيار ، فإذا هلك واحد من اثنين ، أو اثنان من ثلاثة كان الباقي هو المباع وينتهي الاختيار .

٣ - تعيب أحد الشئيين بعيب يمنع الرد ، فإنه يتعين محلاً للعقد للضرورة .

ورثة هذا الخيار : وينتقل خيار التعيين إلى الوارث إذا مات من له الخيار قبل التعيين ، لأن ملك المورث ثبت في واحد غير معين ، فيثبت الخيار لوارثه . ليتعين ماله من البائع ، فلو انقضت المدة من غير أن يعين أجبر على التعيين ودفع ثمن الذي عينه من تركه مورثه ، ولو كان مع خيار التعيين خيار الشرط يبطل حكم خيار الشرط بموت صاحبه لأنه لا يورث .

خيار النقد

هذانوع آخر من الخيارات أثبتته الحنفية لحاجة الناس إليه في معاملاتهم ومعناه .

أن يتبايع اثنان من غير دفع الثمن على أن يؤدي المشتري في مدة معينة ،

وإن لم يؤده في هذه المدة فلا يبيع بينهما ، فإذا قبل الطرف الآخر هذا الشرط صح البيع والشرط معاً .

وعلى المشتري أن ينقد الثمن في المدة ، فإن فعل ذلك لزم البيع ، وإن لم يفعل كان البيع فاسداً ، إذا بقي البيع على حاله لم يتغير .

وهذا الخيار كما يثبت للمشتري يثبت للبائع ، وصورتها كما في رد المختار (١) أن يتباعاً ويدفع المشتري الثمن ويجعل للبائع الخيار في رد الثمن في مدة معينة فيقول له : إن رددت الثمن في هذه المدة فلا يبيع بيننا ، ويقبل البائع .

ففي هذه الصورة يثبت الخيار للبائع في رد الثمن إلى المشتري ، فإن رده ارتفع البيع ، وإن لم يرده لزم العقد .

وهذا الخيار جائز استحساناً على خلاف القياس ، ولذلك منعه زفر من الحنفية لتمسكه في الغالب بالقياس .

ووجه الاستحسان هنا ظاهر ، وهو أن الحاجة قد تدعو إلى مثل هذا النوع من الشرط ، وهو في الحقيقة نوع من خيار الشرط ، لأن الخيار هنا ثبت بالشرط ، ولولا الشرط ما ثبت .

مهمته : والقائلون بهذا الخيار اتفقوا على أنه إذا لم يذكر له مدة ، كأن يقول البائع للمشتري إن لم تنقد الثمن فلا يبيع ، أو ذكر مدة مجهولة ، كأن يقول : إن لم تنقد الثمن أياما يكون العقد فاسداً في صورتين .

واتفقوا على صحته إذا حدد مدة ثلاثة أيام أو أقل كيوم أو يومين ، واختلفوا فيما إذا بين مدة معلومة أكثر من الثلاثة كالاربعة مثلاً ، فأبو حنيفة يقول بفساد البيع

ومحمد يقول بصحته ومعه أبو يوسف في قوله الأخير ، والخلاف هنا كالخلاف في خيار الشرط

وهذا الخيار لا يورث باتفاق القائلين به ، لأنه رغبة ومشينة ، والرغبات ليست محلا للأثر ، وهذا الحكم يستوى فيه ما إذا كان الخيار للبائع ، أو للمشتري إلا أنه إذا كان الخيار للبائع في رد الثمن يلزم البيع بموته ، لأن الموجب لإمضاء العقد هو عدم رد الثمن وقد تحقق عدم الرد بموته ، وإذا كان الخيار للمشتري في نقد الثمن يبطل البيع بموته حيث كان الموجب للإمضاء هو نقد الثمن ، ولم يتحقق النقد قبل موته ، ويتعذر بعد موته حيث لا يخلفه أحد فيه

هذا ومن يستعرض أحكام الخيارات الأخرى ، كخيار الاستحقاق ، وهو ما يثبت للمشتري ، إذا استحق بعض المبيع ، فله الحق في رد باقي المشتري ، ويأخذ الثمن كله أو يأخذه بحصته من الثمن ، وخيار تفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري فله في هذه الحالة أن يفسخ العقد أو يمضيه .

من استعرض ذلك كله يجد الفقه الإسلامي يسير مع الزمن ، ولا يأبى كل جديد بل يجده يحاول تحقيق مصالح الناس بشتى الطرق ما لم يكن في ذلك مصادمة لنص قطعي ، أو إبطال لقاعدة من قواعد العامة ، وما جاء من تفريعات الفقهاء مخالفاً لذلك فهو مردود عليهم ، والشرعية منه براء لأنه مصادم للنص القاطع في كتاب الله « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » .

ونكتفي بهذا القدر ، ونحمد الله سبحانه ، ونسأله المزيد من فضله .
« ما يفتح الله للناس من رحمة فلا ممسك لها وما يمسك فلا مرسل له من بعده وهو العزيز الحكيم » .

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
افتتاحية الطبعة الجديدة	٣	علوم العرب وموقف الاسلام منها	٢٩
مقدمة الطبعة الأولى	٥	بعض العادات السائدة عندهم	
القسم الأول		التي أبطلها الاسلام	٣٠
١٣ - ٢٧٥		أدوار الفقه الإسلامى	
الشريعة والدين والفقه والفرق		٣٨ - ١٢١	
بينهما	١٥	الدور الأول - دور التأسيس	٣٩
تعريف الشريعة وأقسامها	١٥	عصر النبوة -- بين مكة والمدينة	
تعريف الدين	١٧	الوحى فى مكة	٣٩
تعريف الفقه	١٩	محاربة التقليد والشرك والوثنية	
تقسيمه إلى عبادات وعادات	٢١	لفت نظرهم إلى آيات السكون	
الفرق بين النوعين	٢١	دعوة القرآن إلى الإيمان بالرسول	
بيان أن قسم العادات فى الفقه		السابقين	٤١
شامل لـكل فروع القانون	٢٢	ضرب الأمثال والقصص .	٤٢
نشأة الشرائع	٢٥	الحض على التخلق بالأخلاق	
حاجة الناس إلى التشريع	٢٦	الفاضلة والتنفير من الرذائل	٤٣
عجز القوانين الوضعية عن تحقيق		التشريع المدنى	٤٤
تلك الحاجة	٢٦	التشريعات العملية . التنظيم	
نشأة الشريعة الإسلاميه	٢٧	الداخلى والخارجى	
حالة العرب قبل الإسلام	٢٨	طريقه التشريع فى هذا الدور	٤٧
بداوة الأمة العربية وأمتها	٢٨	سيره مع الواقع . وتدرجه .	
		وحكمة ذلك التدرج	٥٠

الصفحة	الموضوع
٧٧	استعمالهم للرأى
	أنواع الرأى عندهم
٨٠	احترامهم لأراء بعض
٨١	أمثلة من إفتائهم بالرأى
٨٢	اختلافهم فى الاجتهاد وأسبابه
٨٤	عدم تشعب الخلاف وأسبابه
٨٧	واقعية الفقه وعدم تدوينه
٨٧	تفاوتهم فى استعمال الرأى
٨٨	المرحلة الثانية . عصر الأمويين
	الأحداث الجديدة التى تأثر بها
٨٨	الفقه
	انقسام الأمة إلى خوارج وشيعة
٨٨	وجمهور وسط
٩٠	انصراف الخلفاء إلى السياسة
٩٣	تفرق العلماء فى الأمصار
	ظهور مدرسة أهل الحديث
	ومدرسة أهل الرأى . والفرق
٩٥	بين المدرستين
	المرحلة الثالثة . عصر قوة
٩٦	الدولة العباسية
٩٦	ازدهار الفقه وأسبابه
٩٧	عناية الخلفاء - اتساع الدولة
	الجدل والمناظرات - ترجمة

الصفحة	الموضوع
	أسلوب النصوص القرآنية فى
٥٣	تفسير الأحكام
٥٦	أسس التشريع الاسلامى
٥٦	أولاً : التيسير وعدم الحرج
٥٨	مظاهر التيسير فى التشريع
٥٩	ثانياً : تحقيق مصالح الناس جميعاً
٦٠	مظاهر هذا الأصل
	النسخ فى عهد الرسالة
٦١	أمثلة النسخ
٦٣	تعليل أحكامه
	تنوع أسلوبه
٦٤	ثالثاً : تحقيقه للعدل بين الناس
٦٨	مصادر التشريع فى هذا الدور
٦٩	اجتهاد الرسول
٧١	إذنه لأصحابه فى الاجتهاد
	حكمة الإذن فى الاجتهاد مع
٧١	نزول الوحى
٧٣	الملاحظات
٧٤	الدور الثانى . دور البناء والكمال
٧٤	طابع هذا الدور ومراحله
	المرحلة الأولى . عصر الخلفاء
٧٥	الراشدين
٧٦	طريقتهم فى الفتيا والقضاء

الصفحة	الموضوع
١٢٤	مذاهب الشيعة
١٢٤	الزيدية
١٢٥	الامامية الاثنا عشرية
١٢٨	الاسماعيلية
١٢٨	مذاهب أهل السنة
١٢٩	المذهب الحنفي
	الإمام أبو حنيفة - حياته وطريقته
١٢٩	في الاجتهاد
١٣٣	أصول مذهبه
١٣٤	تلاميذه - أشهرهم
١٣٤	زفر بن الهزلي
١٣٥	أبو يوسف . توليته القضاء
١٣٨	أثره في المذهب الحنفي
١٣٩	محمد بن الحسن
١٤٠	تدوين المذهب . ومسائله
١٤٢	المذهب المالكي
١٤٢	الإمام مالك . حياته
١٤٤	أصول مذهبه
	أشهر تلاميذه من المصريين
١٤٥	وغيرهم
	موازنة بين المذهبين الحنفي
١٤٧	والمالكي
١٤٩	المذهب الشافعي

الصفحة	الموضوع
٩٩	العلوم الأجنبية -
١٠٠	التدوين
١٠١	الفقه التقديرى
١٠٣	مصادر الفقه في هذه المرحلة
١٠٣	الدور الثالث . دور التقليد .
١٠٤	أسباب التقليد
١٠٦	عمل الفقهاء في أول هذا الدور
١٠٧	الفقهاء المتأخرون وعملهم
١٠٧	التأليف وطريقته وتطوره
	كتب الفتاوى وما أفاده الفقهاء
١٠٩	منها
١١١	مراتب الفقهاء
	الدور الأخير . دور النهضة
١١٣	الحالية
١١٥	تغير التدريس والتأليف والقضاء
١١٧	الفقه الاسلامى والتقنين
	بدء تقنينه والقوانين التى صدرت
١١٨	منه إلى الآن .

المذاهب الفقهية

١٢١ - ١٨٠	
١٢١	نشأة المذاهب
١٢٢	الخوارج وفقهم . الأباضية

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
١٧٤	اختلاف في التطبيق	١٥٠	الامام الشافعى . نشأته وحياته
١٧٧	مصادر الفقه الاسلامى	١٥١	فقه الشافعى
	تقسيمها إلى مصادر عقلية	١٥٣	أصوله وطريقته في الاجتهاد
١٧٩	وأخرى عقلية		مخالفاته للمذهبيين الحنفى
١٨٠	تقسيمها إلى أصليه وتبعية	١٥٤	والمالكي
١٨١	المصادر الاصلية القرآن	١٥٥	آثاره العلمية
١٨٢	نزوله منجما وحكمته	١٥٦	تلاميذه
١٨٣	إعجاز القرآن	١٥٨	المذهب الحنبلى . مؤسسه
١٨٥	أسلوبه في بيان الاحكام	١٥٨	فقه الامام أحمد
١٨٧	حجيته ودلالته على الأحكام	١٥٩	محتته
١٨٧	كيف وصل إلينا القرآن	١٦٠	أصول مذهبه
١٨٨	جمع المصحف	١٦١	تدوين المذهب وتلاميذه
١٨٩	مصحف عثمان الموحد	١٦٢	مذهب الليث بن سعد
١٩٢	خط المصحف العثمانى	١٦٣	مذهب الأوزاعى
١٩٣	نقط المصحف وشكا.	١٦٤	المذهب الظاهرى
	القراءات	١٦٥	موقف الأئمة من التقليد
١٩٦	السنة . تعريفها	١٦٦	أسباب اختلاف الأئمة
١٩٦	منزلتها بالنسبة للقرآن		شبهة أثرت حول تعدد الآراء
١٩٧	أقسامها	١٦٨	في الفقه الاسلامى ودفعمها
١٩٨	تدوينها		اعتراف الفقهاء الغريين بمزايا
٢٠٣	حجيتها والاختلاف فيها	١٧٣	اختلاف المذاهب وفائدته
٢٠٥	المصادر التبعية		تنبيه في بيان ان اختلاف الأئمة
			ليس اختلافاً في الأصول ولكنه

الصفحة	الموضوع
	موازنة بين الفقه الاسلامي
٢٢٧	والقوانين الوضعية
٢٢٨	من جهة النشأة
٢٣١	من جهة الغاية
٢٣٦	اختلاف المصدر فيهما
	نتائج اختلاف المصدر تظهر
٢٣٧	في أمور منها . اختلاف الجزاء
	التأثر بعنصر الدين
٢٣٩	والاخلاق
٢٤١	الخضوع للتشريع والامتثال له
	بعض المبادئ التي جاء بها
٢٤٤	الإسلام
٤٤٤	مبدأ العقيدة الصحيحة
٢٤٥	مبدأ نفى الواسطة بين العباد وخالقهم
٢٤٥	مبدأ الاعتدال في كل شيء
٢٤٦	مبدأ التعاون
٢٤٦	مبدأ العدالة والمساواة
٢٤٨	مبدأ الشورى
٢٤٨	مبدأ الحرية . حرية العقيدة
	حرية الرأي . حرية المسكن
٢٥٠	وغيرها
٢٥١	مبدأ التسامح
٢٥٢	مبدأ التضامن الاجتماعي

الصفحة	الموضوع
	الاجماع
٢٠٥	تعريفه . إمكان تحققه
٢٠٦	أنواعه . صريح وسكوتي
٢٠٧	حجته . وأمثلته
٢٠٨	القياس
	تعريفه أو كونه مرتبته بين
	الأدلة . أمثلته . الاستصلاح
٢١١	أو المصالح المرسله
	معنى المصلحة . أنواعها . المتفق
	عليه منها والمختلف فيه . أمثلتها
	موقف الأئمة منها . وشروط
٢١٣	اعتبارها
٢١٤	الاستحسان
	آراء الأئمة فيه . حقيقته .
	أمثلته . الفرق بينه وبين المصالح
٢١٦	المرسله
٢١٧	العرف
	معناه . الفرق بينه وبين العادة
	أنواعه . القول والعمل . العام
	والخاص . الصحيح والفساد
٢١٩	شروط اعتبار العرف
٢٢٠	العرف والتخصيص
٢٢٣	تغير الأحكام الاجتهادية تبعاً
٢٢٤	لتغير العرف

الصفحة	الموضوع
٢٧٨	في الفقه الإسلامي . وبعض الكتب المولفة في ذلك .
٢٨٥	نظريته الملكية : ٢٨٥ - ٣٦١
٢٨٥	تمديد في تعريف المال . وبيان أنواعه
٢٨٦	التعريف بالمال
٢٨٧	مالية المنافع والحقوق
٢٨٩	أنواع المال - تقسيماته
٢٨٩	المتقوم وغير المتقوم
٢٩١	العقار والمنقول
٢٩٢	المثلي والقيمي
٢٩٤	التعريف بالملك
٢٩٦	المال والتملك
٢٩٧	أنواع الملك - تام وناقص
٢٩١	الملك الناقص وأنواعه
٢٩٨	ملك العين وحدها
٢٩٩	أسبابه وخصائصه
	ملك المنفعة أو حق الانتفاع
	الشخصي وهل هما متخذاً أو
٣٠٠	مقايير ان ؟
٣٠١	أسباب هذا النوع من الملك
٣٠٢	خصائص هذا النوع

الصفحة	الموضوع
	الفقه الإسلامي ودعوى تأثره بالقانون الروماني . تصوير شبه الزاعمين وبيان زيفها ومخالفتها للحقيقة
٢٥٤	الحيل . موقف الشريعة منها
٢٦٢	معنى الحيلة . والمراد بها
٢٦٣	حكمها في الشريعة
٢٦٥	أنواع الحيل
٢٦٦	موقف الأئمة منها
	ما أحدثه الفقهاء المتأخرون من الحيل
٢٦٧	منى نشأت
٢٦٨	تطورها حتى وصلت إلى وضعها الأخير
٢٦٩	كلمة ختامية في بيان اتجاه الانظار إلى الفقه الإسلامي . وعقد الأمل عليه في تقنين جديد يتم به الاستقلال والتحرر من آثار الاستعمار الغربي البغيض
٢٧٠	لم يكن هذا التقنين لو أرادوا القائمون بالأمر
٢٧٣	القسم الثاني
٢٧٧	تمهيد في تاريخ تقنين القواعد

الصفحة	الموضوع
٣٣٧	تقسيمها إلى جبرية واختيارية
٣٣٨	تقسيمها إلى منقولة للملكية
٣٣٩	وناقلة لها
٣٣٩	تقسيمها إلى فعلية وقولية
	وضع اليد على المالك المملوك
	للغير وأثره في كل من الفقه
٣٣٩	الإسلامي والقانون الوضعي
	الاستيلاء على المبال المباح
٣٣٩	وأنواعه
٣٣٩	إحياء الأرض الموات
	تعريف الأرض الموات شروطه
٣٣٧	تملكها بالإحياء
٣٣٨	بم يكون الإحياء
٣٣٩	التحجير وأثره
	خلاف الفقهاء في اشتراط إذن
٣٤٠	ولي الأمر قبل الإحياء للملك
	الاستيلاء على الركن المعادن
٣٤١	والكنوز
	معنى هذه الألفاظ في اللغة
٣٤٢	وخلاف الفقهاء في استعمالها
	المعادن وإباحتها والاختلاف
٣٤٢	فيها
	حق الدولة فيها والاختلاف

الصفحة	الموضوع
٣٠٦	الأمور التي ينتهي بها
	حق الانتفاع العيني . حق الارتفاق
٣٠٨	تعريفه
	الفرق بينه وبين حق الانتفاع
٣٠٩	الشخصي . خصائص هذا الملك
٣١٠	الأسباب المثبتة لحقوق الارتفاق
	حق الشرب -- تعريفه أقسام
	المياه بالنسبة لحق الشرب
٣١٢	والشرب
٣١٥	حق المجرى أو الإجراء
٣١٧	حق المسيل
٣١٧	حق المرور
	الطريق العام والحقوق التي
٣١٧	تثبت فيه
٣١٨	الطريق الخاص
٣١٩	حقوق الجوار
٣٢٠	الجوار الرأسي . حق التعلل
	أحكامه
٣٢٣	الجوار الجانبي
	ما يثبت للجار على جاره وآراء
٣٢٤	الفقهاء في ذلك
٣٢٧	الملك التام . خصائصه
٣٢٨	أسبابه

الصفحة	الموضوع
٣٦٨	العقد في عرف القانونيين
٣٦٩	تكوين العقد وإنشاؤه
	أركان العقد
٣٧٠	معنى الركن . الإيجاب والقبول
٣٧١	شروط الانعقاد
	أهنية المتعاقدين . وعلم كل منهما
	بما صدر من الآخر - وقبول
	المحل لحكم العقد - وضوح
٣٧٢	دلالة الصيغة
٣٧٣	موافقة القبول للإيجاب
٣٧٤	اتصال القبول بالإيجاب
	تفسير الاتصال المراد للفقهاء
٣٧٨	خيار المجلس
	معناه وآراء الأئمة في شرعيته
٣٨٢	الإيجاب وأثره
٣٨٣	مبطلات الإيجاب
	العبارة الواحدة وأثرها في
	إنشاء التصرف ، الالتزام
٣٨٥	والعقد ،
	آراء الفقهاء في أثرها في العقد
٣٨٧	ذى الطرفين
٣٩١	صيغة العقد وهم تتحقق
٣٩٢	العبارة

الصفحة	الموضوع
٣٤٤	في ذلك
٣٤٧	الكنز وأنواعه
	الجاهل والإسلامي - وحكم
٣٤٨	كل منهما
٣٤٩	الصيد - معناه
٣٥١	الاستيلاء الحقيقي وما يثبت به
	الاستيلاء الحكمي . معناه
	وما يفيد من الملك . وشروط
٣٥٢	إفادته الملك
٣٥٤	الكلا والآجام والفرق بينهما
٣٥٥	تقسيم الملك إلى متميز وشائع
٣٥٦	أحكام الملك الشائع
	بعض الحالات التي ينزع فيها
٣٥٧	الملك جبرا
٣٥٧	مماطلة المدين في دفع ما عليه
٣٥٨	امتناع المحتكر عن بيع الطعام
٣٥٨	نزع الملك للنفعة العامة
٣٥٩	الشفعة كناية إجمالية عنها
٥٦٣	نظرية العقد
٣٦٥	التعريف بالعقد
	الفرق بينه وبين التصرف
	والالتزام

الصفحة	الموضوع
٤٢٦	وأثرها في العقد
٤٢٨	آراء الفقهاء في شرعيتها
٤٢٩	مذهب الحنفية في الشروط
٤٢٩	الشرط الصحيح
٤٣٠	الشرط الفاسد وأثره في العقد
٣٣١	الشرط الباطل
٤٣١	مذهب الحنابلة في الشروط
٤٣٤	محل العقد وشروطه
٤٤٠	العاقدة
٤٤١	الأهلية - تعريفها
٤٤١	أهلية الوجوب . ومناطها
٤٤٣	أهلية الأداء ومناطها
٤٤٣	مراحل ثبوت الأهلية للإنسان
	مرحلة كونه جنينا
٤٤٤	مرحلة الطفولة وعدم التمييز
٤٤٤	مرحلة التمييز وما يثبت فيها
٤٤٥	تصرفات الصغير المميز
٤٤٧	مرحلة البلوغ والرشد
٤٤٨	معنى الرشد ووقت ثبوته
٤٤٩	تحديد سن الرشد في القانون
٤٥١	عوارض الأهلية
٤٥٢	النوم ، والإغماء
٤٥٣	الجنون ، والعتة

الصفحة	الموضوع
٢٩٦	الكتابة
٣٩٧	الإشارة
٣٩٨	التعاقد بالأفعال
	العقد بين نية العاقد وإرادته
٤٠٢	الظاهرة
	بم تتحقق الإرادة الباطنة
	الرضا والاختيار والاختلاف
٤٠٣	في اتحادهما أو تلازمهما
	صور تخالف الارادتين أو
٤٠٦	اختلال إحداهما
٤٠٧	أحكام هذه الصور
	عبارة السكران وموقف الفقهاء
٤٠٨	منها
	عبارة المخطيء والناسى والغافل
٤٠٩	وعبارات الممثلين
	عبارات الهازل والمستهزى
٤١٠	عبارة المكره
	العبارة التي قصد بها أمر محظور
٤١٥	شرعا وآراء الفقهاء فيها
٤١٧	بيع العينة وزواج المحلل
٤١٩	المذاهب في اختلاف الارادتين
٤٢٣	التشريع الوضعي في ذلك
	الشروط المقترنة بالصينة

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٤٧٩	أنواع الوكالة	٤٥٤	السكر والسفه وأثره في التصرفات
	خاصة وعامة	٤٥٥	الحجر على التيفيه
٤٨٠	مقيدة ومطلقة		الغفلة . الدين وأثره في
٤٨٢	الوكالة بأجر وبغير أجر	٤٥٧	التصرفات
٤٨٢	علاقة الوكيل بالموكل		الحجر بسبب الدين . ومتى
	هل يملك الوكيل أن يوكل	٤٥٧	يكون
٤٨٣	غيره ؟	٤٦٠	مرض الموت
٤٨٣	تعدد الوكلاء	٤٦١	تعريفه . الملاحظ في تحققه
	حكم العقد وحقوقه بين الموكل		تصرفات المريض . ما يلحقها
٤٨٤	الوكيل	٤٦٣	الحجر منها وما لا يلحقها
٤٨٧	انتهاء الوكالة		الحقوق التي تتعلق بمال المريض
٤٨٩	الفضولي	٤٦٨	الولاية
	تعريفه . مشروعيه تصرفه	٤٦٩	تعريفها وأنواعها
٤٨٩	والخلاف فيها		مبدأ ثبوت الولاية . وعلى من
٤٩٠	أدلة نفاة مشروعيتها	٤٧٠	تكون
٤٩١	أدلة المجوزين	٤٧١	من تثبت له الولاية
٤٩٣	أثر الإجازة في الفضولي	٤٧١	شروط الولاية
٤٩٤	شروط صحة الإجازة	٤٧٣	الوكالة ، تعريفها
٤٩٥	عقد الفضولي بالنسبة لطرفيه		ذليل شرعيتها وحكمة
٤٩٥	الفضولي في نظر القانون	٤٧٣	مشروعيتها
٤٩٦	حكم العقد وتقسيماته	٤٧٤	أركانها
	التقسيم الأول باعتبار المشروعية	٤٧٥	شروطها . شروط الموكل
		٤٧٦	شروط الوكيل . والموكل فيه

الصفحة	الموضوع
٥١٨	العقد المنجز
٥١٩	المضاف والمعلق
٥٢٠	شروط صحة التعليق
	العقود بين التنجيز والإضافة
٥٢١	والتعاقب
٥٢٢	العقود والإضافة
٥٢٢	العقود والتعليق
٥٢٥	عيوب العقد
٥٢٦	الإكراه
٥٢٧	أنواع الإكراه
٥٢٨	الغلط
٥٢٨	الغلط الظاهري والباطني
٥٢٩	الغلط في جنس المعقود عليه
٥٣٠	صفته
٥٣٢	الغبن والتغيير
	الغبن اليسير والفاحش
٥٣٣	التغيير
٥٣٣	تعريفه أنواعه
٥٣٢	الغبن اليسير وأثره
٥٣٤	الغبن الفاحش وأثره
	آراء الفقهاء في تأثيره
٥٣٦	أثر التغيير
٥٨٣	

الصفحة	الموضوع
٤٩٧	وعدمها
٤٩٩	العقد الصحيح
٥٠٠	العقد الباطل . العقد الفاسد
	تقسيم العقد عند الجمهور إلى
٥٠٢	صحيح وغير صحيح
٥٠٤	أقسام العقد الصحيح
	النافذ . الموقوف
٥٠٥	أقسام العقد النافذ
٥٠٥	اللازم . وغير اللازم
	التقسيم الثاني إلى مسماة وغير
٥٠٨	مسماة
٥٠٨	تعريفهما . والفرق بينهما
	الوقف . الفقه الإسلامي من
٥٠٩	العقود غير المسماة
٥١١	آراء الفقهاء فيها
	التقسيم الثالث للعقود باعتبار
	آثارها . والأغراض التي
٥١٣	تقصد منها
	تتقسم إلى مجموعات سبع
	التقسيم الرابع إلى عينية وغير
٥١٧	عينية
	التقسيم الخامس باعتبار اتصال
	آثار العقد به وعدم اتصالها

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٥٦١	مشروعيته	٥٣٨	الخيارات
٥٦٢	شروط ثبوته	٥٣٨	تعريف الخيار
٥٦٢	المراد بالرؤية	٥٣٩	أنواع الخيارات
٥٦٣	لمن يثبت هذا الخيار	٥٤٠	خيار الشرط
٥٦٤	العقود التي يثبت فيها	٥٤٠	تعريفه . مشروعيته
٥٦٤	أثره في العقد	٥٤١	مدته واختلاف الفقهاء فيها
٥٦٤	هل لهذا الخيار وقت محدد ؟	٥٤٢	لمن يثبت
٥٦٥	مسقطاته		العقود التي يدخلها خيار
٥٦٦	خيار التعيين	٥٤٣	الشرط
٥٦٦	معناه ومشروعيته	٥٤٦	أثره في العقد
٥٦٧	شروطه	٥٤٧	انتهاء الخيار
٥٦٩	مدته والخلاف فيها	٥٤٨	خيار العيب
٥٦٩	أثر هذا الخيار في العقد ومحلله	٥٤٩	تعريفه . ومشروعيته
٥٧٠	مسقطاته	٥٥٠	العيب الذي يثبت به الخيار
٥٧٠	ورائته	٥٥١	شروط ثبوت الخيار بالعيب
٥٧٠	خيار النقد		هل يحتاج الفسخ فيه إلى
٥٧١	تعريفه ومشروعيته	٥٥٢	التراضى أو القضاء
٥٧١	مدته	٥٥٣	وقت هذا الخيار
٥٧٢	إرثه	٥٥٤	العقود التي يدخلها
٥٧٣	فهرس الموضوعات	٥٥٤	أثره في العقد
		٥٥٥	موانع الرد بخيار العيب
		٥٥٨	خيار العيب والإرث
		٥٥٩	خيار الرؤية . تعريفه

Bibliotheca Alexandrina



0360577

To: www.al-mostafa.com