

مَصَادِرُ الْحَقِّ

فِي

الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

دراسة مقارنة بالفقه الغربي

ألفها

الدكتور عبد الرزاق السنهوري

طبعة جديدة مطبوعة في مصر

مكتب التحقيق بدار إمام أبي بكر الصديق

٦-٥-٤

مركز الدراسات والبحوث
والمعلوماتية والتراث العربي

مصادر الحق
في
الفقه الإسلامي
(٤)

مصائد الحق

في

الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالفقه الغربي

الجزء الرابع

نظرية السبب ونظرية البطلان

ألقاها

الدكتور عبد الرزاق السنهوري

(توفي عام ١٩٧١ م)

(على طلبة قسم الدراسات القانونية)

١٩٥٣ - ١٩٥٤

طبعة مبررة منقحة مضمنة بغير

مكتب التحقيق بدراميل والتراث العربي

دار إحياء التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي

بيروت - لبنان

حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الأولى

DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI

Publishing & Distributing

دار إحياء التراث العربي

للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف: ٢٧٢٦٥٢ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٧٨٢ - ٢٧٢٧٨٣ فاكس: ٨٥٠٧١٧ - ٨٥٠٦٢٣ ص.ب: ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box; 7957/11

الفصل الثالث

السبب

الفرع الأول

نظرية السبب في الفقه الغربي الحديث

الفقه اللاتيني والفقه الجرمانى:

يعنينا في بسط نظرية السبب في الفقه الغربي الحديث أن نستعرض هذه النظرية في كل من الفقه اللاتيني والفقه الجرمانى، ذلك أن الفقه الإسلامى، كما سنرى، شارك كلا من هذين الفقهاء في بعض الخصائص التي تتميز بها هذه النظرية الدقيقة.

فنستعرض في مبحث أول نظرية السبب في الفقه اللاتيني، ثم نستعرض في المبحث الثاني هذه النظرية في القانون الألماني.

المبحث الأول

نظرية السبب في الفقه اللاتيني^(١)

تمهيد

السبب والإرادة معنيان متلازمان:

يمكن تعريف السبب تعريفاً أولياً بأنه هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصراً في كل التزام، بل يقتصر على الالتزام العقدي، إذ الالتزام غير العقدي لم يقم على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذي قصد إليه الملتزم من وراء التزامه.

والسبب، كعنصر في الالتزام العقدي، يتصل أوثق الاتصال بالإرادة. ليس هو الإرادة ذاتها، ولكنه الغرض المباشر الذي اتجهت إليه الإرادة. فحيث توجد الإرادة يوجد السبب، ولا تتصور إرادة لا تتجه إلى سبب إلا إذا صدرت عن غير وعي، كإرادة المجنون. ولما كانت الإرادة لا يعتد بها إلا إذا صدرت عن وعي وتميز، فالإرادة المعتبرة قانوناً لا بد لها من سبب.

ويمكن إذن أن نستخلص مما تقدم أن السبب ركن في العقد غير ركن الإرادة، ولكن الركنتين متلازمان لا ينفك أحدهما عن الآخر.

ولكن السبب والشكل معنيان متعارضان:

وتاريخ نظرية السبب يقوم على الحقيقة الآتية: كلما زاد حظ الإرادة في تكوين العقد،

(١) اعتمدنا في تلخيص نظرية السبب في الفقه اللاتيني على كتابنا «الوسيط»، الجزء الأول فقرة (٢٤٢ - ٢٩٧).

وضعف حظ الشكل، زادت أهمية السبب. ذلك أن الإرادة، من حيث إنها تحدث آثاراً قانونية، إذا هي انطلقت من قيود الشكل وجب أن تتقيد بالسبب. وعندما كان الشكل وحده - دون الإرادة - هو الذي ينشيء العقد، لم يكن للسبب من أثر. ثم بدأ السبب في الظهور عندما بدأت الإرادة تتحرر متدرجة من قيود الشكل. وكلما زاد تحررها من هذه القيود زاد ربطها بقيود السبب، إلى أن تم تحريرها، فوجدت نظرية السبب كاملة تحل محل الشكل.

ونرى مما تقدم أنه حيث يتغلب الشكل يقل شأن السبب، وحيث يضعف الشكل يقوى أمر السبب. هكذا كانت الحال في القانون الروماني، فقد بدأ هذا القانون شكلياً، فلم يكن فيه إذ ذاك للسبب نصيب. ولما أخذ الشكل يتقلص وتظهر العقود الرضائية، بدأ السبب يظهر بظهور الإرادة ليكون قيداً لها بدلاً من الشكل. وهكذا كانت الحال في القانون الفرنسي القديم، فإن السبب لم يكد يعرف فيه إلا عندما وصل رجال الكنيسة إلى تقرير الرضائية في العقود، فظهر السبب بعد أن كانت الشكلية تستره، وبرز قوياً ليعطى الإرادة بقيود تحل محل قيود الشكل. وهذه هي الحال أيضاً في القانون الحديث حيث الشكلية تكاد تنعدم، فأينعت نظرية السبب وازدهرت، بل لعلها رجعت إلى أصلها قوية كما كانت في القانون الكنسي، لولا أن العقد المجرد حل محل العقد الشكلي في الانتقاص من سلطان السبب.

تطور العقد من عقد شكلي إلى عقد رضائي مسبب إلى عقد رضائي مجرد:

وتاريخ نظرية السبب يهديننا إلى حقيقة أخرى. فقد بدأ العقد شكلياً حيث السبب لا أثر له، ثم تطور إلى عقد رضائي حيث السبب له أكبر الأثر، ثم تطور أخيراً إلى عقد مجرد حيث انفصلت الإرادة عن سببها ولم يعد للسبب إلا أثر غير مباشر. والقوانين الجرمانية هي التي ماشت هذا التطور إلى نهايته، أما في القوانين اللاتينية فالعقد لا يزال رضائياً ولا تزال نظرية السبب في العقد تشغل المكان البارز ولا يوجد العقد المجرد إلا في دائرة محدودة ضيقة.

خطة البحث:

ونبحث:

(أولاً): كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت.

(ثانياً): ما انتهى إليه أمر نظرية السبب في القوانين اللاتينية الحديثة.

المطلب الأول

كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت

التطور التاريخي لنظرية السبب:

لعل نظرية قانونية لا يلقي عليها تاريخ تطورها من الضوء بمقدار ما يلقي التاريخ على نظرية السبب. ظل القانون الروماني بمعزل عن هذه النظرية إلى مدى بعيد، إذ غلبت فيه الشكلية. وقد نبتت النظرية، ثم ترعرعت، منذ تحررت الإرادة من الشكل في عهد القانون الكنسي. وتطورت

النظرية بعد ذلك تطوراً يغيّر طبيعتها، وانقلبت على يد دوما ومن تلاه من الفقهاء من نظرية ذاتية إلى نظرية موضوعية، وبقيت كذلك عهداً طويلاً. وانتقلت على هذا النحو إلى القانون الفرنسي الحديث، ضعيفة الأثر قليلة الجدوى، ثم استردت جذتها في العهد الحاضر، ورجعت خصبة قوية منذ عادت نظرية ذاتية.

١ - نظرية السبب في القانون الروماني

العهد القديم - لم يكن هناك مجال للسبب لتغلب الشكلية:

كانت العقود في العهد القديم للقانون الروماني شكلية، فكان العقد ينقذ بأوضاع وأشكال خاصة، ولم يكن للإرادة أي دخل في تكوينه. وكانت العقود الشكلية ثلاثة: عقداً يتم بوزن صوري، ثم ظهر إلى جانبه العقد الكتابي ويتم بكتابة على نحو خاص، والعقد اللفظي ويتم بألفاظ معينة، ولم تكن هذه العقود الشكلية عقوداً بالذات، بل كانت قوالب تصب فيها العقود، فالبيع والإيجار والقرض والشركة وغيرها من العقود كانت توضع في شكل من هذه الأشكال الثلاثة حتى يتم انعقادها. وهذه الأشكال هي التي كان الرومان يدعونها «السبب المدني». فهي ليست سبباً للالتزام العقدي على النحو المعروف في القانون الحديث، بل هي سبب لانعقاد العقد، أو هي الشكل القانوني الذي يجعل العقد يتكون. وهذا الشكل ضروري في انعقاد العقد إذ بدونه لا ينقذ، وهو في الوقت ذاته كاف لانعقاده لأنه متى وجد انعقد العقد، سواء وجدت الإرادة أو لم توجد، وجدت صحيحة أو معيبة، اتجهت إلى غرض مشروع أو إلى غرض غير مشروع، فالشكل وحده لا الإرادة هو الذي يوجد العقد. ومتى استبعدت الإرادة عن تكوين العقد فقد استبعد معها السبب، لأن السبب ليس إلا الغرض الذي تتجه إليه الإرادة كما سبق القول.

العهد المدرسي - ظهور السبب في العقود غير الشكلية:

ولما ظهر في العهد المدرسي من القانون الروماني، إلى جانب العقود الشكلية، عقود أخرى غير شكلية، وبخاصة العقود الرضائية وعقود التبرع - فبرز دور الإرادة في تكوين العقد - ظهر السبب بظهور الإرادة.

ففي عقد البيع، وهو أهم العقود الرضائية، ظهرت فكرة السبب في مرحلة تكوين العقد لا في مرحلة تنفيذه. فالتزام البائع اعتبر سبباً للالتزام المشتري، بحيث إذا هلك المبيع قبل البيع فامتنع التزام البائع لانعدام المحل لم يقم التزام المشتري لانعدام السبب. أما في مرحلة تنفيذ البيع فلم يكن لفكرة السبب من أثر، ولم يكن لأحد من المتعاقدين فسخ البيع إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، بل يبقى البيع، ويطالب بتنفيذ الالتزام الذي لم ينفذ حتى لو كان المتعاقد الآخر المطالب بالتنفيذ، لم يقم من جانبه بتنفيذ التزامه، لأن التزام كل من المتعاقدين مستقل في تنفيذه عن التزام المتعاقد الآخر. وإذا اعتبر كل منهما سبباً للآخر في مرحلة تكوين البيع، فإن كلا منهما مستقل عن الآخر ولا شيء يربط بينهما في مرحلة التنفيذ.

أما في الهبة - وهي أهم عقود التبرعات - فقد اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد كبير.

فالسبب في الهبة هو نية التبرع، فإذا انعدمت هذه النية انعدم السبب وبطلت الهبة. فمن تعهد بوفاء التزام طبيعي معتقداً أنه التزام مدني لا يكون متبرعاً، ويبطل تعهده لانعدام السبب. والهبة المقترنة بشرط يكون الشرط سبباً لها إذا كان هو الدافع إلى التبرع، فإذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ الشرط كان للواهب أن يسترد هبته. وفي الوصية - وهي إرادة منفردة - اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد أن مزجه بالبائع. فإذا اعتقد الموصي أن وارثه قد مات فأوصى بماله لأجنبي، ثم تبين أن الوارث لا يزال حياً، واستطاع هذا أن يثبت أن البائع على الوصية هو اعتقاد الموصي أن الوارث قد مات، فالوصية باطلة لانعدام سببها.

موقف القانون الروماني من نظرية السبب:

ويتبين مما قدمناه أن القانون الروماني، في عهده المدرسي دون العهد القديم، اعترف في بعض العقود بفكرة السبب إلى مدى محدود. وهذه العقود هي التي ظهرت فيها الإرادة كعامل من عوامل تكوينها، وحيث تظهر الإرادة يظهر السبب كما قدمنا. ولكن الرومان تمثلوا فكرة السبب فكرة موضوعية لا ذاتية، ونظروا إلى السبب موجوداً في العقد لا خارجاً عنه، وهو واحد لا يتغير في النوع الواحد من العقود مهما اختلفت البواعث والدوافع. وإذا كانوا قد توسعوا في السبب فمزجوه بالبائع، فقد فعلوا في نطاق ضيق محدود، وكان ذلك بنوع خاص في بعض التبرعات على النحو الذي بيناه. وسنرى فيما يلي أن هذا التصوير الروماني هو الذي رجع إليه دوما في صياغته لنظرية السبب.

٢ - نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم

عهدان:

بقيت فكرة السبب تتطور تطوراً مستمراً طوال القرون السبعة التي سبقت التقنين المدني الفرنسي، من القرن الثاني عشر إلى مستهل القرن التاسع عشر. وفي خلال هذه القرون الطويلة يمكن التمييز بين عهدين يفصل بينهما الفقيه الفرنسي المعروف دوما (Domat) في القرن السابع عشر، إذ هو الذي صاغ فكرة السبب نظرية عامة بعد أن تهيأت لها عوامل الصياغة طوال القرون التي سبقت. ومنذ صاغ دوما نظرية السبب، تبعه الفقهاء في صياغته، وتناقلوا عنه ما كتب، حتى انتقلت النظرية عن طريق بوتيه (Pothier) إلى التقنين المدني الفرنسي.

نظرية السبب - في العهد الذي سبق دوما - فكرة السبب عند الفقهاء الكنسيين:

تداول فكرة السبب في هذا العهد فريقان من الفقهاء: فريق الرومانيين وفريق الكنسيين.

أما الفريق الأول فقد اقتفوا أثر القانون الروماني. وعنوا بنوع خاص بالعقود الملزمة للجانبين، فأبرزوا الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في هذه العقود. ولكنهم مع ذلك التزموا حدود القانون الروماني، فلم يصلوا إلى حد القول بجواز الفسخ في البيع إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه، بالرغم من أن منطق الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كان يقضي عليهم بذلك. فبقيت فكرة السبب عندهم، كما كانت عند الرومان، فكرة موضوعية لا ذاتية، داخلة في

العقد لا خارجة عنه، وهي واحدة لا تتغير في نوع واحد من العقود.

وأما فقهاء الكنيسة فقد كانوا يقدمون على اعتبارات الصياغة الفنية الرومانية الاعتبارات الأدبية الدينية. وهذه الاعتبارات الأخيرة كانت تقتضيهم أن يقرروا مبدأين: المبدأ الأول: أن الوفاء بالوعد واجب، وأن الإخلال به خطيئة، ومن ثم كان المتعاقد يلتزم بمجرد تعهده، فكانت الإرادة عندهم - لا الشكل - هي التي تنشيء العقد وتجعله ملزماً. وتدرجوا في هذا المبدأ حتى أقروا أي عقد يقوم على محض تقابل الإرادتين دون حاجة إلى شكل أو تسليم أو تنفيذ أو نحو ذلك مما كان القانون الروماني يتطلبه. والمبدأ الثاني: أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان يهدف إلى غرض غير مشروع، ذلك أن القيام بعمل غير مشروع يعد خطيئة. ولا يصح الاحتجاج بأن المتعاقد قد ارتبط بالعقد وبأن الإخلال بما ارتبط به يعد خطيئة أيضاً، فالخطيئة ليست في أن يخل بهذا الارتباط، بل في أن يرتبط بعقد غير مشروع: الارتباط بمثل هذا العقد يعتبر خطيئة، وتنفيذه يعتبر خطيئة أخرى. وها نحن نرى إلى أي مدى يسوق هذا المنطق، فالغرض الذي يريد المتعاقد أن يحققه من وراء التزامه هو السبب في العقد، وهذا السبب إذا كان غير مشروع جعل العقد باطلاً. وإذا سلمنا أن الإرادة وحدها تلزم المتعاقد، وجب أن نسلم في الوقت ذاته أن هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى تحقيق غرض مشروع وإلا كانت عديمة الأثر. فيبرز أمامنا السبب في صورة أخرى غير الصورة التي ألفناها في القانون الروماني، شيئاً غير مجرد الصياغة الفنية، وعاملاً نفسياً زاهراً بالقوة بعيداً في الأثر. ويبدو لنا في وضوح أن الفقهاء الكنسيين وضعوا إلى جانب الإرادة - بعد أن جردوها من الشكل - الغرض الذي ترمي إلى تحقيقه، وربطوها به، فأصبحت الإرادة لا تنفصل عن الغرض الذي تهدف إليه، وهي إذا تجردت من الشكل فليست تتجرد من السبب. والسبب هنا ليس هو هذا السبب الروماني الموضوعي الداخل في العقد والذي يبقى واحداً لا يتغير في نوع واحد من العقود، بل هو الباعث النفسي الخارج عن العقد والذي يتغير فيختلف في عقد عنه في العقد الآخر.

ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل الذي ابتدعه الفقهاء الكنسيون أموراً أربعة:

أولاً: أن السبب برز إلى جانب الإرادة بمجرد أن ظهرت الإرادة عاملاً أساسياً في تكوين العقد.

ثانياً: أن نظرية السبب تطورت تطوراً خطيراً، فأصبح السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد.

ثالثاً: أن السبب بهذا المعنى الجديد حل محل الشكل قيماً على الإرادة. فما دام الوعد القائم على الإرادة وحدها ملزماً دون حاجة إلى الشكل، فلا أقل من أن يكون هذا الوعد متجهاً إلى تحقيق غاية مشروعة. ومن هنا استطاع الكنسيون أن يداوروا مبادئ القانون الروماني فلا يتعارضون معه تعارضاً صريحاً، وأمكنهم أن يتجنبوا ظاهراً القول بأن الاتفاق العاري (Pactenu) ملزم وحده، وأن يستبدلوا بعبارة «الاتفاق العاري» عبارة «الوعد المسبب»، فيضيفوا إلى القائمة الرومانية للعقود الملزمة طائفة جديدة هي طائفة «الوعود المسببة».

رابعاً: أن السبب إذا كان قد قيد الإرادة من جهة، فهو قد أطلقها من جهة أخرى، إذ حررها

من الشكل، وجعلها وحدها ملزمة ما دامت تتجه إلى تحقيق غاية مشروعة.

فالكنسيون كما نرى هم الذين ابتدعوا نظرية السبب: لا بمعناها الروماني الضيق، بل بمعناها الجديد الواسع. وما لبث الفقه والقضاء في فرنسا أن اتبعهم، وأصبحت الإرادة وحدها ملزمة ما دامت الغاية التي تهدف إلى تحقيقها غاية مشروعة. وفهم السبب بأنه الباعث الدافع إلى التعاقد، فأبطلت العقود التي تهدف لاستغلال النفوذ. واعتبرت ديون المقامرة باطلة لعدم مشروعيتها، وأصبح الباعث يؤثر في التبرعات من هبات ووصايا، فإذا كان غير مشروع بطلت هذه التبرعات. وسارت الأمور على هذا النحو المحمود حتى جاء دوما يصوغ نظرية عامة للسبب، ولكنه صاغها نظرية جوفاء فارغة، رجع فيها إلى تقاليد القانون الروماني التي سلف ذكرها.

نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التقنين المدني الفرنسي:

إذا كان دوما قد تميز بهذه النظرية الشاملة التي أحاط بها موضوع السبب، فصاغ منه نظرية عامة محبوبة الأطراف لم تكن قبله قد نسقت على النحو الذي قام به هو، فإنه مع ذلك قد أساء - في رأينا - إلى نظرية السبب أكثر مما أحسن، وعاق تطورها الطبيعي. وأعادها إلى وضعها الروماني نظرية قاحلة مجدية.

ويشترط دوما قيام السبب في جميع العقود. فالسبب في التزام المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين هو ما يقوم به المتعاقد الآخر، أي التزامه المقابل والسبب في التزام المتعاقد في العقود الملزمة لجانب واحد هو ما قام به المتعاقد الآخر، أي التسليم الذي تم من جانبه في مبدأ الأمر. والسبب في التبرعات هو إرادة المتبرع في أن يتبرع، أي نية التبرع. ومن ذلك نرى أن نظرية دوما في السبب قامت على الفكرة الرومانية الضيقة. وتأثرت بأقوال الفقهاء المدنيين الذين احتفظوا بتقاليد القانون الروماني.

ولم يزد الفقهاء الذين خلفوا دوما في القانون الفرنسي القديم على أن يردوا ما قاله دوما في نظرية السبب. وأبرز هؤلاء الفقهاء هو بوتيه، الفقيه الفرنسي المعروف، فقد بسط نظرية السبب، ولكنه لم يخرج كثيراً عما قاله دوما في هذه النظرية. وذكر في كتاب الالتزامات عنها ما يأتي: «يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف. ففي عقود المعارضة يكون السبب في الالتزام الذي يعقده أحد الطرفين هو ما أعطاه له الطرف الآخر، أو ما يلتزم بإعطائه، أو التبعة التي يتحملها. وفي عقود التبرع يكون الجميل الذي يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذي يعقده قبله. أما إذا لم يقدّم الالتزام على أي سبب، أو ما يعدل ذلك إذا كان السبب الذي عقد من أجله الالتزام غير صحيح، فالالتزام باطل ويبطل العقد الذي يتضمنه».

وقد نقل التقنين المدني الفرنسي نظرية السبب عن دوما وبوتيه في المواد (١١٠٨ و ١١٣١ - ١١٣٣)، وصارت هذه النصوص هي الأساس الذي تقوم عليه النظرية التقليدية في السبب.

المطلب الثاني

نظرية السبب في القانون الحديث

١ - النظرية التقليدية في السبب

تحديد معنى السبب في النظرية التقليدية:

تميز النظرية التقليدية بين السبب الإنشائي والسبب الدافع والسبب القصدي. فالسبب الإنشائي هو مصدر الالتزام، وهو لا يعيننا هنا.

والسبب الدافع هو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الالتزام. فمن يشتري منزلاً قد يكون الدافع له على الشراء وعلى الالتزام بدفع الثمن هو أن يستغل المنزل، أو أن يخصصه لسكنائه، أو أن يجعل منه محلاً لعمله، أو أن يجعل منه نادياً للمقامرة، أو أن يديره للعهارة، أو غير ذلك من الدوافع المشروعة وغير المشروعة. فالباعث إذن يجمع الخصائص الثلاث الآتية: (١) هو شيء خارجي عن العقد. (٢) وهو شيء ذاتي للملتزم. (٣) وهو شيء متغير، لا في كل نوع من العقود فحسب، بل في كل عقد بالذات. ولما كان الباعث يصعب ضبطه على وجه التحديد، فإن النظرية التقليدية تذهب إلى أنه لا تأثير له في وجود العقد ولا في قيام الالتزام، فمهما كان هذا الباعث شريفاً أو غير شريف، متفقاً مع النظام العام أو مخالفاً له، فإن العقد صحيحاً والالتزام قائم.

والسبب القصدي - وهو السبب الذي تقف عنده النظرية التقليدية - يعرف عادة بأنه هو الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه. فيختلف السبب عن الباعث في أن السبب هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم، أما الباعث فغاية غير مباشرة تتحقق بعد أن يتحقق السبب، ولا يصل إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام.

السبب في الطوائف المختلفة من العقود:

وتستعرض النظرية التقليدية الطوائف المختلفة للعقود لتحديد السبب - ويفهم دائماً بمعنى السبب القصدي - في كل طائفة منها، على النحو الذي جرى عليه دوماً وبوتية.

ففي العقود الملزمة للجانبين، سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقدين الآخر. مثل ذلك عقد البيع، يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع وسبب هذا الالتزام هو التزام المشتري بدفع الثمن، ويلتزم المشتري بدفع الثمن وسبب هذا الالتزام هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع. وقل مثل ذلك في العقود الأخرى الملزمة للجانبين، كالإيجار والمقولة وعقد العمل.

وفي العقود الملزمة لجانب واحد، إذا كان العقد عينياً، قرضاً كان أو عارية أو ودیعة أو رهن حيازة - وهذا في غير التقنين المصري الجديد - يكون سبب التزام المتعاقدين هو تسلمه الشيء محل التعاقد. فالمقترض يلتزم برد القرض لأنه تسلمه، وهذا هو الغرض المباشر الذي قصد إلى تحقيقه من وراء التزامه. وإذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقداً رضائياً، كالوعد بالبيع، فالظاهر أن سبب الالتزام هو إتمام العقد النهائي، وهو الغرض المباشر الذي قصد الواعد إلى تحقيقه، وهو

بعد سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق.

وفي عقود التبرع، السبب في التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها. فالمتبرع يقصد من وراء التزامه غرضاً مباشراً هو إسداء يد للموهوب له وهذا هو السبب في تبرعه.

ويتبين مما تقدم أن خصائص السبب في النظرية التقليدية هي عكس خصائص الباعث:

١ - فالسبب شيء داخلي في العقد، يستخلص حتماً من نوع العقد ومن طبيعة الالتزام ذاته.
 (٢) وهو شيء موضوعي لا تؤثر فيه نوايا الملتزم. (٣) وهو غير متغير، فيبقى واحداً في نوع واحد من العقود، ولا يتغير بتغير البواعث والدوافع، وهذه الخصائص الثلاث هي عين الخصائص التي رأيناها لصيقة بالسبب في الفكرة الرومانية القديمة.

على أن النظرية التقليدية - خلافاً للقانون الروماني - تحرص على أن تقرر أن قيام السبب واجب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه. فإذا قام السبب عند تكوين العقد، ثم انقطع قبل التنفيذ، سقط الالتزام. وتظهر أهمية هذه القاعدة في العقود الملزمة للجانبين، فإن هذه العقود تتميز بأمور ثلاثة: (١) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه. جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام، وهذا هو الدافع بعدم التنفيذ. (٢) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، وهذه هي نظرية الفسخ. (٣) إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة، تحمل هو تبعه هذه الاستحالة وسقط التزام المتعاقد الآخر، وهذه هي نظرية تحمل التبعة. وأصحاب النظرية التقليدية يبنون هذه المبادئ الثلاثة على فكرة السبب ووجوب بقائه قائماً إلى أن يتم تنفيذ العقد.

الشروط الواجب توافرها في السبب:

تذهب النظرية التقليدية إلى أن السبب يجب أن تتوافر فيه شروط ثلاثة: (١) أن يكون موجوداً (٢) وأن يكون صحيحاً (٣) وأن يكون مشروعاً.

١ - ووجود السبب ليس في الواقع شرطاً يجب توافره في شيء، بل هو الشيء ذاته. وإنما يثار وجود السبب حتى يتقرر أن كل التزام لا يكون له سبب يكون التزاماً غير قائم. ويغلب في السبب غير الموجود أن يكون سبباً موهوماً وقع غلط في وجوده. فظن المتعاقدان أنه موجود وهو غير موجود. ولكن السبب الموهوم لا يدخل في نطاق هذا الشرط الأول، بل يدخل في نطاق الشرط الثاني كما سنرى. أما هنا فالمراد بالسبب غير الموجود أن يكون المتعاقدان على بينة من أنه غير موجود، أي أن يكونا غير واهمين في وجوده. ويقدم المتعاقدان على التعاقد لسبب غير موجود وهما عالمان بذلك في فروض نذكر منها الفروض الثلاثة الآتية: (١) قد يكره أحد المتعاقدين على إمضاء إقرار بمديونيته وهو غير مدِين، أي لسبب لا وجود له كقرض لم يتم، وفي هذه الحالة يكون العقد الذي يقر فيه المتعاقد المكره بمديونيته باطلاً لانعدام السبب. ولا يكفي أن يقال: إنه قابل للإبطال لما وقع فيه من إكراه، فالفرق واضح بين البطلان والقابلية للإبطال. بل قد لا يكون هناك إكراه ويصدر الإقرار بالمديونية قبل تسلم القرض، ثم يثبت المقر أنه لم يتسلم القرض أصلاً، فيكون الإقرار في هذه الحالة باطلاً لانعدام السبب. (ب) يكون السبب غير

موجود، دون أن يكون هناك وهم أو إكراه، فيما يسمى بسند المجاملة (effet de complaisance) وصورته أن يلتزم شخص نحو آخر التزاماً صورياً فيمضي سنداً لمصلحته، ويقصد من ذلك أن يعطي الدائن الصوري سنداً يحصل على قيمته من طريق تحويله، حتى إذا حل ميعاد دفع السند قام الدائن الصوري بتوريد قيمة إلى المدين فيدفعها هذا لحامل السند. وبذلك يستطيع الدائن الصوري أن يحصل على ما هو في حاجة إليه من النقود إلى أجل معلوم، لا من مدينه بالذات، بل بفضل إمضاء هذا المدين على سند المجاملة. ولا يحتج بانعدام السبب على حامل السند إذا كان حسن النية، ولكن في العلاقة ما بين المدين ودائنه الصوري يستطيع الأول أن يتمسك ببطلان السند لانعدام السبب. (ج) ويتحقق انعدام السبب بنوع خاص بعد تمام التعاقد، ويقع ذلك في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو استحالة عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة، فإن سبب التزام المتعاقد الآخر يصبح غير موجود بعد أن كان موجوداً عند التعاقد، وانعدام السبب بعد وجوده في هذه الأحوال هو الذي يبرر نظرية الدفع بعدم التنفيذ ونظرية الفسخ ونظرية تحمل التبعة على ما بينا.

٢ - ويجب أيضاً أن يكون السبب صحيحاً، فالسبب غير الصحيح لا يصلح أن يقوم عليه التزام. ويرجع عدم صحة السبب إلى أحد أمرين: إما لأن السبب الظاهر - وهو السبب غير الصحيح - هو سبب موهوم أو مغلوط، وإما لأن السبب الظاهر هو سبب صوري.

والأمثلة على السبب الموهوم كثيرة: وارث يتخارج مع شخص يعتقد أنه وارث معه وهو ليس بوارث، فيعطيه مبلغاً من النقود حتى يتخلى عن نصيبه في الميراث، فهذا التخارج باطل لأن سببه موهوم. وارث يمضي إقراراً بدين على التركة، ويتبين أن الدائن كان قد استوفى الدين من المورث فهذا الإقرار باطل لأن سببه موهوم، وارث يتعهد لموصى له بعين في التركة أن يعطيه مبلغاً من المال في نظير نزوله عن الوصية، ويتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة أو أن الموصي قد عدل عنها، فتعهد الوارث باطل لأن سببه موهوم. مدين يتفق مع دائنه على تجديد الدين، فيتبين أن الدين القديم باطل أو أن الدائن قد استوفاه، فالتجديد باطل لأن سببه موهوم.

بقي السبب الصوري. والعقد الذي يقوم على سبب صوري لا يكون باطلاً لصورية السبب، فإن الصورية في ذاتها ليست سبباً في البطلان، ولكن إذا أثبت المدين صورية السبب، فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقي، ويكون الالتزام قائماً أو غير قائم تبعاً لهذا السبب الحقيقي. فإن كان هذا السبب موهوماً، سقط الالتزام، لأن السبب الحقيقي موهوم، لا لأن السبب الظاهري صوري، وإن كان السبب الحقيقي غير مشروع، وقد أخفي تحت ستار سبب مشروع كما هو الغالب، سقط الالتزام أيضاً، لا لصورية السبب الظاهر، بل لعدم مشروعية السبب الحقيقي. أما إذا كان السبب الحقيقي مشروعاً غير موهوم، فإن الالتزام يقوم بالرغم من صورية السبب الظاهر.

٣ - ويجب أخيراً أن يكون السبب مشروعاً. والسبب المشروع هو الذي لا يحرمه القانون ولا يكون مخالفاً للنظام العام ولا للآداب. ومشروعية السبب، عند أصحاب النظرية التقليدية، شرط متميز عن مشروعية المحل. فقد يكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع، ويتحقق ذلك

في فروض مختلفة، نذكر منها:

أولاً: إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود، فإن التزام الشخص بدفع النقود محله مشروع، ولكنه سببه - وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة - غير مشروع. فلا يقوم هذا الالتزام، لا لعدم مشروعية المحل، بل لعدم مشروعية السبب.

ثانياً: كذلك إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود، فإن التزام كل من المتعاقدين محله مشروع: الأول التزام بعدم ارتكاب جريمة وهذا محل مشروع، والآخر التزام بدفع مبلغ من النقود وهذا أيضاً محل مشروع. ولكن سبب التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة هو التزام الآخر بدفع مبلغ من النقود، وهذا سبب غير مشروع لأن الامتناع عن ارتكاب الجريمة واجب قانوني لا يجوز الأجر عليه. وسبب التزام الآخر بدفع مبلغ من النقود هو التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة، وهذا أيضاً سبب غير مشروع إذ لا يجوز لشخص أن يلتزم نحو آخر لحمله على أداء واجب عليه. ومن ذلك نرى أن كلا من الالتزامين لا يقوم لعدم مشروعية السبب، وهذا بالرغم من أن كلا منهما محله مشروع. وكذلك الأمر في كل عقد يلتزم فيه شخص بإجازة شخص آخر ليحمله على القيام بما يجب عليه دون إجازة كالمودع يجيز المودع عنده حتى يرد الوديعة، وكالمسروق منه يجيز السارق حتى يرد المسروق. وكمن خطف ولده يجيز الخاطف حتى يرد إليه ولده؛ وكمن يخشى أذى من شخص يجيز هذا الشخص حتى يكف عنه أذاه.

ثالثاً: عقد الوساطة في الزواج هو أيضاً عقد سببه غير مشروع، على رأي، وإن كان المحل مشروعاً. فإذا التزم شخص أن يدفع أجراً لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه، فإن كثيراً من الفقهاء يقولون: إن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضرباً من التجارة. إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم. كان هذا أجراً على العمل لا جائزة على النجاح، فيكون العقد مشروعاً. أما إذا اشترط الأجر على ألا ينقده إلا إذا تم الزواج، فهذا هو الاتفاق الباطل، لأن الوسيط في هذه الحالة قد يحمل على ركوب طرف من الغش والخديعة حتى يتم زواجاً قد لا يكون في مصلحة الزوجين أن يتم، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود.

والقضاء في مصر غير مستقر، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية ببطان العقد، لا سيما في بلد كمصر حيث يسهل على «الخاطبة» أن تخدع الزوج في أمر زوجته بسبب انعزال المرأة عن الرجل. وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بصحة العقد، إذ أن الغرض الذي يرمي إليه مشروع فهو ييسر أمر الزواج، وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية.

ونحن نؤثر الأخذ برأي محكمة النقض الفرنسية، فيكون العقد صحيحاً إذا أخذ الوسيط أجراً على عمله تم الزواج أو لم يتم، ويكون باطلاً إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا تم الزواج. فإذا أخذ بهذا الرأي، كان الاتفاق مع الوسيط على إعطائه أجراً إذا نجحت وساطته اتفاقاً غير مشروع. وعدم المشروعية هنا يرجع إلى السبب لا إلى المحل، فإن التزام كل من الفريقين محله مشروع، أحدهما

يلتزم بإعطاء الأجر والثاني يلتزم بالعثور على زوج صالح، ولكن سبب كل من الالتزامين غير مشروع لأنه مما يخالف الآداب والنظام العام أن يلتزم الوسيط بتزويج الطرف الآخر في مقابل أجر، وأن يلتزم الطرف الآخر بإعطاء الوسيط أجراً في مقابل هذا الزواج.

انتقاد النظرية التقليدية في السبب - نظرية عقيمة يمكن الاستغناء عنها:

منذ استقرت النظرية التقليدية منقولة عن دوما وبوتيه على النحو الذي بسطناه، بقيت مبعثاً لقلق الفقهاء، يرون فيها ضيق الأفق وقصور المدى وعقم الإنتاج. وإذا كان فقهاء - كالأستاذ كاييتان - قد دافعوا عنها بعد أن حوروا فيها، فإن كثيراً من الفقهاء، وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول، هاجموا مهاجمة عنيفة. فالصياغة الرومانية الشكلية هي التي ساهمت كثيراً في تكييف هذه النظرية التقليدية، والعيب الجوهرى فيها ليس في أنها غير صحيحة، فهي حتى لو كانت صحيحة عقيمة على كل حال. وهي لا تضيف شيئاً إلى الثروة القانونية، إذ هي تحدد السبب في أنواع العقود المختلفة تحديداً آلياً، وتتطلب فيه شروطاً ثلاثة. ونستعرض هذه الشروط مطبقة على السبب في صورته المختلفة، لنثبت أن السبب بهذا المعنى التقليدي الضيق يمكن الاستغناء عنه دون عناء: يمكن الاستغناء عن السبب الموجود، وعن السبب الصحيح، وعن السبب المشروع.

١ - يمكن الاستغناء عن السبب الموجود: وتأتي النظرية التقليدية للتدليل على وجوب وجود السبب بمثلين، مثل من أكره على إمضاء التزام ليس له سبب ومثل من أمضى سند مجاملة عن بينة واختيار. فإذا أكره شخص على إمضاء سند لسبب لا وجود له، كقرض لم يتم، فإن العقد يكون باطلاً، ولا يكفي هنا استظهار الإكراه فإنه يقتصر على جعل العقد قابلاً للإبطال. ولكن على أي أساس يقوم بطلان العقد؟ تقول النظرية التقليدية إن الأساس هو انعدام السبب، إذا الالتزام بالمديونية سببه القرض والقرض لم يتم. على أنه من اليسير أن نصل إلى النتيجة ذاتها عن طريق غير طريق السبب. ذلك أننا إذا اعتبرنا السند تصرفاً صادراً عن إرادة منفردة، فهو التزام بدفع مبلغ واجب بعقد القرض، ولما كان هذا المبلغ لا وجود له لأن القرض لم يتم، فمحل الالتزام معدوم، ويسقط الالتزام لا لانعدام السبب بل لانعدام المحل. وإذا اعتبرنا السند هو عقد القرض ذاته، فالالتزام المقترض لا يقوم هنا أيضاً لأنه لم يتسلم مبلغ القرض، ولا بد من أن يتسلم المقترض مبلغ القرض حتى يلتزم برده، إما لأن القرض عقد عيني لم يتم لعدم التسليم، وإما لأن القرض عقد رضائي - وفقاً للتقنين المصري الجديد - لم يقم فيه المقرض بتنفيذ التزامه. وفي الحالين يسقط التزام من أمضى السند، لا لانعدام السبب بل لعدم انعقاد القرض أو لعدم تنفيذ الالتزام المقابل. أما إذا أمضى شخص سند مجاملة لدائن صوري، فإن قواعد الصورية هنا تكفي وتغني عن نظرية السبب. فالسند صوري، والذين لا وجود له فيما بين الطرفين، أما بالنسبة إلى الغير، وهو حامل السند، فيؤخذ بالعقد الظاهر.

على أننا إذا تركنا هذه الأمثلة التفصيلية جانباً واستعرضنا طوائف العقود المختلفة، زدنا يقيناً أن السبب بالمعنى التقليدي يسهل الاستغناء عنه، فالالتزام في العقد الملزم للجانبين سببه، كما تقول النظرية التقليدية، الالتزام المقابل. ولكن ما أيسر علينا أن نستبدل بفكرة السبب هذه فكرة

الارتباط التي قال بها بلانيول. بل لعل فكرة الارتباط من الناحية الفنية أدق من فكرة السبب. ذلك أن انعدام السبب جزاؤه البطلان كما هو معروف، فإذا انعدم السبب عند تكوين العقد أو بعد تكوينه كان الواجب أن يكون الجزاء واحداً في الحالتين. ولكننا نرى أن العقد يبطل في الحالة الأولى ويفسخ في الحالة الثانية، وفي هذا التفريق عيب فني واضح، أما فكرة الارتباط فأكثر مرونة من فكرة السبب. وهي تسمح بأن نقول بالبطلان إذا انعدم أحد الالتزامين المتقابلين عند تكوين العقد، إذ منطق الارتباط يقضي بأن العقد لا يوجد. وتسمح فكرة الارتباط في الوقت ذاته أن نقول إن العقد ينقضي بعد وجوده - أي يفسخ - إذا انقطع أحد الالتزامين المتقابلين بعد أن وجد. أما في العقود العينية وفي التبرعات فالنظرية التقليدية أقل تماسكاً. إذ تقول هذه النظرية إن العقد العيني سببه التسليم، فإذا لم يتم التسليم لم يحم الالتزام لانعدام سببه. ومن السهل هنا أن يقال إن الالتزام لا يقوم، لا لانعدام السبب، بل لعدم انعقاد العقد العيني إذ هو لا ينعقد إلا بالتسليم. وتقول النظرية التقليدية إن السبب في التبرعات هو نية التبرع، فإذا لم تكن هذه النية موجودة لم يحم التزام المتبرع لانعدام السبب. ولكن متى ثبت أن المتبرع قد رضي أن يتبرع، فرضاؤه حتماً يتضمن نية التبرع، فإذا تبين أن هذه النية منعدمة فذلك لا يكون إلا لأن الرضاء بالتبرع منعدم وتكون الهبة باطلة في هذه الحالة لانعدام الرضاء لا لانعدام السبب.

٢ - ومن السهل أيضاً أن نستغني عن السبب الصحيح كما استغينا عن السبب الموجود، فالسبب الصحيح كما رأينا إما سبب موهوم أو سبب صوري. وإذا استعرضنا أمثلة السبب الموهوم، وجدنا أنه يمكن الاستغناء فيها جميعاً عن نظرية السبب بنظرية المحل، فالشخص غير الوارث الذي يتخارج مع وارث يتعامل في حق معدوم. وهذه هي حال دائن التركة الذي يحصل على إقرار بالدين بعد أن استوفاه، وحال الموصي له الذي يتعامل في الموصي به إذا كانت الوصية باطلة أو كان الموصي قد عدل عنها، وحال الدائن الذي يحدد ديناً قديماً بعد أن يستوفيه. أما السبب الصوري فقد رأينا أنه لا يبطل العقد إلا إذا كان يخفي سبباً موهوماً أو سبباً غير مشروع، وقد فرغنا من السبب الموهوم فننتقل الآن إلى السبب غير المشروع.

٣ - ومن السهل أخيراً أن نستغني عن السبب المشروع في العقود الملزمة للجانبين بفكرة الارتباط التي قدمناها. فمن يتعهد بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من المال لا يقوم التزامه لعدم مشروعية المحل، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل، لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع. ومن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لاستحالة المحل، إذ هو لا يستطيع إنشاء التزام قد وجد بحكم القانون قبل هذا الإنشاء، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل، لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام مستحيل. أما في العقود العينية والتبرعات فإن اشتراط مشروعية السبب غير مفهوم. فالسبب في العقود العينية هو التسليم كما تقول النظرية التقليدية، ولا يتصور أن يكون التسليم غير مشروع إذا وقع على محل غير مشروع، وعند ذلك لا ينعقد العقد لعدم مشروعية المحل لا لعدم مشروعية السبب. والسبب في التبرعات هو نية التبرع، وكيف يتصور أن تكون نية التبرع في ذاتها غير مشروعة! إن وجه الاستحالة في ذلك هو الذي يفسر أن بعض أنصار النظرية التقليدية، ومنهم: كاييتان، يجنحون إلى اعتبار السبب في

التبرعات هو الباعث الدافع إلى التبرع، بل إن القانون الروماني ذاته يعتد بالباعث في الوصايا وبعض الهبات كما أسلفنا .

ويتبين مما قدمناه أن النظرية التقليدية في السبب نظرية عقيمة. وهي نظرية يمكن استبعادها دون أية خسارة تلحق القانون، إذ يسهل تخريج جميع النتائج التي يراد أن تترتب عليها وذلك بالرجوع إلى أساس قانوني آخر لا علاقة له بالسبب، وما النظرية التقليدية إلا أثر من آثار الصياغة الرومانية القديمة، وقد زالت مقتضيات هذه الصياغة، فوجب أن تزول معها. ووجب في الوقت الذي تنبذ فيه النظرية التقليدية ألا تنبذ فكرة السبب في ذاتها، على أن تكون هي الفكرة الخصبة المنتجة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد، وهي النظرية التي قال بها القضاء الفرنسي وانتقل الآن إليها.

٢ - النظرية الحديثة في السبب

السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد:

لم تستطع النظرية التقليدية أن تواجه الحياة العملية، بل انكمشت في بطون كتب الفقه لا تلقي حظاً من التطبيق. ولم يلبث القضاء الفرنسي أن خرج عليها خروجاً صريحاً، فكسر الحواجز التي أقامت هذه النظرية ما بين السبب والباعث، وخلط بينهما خلطاً تاماً، لا في التبرعات فحسب، بل فيها وفي سائر العقود. وقد أكسب القضاء نظرية السبب بهذا النهج مرونة لم تكن لها، وأصبحت النظرية في يده نظرية منتجة لا غنى عنها.

فالسبب في نظر القضاء هو الباعث الدافع للملتزم في أن يلتزم. وما دامت الإرادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشئ ما تشاء من الالتزامات، وما دامت الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها، فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث مشروعاً، وأن يكون الغرض الذي ترمي الإرادة إلى تحقيقه غرضاً لا يحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب. وبواعث الإرادة كثيرة متنوعة، منها الدافع وغير الدافع، ومنها الرئيسي وغير الرئيسي، فالباعث الدافع الرئيسي هو الذي يعتد به، ومتى أمكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده، إذ يكون هو السبب. بهذا المنطق الصحيح العملي شق القضاء طريقه إلى النظرية الحديثة، وسائر الفقه المعاصر في هذا الطريق.

وها نحن رجعنا، بفضل ما عند القضاء من إحساس عملي، إلى نظرية الفقهاء الكنسيين في السبب. وهي النظرية الخصبة المنتجة التي انحرف عنها دوماً إلى النظرية التقليدية، فكان هذا الانحراف سبباً في كل ما أحاط نظرية السبب من اضطراب وما أصابها من عقم طوال القرون الماضية.

مرونة الباعث وكيف ينضبط:

والباعث بالتحديد الذي أسلفناه أكثر مرونة من السبب في النظرية التقليدية. ويكفي أن نعود إلى خصائص السبب نضعها إلى جانب خصائص الباعث، لنرى النقيض إلى جانب النقيض. فقد

قدمنا أن السبب معياره موضوعي، وهو داخل في العقد، لا يتغير في النوع الواحد من العقود، أما الباعث فمعياره ذاتي، وهو خارج عن العقد، ويتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين، وما يدفعهم من البواعث. وما دام الباعث على هذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير، كان من الواجب أن ننظر كيف ينضبط، حتى لا يكون مثاراً للتزعزع والقلقلة في التعامل.

ولا يجوز بداهة أن يعتد بالباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا الباعث مجهولاً من المتعاقد الآخر. وإلا استطاع أي متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى أن الباعث له على التعاقد - وهو أمر مستكن في خفايا الضمير - من شأنه أن يجعل العقد باطلاً. فلا بد إذن من صلة وثيقة تربط كلاً من المتعاقدين بالباعث. ولا بد من ضابط يرجع إليه في ذلك. فما هو هذا الضابط؟

أيكفي أن يكون الباعث معلوماً من الطرف الآخر؟ أو يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين؟ أو يصح التوسط بين هذين الحدين فيشترط أن يكون الطرف الآخر مساهماً في الباعث الذي دفع الطرف الأول إلى التعاقد دون أن يصل إلى حد الاتفاق معه عليه، ودون أن يقف عند حد مجرد العلم به؟

ونأتي بمثل يوضع هذه المراتب المتدرجة: شخص يقترض نقوداً من آخر ليقامر بها، فالمقرض قد يجهل الغرض الذي أخذ المقرض النقود من أجله، وفي هذه الحالة لا يعتد بالباعث الذي دفع المقرض إلى التعاقد. وقد يكون المقرض صديقاً للمقرض، عالماً بغرضه، دون أن يقصد بالإقراض تمكين المقرض من المقامرة، وهذه هي مرتبة العلم، وقد يكون المقرض مرابياً يستثمر ماله في إقراض المقامرين، فيكون قد قصد إلى تمكين المقرض من المقامرة، وهذه هي مرتبة المساهمة. وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذي يقامر المقرض معه، فيتفقان على القرض للاستمرار في المقامرة، وهذه هي مرتبة الاتفاق. فأية مرتبة من هذه المراتب الثلاث يتطلبها القانون حتى يعتد بالباعث؟

يقول كاييتان الفقيه الفرنسي المعروف بوجوب الوصول إلى مرتبة الاتفاق، فلا يعتد بالباعث إلا إذا كان متفقاً عليه بين المتعاقدين، والاتفاق وحده في نظر كاييتان هو الذي يدخل الباعث في دائرة التعاقد (Champ contractuel) ولا شك في أن كاييتان قد اقترب بهذا القول من النظرية الحديثة في السبب، ولكن دون أن يدخل في نطاقها، فإن أحداً من أنصار النظرية الحديثة لا يشترط وجوب الاتفاق على الباعث فيما بين المتعاقدين، إنما هم منقسمون بين مرتبة العلم ومرتبة المساهمة.

أما القضاء الفرنسي فيكتفي بمرتبة العلم، ويعتد بالباعث الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد ما دام المتعاقد الآخر يعلم أن يستطيع أن يعلم بهذا الباعث كما هي الحال في الغلط، وسنرى تطبيقات مختلفة للقضاء الفرنسي تدور كلها حول هذا النطاق.

والفقه الفرنسي يميز بين المعاوضات والتبرعات، فيتطلب في الأولى مرتبة أعلى، ولكن الفقهاء يختلفون في تحديد هذه المرتبة. فيذهب جوسران إلى أنه يكفي أن يكون الباعث في

المعاوضات معلوماً من المتعاقد الآخر حتي يكون في هذا وقاية للتعامل من أن يتزعزع، أما في التبرعات فإن الإرادة التي نقف عندها هي إرادة المتبرع وحده فهي الإرادة التي تسيطر على التصرف سواء في ذلك أن يتم التبرع بتقابل إرادتين كالهبة أو بإرادة واحدة كالوصية، وهو لذلك يعتد بالبائع الذي دفع المتبرع إلى تبرعه سواء كان معلوماً من الطرف الآخر أو كان مجهولاً منه . ويذهب بوا جيزان إلى وجوب الوصول إلى مرتبة المساهمة في المعاوضات، والاكتفاء بمرتبة العلم في التبرعات ذلك أن المعاوضات تختلف عن التبرعات في أن الأولى بذل فيها كل من المتعاقدين شيئاً من عنده، لإرادة كل منهما تقوم بدور أساسي في تكوين العقد، ومن ثم وجب أن تساهم كل إرادة من هاتين الإرادتين في الباعث الذي دفع إلى التعاقد مساهمة إيجابية، وأن تتعاون الإرادتان معاً في تحقيق الغرض غير المشروع. أما في التبرعات فإن إرادة المتبرع وحدها هي الأساسية، إذ المتبرع وحده هو الذي بذل، ومن ثم جاز الاقتصار على مرتبة العلم فهي كافية لاستقرار التعامل.

وإذا كان الذي يعيننا في انضباط معيار الباعث هو استقرار التعامل، فالقضاء الفرنسي على حق فيما ذهبت إليه من الاكتفاء بمرتبة العلم، سواء كان التصرف تبرعاً أو معاوضة.

اعتناق التقنين المدني المصري والتقنيات المدنية العربية الأخرى للنظرية الحديثة في السبب:

تلقى التقنين المصري الجديد النظرية الحديثة في السبب ميراثاً عن التقنين المدني السابق والقضاء المصري، فقد كان الفقه والقضاء في مصر، قبل صدور التقنين المدني الجديد، قد عبد الطريق لنبد النظرية التقليدية الضيقة وتلقي النظرية الحديثة الخصبة.

وقد نص التقنين المدني الجديد في المادة (١٣٦) على أنه: «إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً». وكان التقنين المدني السابق ينص في المادة (١٤٨/٩٤) على أنه: «يشترط لصحة التعهدات أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً».

ونلاحظ الفرق ما بين النصين: فنص التقنين السابق يشترط في السبب الصحة والمشروعية، أما نص التقنين الجديد فلا يشترط إلا المشروعية إذ السبب غير الصحيح يدخل في منطقة الغلط. ومن ثم لا نجد في التقنين الجديد عبارة «السبب الصحيح» التي كنا نقرؤها في التقنين السابق. فلا يشترط إذن في السبب إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً. ومن أجل المشروعية وحدها قامت نظرية السبب أول ما قامت، وإليها وحدها عادت في التقنين المصري الجديد. والواقع من الأمر أن السبب، بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد، يجب استبقاؤه على ألا يستخدم إلا لحماية المشروعية في التعاقد. ذلك أنه هو وحده الذي يستطيع أن يقوم بهذه الحماية في صورة السبب المشروع، ولا يغني عنه ركن آخر، لا ركن المحل ولا ركن الرضاء. ولكن عند هذا الحد يجب أن نقف مهمته، فلا تحاوز ذلك إلى حماية العاقد الآخر من الغلط في صورة السبب الصحيح، فإن نظرية الغلط تغني عندئذ عن نظرية السبب بل وتفضلها من حيث الجزاء. وقد فهم القضاء في مصر

وفي فرنسا، وهو يلامس الحياة العملية، مهمة السبب على هذا الوجه، فنراه يكاد يقتصر على السبب غير المشروع في إبطال العقد، وقل أن نجد تطبيقاً قضائياً لما يدعى بالسبب غير الصحيح إذ هو يختلط في العمل بالغلط.

ولم يصرح التقنين المدني الجديد فيما أورده من نص بالمعنى الذي يقصده من «السبب»، ولكن لا شك في أنه يعتنق النظرية الحديثة وينبذ النظرية التقليدية، فقد كان هذا هو شأن التقنين السابق وهو لا يزيد في صراحة التعبير عن التقنين الجديد. وكان الفقه والقضاء في مصر يفسران عبارات التقنين السابق على معنى النظرية الحديثة لا على معنى النظرية التقليدية، ولم يقطع التقنين الجديد صلته بالماضي، بل هو قد تأثر بنوع خاص بتقاليد القضاءين المصري والفرنسي، وقد ذكر ذلك صراحة في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فالسبب إذن في نظر التقنين المدني الجديد، هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وكل ما أورده عن النظرية الحديثة في السبب ينطبق في التقنين الجديد. ولا بد في التقنين الجديد أيضاً من أن يكون السبب معلوماً من المتعاقد الآخر، فإذا كان الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس في استطاعته أن يعلم به، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به، ويكون العقد صحيحاً، ويقوم لا على الإرادة الحقيقية فهي غير مشروعة، ولكن على الإرادة الظاهرة، شأنه في ذلك شأن العقد الذي يقوم على إرادة معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ولا يعلم المتعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به.

والتقنيات المدنية العربية الأخرى - التقنين السوري والتقنين الليبي والتقنين العراقي - سارت على غرار التقنين المصري واعتنقت النظرية الحديثة في السبب.

أما التقنين اللبناني فيفرق بين سبب الالتزام وسبب العقد، فسبب الالتزام هو السبب المعروف في النظرية التقليدية، أما سبب العقد فهو السبب المعروف في النظرية الحديثة. بيد أن هذه التفرقة ليست في الواقع إلا إبقاء على التمييز بين دلالة السبب في الفقه التقليدي وبين دلالة الحديثة كما استخلصها القضاء، ولا نرى مقتضياً لاستبقاء النظرية التقليدية وتكميلها بالنظرية الحديثة كما فعل التقنين اللبناني وقد رأينا فيما قدمناه أن النظرية التقليدية لا نفع فيها وأن الاستغناء عنها ميسور. هذا إلى أن ربط النظريتين إحداهما بالأخرى هو ربط بين نظريتين تختلفان كل الاختلاف في النزعة وفي الأصل التاريخي، وقد رأينا أن إحداهما تسربت إلينا عن الفقهاء الرومانيين في القرون الوسطى وهي تحمل أثر الصنعة الرومانية، والأخرى تلقيناها عن الفقهاء الكنسيين وقد بنوها على أصول خلقية وبعثوا بها عن الصياغة الرومانية بعد أن حرروا الإرادة من قيودها الشكلية، فقيم إذن الربط بين نظريتين متنافرتين كل هذا التنافر! وما الجدوى في هذا الربط، والنظرية الحديثة فيها وحدها كل الغناء!

تطبيقات القضاء في مصر وفي فرنسا للنظرية الحديثة في السبب:

ونورد هنا بعض تطبيقات للنظرية الحديثة في السبب عن القضاء في مصر وفي فرنسا.

ففي مصر قضت محكمة الاستئناف الوطنية (١٣) يونية سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١

رقم ٣ - ٦) بأنه إذا كان الباعث لتبرع الخليل لخليلته هو استبقاء العلاقة غير الشريفة بينهما كان العقد باطلاً، أما إذا كان الباعث هو تعويض الخليفة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت فالباعث يكون صحيحاً. وقد كان القضاء المختلط أكثر إمعاناً من القضاء الوطني في الأخذ بالنظرية الحديثة في السبب. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة (٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ - ١٣٦) بأن بيع أسلحة محرم استيرادها إلى مصر يكون باطلاً لعدم مشروعية السبب، متى كان البائع عالماً بهذا التحريم. وقضت (١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ - ٣٩٤) بأن عقد القرض يكون باطلاً إذا قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة. وكان المقرض عالماً بهذا القصد. وقضت (١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ - ٢٠٣) بأن التوكيل المعطى لمسار لعقد صفقات بقصد المضاربة في البورصة عقد باطل لعدم مشروعية السبب، ولكن قصد المضاربة يجب أن يكون معلوماً من السمسار وإلا فلا يعتد به (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ - ٥٠). وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة (٨ يونية سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٥٣٦ - ١٧٦) بنفس المبدأ الذي قضت به محكمة الاستئناف الوطنية من أنه إذا كان الباعث على التبرع استبقاء العلاقة بين الخليل وخليلته كان العقد باطلاً، أما إذا كان هو التعويض عما أصاب الخليفة من الضرر بسبب المعاشرة فالباعث مشروع والعقد صحيح.

وفي فرنسا كثيراً ما يبطل القضاء عقوداً يكون الباعث إلى التعاقد فيها غير مشروع، وإن كان السبب بالمعنى الذي تقول به النظرية التقليدية مشروعاً. فالبيع والإيجار، إذا وقع أي منهما على منزل يريد المشتري أو المستأجر إدارته للعاهرة، وكان البائع أو المؤجر عالماً بقصد المشتري أو المستأجر، كان العقد باطلاً طبقاً لأحكام القضاء الفرنسي (محكمة باريس الاستئنافية ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دي پالية ١٩٠٠ - ١ - ١٣٢). ويفعل القضاء الفرنسي ذلك أيضاً في الأماكن التي تدار للمقامرة، فبيع أو إيجار مبنى يراد به أن يكون مكاناً للمقامرة باطل (محكمة باريس الاستئنافية ٢٨ يونية ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٧ - ٢ - ٦١). ويقضي ببطلان عقد الاستخدام في محل يدار للعاهرة (محكمة النقض الفرنسية ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللو ٩١ - ١ - ٤٨٤). ويبطل قرصاً يكون قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة ويكون المقرض عالماً بهذا القصد، سواء كان مشتركاً معه في المقامرة أو لم يكن، وسواء كان يفيد من هذه المقامرة أو لم يكن يفيد (محكمة النقض الفرنسية ٤ يوليو سنة ١٨٩٢ داللو ٩٢ - ١ - ٥٠٠). ويبطل القرض أيضاً إذا كان الغرض منه أن يتمكن المقرض من الحصول على منزل يديره للعاهرة (محكمة النقض الفرنسية أول إبريل سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ - ١ - ٢٨٩)، أو أن يستبقي صلات غير شريفة تربطه بخليفة له (محكمة النقض الفرنسية ١٧ إبريل سنة ١٩٢٣ داللو ١٩٢٣ - ١ - ١٧٢). أما في التبرعات، فقد كان القضاء الفرنسي أشد إمعاناً في جعل الباعث هو السبب ولم يقف عند نية التبرع، بل اعتد بالباعث على التبرع، فيقضي بنفس المبدأ الذي رأينا القضاء المصري يقضي به، ويبطل تبرع الخليل لخليلته إذا ثبت أن الباعث على هذا التبرع قد كان لإيجاد هذه العلاقة غير المشروعة أو لاستبقائها أو لإعادتها (محكمة النقض الفرنسية ٨ يونية سنة ١٩٢٦ داللو ١٩٢٧ - ١ - ١١٣). أما إذا كان الباعث على التبرع إنما هو تعويض الخليفة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير المشروعة بعد أن انقطعت،

فالباعث يكون مشروعاً، والتبرع يكون صحيحاً، بل هو في الواقع يعتبر وفاء لالتزام طبيعي (محكمة النقض الفرنسية ١١ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩١٨ - ١ - ١٧٠). وإذا تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على الرضاء بالانفصال الودي، كان سبب تبرعه، أو الباعث عليه، غير مشروع، ويبطل التبرع (محكمة النقض الفرنسية ٢ يناير سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ١٣٧). وإذا اقترن التبرع بشرط دافع غير مشروع، كان هذا الشرط هو الباعث أو السبب، ويبطل التبرع جميعه ولا يقتصر الأمر على بطلان الشرط (محكمة النقض الفرنسية ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ٢٣٩).

وقد أخذ التقنين المدني الإيطالي الجديد الصادر في سنة ١٩٤٢ بالنظرية الحديثة في السبب، ففضى في المادة (١٣٤٥) بأن الباعث غير المشروع يبطل العقد إذا ثبت أن المتعاقد إنما انساق إلى التعاقد مدفوعاً بهذا الباعث وحده، وكان باعثاً مشترك فيه كلا المتعاقدين.

المبحث الثاني

نظرية السبب في القانون الألماني

القانون الألماني نزعته موضوعية لا ذاتية:

يتميز القانون الألماني عن القوانين اللاتينية بأن نزعته موضوعية (objectif) لا ذاتية (subjectif). فهو يقف عند التعبير المادي للإرادة، ولا يجاوزه إلى الإرادة ذاتها وهي تختلج في الضمير، ومن باب أولى لا يتقصى الإرادة بما صدرت عنه من دوافع نفسية وبواعث ذاتية، فالباعث على التعاقد ما لم يكن جزءاً من التعبير عن الإرادة لا يعتد به، ومن ثم لا يعرف القانون الألماني نظرية السبب تضارع النظرية الذاتية التي رأيناها في القوانين اللاتينية. فالإرادة وطرق الكشف عنها والعيوب التي تشوبها والبواعث التي تدفعها، كل ذلك ينحصر في شيء واحد هو التعبير عن الإرادة، ففي هذا التعبير - لا في غيره - يجب أن نتلمس كل شيء.

والتعبير عن الإرادة هو الإرادة الظاهرة، إذا وضعت إلى جانب الإرادة الباطنة. ويمكن القول أن السبب في القانون الألماني يتلخص في مسألتين:

١ - العبرة بالإرادة الظاهرة أي بالتعبير عن الإرادة.

٢ - والسبب جزء من التعبير عن الإرادة.

المطلب الأول

العبرة في القانون الألماني بالإرادة الظاهرة

أي بالتعبير عن الإرادة

الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة:

يجب التمييز بين الإرادة الكامنة في النفس والمظهر الخارجي للتعبير عنها. أما الإرادة الكامنة في النفس فهي عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين، وما دامت الإرادة عملاً نفسياً،

فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير، فالإرادة الكامنة في النفس هي الإرادة الباطنة، ومظهر التعبير عن هذه الإرادة هو الإرادة الظاهرة.

وإذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجي، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة ما دامت الاثنتان متطابقتين. أما إذا اختلفتا - كما إذا أمضى شخص عقداً مطبوعاً يتضمن شرطاً كان لا يقبله لو فطن له، وكشخص ينزل في فندق على شروط لا يعلمها ولكنها مكتوبة معلقة في غرفته، وكمن يوصي على أثاث منزلي بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤثر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال - فالقاعدة المعروفة في القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هي التي يؤخذ بها. ولكن الفقه الجرماني يأخذ بالإرادة الظاهرة. ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية في العقد، كما اختلفتا في الالتزام، كما اختلفتا في نظرتهما العامة للعلاقات القانونية، فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية، والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية. فإذا اقتصرنا على العقد، رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة، وتأخذ المدرسة الألمانية بالإرادة الظاهرة.

ونظرية الإرادة الباطنة تبحث عن الإرادة فيما تنطوي عليه النفس، أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس. فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادي لا يتفق مع الإرادة النفسية، فالعبرة بهذه لا بذاك. وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم، فما على القاضي إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض. فالإرادة الحقيقية أولاً، وإلا فالإرادة المفترضة. ولكنها - حقيقية كانت أو مفترضة - هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة: الإرادة الحرة المختارة في معدنها الحقيقي، غير متأثرة لا بغش ولا بإكراه ولا بغلط.

وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث فقهاء الألمان نظرية الإرادة الباطنة بحث المدقق، وخلصوا من بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون. فهي شيء كامن في النفس، والإرادة التي تنتج أثراً هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي، لا في مكنونها وهي تختلج في الضمير. ولا تأخذ الإرادة مظهراً اجتماعياً إلا عند الإفصاح عنها. فالعبرة بهذا الإفصاح، إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه، دون حاجة إلى تحسس ما تنطوي عليه النفس من نيات؛ فإن القانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسي. فإذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعي، وجب أن تنجسم في مظهرها المادي، وهو ما يستطيع إدراكه. وفي هذا استقرار التعامل، وطمأنينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من طريق التعبير عنها، فلا يحتاج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوي على نية أخرى غير التي تستخلص من الطريق الذي اختاره للتعبير عن هذه النية. ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريفاً خاصاً لمظهر التعبير، فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم. وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمناً، وقد يكون مجرد السكوت في أحوال خاصة مظهراً من مظاهر التعبير. والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على عمل نفسي، بل تبرز إلى العالم المادي في علامة

ظاهرة، هي التي تقف عندها، وتقدر الإرادة بقدرها. وهم لا يكتفون من المظهر الخارجي للإرادة بأن يكون مجرد دليل عليها - دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجي لا يتفق مع الإرادة الداخلية - ولو اكتفوا بذلك المظهر لاتفقوا مع أصحاب نظرية الإرادة الباطنة. ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد، ويعتبرون هذا المظهر الخارجي هو العنصر الأصلي للإرادة، فيجب الوقوف عنده. وإذا كان لا بد من اعتباره دليلاً على الإرادة الداخلية، فهو دليل لا يقبل إثبات العكس، فلا يسمع لشخص يدعي أنه أضمر غير ما أظهر، ما دام قد أراد هذا التعبير الذي اختاره مظهراً لإرادته.

التعبير عن الإرادة:

وما دمنا في صدد القانون الألماني، فليس لنا أن نتكلم في «الإرادة»، بل يجب الكلام في «التعبير عن الإرادة»، فالإرادة لا تكون ظاهرة قانونية إلا إذا لبست لباس التعبير، ولا يعرف القانون الإرادة ذاتها، بل يعرف التعبير عن الإرادة.

وإذا كان يجب أن يكون وراء مظهر التعبير إرادة كامنة، فهذه الإرادة إنما تكون مقصورة على أن يقصد بالإرادة الظاهرة أن تتخذ مظهرها الخارجي لتحديث أثرها القانوني. فمن يعبر عن إرادته بالكتابة لا يقصد بهذه الإرادة المكتوبة أن تتخذ مظهرها الخارجي في الكتابة لتحديث أثرها القانوني إلا وقت أن يوقع على هذه الكتابة، بل هو في الغالب لا يقصد ذلك إلا بعد أن يسلم الورقة المكتوبة أو بعد أن يقوم بتصديرها. ويترتب على ذلك أن أفعال الطفل أو المجنون لا يصح أن تؤخذ مظهراً مادياً يعتد به في التعبير عن الإرادة ليس لأن إرادة الطفل أو المجنون معدومة في ذاتها فهذا أمر يتعلق بالإرادة الباطنة، بل لأنه لا يصح أن يقال إن أيًا من الطفل أو المجنون قد قصد أن تتخذ إرادته هذا المظهر الخارجي لتحديث أثرها القانوني، وهذا هو الأمر الذي يتعلق بالإرادة الظاهرة.

ولا بد من وجود الإرادة الظاهرة وجوداً حقيقياً. فالإرادة المكتوبة لا وجود لها إذا كانت مزورة، أما إذا لم تكن مزورة فهي موجودة، حتى لو وجهت إلى غير الشخص المقصود بأن وجهت خطأ إلى شخص آخر يحمل اسم الشخص المقصود.

ومتى وجدت الإرادة الظاهرة، وجب الاعتداد بها دون الإرادة الباطنة لسببين: (١) لأن الإرادة لا يكون لها قوام قانوني إلا إذا اتخذت مظهراً خارجياً، أما إذا بقيت إرادة باطنة كامنة في خفايا النفس، فهي ظاهرة نفسية وليست ظاهرة اجتماعية كما قدمنا، والقانون إنما يعني بالظواهر الاجتماعية ولا شأن له بالظواهر النفسية. (٢) ولأن من صدرت منه الإرادة يلتزم حتماً بما ولدت هذه الإرادة من مظاهر اطمأنت إليها الناس في التعامل، وهذا هو الأثر المتولد عن التعبير عن الإرادة لا عن الإرادة نفسها، فوجب إذن الاعتداد بالتعبير أي بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة.

هذا وقد تكون النتائج العملية للتمييز بين مبدأي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة نتائج محدودة، وهي لا تظهر على كل حال إلا إذا أمكن تقديم دليل على أن الإرادة الباطنة تختلف عن الإرادة الظاهرة، وفي الأحوال غير الكثيرة التي يمكن فيها تقديم هذا الدليل يتقارب المبدآن من

ناحية أخرى. ذلك أن مبدأ الإرادة الباطنة لا يترك المظهر الخارجي الخاطئ دون جزاء، بل يترتب عليه الحق في التعويض، على أساس المسؤولية التقصيرية، لمن اطمأن لهذا المظهر، حماية للثقة المشروعة. ومهما يكن من أمر، فلا يزال هناك فرق بين المبدأين لا يجوز إغفاله، فنظرية الإرادة الظاهرة تنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية، أما نظرية الإرادة الباطنة فتتنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية. وهذا الفارق تترتب عليه نتيجتان عمليتان: (١) عند تفسير العقد، إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون ملزماً أن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تجنه سريرة المتعاقدين، بل هو يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة، فيفسره تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً، مستنداً في ذلك إلى العرف الجاري وإلى المؤلف في التعامل، وسنفصل ذلك فيما يلي. (٢) إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة، فإن مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض، ما دام الغرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد، فيكون حكم ذلك هو حكم تفسير نص القانون. أما إذا كان التفسير يتجه إلى بحث الإرادة الباطنة، فهذه مسألة واقع، لقاضي الموضوع فيها الرأي الأعلى.

كيف يكون تفسير التعبير عن الإرادة:

يعد التعبير عن الإرادة ذا وجود مستقل عن الإرادة ذاتها وعن الشخص الذي صدر منه التعبير. فلا نتلمس في تفسير التعبير الإرادة الباطنة التي انطوى عليها هذا الشخص، بل ننظر إلى التعبير ذاته في الصورة التي ظهر بها، فهو بمثابة قانون ينظم مصالح الطرفين، فيفسر على النحو الذي يفسر به القانون، ويعتد تفسيره بالعرف وقواعد العدالة ومقتضيات استقرار التعامل.

ويقول سالي في كتابه المعروف «التعبير عن الإرادة» (فقرة ٥٥ - فقرة ٩٥) إن هناك قواعد ثلاثاً تجب مراعاتها عند تفسير التعبير عن الإرادة:

أولاً: يعتد بالتعبير ذاته الذي أراده من أصدر هذا التعبير، لا بالتعبير الذي كان ينوي أن يصدره ولم يصدر فعلاً. فإذا ثبت أن صاحب التعبير أراد التعبير الذي صدر منه، ولكن ثبت من جهة أخرى أنه إنما كان ينوي أن يصدر تعبيراً آخر، فالعبرة بالتعبير الذي صدر منه فعلاً لا بالتعبير الذي كان ينويه، وليس أمامه في هذه الحالة إلا أن يطعن في التعبير الذي صدر منه فعلاً بالغلط. ومعنى ذلك أن التعبير الذي صدر منه فعلاً هو الذي يعتد به، ولكنه يكون قابلاً للإبطال لعبابه، فإذا زال الحق في طلب الإبطال لأي سبب، بقي التعبير الذي صدر فعلاً قائماً وأنتج أثره. أما في نظرية الإرادة الباطنة، فالتعبير الذي يصدر مخالفاً للتعبير الذي كان في النية صدوره يعتبر تعبيراً باطلاً أصلاً، فلا ينتج أي أثر.

ويلحظ أن هناك نوعين من الغلط: غلطاً في الإرادة وغلطاً في التعبير. فالغلط في الإرادة هو مغايرة التعبير الذي صدر فعلاً عن التعبير الذي كان منوياً صدوره، أما الغلط في التعبير فهو مغايرة التعبير الذي صدر فعلاً عن التعبير الذي أريد فعلاً صدوره ولكنه لم يصدر لسهو من صاحبه. فلو كان عند شخص داران، إحدهما في القاهرة والأخرى في الإسكندرية، وكان مقيماً في الخارج، وبلغه أن إحدى الدارين قد نزل إيرادها فأراد بيعها، ولكنه ظن خطأ أن الدار التي نزل

إيرادها هي دار الإسكندرية بينما هي دار القاهرة. فباع دار الإسكندرية، كان هناك غلط في الإرادة لا غلط في التعبير، فإنه أراد التعبير الذي صدر منه ولم يقع غلط فيه، ولكن الغلط وقع في الإرادة إذا كان يريد بيع الدار التي نزل إيرادها فباع الأخرى، أما إذا كان يعرف الحقيقة وأن الدار التي نزل إيرادها هي دار القاهرة وأراد بيعها، فسها في التعبير وذكر دار الإسكندرية بدلاً من أن يذكر دار القاهرة، كان الغلط هنا غلطاً في التعبير، إذ أنه وهو يذكر دار الإسكندرية لم يرد أن يصدر منه هذا التعبير، وشرط التعبير أن يريده صاحبه كما قدمناه. وفي الحالة الأولى - حالة الغلط في الإرادة - يظن في التعبير بالغلط ويكون قابلاً للإبطال كما سبق القول. أما في الحالة الثانية - حالة الغلط في التعبير - فينبغي أن يعتبر التعبير باطلاً ولا يعتد به لأن صاحبه لم يرد أن يصدر منه. والفرق واضح بين تعبير قابل للإبطال في الحالة الأولى وتعبير باطل في الحالة الثانية. ومع ذلك فإن التقنين المدني الألماني (م ١١٩) يعد التعبير قابلاً للإبطال في الحالتين.

ثانياً: لا يقتصر في التفسير على العبارات التي تضمنت التعبير عن الإرادة أو أي مظهر خارجي تضمن هذا التعبير، بل يعتمد في التفسير بما أحاط التعبير عن الإرادة من ظروف خارجية، كوقائع مادية ومكاتبات سابقة على صدور التعبير وعلاقات عمل سابقة بين الطرفين والمألوف في التعامل بينهما، على أن يكون المعنى المستخلص من كل هذا هو المعنى الذي يستخلصه الشخص عادة وفقاً للعرف الجاري في المعاملات. ولا يعتد من هذه الظروف الخارجية إلا بما أحاط منها بالتعبير ذاته وبما يمكن اعتباره بمثابة الجو الذي قام فيه التعبير، أما الظروف التي لا علاقة تربطها بالتعبير فلا يعتد بها. فلو أن بائع الدار في المثل المتقدم قال: إنه يبيع داره. ثم انزلق لسانه فذكر دار الإسكندرية بدلاً من دار القاهرة، وأمكن بالرجوع إلى الظروف الخارجية والمكاتبات السابقة استخلاص أن المشتري فهم، أو كان ينبغي أن يفهم، الأمر على حقيقته، وأدرك، أو كان ينبغي أن يدرك، سهو البائع وأنه إنما أراد أن يقول دار القاهرة لا دار الإسكندرية، جاز تفسير التعبير عن الإرادة على هذا النحو فتصحح الظروف الخارجية ما ورد خطأ في التعبير، ويكون التعبير المعتقد به هو التعبير الذي أراد صاحبه صدوره منه لا التعبير الذي صدر فعلاً. ولا تقتصر كما فعلنا من قبل على اعتبار التعبير الذي صدر فعلاً باطلاً، بل نجاوز ذلك إلى تصحيحه وإحلال التعبير الذي أراد صاحبه صدوره منه محله، ويترتب على ذلك أن المشتري إذا قبل شراء الدار التي في الإسكندرية يكون قبوله غير مطابق حكماً للإيجاب، وإن كان مطابقاً له في الظاهر، فلا يتكون العقد لأن الإيجاب والقبول لم يتوافقا على محل واحد. فإذا لم يمكن أن يستخلص من الظروف الخارجية ما يصحح التعبير عن الإرادة على هذا الوجه، فبقي التعبير قائماً وقبله المشتري فانعقد العقد، فهل يجوز للبائع أن يطالب بإبطال العقد للغلط؟ الظاهر أنه لا يجوز له ذلك ما دام المشتري كان على حق في فهم الإيجاب على أنه متعلق بالدار التي في الإسكندرية، لأن استقرار التعامل يقتضي قيام العقد صحيحاً في هذه الحالة كما سيأتي (انظر سالي في التعبير عن الإرادة فقرة ٨١).

ثالثاً: إذا أدى التعبير عن الإرادة إلى انعقاد العقد، فإن التعبير - وقد كان مجرد إيجاب من قبل ثم انصب عليه القبول بعد ذلك - يصبح تعبيراً مشتركاً بين الطرفين لا يستقل به أحدهما، ومن ثم وجب استخلاص نية المتعاقدين المشتركة وفقاً لما تقتضيه النزاهة في التعامل (Loyauté en

(matière des transactions). والنية المشتركة ليست بالنية الذاتية لكل من المتعاقدين، فقد يتعذر تطابق هاتين النيتين، وإنما هي نية موضوعية مشتركة متجهة إلى ما ينبغي أن يكون لا إلى ما كان فعلاً، فلا تستخلص كل نية على حدة، بل تستخلص نية مشتركة هي التي يتوقعها الطرفان معاً كل منهما من الآخر، وقد أدخلها كل منهما في حسابه واستقر تعاملهما عليها.

فإذا وقع خلاف بين النيتين الذاتيتين للمتعاقدين. وجب على القاضي التوفيق بينهما لاستخلاص نية مشتركة منهما جميعاً، يسترشد في استخلاصها بما ينبغي أن يسود التعامل من النزاهة وحسن النية وبالعرف المستقر، فإن كلا من المتعاقدين من حقه أن يتوقع ذلك من المتعاقد الآخر. فيرسم القاضي للعقد غاية اجتماعية، موضوعية لا ذاتية، يستخلصها من ظروف التعاقد وملابساته، وهي الغاية التي ينتظر كل متعاقد من صاحبه أن يهدف إليها من وراء تعاقد، وعلى هذه الغاية الموضوعية يركز القاضي نية كل من المتعاقدين، فتتلاقى النيتان عندها وتنقلبان من نيتين ذاتيتين متفرقتين إلى إرادة موضوعية مشتركة. فلا ينبغي إذن أخذ إرادة كل من المتعاقدين بمفردها وعزلها عن إرادة المتعاقد الآخر، بل يجب أخذ الإرادتين معاً منتظمتين في إرادة واحدة على نحو من التفسير هو المألوف بين الناس، فليس يقوم العقد على إرادتين منفصلتين بل يقوم على إرادة مشتركة. ولا يمكن القاضي إلا أن يفعل ذلك، وإلا أن يتلمس إرادة موضوعية مشتركة من الجمع بين الإرادتين الذاتيتين للمتعاقدين، فإنه إن لم يفعل، وأخذ بإرادة دون أخرى، أو اقترب من إرادة وابتعد عن أخرى كان في هذا إثارة لأحد المتعاقدين وتضحية للمتعاقد الآخر.

فالإرادة المشتركة للمتعاقدين ليست هي حتماً نية من صدر منه الإيجاب، وليست هي حتماً نية من صدر منه القبول، بل هي نية تعاقدية مشتركة استخلصت عن طريق تحوير كل من الإيجاب والقبول، ونقلهما من نطاق ذاتي إلى نطاق موضوعي، حتى يتم التطابق بينهما. وقد يقال: إن هذه الإرادة المشتركة ليست هي الإرادة الحقيقية لأي من المتعاقدين، بل هي إرادة مصطنعة موهومة خلقناها خلقاً حتى يقوم عليها العقد. ولكن أليس ذلك خيراً من الأخذ بالإرادة الحقيقية لأحد المتعاقدين وإغفال الإرادة الحقيقية للمتعاقد الآخر! فليس العقد هو سيطرة الإرادة الفردية في ذاتها، وإنما هو أداة التوفيق ما بين الإرادات الفردية للوفاء بمصالح متقابلة والوصول إلى غاية مشتركة. ومن ثم إذا صدر إيجاب. فإن استقرار التعامل وضروريات الائتمان تقتضي أن يلتزم الموجب بالمعنى الظاهر من إيجابه، ذلك المعنى الذي يستطيع المتعاقد الآخر أن يستخلصه، وهو المعنى الذي يجب الأخذ به، فعنده يتلاقى كل من الإيجاب والقبول^(١).

(١) انظر في كل ذلك سالي في «التعبير عن الإرادة» فقرة (٨٦ - ٨٨ - ٩٢).

المطلب الثاني

السبب جزء من التعبير عن الإرادة في القانون الألماني

ليس للسبب وجود مستقل عن التعبير:

قدمنا أن القانون الألماني لا يعتد في الإرادة إلا بالتعبير عنها؛ فالتعبير عنده هو الإرادة ذاتها. ولكنه، من جهة أخرى، يجعل للمتعاقدين الحرية في إصدار هذا التعبير على النحو الذي يريان، وبالمدى الذي يقدران. فلهما أن يضمنا التعبير ما يريدان من دوافع وبواعث، فتصبح هذه جزءاً من التعبير عن الإرادة، ويعتد بها بالقدر الذي يعتد بالتعبير. وعلى النقيض من ذلك إن شاء المتعاقدان أن يجردا التعبير من سببه، فلهما أن يقتصرا على تضمين التعبير الالتزام في ذاته دون ذكر لسببه أو للدافع إليه، فيكون الالتزام على هذا النحو التزاماً مجرداً.

فلم يعد إذن للسبب، في القانون الألماني، وجود مستقل عن التعبير، فما شاء المتعاقدان أن يضمناه التعبير من سبب يصبح جزءاً منه، وما شاء أن يغفله يجب استبعاده من دائرة التعاقد ولا يعتد به. ومن ثم لا يوجد في القانون الألماني - كما وجد في القوانين اللاتينية - نظرية للسبب.

وهنا أيضاً نجد القانون الألماني يطاوع نزعة الموضوعية، ابتغاء استقرار التعامل. فالسبب لا يلمس خارج التعبير عن الإرادة، بل يجب أن يتضمنه هذا التعبير، وبذلك يكون السبب شيئاً موضوعياً لا أمراً نفسياً فيستقر التعامل.

مشروعية السبب في القانون الألماني:

وأياً كان السبب الذي ضمنه المتعاقدان التعبير - سبباً بالمعنى الضيق المعروف في النظرية التقليدية أو سبباً بمعنى الباعث الجوهرى في التعاقد أو سبباً بمعنى الباعث ولو لم يكن جوهرياً - فإنه يجب أن يكون سبباً مشروعاً، لأن التعبير تضمنه فأصبح جزءاً منه كما قدمنا، ولا يجوز أن يكون التعبير غير مشروع. وقد نصت المادة (١/١٣٨) من التقنين المدني الألماني على هذا الحكم إذ تقول: «يكون باطلاً كل تصرف قانوني يخل بالأداب».

على أن المقصود بالتعبير الذي يتضمن السبب ليس هو التعبير بالمعنى الضيق، أي التعبير ذاته محصوراً في العبارات التي ورد فيها، بل التعبير بالمعنى الواسع، مفسراً بالظروف الخارجية التي تلابسه وتحيط به، من مكاتبات بين الطرفين، وعلاقات سابقة ولاحقة بينهما، وما ألفاه في التعامل أحدهما مع الآخر، ونحو ذلك مما تقدم بيانه.

ففي التصرفات الملزمة للجانبين، ولا يقتصر القاضي كما في النظرية التقليدية على الاعتداد بالالتزامين المتقابلين فيكون أحدهما سبباً للآخر، بل إذا تضمن التعبير - بالمعنى الواسع الذي أسلفناه - إلى جانب ما تقدم الباعث على التعاقد، اعتد به القاضي وقدر مشروعيته وفقاً للأداب المتواضع عليها. ولكن القاضي، لا يستطيع أن يجاوز ما تضمنه التعبير إلى النيات الداخلية الذاتية لكل من المتعاقدين فإن هذا يهدد استقرار التعامل تهديداً بليغاً فتزعزع العلاقات بين الناس، فلا يصح إذن الاعتداد بالباعث إذا لم يتضمنه التعبير؛ حتى لو كان هذا الباعث معروفاً من المتعاقد

الآخر. والواجب إذا أريد الاعتداد بالبائع أن يندرج في التعبير، فيصبح جزءاً منه، فإن كان غير مشروع، كان التعبير باطلاً. وليس على القاضي وقد رأى التعبير يشتمل على أمر غير مشروع، إلا أن يبطل هذا التعبير، دون أن يكلف نفسه عناء البحث فيما إذا كان هذا الأمر غير المشروع هو السبب أو الباعث، فأمامه تصرف غير مشروع لا تفرقه الآداب العامة، وهو كحارس لهذه الآداب لا يملك إلا أن يبطل هذا التصرف^(١).

عدم المشروعية في القانون الألماني هو الإخلال بالآداب العامة:

ما هي الآداب العامة؟

وقد اقتصر التقنين الألماني (م ١/١٣٨) على جعل عدم المشروعية هو الإخلال بالآداب العامة (bonnes moeurs)، ولم يذكر النظام العام (ordre public). فالنظام العام يفهم عادة على أنه المبادئ العامة الأساسية التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والسياسي والصناعي، وهل تشيع في هذا النظام روح الفردية أو روح الاشتراكية، وإلى أي مدى تتدخل الدولة في نشاط الفرد، فهي إذن مبادئ تنطوي على تقدير ذاتي يتعارض مع التقدير الموضوعي للآداب العامة. إذ الآداب العامة هي ما تواضع الناس في وقت معين على أن يكون أساساً لتقدير التصرفات والأعمال من الناحية الأدبية، فليس المعيار فيها ذاتياً، بل هو معيار موضوعي، لأن القاضي لا يطبق معياره الذاتي وفهمه الشخصي لما هي الآداب العامة، بل يطبق معياراً موضوعياً هو ما تواضعت عليه الناس واصطلحت على أن يكون معياراً للتقدير. ثم إن الآداب العامة هي ما أراد الشعور العام أن يجعل له جزءاً قانونياً، فلا تدخل الآداب الاجتماعية (règles de convenance) في هذا النطاق.

وكان المشروع الأول للتقنين الألماني يذكر النظام العام إلى جانب الآداب العامة، ولكن المشروع الثاني حذف النظام العام ولم يستبق إلا الآداب العامة. ذلك أن واضعي المشروع الثاني حسبوا أن النظام العام إنما هو سلاح خطر يوضع في يد القاضي، فمبادئ النظام العام لا تنطوي، كما قدمنا، على قدر من الانضباط والموضوعية بحيث تأمن الناس من تحكم القاضي. أما الآداب العامة فقد أسلفنا أن معيارها موضوعي لا سبيل فيه إلى التحكم، فما تواضعت عليه الناس على أنه من الآداب العامة وجب اعتباره كذلك، ولا شأن في هذا الأمر لما يعتنقه القاضي من معتقدات سياسية أو اجتماعية، فلا خوف إذن من تحكمه.

ولهذا السبب أيضاً رفض اقتراح يقضي باستبدال عبارة «الآداب العامة» (bonnes moeurs) بكلمة «الأخلاق» (morale)، إذ الأخلاق تفسح المجال للمعايير الذاتية، فما يراه قاض متفقا مع الأخلاق قد يراه قاض آخر متعارضاً معها، أما الآداب العامة فلا سبيل إلى الاختلاف فيها، إذ العبرة هنا بما تواضعت عليه الناس لا بما يراه القاضي، وما تواضع عليه جمهور الناس لا فئة ممتازة منهم، وما تواضع عليه جمهور الناس فعلاً لا المثل العليا التي تتطلع إليها الناس.

على أنه ينبغي التمييز بين «الآداب العامة» «والعرف المتواضع عليه» (usages)، فالقاضي

(١) سالي في «التعبير عن الإرادة» فقرة (٣٥ - ٣٦ - ٣٨ - ٣٩).

يلتزم الآداب العامة دون أن يلتزم العرف المتواضع عليه. فقد تتواضع الناس على عرف قبيح، وبالرغم من تواضع الناس على ذلك يستقر في ضمير المجتمع أن هذا العرف قبيح وأنه يخل بالآداب العامة^(١).

وغني عن البيان أن الآداب العامة بهذا التحديد ليست شيئاً ثابتاً لا يتغير على مدى الأجيال والدهور، بل هي تتطور من جيل إلى جيل تبعاً لتطور الشعور العام.

تطبيقات مختلفة للتصرفات المخلة بالآداب العامة في القانون الألماني:

وفي القضاء الألماني تطبيقات كثيرة لتصرفات باطلة لإخلالها بالآداب العامة. من ذلك الاتفاقات التي تخل بمبدأ عدم جواز التصرف في الحرية الشخصية كالاتفاقات التي تمنع من المنافسة المشروعة أو تقيد من حرية العمل. وكذلك الاتفاقات التي يعقدها المنتجون فيما بينهم لغرض الاحتكار، والمناورات الخفية لرفع الأسعار، وكثير من الشروط التعسفية التي تسقط حق المؤمن عليه في عقود التأمين. ومن ذلك أيضاً تصرف الشخص في جسمه بعد موته لأغراض طبية وإن كان الشعور العام أخذ يتطور نحو إباحة هذا التصرف، والاتفاقات المقيدة من حرية الزواج، وعقد الوساطة في الزواج وقد صدر في ألمانيا تشريع خاص بتحريمه.

ومن أهم التطبيقات للاتفاقات المخلة بالآداب العامة ما أورده الفقرة الثانية من المادة (١٣٨) من التقنين المدني الألماني في خصوص الاستغلال. وهي تنص على ما يأتي: «يكون باطلاً بنوع خاص كل تصرف قانوني يستغل بموجبه أحد المتعاقدين حاجة المتعاقد الآخر أو طيشه أو عدم تجربته ليحمله على أن يتعهد له أو للغير. أو أن يكفل بأي طريق آخر، في مقابل ما حصل عليه، منافع ذات قيمة مالية تزيد على قيمة هذا المقابل، بحيث تختل النسبة بين القيمتين اختلالاً فادحاً نظراً لظروف الحال»^(٢).

ويلاحظ حتى يكون الاستغلال مخلاً بالآداب العامة أن هناك عنصرين يجب توافرها. الأول: عنصر موضوعي، وهو الاختلال الفادح بين القيمتين، قيمة ما أخذه أحد المتعاقدين وقيمة ما أعطى، وهذا هو الغبن الفاحش. ولا بد من استظهار هذا الغبن الفاحش، فإن لم يوجد، ولم يكن الاختلال بين القيمتين فادحاً، فلا استغلال، حتى لو تبين أن العاقد الذي استغلت حاجته أو طيشه أو عدم تجربته كانت إرادته في الواقع من الأمر مشوبة بغلط أو تدليس

(١) سالي في «التعبير عن الإرادة» فقرة (٤٤ - ٤٥ - ٥٣ - ٥٤).

(٢) وهذا هو النص مترجماً إلى اللغة الفرنسية بواسطة لجنة رسمية من كبار رجال القانون الفرنسيين:

Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté d'esprit ou l'inexpérience d'un autre, tire profit de la situation, en ce que celui - ci lui promette ou lui assure de toute autre façon, à lui ou à un tiers, pour une prestation par lui faite des avantages de valeur patrimoniale, qui excèdent la valeur de la prestation fournie, de telle façon qu'en tenant compte des circonstances, les avantages qui en forment l'équivalent soit par rapport à cette prestation dans une disproportion choquante.

أو إكراه، وفي هذه الحالة يكون التصرف قابلاً للإبطال لعيب في الإرادة، وليس باطلاً لإخلاله بالآداب العامة. وعلى العكس من ذلك، إذا وجد هذا الاختلال الفادح، فهناك استغلال ويكون التصرف باطلاً لإخلاله بالآداب العامة، ولو لم يؤد الضغط على العاقد الذي استغلت حاجته أو طيشه أو عدم تجربته إلى أن تكون إرادته مشوبة بعيب. أما إذا صحب الاستغلال عيب في الإرادة، كان التصرف من ناحية قابلاً للإبطال بسبب العيب، وكان من ناحية أخرى بسبب الاستغلال، ويرجح بطبيعة الحال أن يكون التصرف باطلاً لا قابلاً للإبطال. الثاني: عنصر ذاتي، وهو استغلال أحد المتعاقدين في المتعاقد الآخر حاجته أو طيشه أو عدم تجربته. وهذا العنصر الذاتي هو العنصر الهام في الاستغلال، وهو الذي يحدد مصير التصرف. فالقانون الألماني وقف عنده ليستخلص أن الاستغلال مخل بالآداب العامة، ومن ثم يكون التصرف باطلاً. أما القوانين اللاتينية التي أوردت نصاً مقابلاً للنص الألماني - ومعها التقنيات المدنية العربية المصري والسوري والليبي والعراقي - فقد وقفت هي أيضاً عند هذا العنصر الذاتي لتستخلص منه أن الاستغلال أحدث في الإرادة عيباً قريباً إلى أن يكون غلطاً أو تدليساً أو إكراهاً، ومن ثم يكون التصرف قابلاً للإبطال، فالقانون الألماني اعتد بإرادة العاقد الذي صدر الاستغلال من جهته واعتبرها إرادة مخلة بالآداب العامة، ومن ثم جعل التصرف باطلاً. أما القوانين اللاتينية فقد اعتدت بإرادة العاقد الذي وقع عليه الاستغلال واعتبرتها إرادة معيبة ومن ثم جعلت التصرف قابلاً للإبطال.

التصرف المجرد في القانون الألماني^(١):

الإرادة، مجردة من الشكل ومن السبب معاً، لا يمكن أن يسلم بها كقاعدة في قوانين تأخذ بالإرادة الباطنة كالقوانين اللاتينية فإن الأخذ بالإرادة الباطنة معناه أن تتحرر الإرادة من عيوبها وأن تقترب بسببها، ولكن الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسير أن يباعد ما بينها وبين الإرادة الباطنة، فتتجرد الإرادة الظاهرة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الإرادة، ولا يبقى في مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد (acte abstrait). وهناك فائدة كبيرة من تجريد الإرادة الظاهرة على هذا النحو، إذ بهذا التجريد يصبح التصرف غير معرض للبطلان لا من طريق عيوب الإرادة ولا من طريق عيوب السبب. وكل ما يستطيع المدين أن يفعل هو أن يرجع بدعوى الإثراء على دائنه، فيدفع دعواه إذا لم يكن قد دفع الدين، أو يسترد ما دفع إذا كان قد وفى. فإذا كان الدائن قد حول حقه إلى الغير، فإن هذا الغير لا يحتاج عليه بشيء من ذلك، بل يستخلص الحق من المدين، وللمدين بعد ذلك أن يرجع على الدائن بما دفعه إلى الغير. ومن ثم يكون من التصرف المجرد أداة قوية من أدوات الائتمان، تشتد حاجة التعامل إليها كلما اشتدت الحاجة إلى الاستقرار.

وإذا كان التعامل يتنازعه عاملان؛ عامل احترام الإرادة وعامل الاستقرار، فإن التصرف

(١) انظر «الوسيط» للمؤلف الجزء الأول فقرة (٢٨٥ - ٢٨٧).

المسبب يستجيب للعامل الأول، ويستجيب التصرف المجرد للعامل الثاني. ومنذ انتكصت الشكلية في العقود وساد مذهب الرضائية، انتصر عامل الإرادة على عامل الاستقرار، ولم يستطع عامل الاستقرار أن يسترد ما فقد إلا بظهور التصرف المجرد، ففيه ينتصر على الإرادة كما رأينا. ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلي إلى تصرف رضائي، ثم من تصرف رضائي إلى تصرف مجرد، تطوراً تعاقب فيه عاملا الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة، كان الظفر في كل مرحلة منها لأحد العاملين على الآخر، ومن هنا أيضاً كان التصرف المجرد رجوعاً إلى التصرف الشكلي المذهب، كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار، ولكن التصرف الشكلي يستجيب إليه في جمعية بدائية، ويستجيب إليه التصرف المجرد في جمعية متحضرة.

على أن التصرف المجرد - على شدة الحاجة إليه في استقرار التعامل وبخاصة إذا تقدمت التجارة وتشعبت سبلها وظهرت الحاجة إلى أدوات ائتمان ثابتة - لم يظفر من القوانين اللاتينية، وهي التي تأخذ بالإرادة الباطنة، إلا بمكان ضيق محدود. وعلى النقيض من ذلك، ظهر التصرف المجرد في القوانين الجرمانية، وهي التي تأخذ بالإرادة الظاهرة، بمكان رحب سما فيه إلى مرتبة القاعدة. ولا غرابة في ذلك، فقد بينا أن التصرف المجرد يتمشى مع الإرادة الظاهرة التي تأخذ بها القوانين الجرمانية ويتعارض مع الإرادة الباطنة التي تأخذ بها القوانين اللاتينية.

وفي القانون الألماني نوعان من التصرفات:

١ - التصرفات المسببة، وهي أغلب التصرفات المدنية، وفيها السبب ركن يجب أن يكون صحيحاً مشروعاً. ولا يراد بالسبب هنا الباعث الذي يتضمنه التعبير عن الإرادة على النحو الذي بسطناه فيما تقدم. وإنما للسبب معنى خاص، يقرب من المعنى المعروف في النظرية التقليدية. ولتحديد هذا المعنى يبدأ الألمان بتعريف ما يسمونه «الإضافة إلى الذمة»، وهي عبارة عن منفعة مالية أو إثراء يتحقق لصالح شخص بموجب عمل إرادي مشروع - تصرف قانوني أو عمل مادي - يصدر من المفترق. وسبب الإضافة إلى الذمة هو عبارة عن الغرض المباشر الذي يرمي إلى تحقيقه المضيف للذمة. ويحدد هذا السبب، وفقاً للفقه الألماني، على أساس تقسيم ثلاثي للسبب موروث من دعاوى الإثراء في القانون الروماني، يكون السبب بمقتضاه إما الوفاء أو الإدانة أو التبرع. ومعنى كل من الوفاء والتبرع معروف، أما الإدانة فهي التصرف بمقابل، وهذا المقابل إما أن يكون موضوعه استرداد ما أعطاه المضيف أو استرداد قيمته كما في القرض، وإما أن يكون موضوعه شيئاً آخر يحدد بالاتفاق كما في العقد الملزم للجانبين، فالبايع يحصل على دين بالثمن في مقابل التزامه بنقل ملكية البيع. فإذا كان التصرف مسبباً وجب أن يكون له سبب مشروع هو الوفاء أو الإدانة أو التبرع على النحو الذي أسلفنا، وهذا يقرب كثيراً من النظرية التقليدية في القوانين اللاتينية. أما الباعث فلا يعتد به، كما قدمنا، إلا إذا تضمنه التعبير عن الإرادة.

٢ - التصرفات المجردة، وهي طائفتان: عقود انتقال الملكية والعقود المجردة المنشئة للالتزام. فالطائفة الأولى تنتقل بها الملكية دون اعتبار السبب. ذلك أن الملكية في القانون الألماني لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها، بل لا بد من تنفيذ هذا الالتزام بطريق عقد آخر هو عقد انتقال

الملكية، فيذهب المتعاقدان إلى المكتب العقاري، ويعلنان اتفاقهما، ويسجلان هذا الاتفاق في السجل العقاري، تنتقل الملكية، سواء كان العقد المنشئ للالتزام بنقلها صحيحاً أو معيباً، وإذا اتضح بعد ذلك أن العقد كان معيباً، وأن الملكية انتقلت دون سبب، فليس لمن خرج عنها إلا الرجوع بدعوى شخصية على من تلقاها هي دعوى الإثراء بلا سبب، وبذلك يتوافر لعقد انتقال الملكية مزية الاستقرار والثبات. فما على الغير حتى يتثبت أنه يتعامل مع مالك العقار إلا أن يرجع إلى السجل العقاري، فمن كان اسمه مسجلاً فيه كان هو المالك، ولو كان في ذلك توضيح للمالك الحقيقي، والطائفة الأخرى من التصرفات المجردة عقود منشئة للالتزام وتشمل:

أولاً: حالات معينة بذواتها، منصوفاً عليها. وهي - عدا الأوراق التجارية والسندات - حوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصي والإنابة في الوفاء. وفي هذه الحالات يكون العقد مجرداً على النحو الذي رأيناه في عقود انتقال الملكية. فيتم نقل الحق أو الدين، ويتحقق التنازل عن الحق الشخصي، دون اعتبار للسبب في هذه الحوالة أو في هذا التنازل، فإذا تبين أن السبب غير موجود أو غير مشروع فليس ثمة إلا الرجوع بدعوى الإثراء. كذلك التزام المناب للمناب لديه بالوفاء التزام مجرد عن السبب، فلا يستطيع المناب أن يحتج على المناب لديه بما كان له أن يحتج به من دفع ضد المناب^(١).

ثانياً: التعهد المجرد بالوفاء والاعتراف المجرد بالدين، وهما صورتان العامتان للتصرف المجرد. فيضع التقنين المدني الألماني هنا قاعدة عامة للتصرف المجرد، ويجيز أن يتفق الدائن مع مدينه على أن يكون التزام المدين أو اعترافه بالدين مجرداً فيوجد الالتزام في ذمته منفصلاً عن السبب - سواء كان هذا السبب هو الوفاء أو الإدانة أو التبرع - ويقوم الالتزام حتى لو كان السبب غير موجود. وليس للمدين إلا دعوى الإثراء بلا سبب إزاء الدائن إذا تبين أن التزامه لم يكن مبنياً على سبب صحيح، فيتخلص بذلك من الالتزام إذا لم يكن قد وفاه، أو يسترد ما دفعه إذا كان قد وفى الالتزام. وقد اشترطت المادة (٧٨٠) من التقنين المدني الألماني في الالتزام المجرد أن يكون في ورقة مكتوبة، إلا إذا كان هذا الالتزام تصفية لحساب أو مستنداً إلى صلح، فلا تشترط الكتابة.

أما القوانين اللاتينية - وهي مشبعة بنظرية السبب - فلا تسلم بالتصرف المجرد، أو هي على الأقل لا تضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنينات الجرمانية. فالالتزام في القوانين اللاتينية هو التزام مسبب. على أن هذه القوانين تقرر الالتزام المجرد في حالات معينة منصوص عليها، وهي حالات قليلة العدد. وقد نص التقنين التجاري - حيث تشدد الحاجة للالتزام المجرد لاستقرار التعامل وسرعته - على عدد منها، هي الكمبيالات والسندات تحت الإذن والسندات لحاملها، أما التقنين المدني فقد نص على حالتين: التزام المناب في الوفاء نحو المناب لديه والتزام الكفيل نحو الدائن. فنصت المادة (٣٦١) من التقنين المدني المصري على أن: «يكون التزام المناب قبل

(١) انظر: التقنين الألماني المادتين (٣٩٨ و ٤١٣) لحوالة الحق، والمواد (٤١٤) وما بعدها لحوالة الدين،

والمادة (٣٩٧) للتنازل عن الحق الشخصي، والمادة (٧٨٤) للإنابة في الوفاء.

المناقب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع، ولا يبقى للمناقب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره. أما في الكفالة، فللكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين (م ٧٨٢ مصري)، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن هو مع ذلك التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفع التي له أن يتمسك بها ضد المدين. فإذا كفل الكفيل المدين في نظير أن يوفي المدين ديناً آخر عليه مضموناً برهن يثقل عقار الكفيل، ولم يوف المدين بهذا الدين الآخر، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً، ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخلص عقار الكفيل من الرهن.

ويتبين مما قدمناه أن التقنين المدني المصري - والتقنينات المدنية العربية الأخرى - قد انحازت إلى القوانين اللاتينية، فاشتترطت في التصرفات أن تكون مسببة، ولم تسلم بالتصرف المجرد إلا في حالات معينة بذواتها.

الفرع الثاني

نظرية السبب في الفقه الإسلامي

تمهيد

عاملان متعارضان يتنازعان الفقه الإسلامي تجاه نظرية السبب:

الفقه الإسلامي - تجاه نظرية السبب - يتنازعه عاملان متعارضان:

١ - فهو أولاً فقه ذو نزعة موضوعية بارزة، يعتد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها، أي يأخذ بمذهب الإرادة الظاهرة لا بمذهب الإرادة الباطنة، فهو أقرب بكثير من هذه الناحية إلى الفقه الجرمانى منه إلى الفقه اللاتيني. ونحن نعرف أن الفقه ذا النزعة الموضوعية كالفقه الجرمانى يكون أكثر استعصاء على نظرية السبب من الفقه ذي النزعة الذاتية كالفقه اللاتيني. ومن ثم تستعصي النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي على نظرية السبب، وكان ينبغي ألا تترك لهذه النظرية مجالاً فسيحاً، أو في القليل كان ينبغي أن تضمّر نظرية السبب في الفقه الإسلامي كما ضمّرت في الفقه الجرمانى، ولا تزدهر فيه كما ازدهرت في الفقه اللاتيني.

٢ - ولكن الفقه الإسلامي، من جهة أخرى، فقه تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية، وهذا يقتضي أن يعتد فيه بالبائع الذي تقاس به شرف النوايا وطهارتها. فكان ينبغي - على النقيض من الاعتبار الأول - أن يكون لنظرية السبب، وهي نظرية خلقية في المقام الأول، مكان ملحوظ يضاهي مكانها في الفقه اللاتيني.

اختلاف مذاهب الفقه الإسلامي في نظرية السبب:

وبين هذين العاملين المتعارضين يتراوح الفقه الإسلامي. ففي بعض مذاهبه نرى نظرية السبب تختفي تحت ستار من صيغة العقد والتعبير عن الإرادة، ويختلط السبب بالمحل، فلا يعتد

بالسبب أي بالباعث على التعاقد إلا حيث يتضمنه التعبير عن الإرادة، فإن لم يتضمنه التعبير لم يعتد به، وقد رأينا ذلك من قبل في الفقه الألماني^(١). وفي مذاهب أخرى تغلب العوامل الأدبية والخلقية والدينية، فيعتد بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة أي ولو لم يذكر في العقد، ويكون العقد صحيحاً أو باطلاً تبعاً لما إذا كان هذا الباعث أو غير مشروع، وقد رأينا ذلك من قبل في الفقه اللاتيني^(٢).

(١) على أنه يمكن القول بوجه عام إن النية في الفقه الإسلامي تقوم بدور هام في تكييف العقد، فقد يذكر المتعاقدان عقداً وتكون نيتهم قد انصرفت إلى عقد آخر، فالعبرة بما انصرفت إليه النية. فالكفالة بشرط براءة الأصل حوالة، والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة، ولو شرط رب المال للمضارب كل الربح كان المال قرضاً، ولو شرط لرب المال كان بضاعة. . والمقبوض على سوم الشراء مضمون لا المقبوض على سوم النظر «الأشياء والنظائر» لابن نجيم (١١٠ - ١١١)، «فتح القدير» (٤٠٣/٥). وزواج المحلل باطل وتصرف المريض مرض الموت يعطي حكم الوصية، وبيع العينة رباً «المغني» (١٧٤/٤ - ١٧٥). وانظر «الموافقات» للشاطبي (٢٠٦/٢ - ٢٢٧).

وجاء في «الأشياء والنظائر» للسيوطي (١١١ - ١١٣): «هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها خلاف، والترجيح مختلف، فمنها إذا قال: اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم فقال: بعثك، فرجح الشيخان أنه ينعقد بيعاً اعتباراً باللفظ الثاني، ورجحه السبكي سلماً اعتباراً بالمعنى. . . ومنها إذا قال لمن عليه الدين وهبته منك، ففي اشتراط القبول وجهان. فليس بيعاً، وفي انعقاده هبة قولان تعارض اللفظ والمعنى. ومنها إذا قال: لم يذكر ثمناً، فإن راعينا المعنى انعقد هبة أو اللفظ فهو بيع فاسد. . . ومنها إذا قال لمن عليه الدين: وهبته منك، ففي اشتراط القبول وجهان أحدهما يشترط اعتباراً بلفظ الهبة، والثاني لا اعتباراً بمعنى الإبراء وصححه الرافعي في كتاب الصداق. . . ومنها لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول، فهو إقالة بلفظ البيع ذكرها صاحب «التتمة» وخرجه السبكي على القاعدة، ثم رأيت التخريج للقاضي حسين قال: إن اعتبرنا اللفظ لم يصح وإن اعتبرنا المعنى فإقالة ومنها لو عقد الإجارة بلفظ البيع فقال: بعثك منفعة هذا الدار شهراً، فالأصح لا ينعقد نظراً إلى اللفظ وقيل: ينعقد نظراً إلى المعنى. . . ومنها إذا وقف على قبيلة غير منحصرة كبنى تميم أو أصلهم، فالأصح الصحة اعتباراً بالمعنى ويكون المقصود الجهة لا الاستيعاب كالفقراء والمساكين، والثاني لا يصح اعتباراً باللفظ فإنه تملك لمجهول».

وجاء في «أعلام الموقعين» لابن القيم (١٠٦/٣ - ١٠٧): «المتكلم بصيغ العقود. . . إن قصد بها ما لا يجوز قصده كالتكلم بنكحت وتزوجت بقصد التحليل وبعث واشترت بقصد الربا وما أشبه ذلك فهذا لا يحصل له مقصوده الذي قصده وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه، فإن في تحصيل مقصوده تنفيذاً للمحرم وإسقاطاً للواجب وإعانة على معصية الله ومناقضة لدينه وشرعه، وإعانة على ذلك إعانة على الإثم والعدوان ولا فرق بين إعانة على ذلك بالطريق التي وضعت مفضية إليه وبين إعانة على ذلك بالطريق التي وضعت مفضية إلى غيره، فالمقصود إذا كان واحداً لم يكن اختلاف الطرق الموصلة إليه بموجب لاختلاف حكمه فيحرم من طريق ويحل بعينه من طريق أخرى».

(٢) على أن هناك نصوصاً في الفقه الإسلامي نلمح فيها الفكرة التي تقوم عليها النظرية التقليدية في السبب في الفقه اللاتيني. من ذلك ما جاء في «البدائع» (٢٨٥/٥): «كل المبيع يعتبر مقابلاً بكل الثمن، وكل الثمن مقابل بكل المبيع. فالزيادة (في المبيع أو في الثمن) لو صحت مبيعاً وثنماً لخلت عما يقابله، فكانت فضل مال خال عن العوض في عقد المعاوضة، وهذا تفسير الربا». وكذلك يبطل العقد إذا كان السبب مغلوطاً، فلو ظن شخص وجوب النفقة عليه لمن يستحقها فالتزمها، كالتزامها الزوجة الناشز مثلاً أو التزام الجد نفقة =

ضمور نظرية السبب في المذهبين الحنفي والشافعي وظهورها في المذهبين

المالكي والحنبلي:

فنظرية السبب في الفقه الإسلامي يختلف إذن حظها في المذاهب المختلفة. فهي ضامرة محدودة، كما هو شأنها في الفقه الجرمانى، وفي المذهبين الحنفي والشافعي، وذلك مطاوعة للنزعة الموضوعية البارزة في الفقه الإسلامي. وهي زاهرة يانعة، كما هو شأنها في الفقه اللاتيني، في المذهبين المالكي والحنبلي، وذلك تمشياً مع العوامل الأدبية والخلقية والدينية التي لها الغلبة في الفقه الإسلامي.

فنستعرض إذن في مبحثين متعاقبين:

(١) نظرية السبب في الفقه الحنفي وفقه الشافعي.

(٢) هذه النظرية في الفقه المالكي والفقه الحنبلي.

المبحث الأول

نظرية السبب في الفقه الحنفي وفقه الشافعي

مبدأن جوهريان:

لم يضع الفقه الإسلامي، في أي مذهب من مذاهبه، نظرية عامة في السبب. وهو في ذلك إنما يتمشى مع صناعته المألوفة، لا يصوغ نظريات عامة، بل يورد من التطبيقات التفصيلية ما يمكن معه، عن طريق التحليل ثم عن طريق التأصيل، استخلاص من هذه النظرية.

وباستقراء هذه التطبيقات التفصيلية يمكن أن نستخلص مبدأين جوهريين:

أولاً: السبب، وإن كان أمراً ذاتياً، إلا أنه يجب أن يكون داخلياً في صيغة العقد يتضمنه

= أولاد ابنه مع وجود أبيهم الموسر، فالالتزام باطل ولا يلزم الملتزم بشيء. وتعليله أن الالتزام بني على سبب مغلو، فكان لذلك باطلاً. ومن أمثلة السبب المغلو أيضاً ما لو ادعى أحد داراً في يد رجل آخر، فصالحه هذا على بدل من المال وسلمه إليه، ثم برهن المدعى عليه أنه كان اشترى الدار من المدعي قبل الصلح، فهنا يبطل الصلح، ويجب على المدعي رد البذل «البزازية» (٣/٣٢)، بهامش «الهندية». وتعليل ذلك أن الصلح بني على سبب مغلو، فيبطل بظهور حقيقة الأمر (الدكتور صبحي المحمصاني في «النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية» (٩٨ - ٩٩)). وجاء أيضاً في نفس المرجع: «على أن الفقهاء يستخلصون أحياناً السبب في العقد على أنه شيء موضوعي داخل العقد لا يتغير، أقرب ما يكون إلى السبب في النظرية التقليدية. فعقد الزواج سببه التناسل والمكارمة والمودة «الفروق» ٣ نشرة (١٧١). والهبه سببها إرادة الخير للواهب. والوقف سببه إرادة محبوب النفس «الدر المختار» (٢/٤٧١ و ١٤٩). والمقصود من البيع إنما هو انتفاع كل واحد من المتعاضين بما يصير إليه، فإذا كان عديم المنفعة أو محرماً لم يحصل مقصوده فيبطل عقد المعاوضة عليه «الفروق» (٣/٢٣٨) (الدكتور صبحي المحمصاني في «النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية» (٩٢)).

التعبير عن الإرادة، على النحو الذي رأيناه في الفقه الألماني.

ثانياً: مشروعية السبب ليست بالأمر الثابت في جميع الأحوال. فهناك حالات تختلف فيها الأنظار في هذه المشروعية، بل هناك حالات تطورت فيها فكرة المشروعية، فما كان غير مشروع من قبل أصبح الآن مشروعاً، وما كان مشروعاً أصبح غير مشروع. ونبحث كلا من هذين المبدأين.

المطلب الأول

السبب يجب أن يكون داخلاً في صيغة العقد يتضمنه التعبير عن الإرادة

المبدأ العام بشقيه:

السبب بمعنى الباعث لا يبحث عنه خارج العقد، بل يجب أن يكون موجوداً في صيغة العقد ذاتها، داخلاً في دائرة التعاقد. فلا بد أن يتضمنه التعبير عن الإرادة، إذ هو جزء من هذا التعبير لا يفصل عنه، وبذلك لا يعتد بالباعث إذا لم يتضمنه صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة.

ويجب إذن الوقوف عند الإرادة الظاهرة وما تضمنته من بواعث ودوافع. لا يجوز أن نجاوز هذه الإرادة الظاهرة للبحث في النوايا الخفية. فإذا كانت الإرادة الظاهرة لا تتضمن باعثاً غير مشروع، فالعقد صحيح، ويجاز بحكم الظاهر دون بحث عن النية. وفي كتاب «الأم» للشافعي عبارة قوية في هذا المعنى إذ يقول («الأم» ٣/ ٦٥):

«أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً، لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع. وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه، لأنه باعه حلالاً، وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً. لو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر، لم أفسد النكاح، وإنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد».

فالمبدأ العام يتكون إذن من شقين:

أولاً: يعتد بالسبب أي الباعث إذا تضمنته صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة.

ثانياً: لا يعتد بالسبب أي الباعث إذا لم يتضمنه صيغة العقد.

فنستعرض التطبيقات التفصيلية لهذا المبدأ العام في كل من شقيه، في المذهبين الحنفي والشافعي، وبخاصة في المذهب الحنفي حيث تكثر النصوص.

١ - يعتد بالسبب إذا تضمنته صيغة العقد

كيف تتضمن صيغة العقد السبب أي الباعث:

أظهر ما تتضمن صيغة العقد السبب هو أن يذكر السبب صراحة في صيغة العقد، فيكشف المتعاقدان ببيان واضح عن الباعث الدافع لهما على التعاقد، فإن كان هذا الباعث مشروعاً فالعقد صحيح، وإن كان غير مشروع فالعقد باطل.

ولكن ليس من الضروري أن يكون ذكر السبب صريحاً في صيغة العقد، بل يجوز أن يذكر السبب ضمناً. ويستخلص عادة من طبيعة المحل، فإذا كانت طبيعة المحل يستدل منها أن السبب الذي دفع إلى التعاقد غير مشروع، فالعقد باطل، وهنا يستدل على السبب بالمحل.

وقد يتميز السبب عن المحل، فيكون المحل مشروعاً ولكن السبب غير مشروع.

فنتعرض بعض النصوص في كل من هذه الأحوال الثلاث:

الحالة الأولى - السبب مذكور صراحة في صيغة العقد:

جاء في «البدائع» (١٩٠/٤):

«ولا تجوز إجارة الإماء للزنا، لأنها إجارة على المعصية. وقيل: فيه نزل قوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَّتَكُمْ عَلَى الْإِفَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّنَبْتِكُمْ أَرَضَ الْخِيَرَةُ الْغَنَاءُ﴾ [النور: ٣٣]. وروي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن مهر البغي وهو أجر الزانية على الزنا». ووضح من هذا النص أن صيغة العقد قد تضمنت صراحة الباعث الدافع على الإجارة وهو سبب غير مشروع، ومن ثم كان عقد الإجارة باطلاً.

وجاء في «البدائع» أيضاً (١٦٩/٥):

«ولو اشترى قمرية على أنها تصوت، أو طيراً على أنه يجيء من مكان بعيد، أو كبشاً على أنه نطاح، أو ديكاً على أنه مقاتل، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله... لأن هذه صفات يتلها بها عادة، والتلهي محظور، فكان هذا شرطاً محظوراً، فيوجب فساد البيع... ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها، فالبيع فاسد، لأن التغنية صفة محظورة لكونها لهواً، فشرطها في البيع يوجب فساده، ولو اشترى جارية على أنها مغنية على وجه إظهار العيب، جاز البيع، لأن هذا البيع بشرط البراءة عن هذا العيب، فصار كما لو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر، فإن وجدها لا تغني لا خيار له، لأن الغناء في الجواري عيب فصار كما لو اشترى على أنه معيب فوجده سليماً». وهنا نرى في وضوح كيف أن الشيء الواحد قد يكون باعاً غير مشروع، وقد يكون شرطاً مشروعاً، تبعاً لنية المتعاقدين. ففي المثل المتقدم يشتري الجارية على أنها مغنية، وقد ورد ذكر الباعث صراحة في صيغة العقد على هذا النحو. فإن كان الغرض من ذكره أن المشتري يكشف عن غرضه من أنه يريد الجارية مغنية للتلهي بها، فإن هذا الباعث غير مشروع، ويكون العقد فاسداً، أما إذا كان الغرض هو النقيض من ذلك، فإن الجارية مغنية وهذا في نظر المتعاقدين عيب فيها، فأراد البائع أن يبرأ من هذا العيب

فاشترط البراءة على المشتري فقبل، فإن الباعث على التعاقد هنا لا يكون غير مشروع، ويكون العقد صحيحاً. والفرق بين هاتين الصورتين يظهر فيما إذا انكشف بعد البيع أن الجارية غير مغنية. ففي الصورة الأولى يكون قد فات على المشتري غرضه، والعقد على كل حال فاسد من الأصل. أما في الصورة الثانية فانكشف أن الجارية غير مغنية معناه أنها سليمة من العيب الذي شرط البائع البراءة منه، والعقد صحيح منذ البداية كما قدمنا، ويبقى صحيحاً لأن المشتري قد اشترى شيئاً على أنه معيب فظهر سليماً، وهذا من شأنه أن يؤكد صحة العقد.

وجاء في «الزيلعي» (١٢٥/٥): «ولا يجوز (الاستئجار) على الغناء والنوح والملاهي، لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئاً، إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر، لو استحق عليه للمعصية لكان ذلك مضافاً إلى الشارع من حيث أنه شرع عقداً موجباً للمعصية تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً، لأن الأجير والمستأجر مشتركان في منفعة ذلك في الدنيا فتكون الإجارة على محل هو فيه شريك، ذكره في «النهاية» معزياً إلى «الذخيرة». وإن أعطاه الأجر وقبضه، لا يحل له ويجب عليه رده إلى صاحبه. وفي «المحيط» في كتاب الاستحسان إذا أخذ المال من غير شرط يباح، لأنه أعطاه المال عن طوع من غير عقد».

وجاء في «الفتاوى الخانية» (٣٢٢/٢) وما بعدها: «رجل استأجر فحلاً لينزبه، لا يجوز ذلك ولا أجر فيه، وكذا النائحة والمغنية... وإن استأجر المسلم ذميّاً لبيع له خمراً أو ميتاً أو دماً لا يجوز... ولو استأجر رجلاً لينحت له أصناماً أو ليزخرف له بيتاً بالتمائيل فلا أجر له، كما لو استأجر نائحة أو مغنية».

الحالة الثانية - السبب مستخلص من طبيعة المحل:

وقد يكون السبب، كما قدمنا، مذكوراً ضمناً في صيغة العقد، بأن يكون مستخلصاً من طبيعة المحل، فيعتد به لأن المتعاقدين قد كشفا ضمناً عن الباعث لهما على التعاقد، ونورد في هذا المعنى النصوص الآتية:

جاء في «البدائع» (١٤٣/٥): «وأما القرد فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان. وجه رواية عدم الجواز أنه غير منتفع به شرعاً، فلا يكون مالاً كالخنزير. ووجه رواية الجواز أنه إن لم يكن منتفعاً به بذاته، يمكن الانتفاع بجلده. والصحيح هو الأول، لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده عادة، بل للهو به، وهو حرام، فكان هذا بيع الحرام للحرام، وإنه لا يجوز». فهنا قد استخلص الباعث على التعاقد من طبيعة المحل، فالقرد لا يشتري للانتفاع بجلده عادة، بل للهو به، فكان هذا بيع الحرام للحرام.

وجاء في «البدائع» (١٤٤/٥): «ويجوز بيع آلات الملاهي من البربط والطبل والمزمار والدف ونحو ذلك عند أبي حنيفة، ولكنه يكره. وعند أبي يوسف ومحمد لا ينعقد بيع هذه الأشياء، لأنها آلات معدة للتلهي بها موضوعة للفسق والفساد، فلا تكون أموالاً، فلا يجوز بيعها. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه يمكن الانتفاع بها من جهة أخرى بأن تجعل ظروفاً لأشياء ونحو ذلك من المصالح،

فلا تخرج عن كونها أموالاً، وقولهما أنها آلات للتلهي والفسق، قلنا: نعم لكن هذا لا يوجب سقوط ماليتها كالمغنيات والقيان وبدن الفاسق وحياته وماله، وهذا لأنها كما تصلح للتلهي تصلح لغيره، (فبقيت) على ماليتها بجهة إطلاق الانتفاع بها لا بجهة الحرمة. ولو كسرهما إنسان ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يضمن. وعلى هذا الخلاف بيع النرد والشطرنج. والصحيح قول أبي حنيفة رضي الله عنه، لأن كل واحد منهما منتفع به شرعاً من وجه آخر بأن يجعل صنجات الميزان، فكان مالاً من هذا الوجه، فكان محلاً للبيع مضموناً بالإتلاف... فهنا اختلف الإمام مع صاحبيه، ولكنهم لم يختلفوا، فيما نرى، في المبدأ الأساسي الذي نحن بصده من أن الباعث إذا تضمنته صيغة العقد اعتد به، بل هم متفقون في ذلك. ولكن الصاحبين قد ذهبوا إلى أن آلات الملاهي هي الربط والطلب والمزمار والدف والنرد والشطرنج هي آلات معدة بطبيعتها للتلهي موضوعة للفسق والفساد، فاستخلصا بذلك من طبيعة المحل الباعث على التعاقد، بل هما ذهبا إلى أبعد من ذلك. فخلطوا السبب بالمحل، وأنكروا على هذه الآلات أن تكون أموالاً، فلا يجوز بيعها. وحرص أبو حنيفة على التمييز ما بين السبب والمحل، فألات الملاهي عنده أموال لم تسقط ماليتها لمجرد أنها تصلح للتلهي، فكما تصلح للتلهي تصلح لغيره، فقد تجعل ظروفاً لأشياء كما قد يجعل النرد والشطرنج صنجات للميزان. فلما بيعت هذه الأشياء ولم يذكر صراحة في صيغة العقد الباعث على بيعها. ولم يمكن استخلاص هذا الباعث من طبيعة المال لما قدمنا من أنه يصلح للأغراض غير المشروعة وللأغراض المشروعة، فقد اعتبر أبو حنيفة الباعث غير متضمن في صيغة العقد لا صراحة ولا ضمناً، فلم يعتد به وصحح العقد. فالمبدأ إذن متفق عليه بين الإمام وصاحبيه. وإنما الخلاف في التطبيق، على أننا نرى أن الصاحبين قد استصحبوا المألوف من طبيعة الأشياء، ولا نراهما قد تجوزا إذ اعتبروا أن آلات الملاهي أشياء موضوعة للتلهي في أصلها. وأما استعمالها في حالات قليلة ظروفاً أو صنجات فهذا نادر، والنادر لا حكم له. وحكم هذه الأشياء هو حكم القرء قد ينتفع بجلده، ولكنه في الأصل إنما ينتفع به للتلهي، ولذلك كان بيعه غير جائز في الرواية التي صححت عن أبي حنيفة نفسه فيما قدمناه.

الحالة الثالثة - تمييز السبب عن المحل:

وقد يكون المحل مشروعاً في ذاته، ولكن السبب يكون غير مشروع، فيتميز السبب عن المحل. وإذا كان السبب ظاهراً في صيغة العقد، فإنه يعتد به، ويكون العقد باطلاً لعدم مشروعية السبب. وأظهر تطبيق ذلك هو التعاقد على أن يؤجر شخص على القيام بواجب، فالقيام بواجب محل مشروع والأجرة في ذاتها أمر مشروع، ولكن الأجرة على أمر مشروع سببها غير مشروع إذ لا أجر على واجب. ونورد بعض النصوص في هذا المعنى:

جاء في «جامع الفصولين» (٢٤٨/١): «الإجارة على عمل يجب عليه لم تجز».

وجاء في «القدوري» (٩٦): «إن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها، لم يجز، لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة».

وجاء في «الزيلعي» (٦٢/٣ - ٦٣) تفصيل لذلك فيما يأتي: «ولا تجبر أمه لترضع، أي لا

تجبر أم الصغير على إرضاع ولدها لما ذكرنا أن النفقة على الأب، والإرضاع نفقة له فكان على الأب... وذكر الخصاص أن الأب إذا لم يكن له مال ولا للولد مال تجبر عليه، وتجعل الأجرة ديناً عليه كما في نفقته، ويحمل هذا القول على ما إذا طلقها وانقضت عدتها. قال رحمه الله: لا أمه لو منكوحة أو معتدة، أي لا يجوز استئجار أم الصبي إذا كانت تحته أو في عدته، لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة، قال الله تعالى: ﴿وَالْوَلَدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَدَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] الآية، وهو أمر بصيغة الخبر وهو أكد. فلا يجوز أخذ الأجر عليه، ولهذا لا يجوز أن تأخذ الأجرة على خدمة البيت من الكنس وغيره، وإنما لا تجبر عليه لاحتمال عجزها فعذرت، فإذا أقدمت عليه ظهرت قدرتها فلا تعذر... ولو استأجر منكوحته لترضع ولده من غيرها، جاز لأنه لم يجب عليها إرضاعه. فهنا الإرضاع مستحق ديانة - أي واجب - على الزوجة المعتدة، فالاتفاق معها على أجر لذلك هو أجر على واجب، وهذا لا يجوز.

وجاء في «الفتاوى الخانية» (٢/ ٣٢٢ وما بعدها): «أمير العسكر إذا قال لمسلم أو ذمي: إن قتلت ذلك الفارس فلك مائة درهم، فقتله، لا شيء له، لأن هذا في باب الجهاد والطاعة، فلا يستحق الأجر، كما لو استأجر ليؤم الناس أو يؤذن. وقال محمد رحمه الله تعالى: إن قال ذلك لذمي، يجب الأجر. ولو كانوا قتلى، فقال الأمير من قطع رؤوسهم فله عشرة دراهم، جاز، لأن هذا الفعل ليس بجهاد بخلاف الأول، ولو استأجر الأمير ذمياً أو مسلماً ليقول أسيراً حريباً كان في يده، فقتله، لا شيء له. وقال محمد رحمه الله تعالى: يجب الأجر المسمى، كما يجب بذبح الشاة وضرب العبد». فالمسألة إذن تدور حول الأجر على الواجب، فما كان واجباً لا يؤخذ عليه أجر، فإن أخذ الأجر كان السبب غير مشروع ولا يجوز العقد.

٢ - لا يعتد بالسبب إذا لم تتضمنه صيغة العقد

العقد المجرد:

ويبدو أن الفقه الإسلامي يعرف العقد المجرد في حالات خاصة محدودة. والعقد المجرد هو، كما قدمنا، عقد جرد من سببه فلا يعتد فيه بالسبب، مثل ذلك عقد الكفالة، فهو عقد مجرد في الفقه الإسلامي، بل هو أكثر تجريداً منه في الفقه الغربي الحديث. فقد رأينا أن للكفيل في التقنين المدني المصري (م ٧٨٢) أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفع التي له أن يتمسك بها ضد المدين. أما في الفقه الإسلامي، فإن التزام الكفيل مجرد إلى مدى أبعد من ذلك، فلا يستطيع الكفيل أن يحتج على الدائن بالأوجه التي يحتج بها المدين. جاء في «المبسوط» للسرخسي (٨٥/ ٢٠) في هذا المعنى ما يأتي: «إذا كفل رجل من رجل بألف درهم بأمره، ثم غاب الأصيل، فادعى الكفيل أن الألف من ثمن خمر، فإنه ليس بخصم في ذلك، لأنه التزم المطالبة بكفالة صحيحة، والمال يجب على الكفيل بالتزامه الكفالة، وإن لم يكن واجباً على الأصيل». ونرى من ذلك أن التزام الكفيل مجرد إلى حد أن الكفيل لا يستطيع أن يحتج على الدائن بأن الدين غير مشروع لأنه ثمن خمر، وقد كان المدين يستطيع أن يحتج بذلك على

الدائن. والفقه الغربي الحديث يبيح للكفيل، كما قدمنا، أن يحتج على الدائن بالأوجه التي يحتج بها المدين، فيجوز للكفيل في المثل الذي نحن بصدد أن يحتج على الدائن بعدم مشروعية الدين لأنه ثمن شيء غير مشروع. ولكن الفقه الإسلامي ينحو منحى آخر، فيعتبر أن الكفيل قد التزم التزاماً مجرداً بالكفالة، فالتزامه مستقل عن التزام المدين وليس له بعد أن التزم التزاماً مجرداً بكفالة صحيحة، أن يحتج ببطالان التزام المدين^(١).

عقود لم تتضمن ذكر السبب فلا يعتد به:

وهناك عقود لم تتضمن صيغتها ذكر السبب بمعنى الباعث، لا صراحة ولا ضمناً، فلا يبحث عن السبب خارج العقد، ولا يعتد به، بل يكون العقد صحيحاً مستقلاً عن السبب. ونورد بعض النصوص في هذا المعنى:

جاء في «مختصر الطحاوي» (٢٨٠): «ومن كان له عصير فلا بأس عليه ببيعه، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمراً دون من يخاف ذلك عليه، لأن العصير حلال، فبيعه حلال كبيع ما سواه من الأشياء الحلال مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشتري فيها». فهنا يبيع الرجل العصير من العنب إلى مشتر، ولا يذكر في العقد، لا صراحة ولا ضمناً، أن المشتري يقصد من العصير اتخاذه خمراً، فالبيع صحيح حتى لو تبين أن المشتري قصد اتخاذه خمراً، ذلك أن الباعث هنا، وإن كان غير مشروع، لم يذكر في العقد، فلا يعتد به.

وجاء في «البدائع» (١٨٩/٤): «ولو استأجر ذمي من مسلم بيعة ليصلي فيها لم يجز، لأنه استئجار لفعل المعصية، وكذا لو استأجر ذمي من ذمي لما قلنا. ولو استأجر الذمي داراً من مسلم، وأراد أن يصلي فيها من غير جماعة، أو يتخذها مصلى للعامة، فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم». وقد ذكر صاحب «البدائع» فيما تقدم (١٧٦/٤) ما يأتي: «غير أن الذمي إن استأجر داراً من مسلم في المصر، فأراد أن يتخذها مصلى للعامة ويضرب فيها بالناقوس، له ذلك، ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعه من ذلك من طريق الحسبة لما فيه من إحداث شعائر لهم وفيه تهاون بالمسلمين واستخفاف بهم، كما يمنع من إحداث ذلك في دار نفسه في أمصار المسلمين، قال النبي ﷺ لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة، أي لا يجوز إخصاء الإنسان ولا إحداث الكنيسة في دار الإسلام في الأمصار. ولا يمنع أن يصلي فيها بنفسه من غير جماعة، لأنه ليس فيه ما ذكرناه من المعنى، ألا ترى أنه لو فعل ذلك في دار نفسه لا يمنع منه. ولو كانت الدار بالسواد، ذكر في الأصل أنه لا يمنع من ذلك، لكن قيل إن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك في زمنه لأن أكثر أهل السواد في زمنه كانوا أهل الذمة من المجوس، فكان لا يؤدي ذلك إلى الإهانة والاستخفاف بالمسلمين، وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر، فكان الحكم فيه كالحكم في المصر، وهذا إذا لم يشترط ذلك في العقد، فأما إذ شرط بأن استأجر ذمي داراً من مسلم في مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة، لم تجز الإجارة لأنه استئجار على المعصية، وكذا لو

(١) ومع ذلك فالرهن لضمان أجرة المغنية أو النائحة باطل «الأشياء والنظائر» لابن نجيم (١٣٥).

استأجر ذمي من ذمي داراً ليفعل ذلك لما قلنا». فهنا نجد المبدأ مطبقاً في كثير من الوضوح. فالذمي الذي يستأجر من المسلم أو من الذمي داراً ليتخذها مصلى للامة، يكون قد ذكر في العقد الباعث الذي دفعه إلى هذا الاستئجار، وهو باعث غير مشروع، فلا يجوز العقد، أما الذمي الذي يستأجر من المسلم أو من الذمي داراً في المصر، ثم هو لا يذكر في العقد أنه استأجرها ليجعلها مصلى للامة وظهر بعد الإيجار أنه قصد إلى ذلك، فإن الباعث لم يذكر في العقد، فلا يعتد به، ولا يؤثر في صحة الإيجار. ولا يمنع الذمي في هذه الحالة من الصلاة في الدار من غير جماعة، أما إذا نفذ قصده واتخذ الدار مصلى للجماعة، فيمنع من عامة المسلمين، لا عن طريق بطلان عقد الإيجار فعقد الإيجار كما قدمنا صحيح قائم، بل عن طريق الحسبة لأن ما يفعل معصية فيها استخفاف بالمسلمين. وإذا كانت الدار في السواد، وكان غير المسلمين كثرة لا قلة، فإنه لا يجوز مع ذلك أن يذكر في العقد أن الدار تتخذ مصلى للامة، وإن ذكر ذلك في العقد غير جائز. أما إذا لم يذكر، فالعقد يكون صحيحاً ولا يعتد بالباعث الذي لم يذكر، وإذا اتخذ المستأجر الدار مصلى للامة وكثرتهم غير مسلمين فلا يمنع من ذلك كما رأينا في النص.

ومثل ذلك أيضاً الزواج بالمحلل، فإن ذكر في عقد الزواج شرط التحليل، كان العقد باطلاً عند أبي يوسف، لأن الباعث غير مشروع، وقد ذكر في العقد فيعتد به ويبطل الزواج. وإن لم يذكر في العقد شرط التحليل، فالزواج صحيح، ولا يعتد بالباعث لأنه لم يذكر في العقد^(١) وكذلك بيع العينة - والباعث عليه الربا غير أن الباعث لا يذكر في العقد فلا يعتد به - صحيح عند الصاحبين وفي مذهب الشافعي^(٢).

(١) وقد لخص الأستاذ محمد يوسف موسى المذهب الحنفي في زواج المحلل على الوجه الآتي:
يرى الإمام أبو حنيفة: أنه كان يشترط التحليل كما أن قال الزوج الثاني حين العقد: تزوجتك لأحل لك لزوجك السابق، كان العقد صحيحاً، لأن عقد الزواج لا تبطله الشروط الفاسدة، فتحل الزوجة إذن لزوجها الأول بعد دخول الثاني بها وطلاقها منه، إلا أنه مكروه تحريماً لقول الرسول ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له». وعند أبي يوسف هو عقد فاسد، لأنه زواج مؤقت وأصل الزواج أن يكون دائماً، وإذن فلا تحل للأول بعد تطليق الثاني لها. وعند محمد هو عقد صحيح، إلا أنه لا يحل الزوجة لزوجها الأول بعد مفارقة الأول لها عقاباً له، لأنه استعجل طلاقها من الثاني. وهذا كله إذا كان الزوج الثاني قد عقد بشرط التحليل أما إذا لم يقع على هذا الشرط، وإن كان هو القصد، فلا يكون مكروهاً، وتحل به لزوجها الأول. وعلى أن واحداً من الفقهاء، وهو السروجي يذكر أن الثابت عادة كالثابت نصاً، أي فيصير شرط التحليل كأنه منصوص عليه في العقد فيكرهه. «الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي» فقرة ٤٢٧/٣٠٠، انظر أيضاً في هذا الموضوع «الزيلي» ٢٥٩/٣ - «ابن عابدين» (٣/ ٥٥٤ - ٥٥٥).

(٢) بيع العينة هو حيلة للقرض بالربا، فيشتري شخص من آخر شيئاً بضمن مؤجل، ثم يبيعه نفس الشيء بضمن معجل أقل من الثمن الأول، والفرق ربا. . . وقد يوسط المتعاقدان بينهما ثالثاً، فيشتري أحد المتعاقدين من الآخر الشيء بضمن مؤجل، ثم يبيعه إلى الوسيط بضمن معجل أقل، ويبيع الوسيط الشيء إلى بائعه الأول بنفس الثمن المعجل الذي اشترى به. فهنا الباعث هو الربا، ولا يأنثر في العقد عند الحنفية والشافعية لأنه غير ظاهر في صيغة العقد. أما عند الحنابلة والمالكية فهو باطل، اعتداداً بالباعث ولو لم يظهر في صيغة العقد. ويلخص الأستاذ محمد يوسف موسى حكم بيع العينة في المذاهب المختلفة على الوجه الآتي: «ذهب بعض =

المطلب الثاني

فكرة المشروعية واختلاف النظر فيها وتطورها

فكرة المشروعية فكرة غير ثابتة:

على أن فكرة المشروعية ليست أمراً ثابتاً، بل هي قد تختلف فيها الأنظار ثم هي فكرة تتطور، فما كان غير مشروع بالأمس قد يكون مشروعاً اليوم، وما كان مشروعاً من قبل قد يكون بعد ذلك غير مشروع. فننظر أولاً في بعض الحالات التي تختلف فيها الأنظار في فكرة المشروعية، ثم ننظر كيف تتطور هذه الفكرة من زمن إلى زمن.

حالات تختلف فيها الأنظار في المشروعية:

نورد هنا بعض النصوص حيث نجد الفقهاء تختلف أنظارهم فيما إذا كان السبب يعتبر مشروعاً أو غير مشروع:

جاء في «البدائع» (١٩٠/٤): «ومن استأجر حملاً يحمل له الخمر، فله الأجر في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد لا أجر له، كذا ذكر في الأصل. وذكر في «الجامع الصغير» أنه يطيب له الأجر في قول أبي حنيفة. وعندهما يكره لهما أن هذه إجارة على المعصية، لأن حمل الخمر معصية لكونه إعانة على المعصية، وقد قال الله عز وجل: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]، ولهذا لعن الله تعالى عشرة منهم حاملها والمحمولة إليه. ولأبي حنيفة أن نفس الحمل ليس بمعصية، بدليل أن حملها للإراقة والتخليل مباح. وكذا ليس بسبب للمعصية وهو الشرب، لأن ذلك يحصل بفعل فاعل مختار، وليس الحمل من ضرورات الشرب. فكانت سبباً محضاً فلا حكم له كعصير العنب وقطفه، والحديث محمول على الحمل بنية الشرب وبه نقول: إن ذلك معصية ويكره أكل أجرته».

وجاء في «الفتاوي الخانية» (٣٢٢/٢) وما بعدها: «ذمي استأجر مسلماً ليحمل له خمرأ، جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما يجوز استئجار الكنائس. وقال صاحباه: لا يجوز. وعلى هذا الخلاف إذا استأجر الذمي دابة من مسلم أو سفينة لينقل عليها الخمر. وإن استأجر ذمي

= الفقهاء، ومنهم: الإمام الشافعي، إلى أن هذا العقد جائز، لأن ركنه من الإيجاب والقبول الصحيحين قد تحقق، ولا عبرة بالنية التي لا ترفعها لعدم وجود ما يدل عليها. وأما الثمن الذي باع به المشتري للعين، وهو ثمن أقل مما اشتراها به، فهو في رأي الشافعي ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها، فجاز من بائعها، كما لو باعها بمثل ثمنها. أما في مذهب الأحناف، فقد أجاز أبو يوسف هذا لبيع بلا كراهة، وإجازة محمد مع الكراهة حتى أثر عنه أنه قال: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم، اخترعه أكلة الربا. وعند الإمام نفسه هو عقد فاسد إن خلا من توسط ثالث بين المالك المقرض والمشتري المقترض. وابن حنبل يرى ومثله الإمام مالك أن هذا العقد يقع باطلاً. «الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي» فقرة (٤٢٨ - ٤٢٩) ص (٣٠٠ - ٣٠٢).

ذمياً لذلك، جاز. وكذا الاستئجار لرعي الخنازير، وإن استأجر المسلم ذمياً لبيع له خمر أو ميتة أو دماً، لا يجوز، وإن استأجر الذمي مسلماً لحمل ميتة من الطريق أو جلد ميتة إلى موضع الدباغة، جاز في قولهم، وكذا لو استأجره لعصر العنب... ولو استأجر الذمي من مسلم بيتاً يبيع فيه الخمر، جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولا بأس لمسلم أن يؤجر داره من ذمي ليسكنها، وإن شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير، فذلك لا يلحق بالمسلم كمن باع غلاماً ممن يقصد به الفاحشة أو باع جارية ممن يأتيها في غير المأثى أو لا يستبرئها. ولو استأجر المسلم من الذمي بيعة ليصلي فيها لم يجز. وكذا أهل الذمة إذا استأجروا ذمياً ليصلي بهم أو ليضرب لهم ناقوساً، لا يجوز. ولو أجز المسلم نفسه من المجوس ليوقد لهم النار لا بأس عندهم، لأن التصرف في النار والانتفاع بها مباح بخلاف الانتفاع بالخمر وحمل الخمر عندهم... ولو استأجر رجلاً... لينحت له طنبوراً أو يربطاً ففعل، طاب له الأجر، إلا أنه يأثم به. وكذا لو استأجر رجلاً ليكتب له غناء بالفارسية أو بالعربية طاب له الأجر. وكذا لو بنى بالأجر بيعة أو كنيسة لليهود والنصارى، طاب له الأجر. وكذا لو كتب لامراً كتاباً إلى حبيبيها بأجر. ولو استأجر مشاطة لتزيين العروس، قالوا: لا يطيب لها الأجر إلا أن يكون على وجه الهدية بغير شرط ولا تقاض. قال مولانا رحمه الله تعالى وينبغي أن الإجارة إذا كانت مؤقتة وكان العمل معلوماً ولم تنقش التماثيل والصور، جازت الإجارة ويطيب لها الأجر، لأن تزيين العروس مباح. أهل بلدة نقلت عليهم المؤونات، فاستأجروا رجلاً بأجر معلوم ليذهب إلى السلطان ويرفع القصة ليخفف عنهم السلطان نوع تخفيف، وأخذ الأجر من عامة أهل البلدة من الأغنياء والفقراء، قالوا: إن كان بحال لو ذهب إلى بلدة السلطان يتهدى له إصلاح الأمر في يوم أو يومين جازت الإجارة، وإن كان بحال لا يحصل المقصود في يوم أو يومين وإنما يحصل في مدة، فإن وقتوا للإجارة وقتاً جازت الإجارة وله كل المسمى، وإن لم يوقتوا فسدت الإجارة وكان له أجر المثل على أهل البلدة على قدر مؤونتهم ومنافعهم، وقال بعضهم: لا تصح هذه الإجارة على كل حال... وأجمعوا على أن الاستئجار على تعليم الفقه باطل... ولو استأجر رجل لغسل الميت لا يجوز... ولو استأجر لحمل الجنازة، إن لم يكن هناك من يحملها لا يجوز لأنه تعين في إقامة الحسبة، وإن كان هناك من يحملها جاز... اختلف المشايخ في الدلالة في النكاح هل يكون لها أجر: قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى لا أجر لها، لأنه لا منفعة للزوج من كلامها بغير عقد، وإنما منفعة الزوج في العقد، والعقد ما قام بها، وقال غيره من المشايخ لها أجر مثلها، لأن معظم الأمر في النكاح يقوم بالدلالة، فإن النكاح لا يكون إلا بمقدمات تكون من الدلالة، فكان لها أجر المثل، بمنزلة الدلال في البيع فإنه يستحق الأجر وإن كان البيع يكون من صاحب المتاع».

ونحن نرى هذا النص المفصل يعرض لطائفة من الحالات يناقش فيها مشروعية السبب، فتارة يجزم بأن السبب مشروع أو غير مشروع، وطوراً يبين أن المشروعية مختلف فيها بين الفقهاء. فاستئجار الذمي مسلماً لحمل ميتة على الطريق أو جلد ميتة إلى موضع الدباغة. أو لعصر العنب، أو لبيع الخمر، وإيجار المسلم الدار من ذمي يسكنها وإن شرب فيها الخمر أو عبد فيها

الصليب أو أدخل فيها الخنازير^(١)، كل هذا جائز. لأنه لا يلحق المسلم، أما استئجار المسلم الذمي لبيع خمر أو مئة أو دماً فلا يجوز، لأن هذا يلحق المسلم. ويجوز إيجار المسلم نفسه من المجوس ليوقد لهم النار، كما يجوز استئجار الرجل ليكتب غناء بالفارسية أو بالعربية^(٢)، أو لبناء بيعة أو كنيسة لليهود أو النصارى أو لكتابة كتاب من امرأة إلى حبيبها.

ولا يجوز استئجار المسلم أو الذمي من الذمي بيعة ليصلي فيها، ولا استئجار المغنية أو النائحة^(٣) ولا الاستئجار على تعليم الفقه أو لغسل الميت أو لحمل الجنازة إن لم يكن هناك من يحملها لأن كل هذا واجب ولا أجر على واجب^(٤).

وهناك خلاف بين الفقهاء في استئجار المسلم لحمل الخمر، أو لنقله، أو لرعي الخنازير. فالصاحبان لا يجيزان ذلك لأن الإجارة هنا إعانة على المعصية وأبو حنيفة يجيزه لأن العمل في ذاته ليس بمعصية ولا يتحتم أن يكون سبباً للمعصية، والخلاف قائم أيضاً في استئجار مشاطة لتزيين العروس، فمن الفقهاء من يرى أن تزيين العروس لا يؤخذ عليه أجر وإنما تقبل فيه الهدية، ومنهم من يرى أن تزيين العروس مباح فيؤخذ عليه الأجر. ويختلف الفقهاء في استئجار رجل ليحمل ظلامه قوم إلى السلطان، فمنهم من يرى الجواز ما دام أن الإجارة قد حدد لها وقت معين، ومنهم من لا يجيز الإجارة على هذا العمل. ويختلف الفقهاء أخيراً في الدلالة في النكاح، وهذا ما سميناه في الفقه الغربي بعقد الوساطة في الزواج، فمن الفقهاء من يجيزها لأن الزواج لا يكون إلا بمقدمات تأتي من الدلالة، ومنهم من لا يجيزها لأن الدلالة لا تعقد الزواج بنفسها وإنما يقوم

(١) والمبدأ الذي يجيز إيجار المسلم الدار من ذمي ليسكنها وإن شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير، لا يجيز على النقيض من ذلك، للذمي أن يوصي بمال له لبناء مسجد إذ العبرة في الحالتين بما يدين به المسلم، والذمي إنما يعامل بديانته. فدينه يجيز له شرب الخمر وإدخال الخنازير في داره ويوجب عليه عبادة الصليب، ومن ثم جاز للمسلم أن يؤجر داره للذمي لهذه الأغراض، فهي جائزة عند الذمي، ولا شيء منها يلحق المسلم. ودين الذمي لا يجيز له أن يبني مسجداً، فوصيته بمال لبناء مسجد وصية باطلة. وقد أشار الأستاذ شكري قرداحي إلى هذا الحكم الأخير في الفقه الإسلامي في كتابه المعروف «القانون والأخلاق» (٢/ ٢٩١)، وأشار إلى نص فقهي يورد هذا الحكم على الوجه الآتي: «وثانيها أن يوصي بما هو معصية عندهم قرابة عندنا، كما لو أوصى أن يجعل داره مسجداً... فهي باطلة بالإجماع اعتباراً لاعتقادهم، لأننا نعاملهم بديانته» «مجمع الأنهر» (٢/ ٧١٧).

(٢) ويأخذ الأستاذ بدر ديب على هذا الحكم تعارضه مع الحكم القاضي بعدم جواز إجارة المغنية (بحث في نظرية الباعث في المذهب الحنفي) (١٩٧).

(٣) ولا يجوز استئجار المغنية أو النائحة حتى عند الشافعية، وهم الذين يترخصون أكثر من غيرهم في الإباحة، ذلك أن النية غير المشروعة هنا قد اختلطت بالعمل نفسه فأصبح شيئاً واحداً (انظر في هذا المعنى بدر ديب: بحث في نظرية الباعث في المذهب الحنفي) (٢٣١ - ٢٣٢).

(٤) ويلاحظ الأستاذ بدر ديب أن فقهاء الحنفية لا يجيزون في عقد الإيجار ما يجيزون في عقد البيع، لأن عقد الإيجار إنما ورد على خلاف القياس ورخص فيه استحساناً، فكان يسيراً عليهم سحب هذه الرخصة في كل ما يكون مظنة لعدم المشروعية (بحث في نظرية الباعث في المذهب الحنفي) (٢٣١).

بالعقد الزوجان^(١).

تطور فكرة المشروعية:

وفكرة المشروعية تتطور كما قدمنا، فما كان غير مشروع من قبل قد يصبح مشروعاً، وما كان مشروعاً، قد يصبح غير مشروع.

فقد كان تعليم القرآن لا يجوز الأجر عليه، ثم جاز بعد ذلك. جاء في «الفتاوى الخانية» (٣٢٦/٢): «وإن استأجر رجلاً لتعليم القرآن، لا تصح الإجارة عند المتقدمين ولا أجر له، بين لذلك وقتاً أو لم يبين. ومشايخ بلخ رحمهم الله تعالى جوزوا هذه الإجارة، حتى حكى عن محمد بن سلام رحمه الله تعالى أنه قال: أقضي بتسمير باب الوالد بأجرة المعلم. وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى إنما كره المتقدمون الاستئجار لتعليم القرآن وكرهوا أخذ الأجر على ذلك، لأنه كان للمعلمين عطيات في بيت المال في ذلك الزمان وكان لهم زيادة رغبة في أمر الدين وإقامة الحسبة، وفي زماننا انقطعت عطياتهم وانتقضت رغائب الناس في أمر الآخرة، فلو اشتغلوا بالتعليم مع الحاجة إلى مصالح المعاش لاختل معاشهم، فقلنا بصحة الإجارة ووجوب الأجرة للمعلم، بحيث لو امتنع الوالد عن إعطاء الأجر حبس فيه، وإن لم يكن بينهما شرط، يؤمر الوالد بتطبيب قلب المعلم وإرضائه. وهذا بخلاف المؤذن والإمام، لأن ذلك لا يشغل الإمام والمؤذن على أمر المعاش، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى إن مشايخ بلخ جوزوا الإجارة على تعليم القرآن وأخذوا في ذلك قبول أهل المدينة، وأنا أفتي بجواز الاستئجار ووجوب المسمى».

وجاء في «الزليعي» (١٢٤/٥ - ١٢٥): «والأذان والحج والإمامة وتعليم القرآن والفقه، يعني لا يجوز أخذ الأجرة على هذه الأشياء. وقال الشافعي رحمه الله يجوز في كل ما لا يتعين على

(١) ويقول الأستاذ صبحي محمصاني في هذا الصدد ما يأتي: «لا يجوز لأبوي الزوجة أو أحد أقاربها أن يأخذ من الزوج دراهم أو أي شيء كان لقاء تزويجها أو تسليمها، وقد قال ابن البزار: إن هذا نوع من الرشوة: «الفتاوى البزازية»، (١٥٤ - ١٥٥) بهامش «الهندية». وهو حكم متفق عليه عند الحنفيين وغيرهم، ويطبق على الأقارب وغير الأقارب، فقد سنل صاحب «الفتاوى الخيرية» في رجل تزوج زوجة فتعرض له شخص يقول: هذه فلاحتي وأطلب عليها خلعة، هل يجوز أن يحكم بذلك أم لا. . فأجاب: يحرم عليه ذلك بإجماع المسلمين: «الفتاوى الخيرية»، (٢٨١). وشبه بهذه المسألة ما استقر عليه اجتهاد القضاء في أوروبا من تحريم السمسرة في أمور الزواج، باعتبارها تركز على سبب غير مشروع ومخالف للآداب» («النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية») (٩٨/٢).

بقيت المقامرة، وهذه غير مشروعة بداهة في الفقه الإسلامي. وكذلك الرهان من الجانبين غير مشروع فلو تراهن المتسابقان على أن من يفوز منهما على صاحبه يأخذ منه مبلغاً من المال، لم يجز ذلك. ولكن يجوز للغير أن يتعهد بإجازة الفائز من المتسابقين، ويكون هذا تشجيعاً للفائز وليس رهاناً كما يجوز لأحد المتسابقين أن يعد صاحبه إذا فاز عليه إجازته، والذي لا يجوز هو، كما قدمنا، أن يعد كل من المتسابقين الآخر بإجازته إذا هو فاز، فإن هذا يكون رهاناً «مجمع الأنهر» (٥٤٩/٢ - ٥٥٠)، الأستاذ شكري قرداحي في «القانون والأخلاق»، (٣٦٨ - ٣٦٩).

الأجير، لأنه استتجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز، وكونه عبادة لا ينافي ذلك، ألا ترى أنه يجوز الاستتجار على بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به»، وعهد عليه الصلاة والسلام إلى عثمان بن أبي العاص: «إن اتخذت مؤذناً فلا تأخذ على الأذان أجراً، ولأن القربة متى وقعت كانت للعامل فلا يجوز له أن يأخذ الأجر على عمل وقع له كما في الصوم والصلاة، ولأن التعليم مما لا يقدر عليه المعلم إلا بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه فإنه يقدر عليها الأجير، وكذا الأجر يكون للأمر لوقوع الفعل عنه نيابة ولهذا لا تشترط أهلية المأمور فيها بل أهلية الأمر حتى جاز أن يستأجر الكافر فيها ولا يجوز فيما نحن فيه، والأصل فيه أن كل شيء جاز أن يستأجر الكافر عليه جاز أن يستأجر عليه المسلم، وما لا فلا. قال رحمه الله: والفتوى اليوم على جواز الاستتجار لتعليم القرآن، وهو مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ، استحسنا ذلك وقالوا: بنى أصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكانت لهم عطيات في بيت المال وافتقاد من المتعلمين في مجازاة الإحسان بالإحسان من غير شرط مروءة يعينونهم على معاشهم ومعادهم، وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفاً من ذهاب القرآن وتحريضاً على التعليم حتى ينهضوا لإقامة الواجب فيكثر حافظ القرآن. وأما اليوم فقد تغير ذلك كله، واشتغل الحفاظ بمعاشهم، وقل من يعلم حسبة، ولا يتفرغون له أيضاً فإن حاجتهم تمنعهم من ذلك، فلو لم يفتح لهم باب التعليم بالأجر لذهب القرآن، فأفتوا بجواز ذلك لذلك ورأوه حسناً. وقالوا: الأحكام قد تختلف باختلاف الزمان، ألا ترى أن النساء كن يخرجن إلى الجماعات في زمن النبي ﷺ وفي زمن أبي بكر رضي الله عنه، حتى منعهن عمر رضي الله عنه، واستقر الأمر عليه وكان ذلك هو الصواب. وكان الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يقول يجب الأجر، ويحبس عليها. وقال في «النهاية» يفتى بجواز الاستتجار على تعليم الفقه أيضاً في زماننا، ثم قال: وفي «روضة الزندوسني» كان شيخنا أبو محمد الخزازي يقول: في زماننا يجوز للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجر، قال: كذا في «الذخيرة». ولا يجوز استتجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف».

كذلك قد يكون الأمر مشروعاً، فيصبح غير مشروع، وقد سبق أن نقلنا عن «البدائع» (٥/ ١٧٦) ما يأتي: «ولو كانت الدار (التي استأجرها الذمي من المسلم واتخذها مصلى للامة) بالسواد، ذكر في الأصل أنه لا يمنع من ذلك، لكن قيل إن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك في زمنه لأن أكثر أهل السواد في زمانه كانوا أهل الذمة من المجوس، فكان لا يؤدي ذلك إلى الإهانة والاستخفاف بالمسلمين. وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر، فكان الحكم فيه كالحكم في مصر».

المبحث الثاني

نظرية السبب في الفقه الحنبلي والفقه المالكي وفي مذاهب أخرى

يعتد بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر في العقد:

ونظرية السبب في الفقه الحنبلي والفقه المالكي، وبخاصة في الفقه الحنبلي، تبدو كما قدمنا أقرب إلى نظرية السبب الحديثة في الفقه اللاتيني، فالسبب هو الباعث على التعاقد، ويعتد به سواء ذكر في العقد أو لم يذكر، ما دام يكون معلوماً من الطرف الآخر، فإن كان الباعث مشروعاً فالعقد صحيح، وإن كان غير مشروع فلا يصح العقد^(١).

ويذكر ابن القيم في «أعلام الموقعين» (٩٦/٣ - ٩٨) وجوب الاعتداد بالمقاصد والنيات في العقود فيقول: «هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها، أم للمقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها. وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة، بل أبلغ من ذلك، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلاً وتحريماً، فيصير حلالاً تارة حراماً تارة باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحاً تارة وفاسداً تارة باختلافها، وهذا كالذبح، فإن الحيوان يحل إذا ذبح لأجل الأكل ويحرم إذا ذبح لغير الله . . . وكذلك الرجل يشتري الجارية ينوي أن تكون لموكله فتحرم على المشتري، وينوي أنها له فتحل له، وصورة الفعل والعقد واحدة، وإنما اختلفت النية والقصد. وكذلك صورة القرض وبيع الدرهم بالدرهم إلى أجل صورتها واحدة، وهذا قرينة صحيحة وهذا معصية باطلة بالعقد. وكذلك عصر العنب بنية أن يكون خمرًا معصية ملعون فاعله على لسان رسول الله ﷺ، وعصره بنية أن يكون خلًا أو دبسًا جائز، وصورة الفعل واحدة. وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلماً حرام باطل لما فيه على الإعانة على الإثم والعدوان، وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به في سبيل الله فهو طاعة وقرينة. وكذلك عقد النذر المعلق على شرط ينوي به التقرب والطاعة فيلزمه الوفاء بما نذره. وينوي به الحلف والامتناع فيكون يميناً مكفرة . . . وكذلك من أدى عن غيره واجباً ينوي به الرجوع ملكه، وإن نوى به التبرع لم يرجع . . . وهذا دليل على أنه من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا. ولا يعصمه من ذلك صورة البيع، وأن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محللاً ولا يخرج من ذلك صورة عقد النكاح».

وكذلك المالكية يعتدون بالباعث وإن لم يذكر في العقد، فلا يجيزون بيع أرض بقصد بناء كنيسة، أو بيع خشب يقصد صنع صليب، أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً، أو استئجار كرايس

(١) بل هناك حالات يكون فيها السبب - أي الباعث - مانعاً من تنفيذ العقد بعد انعقاده صحيحاً. ففي الوديعة لا يرد المودع عنده الوديعة للمودع إذا أرادها هذا الارتكاب جريمة، كمن أودع سيفاً أراد استرداده للقتل، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (١١٠).

فيها عبارات النواح^(١).

وجوب علم الطرف الآخر بالسبب غير المذكور في العقد:

فإذا ذكر السبب، أي الباعث، في العقد، فقد دخل في دائرة التعاقد واعتد به في جميع المذاهب على النحو الذي قدمناه. أما إذا لم يذكر السبب في العقد لا صراحة ولا ضمناً، فإن المذهب الحنبلي يعتد به مع ذلك، كما سبق القول، بشرط أن يكون معلوماً من الطرف الآخر، وهذا هو المنحى الذي نحاه الفقه اللاتيني الحديث كما أسلفنا.

فمن باع عصير عنب، ولم يبين المشتري أنه يريد اتخاذه خمرأ، فقد رأينا المذهب الحنفي يصحح البيع لأن السبب غير مذكور في العقد. أما في المذهب الحنبلي فالحكم يختلف، ويعتد في هذا المذهب بالباعث ولو لم يذكر في العقد، ما دام هذا الباعث كان معلوماً من الطرف الآخر: فإذا كان بائع العصير يعلم أن المشتري سيتخذ العصير خمرأ لم يصح البيع. وقد يستخلص علم البائع من القرائن وظروف الحال، فمن باع عصير عنب إلى شخص يتجر في الخمر فقد قامت القرينة على أن المشتري إنما يريد اتخاذه العصير خمرأ، فلا يصح العقد. وقد جاء في «المغني» (٢٨٣/٤ - ٢٨٤) في هذا المعنى ما يأتي: «وبيع العصير ممن يتخذه خمرأ باطل. وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرأ محرم. وكرهه الشافعي، وذكر بعض أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يعصرها خمرأ فهو محرم، وإنما يكره إذا شك فيه. وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري أنه لا بأس ببيع التمر لمن يتخذه مسكرأ. قال الثوري: بيع الحلال ممن شئت، واحتج لهم بقول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولأن البيع تم بأركانه وشروطه. ولنا قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]، وهذا نهى يقتضي التحريم. وروي عن

(١) انظر هذا المعنى بدروديب بحث في نظرية الباعث في المذهب الحنفي (٢٣٢ - ٢٤٣)، وكثيراً ما يعرض المالكية السبب في صدد الكلام في المحل. جاء في «الحطاب» (٢٦٣/٤ - ٢٦٤): «واعلم أن الأعيان على قسمين: الأول ما لا منفعة فيه أصلاً، فلا يصح العقد به عليه... الثاني ما له منفعة وهو على ثلاثة أقسام: الأول ما كان جميع منافعه محرمة، وهو الذي لا منفعة فيه لا يصح بيعه ولا تملكه... وقال في «المتطية»: ومن اشترى من آله الله شيئاً البوق وغيره فسخ البيع وأدب أهله انتهى. الثاني ما كان جميع منافعه محللة فيجوز بيعه إجماعاً... الثالث ما فيه منافع محللة ومنافع محرمة، قال المازري فهو المشكل على الأفهام ومزلة الأقدام، وفيه ترى العلماء مضطربين، وأنا أكشف عن سره ليهون عليك اختلافهم. فإن كان جل المنافع والمقصود منها محرماً والمحلل منها تبعاً فواضح إلحاقه بالقسم الأول... وإن كان جل المنافع والمقصود منها محللاً والمحرّم تبع فواضح إلحاقه بالثاني... وإن كانت منافعه المقصودة منها ما هو محلل ومنها ما هو محرم أو فيه منفعة محرمة مقصودة وسائر منافعه محللة، قال المازري فهذا هو المشكل، وينبغي أن يلحق بالمنوع... وربما وقع في هذا النوع مسائل تشكل على العالم، فيخلط المسألة بعين فكرته فيرى المنفعة المحرمة ملتبساً أمرها هل هي مقصودة أم لا، ويرى ما سواها من المنافع المقصودة محللة فيمتنع من التحريم لأجل كون المقصود من المنافع محللاً، ولا ينشط لإطلاق الإباحة لأجل الإشكال في تلك المنفعة هل هي مقصودة أم لا، فيقف هنا المتورع، ويتساهل آخر ويقول بالكراهية للالتباس ولا يحرم، فاحتفظ بهذا الأصل فإنه من مذهب العلم. ومن أتقنه علماً هان عليه جميع مسائل الخلاف الواردة في هذا الباب».

النبي ﷺ أنه لعن في الخمر عشرة، فروى ابن عباس أن النبي ﷺ أتاه جبريل، فقال: يا محمد إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه وشاربها وبائعها ومبتاعها وساقها، وأشار إلى كل معاون عليها ومساعد فيها. أخرج هذا الحديث الترمذي من حديث أنس . . . وروى ابن بطة في تحريم النبيذ بإسناده عن محمد بن سيرين أن قيماً كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له، فأخبره عن عنب أنه لا يصلح زبيياً ولا يصلح أن يباع إلا لمن يعصره، فأمر بقلعه، وقال: بش الشيخ أنا إن بعث الخمر، ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريد لها للمعصية، فأشبهه إجارة أمتة لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها. والآية مخصوصة بصور كثيرة، فيختص منها محل النزاع بدليلنا. وقولهم: تم البيع بشروطه وأركانه. قلنا: نعم لكن وجد المانع منه، إذا ثبت هذا، فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك، إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك، فأما إن كان الأمر محتملاً، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله أو من يعمل الخل والخمر معاً، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز، وإذا ثبت التحريم، فالبيع باطل. ويحتمل أن يصح وهو مذهب الشافعي لأن المحرم في ذلك اعتقاده بالعقد دونه، فلم يمنع صحة العقد كما لو دلس العيب، ولنا أنه عقد على عين لمعصية الله بها فلم يصح، كإجازة الأمة للزنا والغناء، وأما التدليس فهو المحرم دون العقد، ولأن التحريم ههنا لحق الله تعالى فأفسد البيع كبيع درهم بدرهمين ويفارق التدليس فإنه لحق آدمي.

وكبيع عصير العنب بيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في الفتنة، وبيع الأمة للغناء، وإجارتها للزنا، وإجارة الدار لبيع الخمر فيها، أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار، وغير ذلك. فالباعث في كل هذه الأحوال يعتد به حتى لو لم يذكر في العقد، ما دام الطرف الآخر يعلم به. وقد جاء في «المغني» (٢٨٤/٤ - ٢٨٥) في هذا المعنى ما يأتي: «وهكذا الحكم في محل ما يقصد به الحرام، كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في الفتنة، وبيع الأمة للغناء أو إجارتها كذلك، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها، أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار، وأشبه ذلك، فهذا حرام والعقد باطل لما قدمنا. قال ابن عقيل. وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل نبه بها على ذلك، فقال في القصاب والخباز: إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه، ومن يخطر الأقداح لا يبيعه ممن يشرب فيها، ونهى عن بيع الديباج للرجال، ولا بأس ببيعه للنساء، وروي عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار، وعلى قياسه البيض، فيكون بيع ذلك كله باطلاً. قيل: لأحمد رجل مات وخلف جارية مغنية وولداً يتيماً وقد احتاج إلى بيعها. قال يبيعهما على أنها ساذجة، فقيل له: فإنها تساوي ثلاثين ألف درهم فإذا بيعت ساذجة تساوي عشرين ديناراً، قال: لا تباع إلا على أنها ساذجة. وجه ذلك ما روى أبو أمامة عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يجوز بيع المغنيات، ولا أثمانهن ولا كسبهن»، قال الترمذي: هذا لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه أهل العلم، ورواه ابن ماجه، وهذا يحمل على بيعهن لأجل الغناء، فأما مألتيهن الحاصلة بغير الغناء فلا تبطل كما أن العصير لا يحرم بيعه لغير الخمر لصلاحيته للخمر. ولا يجوز بيع الخمر ولا التوكيل في بيعه ولا شراؤه. قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز. وقال أبو حنيفة يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً في بيعها وشراؤها، وهو غير صحيح، فإن عائشة

روت أن النبي ﷺ قال: حرمت التجارة في الخمر. وعن جابر أنه سمع النبي ﷺ عام الفتح وهو بمكة يقول إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنها تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس، فقال: «لا هو حرام»، ثم قال رسول الله ﷺ: «قاتل الله اليهود إن الله تعالى حرم عليهم شحومها فجملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه»، متفق عليه، ومن وكل في بيع الخمر وأكل ثمنه قد أشبههم لأن الخمر نجسة محرمة يحرم بيعها والتوكيل في بيعها كالميتة والخنزير، ولأنه يحرم عليه بيعه فحرم عليه التوكيل في بيعه كالخنزير.

وتوجد نصوص أخرى، في المذهبين: الحنبلي والمالكي، في هذا المعنى نذكر منها:

ما جاء في «الفروع» (١٧١/٢): «ولا يصح بيع ما قصد به الحرام كعصير لمتخذه خمرأ قطعاً. نقل الجماعة: إذا علم وقبل أو ظنًا، واختاره شيخنا. نقل ابن الحكم إذا كان عندك يريده للنبيذ فلا تبعه، إنما هو على قدر الرجل، قال أحمد: أصحاب النبي ﷺ كرهوا بيع العصير، وسلاحاً في فتنة لأن النبي ﷺ نهى عنه، قال أحمد: وقد يكون يقتل به، ويكون لا يقتل به، وإنما هو ذريعة له ولحربي، ومأكول ومشوم لمن يشرب عليهما المسكر، وأقداح لمن يشرب فيها وجوز لقمار، وأمة وأمرد لواطيء دبر. ويصح بيع من قصد ألا يسلم مبيعاً أو ثمناً ذكره في كتب الخلاف، ومن اتهم بغلامه فدبره فنقل أبو داود يحال بينهما إذا كان فاجراً معلناً، وهذا كما نقله أبو داود في المجوس تسلم أخته يحال بينهما إذا خافوا عليها يأتيها. قيل: لأحمد مات وترك سيوفاً، قال: لا تباع ببغداد وتباع بالثغر، ويتوجه أنه ندب، وفي المنشور منع منه لاستعمالها في الفتن غالباً».

وما جاء في «الحطاب» (٢٦٧/٤): «بيع العنب لمن يعصره خمرأ، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها، غير جائز». وانظر أيضاً «المدونة الكبرى» (٦٢/١١ - ٦٩).

ويقارن الشعراني في «الميزان الكبرى» (٧٤/٢) وما بعدها بين المذاهب الأربعة في هذا الصدد، فيقول: ومن ذلك قول الأئمة الثلاثة إنه يصح بيع العنب لعاصر الخمر^(١) مع الكراهة، مع قول أحمد بعدم الصحة، فالأول فيه تخفيف، والثاني مشدد. وجه الأول أن المقاصد هي التي يؤاخذ بها العبد، وأما الوسائل فقد يحال بين العبد وبينها، فلذلك كان بيع العنب لمن يريد أن يعصره خمرأ غير حرام لعدم تحققنا أنه يتمكن من عصره. وكان البصري يقول: لا بأس ببيع العنب لعاصر الخمر، وكان سفيان الثوري يقول: بع الحلال لمن شئت. ووجه الثاني سد الباب، لأن ما يتوصل به إلى الحرام فهو حرام ولو بالقصد، كما لو نظر إنسان إلى ثوب موضوع في طاق على ظن أنه امرأة أجنبية فإنه يحرم عليه ذلك، فافهم^(٢).

(١) ومع ذلك فقد رأينا أن المذهب المالكي لا يجيز بيع العنب لمن يعصره خمرأ «الحطاب» (٢٦٧/٤).

(٢) ولا شك في أن نظرية السبب في الفقه الحنبلي تقرب كثيراً من النظرية الحديثة للسبب في الفقه اللاتيني، وتبعد في الوقت ذاته عن النظرية التقليدية التي وضع دوماً أساسها. ويقول الأستاذ شكري قرداحي في هذا =

يكفي في علم الطرف الآخر بالسبب أن تكون الظروف بحيث ينبغي أن يعلم

ويعتد المذهب الحنبلي بالبائع، لو لم يذكر في العقد، كما قدمنا، وليس من الضروري أن يعلم الطرف الآخر به، بل يكفي أن تكون الظروف بحيث ينبغي أن يعلم به، وأكثر ما يكون ذلك في التبرعات. فإذا أهدى المقرض للمقرض شيئاً قبل الأداء، حمل ذلك على الربا، وينبغي أن يعلم المقرض بذلك البائع حتى لو لم يكن يعلم به فعلاً، فلا تجوز الهدية. وإذا أهدى المشركون لأمر الجيـش هدية، حمل ذلك على الرشوة لو اختص بها، وينبغي أن يعلم ذلك، فلا يختص بها ولكن هي غنيمة أو فيء. وكذلك الهدايا التي تهدي للعمال، فإنها تحمل على الرشوة وإذا وهبت امرأة لزوجها صداقها، فينبغي أن يعلم الزوج أن البائع على الهبة هو استدامة الزواج، فإن طلقها بعد ذلك فقد اختل البائع، ولها الرجوع فيما وهبت.

وقد جاء في «القواعد» لابن رجب (٣٢١ - ٣٢٢) في هذا المعنى ما يأتي: «تعتبر الأسباب في عقود التمليكات كما تعتبر في الأيمان، ويتخرج على هذا مسائل متعددة: (منها): مسائل

= الصدد: إن فكرة السبب في الفقه الإسلامي ليست فكرة مجردة خالية من البائع الذي يقترن بها، بعيدة عن الدوافع التي تحفز الشخص إلى العمل. فليست هي فكرة السبب كما كان يراها دوماً، بل هي فكرة القضاء حيث ينطوي السبب على البائع الدافع الذي يحفز، إلى التعاقد. فإذا نحن عزلنا البائع عن السبب بالمعنى التقليدي، كان العقد مشروعاً. ولكن ابن حنبل يراه غير مشروع بالنظر إلى الغاية غير المشروعة التي يقصد إليها أحد المتعاقدين بعلم التعاقد الآخر. ومن الممكن أن نعدد الأمثلة، وهي تثبت جميعاً أن الفقه الإسلامي قد صنع نظرية للسبب هي أبعد مدى وأوسع أفقاً من نظرية السبب التي صاغها دوماً - نظرية، كالنظرية التي صاغها القضاء الفرنسي في الوقت الحاضر، تعتد بالأغراض الذاتية التي حفزت أطراف التعاقد على الالتزام فتصل من وراء ذلك إلى إبطال التصرفات غير المشروعة «القانون والأخلاق» (٢/ ٢٨٥ - ٢٨٦).

ويقول الأستاذ صبحي محمصاني إن نظرية الشريعة الإسلامية في السبب قريبة من نظرية القضاء الفرنسي لأنها لا تعتبر في العقد السبب فحسب، بل تعتبر أيضاً البائع الشخصي إذا كان مقصوداً في العقد صراحة أو دلالة. ويورد الأستاذ محمصاني: «قضية عرضت على مجلس المشاورين في قرطبة وخلاصتها أن رجلاً استدان من زوجته ثلاثين ديناراً وأمهله لمدة خمس سنين، لكنه طلقها بعد سنة ونصف، فقاضته زوجته تطلب حلول الدين وسقوط الأجل، فرفع القاضي أمرها إلى ذلك المجلس. فأفتى ابن عتاب لمصلحتها، معللاً بأن هذا الاتفاق كان ملحوظاً فيه ود الزوجية واستدامة الصحة فأما وقد انفصمت فقد زال السبب الموجب للتأجيل: «تبصرة الأحكام» لابن فرحون (٢/ ٦٨). . . وبمعناه روي عن ابن حنبل وغيره أنه قال في هبة المرأة زوجها صداقها إذا سألها ذلك، فإن سببها استمالة النكاح، فإن طلقها فلها الرجوع فيها: «القواعد» لابن رجب رقم (١٥٠) ص (٣٢٢)، «البهجة شرح التحفة» (٢/ ٦٥)، ومن اكرى فندقاً أو حماماً، فأنجلى أهل البلد عنه أو قل وارده ولم يجد من يسكنه، فلا كراء عليه: «البهجة شرح التحفة» (٢/ ٣٣)، ويشترط بقاء السبب لدوام العقد، فقد ورد في المجلة أنه لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تنفسخ الإجارة. مثلاً لو استؤجر طباح للعرس، ومات أحد الزوجين تنفسخ الإجارة. وكذلك تنفسخ الإجارة بوفاة الصبي أو الظئر، ولا تنفسخ بوفاة المسترضع: م (٤٣٣)، النظرية العامة للموجبات والعقود (٢/ ٩٦)، انظر أيضاً في شرط استمرار السبب قائماً لبقاء العقد الأستاذ محمد يوسف موسى في «الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي» (٣٩٣).

العينة. (ومنها): هدية المقترض قبل الأداء. فإنه لا يجوز قبولها ممن لم يجز له منه عادة. (ومنها): هدية المشركين لأمر الجيش، فإنه لا يختص بها على المذهب، بل هي غنيمة أو فيء على اختلاف الأصحاب. (ومنها): هدايا العمال، قال أحمد في رواية أبي طالب في الهدايا التي تهدي للأمير فيعطى منها الرجل، قال هذا الغلول، ومنع الأصحاب من قبول القاضي هدية من لم تجر العادة بهديته له قبل ولايته. (ومنها): هبة المرأة زوجها صداقها إذا سألها ذلك، فإن سببها طلب استدامة النكاح، فإن طلقها فلها الرجوع فيها، نص عليه أحمد في رواية عبد الله. (ومنها): الهدية لمن يشفع له بشفاعة عند السلطان ونحوه، فلا يجوز، ذكره القاضي وأوماً إليه لأنها كالأجرة، والشفاعة من المصالح العامة فلا يجوز أخذ الأجرة عليها، وفيه حديث في السنن. ونص أحمد في رواية: صالح فيمن عنده وديعة فأداها، فأهديت إليه هدية، أنه لا يقبلها إلا بنية المكافأة. وحكم الهدية عند أداء سائر الأمانات حكم الوديعة. (ومنها): ما نص عليه أحمد في رواية ابن مهران فيمن اشترى لحماً ثم استزاد البائع فزاده، ثم رد اللحم بعيب، فالزيادة لصاحب اللحم، لأنها أخذت بسبب اللحم، فجعلها تابعة للعقد في الرد لأنها مأخوذة بسببه وإن كانت غير لاحقة به. وتأولها القاضي على أنها إن كانت مأخوذة في المجلس فلحقت بالعقد. وخرج ابن عقيل منها رواية بلحوق الزيادة بعد لزوم العقد والحاجة إلى ذلك. (ومنها): ما حكاه الأثرم عن أحمد في المولى يتزوج العربية يفرق بينهما، فإن كان دفع إليها بعض المهر ولم يدخل بها يردده، وإن كان أهدى هدية يردد منها عليه، قال القاضي في «الجامع» لأن هذه الحالة تدل على أنه وهب لها بشرط بقاء العقد، فإذا زال ملك الرجوع فيها، كالهبة بشرط الثواب انتهى. وهذا في الفرق القهرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر، وكذلك الفرقة الاختيارية المقسطة للمهر، فأما الفسخ المقرر للمهر أو نصفه فتثبت معه الهدية. فأما إن كانت العطية لغير المتعاقدين لسبب العقد، كأجرة الدلال ونحوها، ففي النظريات لابن عقيل أن فسخ البيع بإقالة أو نحوها لم يقف على التراضي فلا يرد الأجرة، وإن فسخ بخيار أو عيب ردت لأن البيع وقع متردداً بين اللزوم وعدمه، وقياسه في النكاح أنه إن فسخ لفقد الكفاءة أو العيب ردت، وإن فسخ لرده أو رضاع أو مخالعة لم ترد.

مذاهب أخرى غير مذاهب أهل السنة:

وتقرب المذاهب الأخرى غير مذهب أهل السنة - الزيدية والجعفرية والظاهرية - في نظرية السبب من المذهب الحنبلي.

ففي مذهب الزيدية، جاء في «المنتزع المختار» (٣/ ١٩ - ٢٠): «يحترز مما منفعتة غير حلال، نحو المزامير والأدفاف والدراريح وما أشبهها، فهذه لا توضع في العادة إلا لفعل محرم شرعاً، فلا يجوز بيعها. ولو بيع ذو النفع الحلال إلى مستعمله في معصية، فذلك جائز إن لم يقصد بيعه للمعصية، وذلك نحو أن يبيع العنب إلى من يتخذه خمراً، والخشب إلى من يصنعها مزامير، وما أشبه ذلك، ولكن ذلك مكروه. قوله غالباً احتراز من بيع السلاح والكراع، فإنه لا يجوز بيعه إلى من يستعمله في حرب المسلمين من كافر أو باغ أو نحوهما كالأكراد، إلا أن يبيعه

بأفضل منه. وحاصل الكلام في ذلك أن شراء السلاح والكرع والعبيد من الكفار ونحوهم جائز، وكذلك إذا عوض بأدنى منه، وأما بيع ذلك منهم، فإن كان لا مضرة على المسلمين جاز أيضاً، وإن كان ثم مضرة فظاهر قول الهادي والوالي أنه لا يجوز البيع إليهم لأنهم يستعملونه في معصية... أنه إن قصد نفع نفسه صح البيع وجاز له ذلك ولكن يكره، وإن قصد نفعهم عصي بلا خلاف. وهل ينقذ البيع أم لا، قال في «التنوير» عن أبي طه إنه ينقذ، وقيل: يكون الخلاف فيه كبيع العبد المسلم من الكافر أو بيع الشيء إلى من يستعمله في أمر واجب كالمصحف وكتب الحديث ونحو ذلك، فإنه يصح بيعه ويكون البيع متناولاً للجلد والكاغد، ويرد بالغلط الزايد على المعتاد.

وفي مذهب الجعفرية، جاء في «مفتاح الكرامة» للعاملي (٣٧/٤): «إجارة السفن والمساكن للحرمت، وبيع العنب ليعمل خمراً، والخشب ليعمل صنماً، يكره بيعه على من يعمله من غير شروط. وظاهرها أنه لا بد أن يكون البيع لأجل ذلك، أي الغاية محرمة، سواء شرطها في متن العقد أو حصل الاتفاق عليها. ويجوز مع فقد الشرط، فقط يكره بيعها على من يعمله بغير شرط»^(١).

وفي مذهب الظاهرية، جاء في «المحلى» لابن حزم (٢٩/٩ - ٣٠): «ولا يحل بيع شيء ممن يوقن أنه يعصي الله به أو فيه وهو مفسوخ أبدأ، كبيع كل شيء ينبذ أو يعصر ممن يوقن أنه يعمل خمراً، وكبيع الدراهم الرديئة ممن يوقن أنه يدلس بها، وكبيع الغلمان ممن يوقن أنه يفسق بهم أو يخصيهم، وكبيع المملوك ممن يوقن أنه يسيء ملكيته، أو كبيع السلاح أو الخيل ممن يوقن أنه يعدو بها على المسلمين، أو كبيع الحرير ممن يوقن أنه يلبسه، وهكذا في كل شيء، لقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْرِ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْرِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]، والبيوع

(١) ويقول الأستاذ بدرو ديب: إن الأحكام التي يقرها المذهب الجعفري في هذه المسألة تنطوي على كثير من المرونة والتنوع. فإذا أخذنا المثل المأثور الخاص ببيع عصير العنب، وهو المثل الذي تتلاقى عنده المذاهب المختلفة ويصلح أن يكون معياراً مشتركاً لها جميعاً، نجد أن فقهاء الجعفرية يبدؤون بالتمييز بين ما إذا كان العصير متخماً أم لا. فإذا كان متخماً فالبيع لا يجوز، لأن حالة المبيع تتم عما تنطوي عليه الصفقة من مخالفة للشرع. أما إذا لم يكن العصير متخماً، وجب التمييز بين ما إذا كانت نية المشتري قد تكشف أو لم تكشف. فإن كانت قد كشفت، بأن ذكر المشتري صراحة في العقد أنه أراد العصير لاتخاذ خمراً، فلا خلاف في بطلان البيع. أما إذا لم تكشف نية المشتري، فهنا أيضاً يجب التمييز بين ما إذا كان البائع يجعل ما يقصد إليه المشتري أو كان يعلم ذلك. فإن كان يجعل قصد المشتري فالبيع صحيح. أما إذا كان يعلم هذا القصد، وجب التمييز مرة أخرى بين ما إذا كان البائع متواطئاً مع المشتري في تنفيذ قصده، أو كان لا شأن له في ذلك وإنما هو يقوم بشأن مألوف من شؤون التجارة. ففي الحالة الأولى، يكون البيع غير جائز. أما في الحالة الثانية، فقد اختلف الرأي: إذ يرى بعض الفقهاء أن البيع يبقى غير جائز، ولكن الكثرة يذهبون إلى أن البيع يصح ولكنه يكون مكروهاً. وتسري هذه الأحكام في الأحوال المماثلة كإيجار السفن والمساكن لأغراض غير مشروعة وكبيع الخشب لصنعه أصناماً، (بحث في نظرية البائع في المذهب الحنفي، ص(٢٣٣ - ٢٣٤)).

التي ذكرنا تعاون ظاهر على الإثم والعدوان بلا تطويل وفسخها تعاون على البر والتقوى. فإن لم يوقن بشيء من ذلك فالبيع صحيح لأنه لم يعن على الإثم، فإن عصى المشتري الله تعالى بعد ذلك فعليه. ورد من طريق وكيع عن سفيان الثوري عن ابن جرير عن عطاء قال: لا تبعه ممن يجعله خمراً».

الفصل الرابع

نظرية البطلان

الفرع الأول

نظرية البطلان في الفقه الغربي

مهمة البطلان:

بطلان العقد هو الجزاء القانوني الذي يترتب على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لجميع شروطها. فوجب إذن أن نتكلم في أمرين:

- ١ - البطلان بوجه عام.
- ٢ - أحكام العقود المتسمة بالبطلان^(١).

المبحث الأول

البطلان بوجه عام

مسائل ثلاث:

الأصل في البطلان أن يعدم العقد، فالعقد الباطل هو عقد منعدم. ولكن لما كان للعقد أركان مختلفة وشروط متعددة، فقد تعددت مراتب البطلان تبعاً لهذا التعدد وانقسم بحسب مراتبه. والبطلان في الفقه الغربي يقارب نظماً أخرى يلتبس بها، فيحسن تمييزه عنها، ولما كان الأصل في البطلان أن يعدم العقد كما قدمنا، فإنه ينبغي أن يترتب على ذلك أن العقد الباطل لا ينتج أثراً ما، مع ذلك فهناك حالات نرى فيها أن العقد المتسم بالبطلان قد ينتج بعض الآثار.

فعندنا إذن مسائل ثلاث: (١) تقسيم البطلان بحسب مراتبه. (٢) تمييز البطلان عما يقاربه من النظم (٣) الآثار التي قد تترتب على العقد المتسم بالبطلان.

المطلب الأول

تقسيم البطلان بحسب مراتبه

أنواع البطلان

أركان العقد وشروطه:

رأينا فيما قدمناه في الفصول السابقة أن أركان العقد في الفقه الغربي ثلاثة: التراضي والمحل والسبب. ورأينا أن لكل من هذه الأركان نوعاً واحداً من الشروط فيما عدا ركن التراضي فله انعقاد وشروط صحة.

(١) نقل نظرية البطلان في الفقه الغربي عن مؤلفنا «الوسيط» (١/٤٨٦ - ٥٣٩).

فالتراضي يشترط لوجوده - أو لانعقاده - أن يكون صادراً عن تمييز، وأن يكون هناك تطابق تام بين الإيجاب والقبول. وقد يوجد التراضي، ولكنه ينعقد غير صحيح. ويشترط لصحته أن يكون صادراً عن ذي أهلية، وأن يكون غير معيب. فإذا صدر التراضي من ناقص الأهلية، أو كان معيباً بأن كان مشوباً بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، فإن ذلك لا يمنع من وجود التراضي، ولكنه يكون غير صحيح.

أما شروط المحل - وهي شروط الانعقاد وشروط الصحة في وقت واحد - فهي أن يكون المحل ممكناً، معيناً أو قابلاً للتعين، صالحاً للتعامل فيه بأن يكون مالاً متقوماً مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب.

وأما السبب فليس له إلا شرط واحد، هو أن يكون مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب. وهذا الشرط هو شرط انعقاد وشرط صحة في وقت واحد.

مراتب البطلان - النظرية التقليدية (التقسيم الثلاثي):

تقسم النظرية التقليدية البطلان إلى مراتب ثلاث: فهناك بطلان يجعل العقد منعدماً، وبطلان يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، وبطلان يجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً.

فالعقد المنعدم هو ما انعدم فيه ركن من الأركان الثلاثة التي لا بد من قيامها حتى يتكون العقد: التراضي أو المحل أو السبب. فعقد الهازل منعدم، وكذلك العقد الصوري، لانعدام التراضي. والتعاقد على محل غير موجود أصلاً منعدم لانعدام المحل. والتعاقد لسبب لا وجود له منعدم، لانعدام السبب.

والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً هو ما قامت فيه الأركان الثلاثة، ولكن اختل فيه شرط من شروط هذه الأركان غير شروط صحة التراضي. فإذا اختل شرط من شروط وجود التراضي، بأن صدر العقد من غير مميز، كصبي غير مميز أو مجنون أو معتوه، أو لم يكن هناك تطابق تام بين الإيجاب والقبول، فالعقد باطل بطلاناً مطلقاً. وإذا اختل شرط من شروط المحل، بأن كان المحل غير ممكن، أو كان غير معين وغير قابل للتعين، أو كان غير صالح للتعامل فيه، فالعقد يكون هنا أيضاً باطلاً بطلاناً مطلقاً، وإذا اختل شرط السبب، بأن كان التعاقد قائماً على سبب غير مشروع، فهنا أخيراً يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هو ما اختل فيه شرط من شروط صحة التراضي. فإذا صدر العقد من ناقص الأهلية، كان باطلاً بطلاناً نسبياً أي باطلاً من جهة واحدة هي جهة ناقص الأهلية إذ البطلان قد تقرر لمصلحته. وإذا كان رضا أحد العاقدين مشوباً بعيب، بأن وقع هذا العاقد في غلط أو دلس عليه أو كان مكرهاً أو كان ضحية استغلال، كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً على تفصيل فيما يتعلق بالاستغلال، أي أن العقد يكون باطلاً من جهة واحدة هي جهة من كان رضاؤه معيباً إذ البطلان قد تقرر لمصلحته.

انتقاد النظرية التقليدية - التقسيم الثنائي والبطلان المتدرج:

وكثرة الفقهاء تنعي على النظرية التقليدية تفريقها بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً، إذ أن هذا التفريق يصطدم مع المنطق، ثم أنه لا فائدة فيه. أما إنه يصطدم مع المنطق، فلأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني فهو في الانعدام يستوي والعقد المنعدم، ولا يمكن أن يقال إن العقد المنعدم أشد انعداماً من العقد الباطل بطلاناً مطلقاً إذ لا تفاوت في العدم. وأما إن التفريق بين هذين النوعين من البطلان غير ذي فائدة، فلأن أحكام العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هي عين أحكام العقد المنعدم: كلا العقدين لا ينتج أثراً، ولا تلحقه الإجازة، ولا يرد عليه التقادم. والواقع من الأمر أن التفريق بين الانعدام والبطلان المطلق خلقه الفقه الفرنسي في مناسبة عقد الزواج، إذ بدأ هذا الفقه بتقرير قاعدة أساسية هي أن لا بطلان في عقد الزواج دون نص تشريعي يستند إليه هذا البطلان، وذلك صيانة لهذا العقد الخطير من الاضطراب والتزعزع. فما لبثت حالات بطلان أن قامت في عقد الزواج، وهي حالات لا شك فيها ولكن لم يرد في شأنها نص تشريعي، كما إذا كان الزوجان من جنس واحد وكما إذا تولى العقد من ليس له صفة رسمية في توليه. فخلق الفقه الفرنسي نظرية انعدام العقد لتغطية هذه الحالات، فإذا كان عقد الزواج واضح البطلان ولكن لا يوجد نص تشريعي يستند إليه هذا البطلان، قيل: إن العقد منعدم وليس باطلاً فحسب. وكان الأولى عدم التقيد بالقاعدة الضيقة التي تقضي بأن البطلان في عقد الزواج لا يكون بغير نص تشريعي، أو في القليل قصر هذه القاعدة على عقد الزواج فإن طبيعته تغاير طبيعة العقود التي تدخل في دائرة المعاملات المالية. فإذا سلمنا أن التفريق بين الانعدام والبطلان المطلق لا أساس له، خلص لنا، بدلاً من التقسيم الثلاثي للبطلان وهو التقسيم الذي تقول به النظرية التقليدية، تقسيم ثنائي يندرج فيه الانعدام في البطلان المطلق، فيكون العقد المتمسم بالبطلان إما بطلاناً مطلقاً أو باطلاً بطلاناً نسبياً.

وهناك من الفقهاء من يذهب، على النقيض مما تقدم، إلى مهاجمة النظرية التقليدية، لا من جهة أن التقسيم الثلاثي غير ضروري ويكفي أن يحل محله تقسيم ثنائي، بل من جهة أن هذا التقسيم الثلاثي غير كاف فهو تقسيم ضيق جامد لا يتسع لمختلف الحاجات، وينبغي أن تكون مراتب البطلان متدرجة في غير حصر دون قصرها على مراتب ثلاث. وأصحاب هذا الرأي يقولون: إن القانون عين شروطاً للعقد حتى ينتج آثاراً معينة، وكل شرط من هذه الشروط يتطلبه القانون للوفاء بغرض معين، فإذا اختل شرط كان العقد باطلاً في الناحية التي تقابل هذا الشرط. فتتعدد وجوه البطلان، وتتعدد مراتبه في غير حصر، تبعاً للأغراض التي توخاها القانون. ومهما قيل: في مرونة هذا الرأي، وفي أنه يفسر استعصاء بعض مسائل البطلان على الخضوع للقواعد التقليدية - كما في إجازة الواهب، أو ورثته لهبة لم يتوافر فيها شرط الشكل وكما في شذوذ بيع ملك الغير وإمكان إجازته بإقرار المالك وهو أجنبي عن العقد، وكما في بطلان عقد الشركة الذي لم يستوف الشكل مع عدم جواز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان على الغير - إلا أن هذه الحالات الخاصة لها ما يفسرها تفسيراً ملائماً، وهي لا تسوغ نقض القواعد الثابتة المستقرة في البطلان لتحل محلها قواعد تجعل البطلان مانعاً ليست له مراتب محصورة، فيتزعزع استقرار التعامل.

رد البطلان إلى مرتبة واحدة:

وإذا كان لا بد من تقسيم البطلان إلى مراتب متدرجة، فالوقوف عند التقسيم الثلاثي الذي تقول به النظرية التقليدية خير من تشتت قواعد البطلان في غير ثبات ولا استقرار، وخير من التقسيم الثلاثي التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلاناً مطلقاً وعقد باطل بطلاناً نسبياً، لما قدمناه من عيب التفريق بين العقد المنعقد والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً.

بل خير من التقسيم الثلاثي والتقسيم الثنائي معاً - من ناحية المنطق المجرد وبصرف النظر عن مقتضيات الصياغة القانونية - جعل البطلان جميعه مرتبة واحدة لا تفاوت فيها، هي مرتبة البطلان المطلق. ذلك بأن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يمر، كما سنرى، على مرحلتين: (المرحلة الأولى) قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو بالإبطال، ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل، فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً. (والمرحلة الثانية) يلقي فيها العقد أحد المصيرين: (١) إما أن تلحقه الإجازة أو يتم في شأنه التقادم، فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحاً منشأ لجميع آثاره، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح. (٢) وإما أن يتقرر بطلانه، فينعدم وجوده القانوني انعداماً تاماً وتزول جميع الآثار القانونية التي أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعي، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً. فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً، كما نرى، لا يعدو في مآله أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم، أو عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تقرر بطلانه. فهو إما عقد صحيح على الدوام، وإما عقد باطل بطلاناً مطلقاً منذ البداية. والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئاً مستقلاً يقوم إلى جانب البطلان المطلق، وما هو إلا تغيير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما، فيؤول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق. ومن ثم ليس هناك إلا نوع واحد من البطلان هو البطلان المطلق، يندمج فيه البطلان النسبي، كما اندمج فيه الانعدام.

وقد سبق أن كتبنا في مؤلفنا «نظرية العقد» (٦١٨/هامش رقم ١) في هذا الصدد ما يأتي: «لا توجد هناك ثلاث أحوال للعقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر: الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق. بل لا توجد إلا حالتان: الصحة والبطلان المطلق. والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد قد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى، فهو متميز عن العقد الصحيح الذي لا يمر إلا على حالة الصحة، ومتميز عن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً الذي لا يمر إلا على حالة البطلان، ولكن إذا كان العقد الباطل بطلاناً نسبياً متميزاً على هذا النحو، فالبطلان النسبي نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بين الصحة والبطلان المطلق».

تأصيل البطلان - الرجوع إلى التقسيم الثنائي:

على أن رد أنواع البطلان كلها إلى البطلان المطلق إذا كان يرضي المنطق القانوني، فهو لا ييسر الصياغة الفنية لنظرية البطلان وما تواجهه من حالات متغايرة تقتضي شيئاً من التنوع. والأولى من ناحية الصياغة الفنية الرجوع إلى التقسيم الثنائي، فيكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو باطلاً بطلاناً نسبياً، أو كما يقول التقنين المدني المصري الجديد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال.

ونقف عند هذا التقسيم الثنائي، على أن نتولى تأصيله:

فالبطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية.

فإذا كان البطلان يرجع إلى اعتبارات شكلية، كان العقد الشكلي الذي لا يقوم فيه ركن الشكل باطلاً، ولكن بالقدر الذي تخلف فيه الغرض الذي يرمي إليه القانون من وراء الشكل. ذلك أن الشكل إنما هو من صنع القانون، فالقانون هو الذي يعين له الجزاء الكافي في حالة الإخلال به. فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلاً لا تلحقه الإجازة، وقد يسمح بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلاً (م ٤٨٩ مدني) وكما في الشركة التي لم تستوف الشكل المطوب (م ٥٠٧ مدني). وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتج به من فرض دون فرض، كما في شركات التضامن والتوصية. فالشكل كما قدمنا من خلق القانون، صنعه على عينه، ويقده على القالب الذي يختاره. ونحن في هذه الدائرة وحدها - دائرة البطلان لعدم استيفاء الشكل المطلوب - نتمشى مع القائلين بتنوع مراتب البطلان في غير حصر.

أما إذا رجع البطلان إلى اعتبارات موضوعية، فهنا ينعدم التحكم، ويجب التأصيل عن طريق تحليل عناصر العقد.

وقبل ذلك نقول إن البطلان الموضوعي قد يرجع هو أيضاً إلى نص في القانون لحكمة يتوخاها المشرع، كما في بطلان بيع ملك الغير (م ٤٤٦ مدني) وفي بطلان تصرف السفه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر (م ١١٥ مدني). وهذا النوع من البطلان هو بطلان خاص، يتبع في شأنه النص الذي يسري عليه. ولكن البطلان الذي يخضع للقواعد العامة يرجع أكثر ما يرجع إلى اعتبارات موضوعية، نتولى الآن تفصيلها.

ذلك بأن للعقد كما قدمنا أركاناً ثلاثة، هي التراضي والمحل والسبب، ولكل ركن شروط يجب أن تستوفى، فإذا انعدم أي ركن من هذه الأركان، فإن العقد لا يقوم طبيعة، ونعبر عن ذلك بأن العقد باطل. ومثل انعدام الركن اختلال شرطه. فالتراضي يشترط في انعقاده - وندع الآن شروط صحته - التمييز ومطابقة القبول للإيجاب، والمحل يشترط فيه الإمكان والتعيين والمشروعية، والسبب تشترط فيه المشروعية. فشرطا التمييز ومطابقة القبول للإيجاب في التراضي، وشرطا الإمكان والتعيين في المحل، هي شروط طبيعة لا يتصور أن يقوم العقد بدونها. وشرط المشروعية في كل من المحل والسبب، إذا لم يكن شرطاً طبيعياً، فهو شرط يفرضه القانون لحماية المجتمع. فإذا اختل شرط من هذه الشروط، فإن العقد لا يقوم، ويكون باطلاً. والبطلان هنا إما بطلان تقتضيه طبيعة الأشياء فيتحتم النزول على مقتضاها، وإما بطلان يمليه القانون حماية لمصلحة عامة، فالعقد الباطل إذن هو عقد منعدم طبيعة أو شرعاً، فلا ينتج أثراً، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه، وللمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، ولا تصح إجازته، ولا يرد عليه التقادم.

وبقيت شروط الصحة في ركن التراضي. وقد قدمنا أن التراضي يكون موجوداً مستوفياً لشروطه حتى لو صدر من ناقص الأهلية، وحتى لو شاب الرضاء عيب من غلط أو تدليس أو إكراه

أو استغلال. وفي هذه الأحوال يكون الرضاء قائماً موجوداً، ولكنه يكون معيباً غير صحيح. فالأهلية وخلو الرضاء من العيوب هما شرطاً للصحة في ركن التراضي. فإذا اختل شرط منهما، فإن هذا لا يمنع من أن العقد ينعقد ما دام قد استوفى أركانه وما دامت الأركان قد توافرت فيها الشروط الواجبة. ومتى انعقد العقد، ترتبت عليه آثاره للحال، ولكن يبقى أن العاقد ناقص الأهلية، أو العاقد الذي شاب رضاءه عيب، يكون من حقه أن يحميه القانون إذا هو طلب هذه الحماية. فله وحده أن يطلب إبطال العقد كما له أن يجيزه، وقبل طلب الإبطال أو الإجازة ينفذ العقد وتترتب عليه جميع آثاره، وإذا ظل العاقد ساكناً مدة معينة سقط حقه بالتقادم في طلب إبطال العقد، واستمر العقد في إنتاج آثاره كما لو كان عقداً صحيحاً منذ البداية. ذلك بأن حق العاقد في إبطال العقد هنا إنما قرره القانون لا لحماية مصلحة عامة، بل لحماية مصلحة العاقد الخاصة، يعالج به ما اعتبر تمييزه من نقص أو ما شاب رضاءه من عيب. فعلى العاقد أن يتولى بنفسه الانتفاع بما بسطه القانون من الحماية، فإذا هو لم يفعل، فهذا دليل على أنه لم يضر بالعقد أو أنه قد نزل عن حقه الخاص، وفي الحالتين لا يكون في حاجة إلى حماية القانون.

ويخلص لنا من تأصيل البطلان على هذا النحو أن التقسيم الثنائي للبطلان هو التقسيم الذي يجب أن نقف عنده، فيكون العقد المتمسم بالبطلان إما عقداً باطلاً وإما عقداً قابلاً للإبطال.

المطلب الثاني

تمييز البطلان عما يقاربه من النظم

النظم القانونية المقاربة للبطلان:

ونظام البطلان يقاربه في القانون نظم أخرى نذكر منها أربعة:

- ١ - جواز الرجوع في العقد بإرادة أحد العاقلين، فيسقط العقد بهذا الرجوع من جانب واحد، وهذا ما يعرف في الفقه الإسلامي بالعقد غير اللازم.
 - ٢ - عدم سريان العقد في حق الغير، فينتج العقد آثاره فيما بين العاقلين، ولكنه يكون موقوف الأثر بالنسبة إلى الغير، فإذا ما أقره الغير نفذ في حقه. وهذا يقابل في حدود معينة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي.
 - ٣ - فسخ العقد أو انفساخه، فيتولى القضاء إسقاط العقد، أو يسقط بحكم الاتفاق أو القانون، بالرغم من نشوئه صحيحاً منذ البداية. وأقرب مثل يقابل ذلك في الفقه الإسلامي هو العقد عندما يفسخ أو يفسخ بخيار العيب.
 - ٤ - الشرط الفاسخ والشرط الواقف، ويترتب على الشرط الفاسخ تعليق العقد على تحقق الشرط، كما يترتب على الشرط الواقف تعليق نفاذ العقد على تحقق الشرط. ولعل خيار الرؤية في الفقه الإسلامي قريب من الشرط الفاسخ، وخيار الشرط مثلاً للشرط الواقف.
- وإذا كانت هذه النظم المختلفة تتلاقى مع نظام البطلان في أن العقد في كل منها ينحل وتندم آثاره، فإن نظام البطلان يختلف عنها من وجوه مختلفة، ترجع في الغالب إلى أن العقد في

نظام البطلان قد نشأ منذ البداية معتلاً، أما العقد في النظم الأخرى فقد نشأ صحيحاً. لذلك يحسن التمييز بينها وبين نظام البطلان، عن طريق استعراضها في عجالة سريعة للتعرف على مقوماتها. ونلاحظ منذ الآن أن نظرية البطلان في الفقه الإسلامي - وهي النظرية التي سنقارنها بنظرية البطلان في الفقه الغربي - تتسع حتى يندرج تحتها كل هذه النظم.

جواز الرجوع في العقد بإرادة أحد العاقدين:

قد يزول العقد، قبل أن ينقضي، بانحلاله (dissolution)، وانحلال العقد غير إبطاله (annulation)، كلاهما زوال للعقد (disparition)، ولكن الانحلال يرد على عقد نشأ صحيحاً ثم ينحل بأثر رجعي أو دون أثر رجعي، أما الإبطال فيرد على عقد نشأ غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال. والعقد، في حالة الإبطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعي، لا يزول فحسب، بل يعتبر كأن لم يكن.

وينحل العقد قبل انقضائه (extinction)، بل وقبل البدء في تنفيذه في بعض الأحيان، باتفاق الطرفين، وهذا هو التقابل أو الإقالة (résiliation conventionnelle). وقد ينحل عن طريق الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين، ويسمى هذا إلغاء العقد بإرادة منفردة، (résiliation unilatérale révocation) وهذا الإلغاء هو الذي يعنينا هنا.

فقد يجعل القانون لكل من العاقدين الحق في أن يستقل بإلغاء العقد، أو يجعل لأحد العاقدين دون الآخر الحق في هذا الإلغاء. ولا يكون للإلغاء في جميع هذه الأحوال أثر رجعي.

(١) مثل العقد الذي يحق لكل من العاقدين أن يستقل بإلغائه: (١) الوكالة والشركة غير محددة المدة والعارية والوديعة، وفي هذه العقود يجوز لكل العاقدين بمحض إرادته إلغاء العقد قبل انقضائه. (٢) الشركة محددة المدة، وفي هذا العقد يجوز لكل من العاقدين الخروج منه ولكن بالتقاضي (٣) الإيجار وعقد العمل إذا كانا غير محددي المدة، وفي هذين العقدين يجوز لكل إلغاء للعقد ولكن بعد إخطار والقضاء مدة معينة.

١ - ففي الوكالة يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة (م ٧١٥ مدني)، كما يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن التوكيل (م ٧١٦ مدني). وفي الشركة غير محددة المدة يجوز لكل شريك أن ينسحب من الشركة على أن يعلن إرادته في الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله، وألا يكون انسحابه عن غش أو في وقت غير لائق (م ٥٢٩ مدني). وفي العارية يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء العارية (م ٦٤٣/٣ مدني)، كما يجوز للمصير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضائها في أحوال معينة (م ٦٤٤ مدني) وفي الوديعة يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين المصلحة المودع عنده، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع (م ٧٢٢ مدني).

٢ - وفي الشركة محددة المدة يجوز لأي شريك أن يطلب من القضاء إخراجه منها متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة، وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق باقي الشركاء على

استمرارها (م ٢/٥٣١ مدني)، وهنا الإلغاء يتم بالتقاضي.

٣ - وفي الإيجار غير محدد المدة يجوز لكل من العاقدين أن ينهي الإيجار بانقضاء فترة من الفترات المعينة لدفع الأجرة، بعد التنبيه على العاقد الآخر في مواعيد بينها القانون (م ٥٦٣ مدني)، وهذا الإلغاء يتم بعد إخطار في مدة معينة وانقضاء فترة من الفترات المعينة لدفع الأجرة. وفي عقد العمل غير محدد المدة يجوز لكل من المتعاقدين أن يضع حداً لعلاقته مع المتعاقد الآخر، ويجب في استعمال هذا الحق أن يسبقه إخطار، وطريقة الإخطار ومدته تبينهما القوانين الخاصة (م ٢/٦٩٤ مدني)، وهذا الإلغاء يتم بعد إخطار وانقضاء مدة معينة.

(ب) ومثل العقد الذي يحق لأحد العاقدين دون الآخر أن يستقل بإلغائه:

(١) المقاوله، وفيها يجوز لرب العمل أن يلغي العقد قبل انقضائه بمحض إرادته.

(٢) الهبة، وفيها يجوز للواهب الرجوع في الهبة ولكن بالتراضي أو بالتقاضي.

(٣) القرض وعقد الدخل الدائم وعقد التأمين على الحياة، وفي هذه العقود يجوز لأحد العاقدين دون الآخر إلغاء العقد ولكن بعد إخطار وانقضاء مدة معينة.

١ - ففي المقاوله لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم للعمل (م ١/٦٦٣ مدني).

٢ - وفي الهبة يجوز للواهب أن يرجع إذا قبل الموهوب له ذلك، فإذا لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ - ٥٠٣ مدني)، وهذا الإلغاء يتم بالتراضي أو بالتقاضي.

٣ - وفي القرض إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان (م ٥٤٤ مدني)، وهنا الإلغاء يتم بعد إعلان وانقضاء مدة معينة مع شروط أخرى. وفي عقد الدخل الدائم يجوز استبدال الدخل في أي وقت شاء المدين بعد انقضاء سنة على إعلانه الرغبة في ذلك (م ٥٤٦ مدني)، وهنا أيضاً يتم الإلغاء بعد إعلان وانقضاء مدة معينة. وفي عقد التأمين على الحياة يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة (م ٧٥٩ مدني)، ويجوز له أيضاً متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل أن يصفى التأمين بشرط أن يكون الحادث يتم المؤمن منه محقق الوقوع، هذا ما لم يكن التأمين مؤقتاً (م ٧٦٢ مدني)، وهنا الإلغاء بعد إخطار كتابي وعند انقضاء فترة من فترات التأمين، والتصفية لا تكون إلا بعد انقضاء ثلاث سنوات دفعت أقساطها.

عدم سريان العقد في حق الغير:

قد يكون العقد صحيحاً ينتج أثره فيما بين العاقدين، ولكنه لا يسري في حق الغير. مثل ذلك:

١ - البيع في مرض الموت صحيح بين العاقدين، ولكن لا يسري في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة، ذلك أن الورثة يعتبرون من الغير في تصرفات مورثهم خلال مرض موته فيما يزيد على ثلث التركة، فإن أجازوا التصرف نفذ وإلا سقط.

٢ - تصرف المدين المعسر في ماله إضراراً بحقوق دائنيه صحيح فيما بين العاقدين، ولكنه لا يسري في حق الدائنين إذا ظعنوا في هذا التصرف بالدعوى البولصية.

٣ - العقد الحقيقي في الصورية صحيح فيما بين العاقدين، ولكنه لا يسري في حق الغير. والغير هنا هم الدائنون والخلف الخاص لكل من العاقدين إذا كانوا يجهلون وجود هذا العقد، ولهم في هذه الحالة أن يتمسكوا بالعقد الصوري.

٤ - التصرف غير المسجل في العقار صحيح فيما بين العاقدين، ولكن لا يحتج به على الغير، والغير هنا هو كل ما كسب حقاً عينياً واجب الشهر على هذا العقار.

٥ - العقد غير ثابت التاريخ حجة في تاريخه غير الثابت على العاقد، ولكن هذا التاريخ لا يحتج به على الغير. والغير هنا هو الخلف الخاص للعاقد والدائن الحاجز.

بل قد يكون العقد قابلاً للإبطال فيما بين العاقدين، وهو في الوقت ذاته لا يسري في حق الغير. مثل ذلك بيع ملك الغير، فهو قابل للإبطال فيما بين البائع والمشتري لمصلحة المشتري وحده، ثم هو لا يسري في حق الغير وهو هنا المالك الحقيقي. وقد يجيز المشتري العقد، فيزول البطلان ويبقى عدم السريان. وقد يقر المالك الحقيقي العقد، فيزول البطلان وعدم السريان في وقت واحد^(١).

ويتبين مما تقدم: (١) أن الغير في الأمثلة التي قدمناها ليس له مدلول واحد، بل يختلف مدلوله في مثل عنه في المثل الآخر. (٢) أن عدم سريان العقد في حق الغير شيء والبطلان شيء آخر، ولكل منهما نطاقه الخاص. فقد يكون العقد صحيحاً وغير سار في حق الغير، كما قد يكون

(١) ويتصل ببيع ملك الغير مجاوزة النائب للحدود المرسومة لنيابته، فالنائب إذا جاوز حدود النيابة لا تكون له ولاية في التصرف، فإذا تصرف كان في مركز البائع لملك الغير، والأصيل هو الغير له أن يقرر التصرف فينفذ في حقه، أو لا يقره فيسقط. وتعاقداً الشخص مع نفسه هو مجاوزة لحدود النيابة المرسومة، فإذا وكل شخص شخصاً آخر في بيع داره، لم يجز للوكيل أن يشتري الدار لنفسه، إذ يجاوز بذلك حدود الوكالة، فالمفروض أن الموكل لم يدخل في حسابه عند التوكيل أو الوكيل يشتري الدار لنفسه، ولكن يجوز للغير وهو هنا الموكل أن يقر البيع.

ويلاحظ أن التصرف في الحالتين المتقدمتين لا يمكن اعتباره قابلاً للإبطال، إذ لم يرد نص في هذا المعنى كما ورد في بيع ملك الغير، والأولى اعتباره تصرفاً موقوفاً على غرار التصرف الموقوف في الفقه الإسلامي.

مشوباً بالبطلان وغير سار في حق الغير في وقت واحد وقد رأينا ذلك في بيع ملك الغير . (٣) أن هناك فرقاً بين الإجازة (confirmation) والإقرار (ratification)، فالإجازة تصدر في العقد القابل للإبطال من العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته فينقلب العقد صحيحاً، أما الإقرار فيصدر في العقد غير الساري في حق الغير من هذا الغير نفسه فيصبح العقد سارياً في حقه .

فسخ العقد وانفساخه:

الفرق بين البطلان والفسخ أن البطلان يرجع إلى عيب في ركن من أركان العقد، أما في الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها، فينشأ العقد صحيحاً، ثم لا ينفذ أحد العاقدين التزامه فيفسخ العقد أو يفسخ بأثر رجعي، فيستند أثر الفسخ إلى وقت نشوء العقد .

ولذلك لا يكون الفسخ إلا للعهد الملزم للجانبين . في كل عقد ملزم للجانبين، كالبيع والإيجار، إذا لم يتم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه، فلم يسلم البائع مثلاً المبيع أو لم يسلم المؤجر العين المؤجرة، كان للعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، فإذا حكم القاضي بالفسخ، تحلل العاقد الآخر من التزامه: المشتري من دفع الثمن، والمستأجر من دفع الأجرة . ولا بد في فسخ العقد من صدور حكم به، فالحكم منشيء للفسخ، ويكون للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ، فقد يرى ألا يحكم به وأن يعطي العاقد المتأخر مهلة لتنفيذ التزامه، أما العقد القابل للإبطال فيبطل هو أيضاً بحكم القاضي، فالحكم منشيء للإبطال، ولكن ليس للقاضي سلطة تقديرية في إبطال العقد، بل لا بد أن يقضي بالإبطال متى طلب العاقد ذو المصلحة ذلك .

على أن هذه السلطة التقديرية التي يجعلها القانون للقاضي في فسخ العقد قد تنعدم إذا اتفق العاقدان بشرط فاسخ صريح على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يتم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه، فعند ذلك يتحتم على القاضي أن يحكم بفسخ العقد، ولكن الحكم هنا لا يزال منشأً للفسخ .

فإذا لم تكن هناك حاجة إلى الحكم، بأن وجد في العقد شرط فاسخ صريح يقضي بأن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم، فعند ذلك يفسخ العقد بحكم الاتفاق إذا لم يتم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه . وقد يضطر العاقد الآخر إلى الحصول على حكم لتقرير أن العقد قد انفسخ إذا نازع العاقد الأول في ذلك، ولكن هذا الحكم لا يكون منشأً للفسخ بل يكون كاشفاً عنه .

وينفسخ العقد أيضاً من تلقاء نفسه وبحكم القانون إذا أصبح تنفيذ التزام أحد العاقدين مستحيلًا بسبب أجنبي، فعند ذلك يسقط هذا الالتزام لاستحالة تنفيذه، ويسقط الالتزام المقابل لارتباطه بالالتزام الأول، فينحل العقد من هذا الطريق، ويعتبر منفسخاً دون حاجة إلى حكم إلا للكشف عن أن العقد قد انفسخ، لا لإنشاء هذا الفسخ .

الشرط الفاسخ والشرط الواقف:

الشرط الفاسخ هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يتوقف على وقوعه زوال الالتزام . فإذا

وهب شخص داراً لأرملة ابنه لتسكن فيها مع أولادها، وعلق الهبة على شرط فاسح مشروطاً أن تنفس الهبة إذا هي تزوجت، قاصداً بذلك أن يحملها على عدم الزواج حتى تتفرغ لتربية أولادها، فهنا الهبة صحيحة، ولكنها تزول بأثر رجعي إذا تحقق الشرط الفاسخ وتزوجت الموهوب لها. وقد زالت الهبة بأثر رجعي، لا لأنها باطلة أو قابلة للإبطال، بل لأنها علقت على شرط فاسخ وقد تحقق الشرط.

والشرط الواقف هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يتوقف على وقوعه نفاذ الالتزام. فإذا باع شخص سلعة لشخص آخر، وعلق المشتري البيع على شرط واقف هو أن يجرب السلعة فيرضاه، فهنا البيع صحيح ويسمى بيعاً بشرط التجربة، ولكنه يزول بأثر رجعي إذا لم يتحقق الشرط الواقف وجرب المشتري السلعة فلم يرضها. وقد زال البيع بأثر رجعي، لا لأنه باطل أو قابل للإبطال، بل لأنه علق على شرط واقف ولم يتحقق الشرط.

وقد يكون شرط التجربة في السلعة شرطاً فاسخاً إذا قصد العاقدان إلى ذلك، فيكون الاتفاق بينهما على أن البيع ينفذ في الحال على أن يفسخ إذا لم يرتض المشتري السلعة بعد تجربتها في مدة معينة.

وقد نصت المادة (٢/٤٢١) من التقنين المدني المصري على بيع التجربة في حالتي الشرط الواقف والشرط الفاسخ على النحو الآتي: «ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ».

المطلب الثالث

الآثار التي قد تترتب على العقد المتسم بالبطلان

الآثار العرضية والآثار الأصلية:

العقد الباطل ليس تصرفاً قانونياً، إذ هو كعقد لا وجود له، ولكنه يوجد كواقعة مادية. وهو بهذه المثابة قد ينتج أثراً قانونياً، ليس هو الأثر الأصلي الذي يترتب على العقد باعتباره تصرفاً قانونياً، بل هو أثر عرضي يترتب على العقد، باعتباره واقعة مادية.

على أن العقد الباطل قد ينتج في حالات استثنائية أثره الأصلي باعتباره تصرفاً قانونياً. وهذا شذوذ تقتضيه تارة ضرورة استقرار التعامل، وطوراً وجوب حماية حسن النية.

والعقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه انعدم منذ البداية، وصار هو والعقد الباطل بمنزلة سواء، فإذا قلنا: العقد الباطل فيما نحن بصدده، كان المقصود أن يدخل في مضمونه العقد القابل للإبطال بعد أن يتقرر بطلانه.

ونتناول على التعاقب الآثار العرضية والآثار الأصلية للعقد الباطل.

١ - الآثار العرضية للعقد الباطل

استعراض بعض الآثار العرضية:

قد ينتج العقد الباطل آثاراً باعتباره واقعة مادية كما قدمنا. من ذلك الزواج غير الصحيح، فهو في الشريعة الإسلامية لا ينتج آثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث بين الزوجين، ولكنه ينتج آثاراً عرضية باعتباره واقعة مادية كوجوب العدة ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب وسقوط الحد. فالعدة واجبة بعد الدخول، والبنوة ثابتة بطبيعة الأشياء، والمهر واجب بمثابة تعويض، وسقوط الحد للشبهة لا لقيام الزوجية. وكل هذه النتائج قد ترتبت على الدخول المقترن بزواج غير صحيح، لا على عقد الزواج، فتكون قد ترتبت على واقعة مادية لا على تصرف قانوني.

وهناك من الإجراءات ما يكون باطلاً، ولكنه ينتج بعض الآثار. من ذلك صحيفة الدعوى المرفوعة أمام محكمة غير مختصة، فهي باطلة ومع ذلك تقطع التقادم (م ٣٨٣ مدني). ومن ذلك أيضاً العطاء اللاحق في المزايدة يسقط العطاء السابق، حتى لو كان العطاء اللاحق باطلاً (م ٩٩ مدني).

ومن أهم الآثار التي ينتجها العقد الباطل أثران يستخلصان من نظريتين معروفتين، إحداهما نظرية انتقاص العقد والأخرى نظرية تحول العقد.

انتقاص العقد:

تنص المادة ١٤٣ من التقنين المدني المصري على أنه «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله».

ومن ذلك نرى أنه يجب أن يكون هناك عقد باطل في أحد أجزائه دون الأجزاء الأخرى، لأنه لو كان باطلاً في جميع أجزائه لما كان هناك وجه لانتقاصه، فإن أي جزء منه يبقى بعد الانتقاص يكون باطلاً، وإنما قد يكون هناك محل لتحوله إلى عقد آخر صحيح. كما سنرى. ومن ذلك أيضاً نرى أن العقد المنتقص ينتج أثراً أصلياً لا أثراً عرضياً، وينتجه باعتباره تصرفاً قانونياً لا باعتباره واقعة مادية، وإنما ذكرناه هنا لأنه لا ينتج أثراً أصلياً كاملاً، بل أثراً أصلياً منتقصاً.

مثل انتقاص العقد قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك. فتقع القسمة فيما يتعلق بالموقوف باطلة، وتبقى صحيحة فيما يتعلق بالمملوك، وهذا ما لم يثبت من يطعن في القسمة كلها أنها ما كانت لتتم في المملوك دون الموقوف.

ويتبين من ذلك أن القاعدة التي تقضي بأن وجود شرط باطل في وصية يبطل الوصية كلها إذا كان هو الدافع إلى التصرف، أو يبطل وحده إذا لم يكن هو الدافع، تدخل في نطاق قاعدة انتقاص العقد، ذلك أنه إذا كان الشرط الباطل هو الدافع، فإن التصرف وشرطه يكونان غير قابلين للتجزئة، ويسقط التصرف كله ولا يجوز انتقاصه، أما إذا كان الشرط الباطل ليس هو الدافع إلى التصرف فإن

التصرف يكون قابلاً للتجزئة فيجوز انقاصه .

ويدخل في نطاق هذه القاعدة أيضاً ما يشترط فيه القانون أن يقف عند رقم محدود على أن ينتقص ما يزيد على هذا الرقم، كالاتفاق على البقاء في الشيوخ إذا كانت مدته أكثر من خمس سنوات قتنقص المدة إلى خمس (م ٨٣٤ مدني)، وكعقد قرض بفوائد تزيد على ٧٪ فتنتقص الفوائد إلى ٧٪ (م ٢٢٧ مدني).

في مثل هذه الأحوال ينتقص العقد ما دام قابلاً للتجزئة، أما إذا كان غير قابل لها، بأن تبين أن العقد ما كان ليتم بغير شقه الباطل، فإن العقد يبطل بأكمله .

تحول العقد:

تنص المادة (١٤٤) من التقنين المدني المصري على أنه: «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد». وهذا النص يقرر في عبارة عامة نظرية تحول العقد، وهي نظرية ألمانية، صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر، وأخذ بها التقنين المدني في نص صريح هو المادة (١٤٠). وعلى نهج التقنين المدني الألماني سار التقنين المدني المصري الجديد.

وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد ينطوي برغم بطلانه على عناصر تصرف آخر، فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل إلى هذا التصرف الآخر، وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً، لا كواقعة مادية بل كتصرف قانوني، ولكنه أنتج أثراً عرضياً لا أثراً أصلياً:

ومن الأمثلة على تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر ما يأتي: (١) كمبيالة لم تستوف الشكل الواجب قانوناً، فتتحول من كمبيالة باطلة إلى سند دين عادي صحيح، وقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة (١٠٨) من التقنين التجاري، (٢) كمبيالة مسحوبة من قاصر ليس تاجراً أو من ناقص الأهلية، فتكون باطلة طبقاً للمادة (١١٠) من التقنين التجاري، وتتحول من كمبيالة باطلة إلى سند دين عادي قابل للإبطال. (٣) شخص يتعهد تعهداً لا رجوع فيه أن يجعل آخر وارثاً له، فيكون التعهد باطلاً لأن الشريعة الإسلامية لا تعرف عقد إقامة الوارث (institution d'héritier) ولكنه يتحول إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها. (٤) عقد بيع في ورقة رسمية يذكر فيه ثمن يكون تافهاً إلى حد أنه لا يصلح ثمناً، فيكون باطلاً باعتباره بيعاً، ولكنه يتحول إلى هبة صحيحة استوفت الشكل الرسمي. (٥) تنبيه بالإخلاء أرسله المؤجر للمستأجر بعد الميعاد، ونفرض أن ميعاد التنبيه هو خمسة عشر يوماً قبل انتهاء الشهر، وإلا امتد الإيجار شهراً فشهرًا. فإذا نبه المؤجر، في عشرين من شهر مارس مثلاً، على المستأجر بالإخلاء، فهذا التنبيه باطل باعتباره تنبيهاً ينهي الإيجار في آخر شهر مارس، فيمتد الإيجار إلى آخر شهر إبريل، ويجوز أن يتحول هذا التنبيه الباطل إلى تنبيه صحيح صدر لإنهاء الإيجار في آخر شهر إبريل، فيعتبر تنبيهاً بالإخلاء لم يتأخر صدوره عن خمسة عشر من شهر إبريل. (٦) بيع صدر من البائع في مرض اعتقد أنه مرض

الموت، ثم شفي من المرض، فهذا بيع مشوب بغلط دافع فيكون قابلاً للإبطال. ثم يموت البائع بعد شفائه من المرض تاركاً عقد البيع كما هو، فتبطله الورثة على أساس الغلط، فيصح أن يتحول من بيع باطل إلى وصية صحيحة. (٧) إذا حكم للمشتري بإبطال البيع، في بيع ملك الغير، وكان يجهل أن البيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (م ٤٦٨ مدني). ويمكن القول هنا أن عقد البيع بعد إبطاله تحول إلى عقد صحيح غير مسمى، ينشئ التزاماً في ذمة البائع بتعويض المشتري عن عدم انتقال ملكية المبيع إليه^(١).

ويشترط لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر اجتماع شروط ثلاثة:

أولاً: بطلان التصرف الأصلي: فيجب أن يكون التصرف الأصلي إما تصرفاً باطلاً، وإما تصرفاً قابلاً للإبطال وقد أبطل فعلاً. ولا يجوز أن يكون تصرفاً صحيحاً، ولا تصرفاً باطلاً في شق منه صحيحاً في الشق الآخر، فإذا كان تصرفاً صحيحاً، لم يجز أن يتحول إلى تصرف آخر كان المتعاقدان يؤثرانه على التصرف الأول، حتى لو انطوى التصرف الأول على عناصر التصرف الآخر. مثل ذلك عقد رهن حيازة صحيح في ورقة رسمية، ويتبين أن كلا من الراهن والمرتهن كان يؤثر أن يكون الرهن رهنًا رسميًا لا رهن حيازة، فلا يتحول رهن الحيازة إلى رهن رسمي في هذه الحالة، لأن رهن الحيازة وقع صحيحاً ولا يتحول إلا التصرف الباطل. كذلك العقد الصحيح المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ، إذا تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فسقط العقد، لا يتحول إلى تصرف آخر، لأن العقد صحيح وأراد المتعاقدان أن يعلقاه على هذا الشرط ولا يريدان إذا سقط العقد بمفعول الشرط أن يتحول إلى عقد آخر. وهذا هو الحكم أيضاً في العقد الذي لا يسري في حق الغير إذا كان عقداً صحيحاً، فلا يجوز أن يتحول إلى عقد آخر. وإذا كان التصرف باطلاً في شق منه صحيحاً في الشق الآخر، وكان التصرف قابلاً للانقسام، لم يكن هناك محل لتحول التصرف، بل لانتقاصه، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح. أما إذا كان التصرف غير قابل للانقسام، فإنه يبطل بأكمله، وقد سبق بيان ذلك. وقد يكون هناك محل في هذه الحالة لتحول التصرف الذي بطل بأكمله إلى تصرف آخر، كما قد يكون هناك محل، في حالة الانتقاص، لتحول الجزء الباطل وحده إلى تصرف آخر مع استبقاء الجزء الصحيح على النحو الذي قدمناه.

ثانياً: أن ينطوي التصرف الباطل على عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه. فيجب أن يكون هناك تصرف آخر يتحول إليه التصرف الأصلي، والمغايرة بين التصرف الأصلي والتصرف الآخر ضرورية للتحويل. أما مجرد تعديل التكييف القانوني للتصرف مع بقاء التصرف ذاته قائماً فليس بتحويل، كما إذا كلفت وصية خطأ على أنها بيع فتعديل التكييف الخاطئ ليس تحولاً بل هو تفسير للتكييف الصحيح للتصرف. وإذا كان هناك تصرف آخر، وجب أن تقوم رابطة

(١) انظر في هذا الموضوع رسالة على الآلة الكاتبة في تحول التصرف القانوني للدكتور أحمد يسري جامعة هيدلبرج بألمانيا - وقارن ص (١٤٤) هامش رقم (٧) من هذه الرسالة.

بين التصرفين تجعل التصرف الأصلي منطقياً في مجموعه على عناصر التصرف الآخر. ولكن لا يشترط أن يتضمن التصرف الأصلي عناصر التصرف الآخر تضمناً فعلياً، فالتنبية الباطل الذي ذكر فيه أن الإيجار ينتهي في آخر مارس منطوقاً على أن الإيجار ينتهي في آخر إبريل وإن كان لا يتضمن ذلك فعلاً، على أنه لا يجوز أن يضاف إلى التصرف الآخر عنصر جديد لا ينطوي عليه التصرف الأصلي، فإذا أضيف عنصر جديد لم يكن هذا تحولاً. مثل ذلك شخص باع أرضاً من آخر، وتبين أن الأرض غير مملوكة للبائع، فلا يتحول العقد إلى بيع يقع على منزل مملوك للبائع، حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان ذلك لو علما أن البائع لا يملك الأرض. ومن ثم لا يعد تحولاً ما نصت عليه المادة (١٢٤ مدني) من أنه: «ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا ظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ هذا العقد». وتطبيقاً لهذا النص، يظل الشخص الذي اشترى شيئاً وهو يعتقد أنه أثرى مرتبطاً بالعقد، إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثري الذي قصد شراءه. فليس في هذا تحول بيع شيء غير أثري إلى بيع شيء أثري^(١)، لأن البيع الثاني أدخل عليه عنصر جديد لم يكن موجوداً في البيع الأول، وهو الشيء الأثري بالذات، فتخلف بذلك شرط من شروط التحول، وليس هذا تحولاً كما قدمنا، بل هو تصحيح للعقد.

ويحسن في هذه المناسبة أن نشير إلى وجوب التمييز ما بين تصحيح العقد ومراجعته وتحوله وإجازته. فتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه، يؤدي قانوناً إلى جعله صحيحاً. فعرض البائع على المشتري الشيء الأثري الذي قصد شراءه في المثل المتقدم يجعل المشتري مرتبطاً بالعقد كما قدمنا وإدخال العنصر الجديد - الشيء الأثري - على العقد أدى قانوناً إلى جعل العقد صحيحاً. وفي الاستغلال يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف المستغل دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن، فعرض ما يكفي لرفع الغبن هو إدخال عنصر جديد في العقد أدى إلى تصحيحه. وفي الغبن يعتبر تصحيحاً لبيع العقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل إذا كان في البيع غبن يزيد على الخمس، ويعتبر تصحيحاً لعقد القسمة إكمال نصيب المتقاسم المغبون ما نقص من حصته إذا لحقه غبن يزيد على الخمس. وتصحيح العقد غير مراجعة القاضي للعقد. فالتصحيح يكون بحكم القانون، أما مراجعة العقد فتكون من عمل القاضي. والتصحيح لا يكون لا في عقد نشأ معيماً منذ البداية، أما مراجعة العقد فقد تكون في عقد نشأ معيماً كإنقاص الالتزام في الاستغلال وفي عقد الإذعان، وقد تكون في عقد نشأ صحيحاً كاستكمال القاضي للمسائل غير الجوهرية التي لم يتفق عليها المتعاقدان وإنقاص الالتزام المرهق في نظرية الحوادث الطارئة. أما تحول العقد فهو، كما رأينا استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أي عنصر جديد. وعدم إدخال أي عنصر جديد هو الذي يميز تحول العقد عن تصحيحه ومراجعته. وأما في إجازة العقد فنستبقي عناصر العقد القابل للإبطال

(١) قارن ص(١٤٥) من رسالة الدكتور أحمد يسري في تحول التصرف القانوني.

كما هي، وفي هذا تتفق الإجازة مع التحول وتختلف عن التصحيح والمراجعة. ويستتقي أيضاً العقد المجاز ذاته دون أن يحل محله عقد جديد، وفي هذا تتفق الإجازة مع التصحيح والمراجعة تختلف عن التحول. وخلاصة القول أن كلا من التصحيح والمراجعة يستتقي العقد الأصلي ولكن يدخل عليه عناصر جديدة، والتحول لا يدخل عناصر جديدة ولكن لا يستتقي العقد الأصلي، أما الإجازة فتستتقي العقد الأصلي ولا تدخل عليه عناصر جديدة.

ثالثاً: جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي حول إليه التصرف الأصلي. وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادا التصرف الآخر إرادة حقيقية، وإلا لما كان هذا تحولاً، بل كان إعمالاً للإرادة الحقيقية عن طريق تفسيرها^(١) ولا يمكن على كل حال أن يكون المتعاقدان قد أرادا التصرف الآخر إرادة حقيقية، لأنهما لم يكونا يعلمان ببطلان التصرف الأصلي حتى يريدان تصرفاً آخر يحل محله. وإنما هما قد أرادا التصرف الأصلي، فعليه وحده قد انصبت إرادتهما الحقيقية. ثم يتساءل بعد ذلك: لو كان المتعاقدان وقت أن أبرما التصرف الأصلي علما ببطلانه، أكان من المحتمل أن يريدان التصرف الآخر؟ فإن كان محتملاً، وقع التحول. فالتحول إذن يقوم، لا على إرادة حقيقية، بل على إرادة مفروضة، يستخلصها القاضي فيفرضها القانون. يستخلصها القاضي من الغاية العملية التي يريد العقدان الوصول إليها، وقد اختارا لها طريقاً قانونياً تبين بطلانه. فلو كان هناك طريق قانوني صحيح يؤدي إلى الغاية ذاتها كلها أو بعضها، فمن الممكن أنهما كانا يريدان هذا الطريق القانوني الصحيح لو أنهما كانا يعلمان ببطلان الطريق القانوني الذي سلكاه، ما دام الطريق الصحيح يؤدي إلى الغاية العملية التي قصدهاها. فالعبرة إذن بالغاية العملية لا بالوسيلة القانونية، والتحول يقع في الحدود التي تتحقق فيها نفس الغاية العملية في جوهرها عن طريق التصرف الآخر. ذلك أن إنشاء تصرف قانوني ليس في ذاته هو الغاية العملية للمتعاقدين، وإنما هو وسيلة لتحقيق هذه الغاية. ولكن كيف يتعرف القاضي على هذه الغاية؟ يتعرف عليها من واقع التصرف الأصلي ومن كل الظروف المقارنة له. وما دام التصرف الآخر يحقق، كلياً أو جزئياً، هذه الغاية العملية، فإن القانون يفرض أن المتعاقدين قد أرادا هذا التصرف.

وهنا نتساءل مرة أخرى: متى يفرض القانون هذه الإرادة؟ هناك رأيان: (١) رأي يذهب إلى أن مجرد انعدام إرادة عكسية أي إرادة تستبعد التصرف الآخر، يكفي لفرض هذه الإرادة. (٢) ورأي آخر يذهب إلى أنه لا يكفي انعدام الإرادة العكسية، بل يجب أيضاً أن يقوم من الظروف

(١) ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر تحولاً أن تعقب وصية سابقة وصية لاحقة باطلة، أو أي تصرف قانوني آخر باطل في الشيء الموصى به، ولا يمكن أن يقال: إن التصرف الباطل قد تحول إلى عدول صحيح عن الوصية. ذلك أن التصرف الباطل التالي للوصية تستخلص منه إرادة ضمنية - ولكنها إرادة حقيقية... في العدول عن الوصية السابقة. فليس الأمر هنا أمر تحول، لأن التحول لا يقوم على إرادة حقيقية كما قدمنا، بل هو استخلاص لإرادة حقيقية ضمنية. انظر في هذا المعنى الدكتور أحمد يسري في تحول التصرف القانوني ص(١٨٣)، وقارن «الوسيط» (١/فقرة ٣٠٦).

والقرائن ما يتضح معه أن إرادة المتعاقدين المحتملة كانت تنصرف إلى هذا التصرف الآخر. فإذا حصل الدائن من مدينه على كمبيالة باطلة، وكان عنده قبل ذلك سند عادي يثبت الدين، فالكمبيالة الباطلة لا تتحول إلى سند عادي، لأن القرائن دلت هنا على أن غاية الدائن من الحصول على الكمبيالة ليس هو الوصول إلى مجرد دليل يثبت الدين، بل الحصول على أداة بالذات لها مميزات خاصة هي الكمالة. فلو علم المتعاقدان ببطلان الكمبيالة وقت تحريرها، لما انصرفت إرادتهما المحتملة إلى السند العادي، إذ هو موجود عند الدائن من قبل، فلا تتحول الكمبيالة في هذه الحالة إلى سند عادي، بالرغم من عدم قيام إرادة عكسية تستبعد السند العادي.

ومن ذلك يرى أن هناك من يكفي بانعدام الإرادة العكسية^(١)، وهناك من يقول بوجوب الإرادة الاحتمالية^(٢). وهناك رأي ثالث لا يكفي حتى بالإرادة الاحتمالية، بل يشترط أن يكون هناك إرادة احتياطية، فتتصرف إرادة المتعاقدين احتياطياً إلى التصرف الصحيح الذي تحول إليه التصرف الباطل. وهذا الرأي الأخير لا يجوز الأخذ به، لأن معناه أن يتوقع المتعاقدان احتمال بطلان التصرف الأصلي، فتتصرف إرادتهما احتياطياً إلى التصرف الآخر عند تحقق هذا الاحتمال، فالإرادة الاحتياطية هي، كما نرى، إرادة حقيقية، ويكون المتعاقدان قد أرادا تصرفاً باطلاً في الأصل، وأرادا تصرفاً صحيحاً على سبيل الاحتياط، فيقوم التصرف على إرادة حقيقية لا على إرادة احتمالية. وقد قدمنا أن التحول لا يمكن أن يقوم على إرادة حقيقة، وإلا لما كان هذا تحولاً، بل تفسيراً لهذه الإرادة الحقيقية، ومن ثم يجب التمييز تمييزاً دقيقاً بين الإرادة الاحتياطية والإرادة الاحتمالية، وكثيراً ما يخلط بينهما^(٣). فالتحول لا يمكن أن يقوم على إرادة احتياطية، وإن جاز أن يقوم على إرادة احتمالية.

ومتى توافرت هذه الشروط الثلاثة السالفة الذكر، وقع التحول منذ البداية، وانقلب التصرف الأصلي الباطل إلى تصرف آخر ينتج آثاره القانونية في الحال، ويتم التحول بحكم القانون لا بعمل القاضي، ولا تزيد مهمة القاضي فيه على أن يقرر أن شروط التحول قد توافرت وأن التحول قد وقع بحكم القانون. ومن ثم ليس من الضروري لوقوع التحول الحصول على حكم بذلك، وإذا رفعت دعوى فإنما تكون للكشف على أن التحول قد وقع، ويجوز للقاضي أن يحكم بوقوع التحول من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلب من الخصوم.

٢ - الآثار الأصلية للعقد الباطل

ما الذي يبرر أن يترتب عى العقد الباطل آثاره الأصلية:

قد يرتب القانون في بعض الحالات على العقد الباطل آثاره الأصلية، لا باعتباره واقعة مادية، بل باعتباره تصرفاً قانونياً، فيكون هو والعقد الصحيح في منزلة واحدة. وفي هذا خروج

(١) انظر الدكتور أحمد يسري في تحول التصرف القانوني (٩١ - ٩٢ - ١٨٥ - ١٨٦).

(٢) سالي في «الإعلان عن الإرادة» م (١٤٠) فقرة (١٦) ص (٣١٩ - ٣٢٠).

(٣) انظر على سبيل المثال رسالة الدكتور أحمد يسري في تحول التصرف القانوني (٩٣ و ١٨٤ - ١٨٥).

صريح على القواعد العامة، يبرره أن هذه الحالات ترجع بوجه عام إلى فكرة احترام الظاهر لا سيما إذا اصطحب بحسن النية، وهذه رعاية واجبة لاستقرار التعامل.

فالظاهر المستقر الذي اطمأنت إليه الناس في تعاملهم يبقى في حماية القانون حتى لو خالف الحقيقة، ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها. هذا الأصل الجوهرى من أصول القانون، الذي تندرج تحته نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية التصرف المجرد ونظرية الصورية في مختلف تطبيقاتها، يمتد أيضاً ليشمل العقد الباطل فيرتب عليه آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً.

أمثلة من عقود باطلة ترتب آثارها الأصلية:

من ذلك الشركة التجارية التي لم تستوف الإجراءات الواجبة قانوناً، فإنها تقع باطلة، ومع ذلك فقد قضت المادة (٥٤) من التقنين التجارى بأنه إذا قضى ببطلان الشركة، فإن تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التي تمت قبل طلب البطلان تجري وفقاً لشروط الشركة التي قضى ببطلانها. وهذا الحكم يجعل عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً، ووجه ذلك أن الشركة التي قضى ببطلانها تعتبر في المدة السابقة على الحكم بالبطلان شركة واقعية، تنتج الآثار التي تنتجها الشركة الصحيحة، ويعتبر تعامل الغير مع الشركة صحيحاً، ويجني الشركاء الربح ويتحملون الخسارة ويقتسمون مال الشركة طبقاً للشروط التي اتفقوا عليها في العقد الباطل.

ومن ذلك ما نصت عليه المادة (١٠٣٤) من التقنين المدني المصري من أنه: «يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن». ويتبين من هذا النص أن عقد الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون - إذ أن سند ملكيته قد أبطل أو فسخ أو ألغى أو زال لأي سبب - يبقى بالرغم من بطلانه مترتباً عليه آثاره الأصلية، ومن أهمها قيام حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن.

ويتصل بذلك أيضاً العقد الصوري، وهو عقد لا وجود له، ومع ذلك يعتبر قائماً بالنسبة إلى الغير حسن النية، إذا تعامل على مقتضاه. وكالعقد الصوري تصرفات الوارث الظاهر، فإنها تبقى قائمة رعاية لاستقرار التعامل.

المبحث الثاني

أحكام العقود المتسمة بالبطلان

العقد الباطل والعقد القابل للإبطال:

قدمنا أن العقد المتسم بالبطلان إما أن يكون عقداً باطلاً أو عقداً قابلاً للإبطال، نستعرض أحكام كل نوع من هذين النوعين.

المطلب الأول

أحكام العقد الباطل

الإجازة والتقدم وتقرير البطلان:

العقد الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة، أي أنه ليس له إلا وجود فعلي. فليس له وجود قانوني، ولا يملك أحد العاقدين أن يجبر الآخر على تنفيذ عقد باطل. وإذا نفذه العاقد باختياره، سواء كان يعلم بالبطلان أو لا يعلم، كان له أن يسترد ما سلم تنفيذاً للعقد، ولو تسلم المشتري البيع بعقد باطل وتصرف فيه لآخر، فإن تصرف المشتري لا يمنع البائع من استرداد المبيع من تحت يد من تصرف له المشتري، إذ أن البيع الباطل لم ينقل الملكية للمشتري حتى يصح له التصرف، فالعقد الباطل لا ينتج أثراً باعتباره تصرفاً قانونياً، وإن كان ينتج بعض الآثار باعتباره واقعة مادية، وقد ينتج في بعض حالات استثنائية آثاره الأصلية باعتباره تصرفاً قانونياً، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ولما كان العقد الباطل لا وجود له منذ البداية، فلا يبقى إلا أن يتقرر بطلانه ولا يتصور أن تلحقه الإجازة، أو أن يزول بطلانه بالتقدم.

فنبحث إذن مسائل ثلاثاً: (١) الإجازة. (٢) التقدم (٣) تقرير البطلان.

١ - الإجازة

العقد الباطل لا تلحقه الإجازة:

العقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم، والعدم لا يصير وجوداً ولو أجزى. ومع ذلك تنص المادة (٤٨٩) من التقنين المدني على أنه: «إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لسبب في الشكل، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه». ولكن ذلك يحمل على أن القانون هو الذي يعين الجزاء على مخالفة الشكل كما قدمنا، فيجوز أن يجعل العقد الباطل لعب في الشكل قابلاً لأن تلحقه الإجازة. أو يقال إن الهبة الباطلة لعب في الشكل يتخلف عنها، بالنسبة إلى الواهب وإلى ورثته، التزام طبيعي، فإذا قام أحد منهم بتنفيذه مختاراً كان هذا وفاء لا يسترد طبقاً لقواعد الالتزام الطبيعي.

ولكن يجوز عمله من جديد:

وإذا كان العقد الباطل لا تلحقه الإجازة، فإن هذا لا يمنع من أن يعاد عمله من جديد. وهناك فرق بين الإجازة وعمل العقد من جديد: فالإجازة، كما سنرى، تصرف قانوني صادر من جانب واحد هو المجيز، ولها أثر رجعي يستند إلى وقت نشوء العقد المجاز، أما عمل العقد من جديد فيقتضي توافق الإرادتين لأنه عقد جديد، ويكون تاريخ هذا العقد من وقت صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل. ولذلك يجب توافر الأهلية في كل من المتعاقدين وقت عمل العقد الجديد، ويكتفي بتوافرها في المجيز وقت الإجازة.

٢ - التقادم

دعوى البطلان تسقط بالتقادم:

كان المنطق يقضي بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم، لأن العقد الباطل معدوم، والعدم لا ينقلب وجوداً مهما طال عليه الأمد، ولكن التقنين المدني المصري الجديد، تمشياً مع القضاء الفرنسي ومع بعض الفقهاء الفرنسيين، نص في المادة (٢/١٤١) على ما يأتي: «وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد». فإذا مضى على صدور العقد الباطل خمس عشرة سنة، ثم رفع ذو المصلحة دعوى البطلان، أمكن دفعها بالتقادم. ذلك أن أوضاعاً قد استقرت منذ صدور العقد الباطل وبقيت دهرًا طويلاً، فوجب احترامها عن طريق إسقاط دعوى البطلان، ولكن هذا لا يعني أن العقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحاً، فهو لا يزال باطلاً، ولكن الدعوى ببطلانه لا تسمع لسقوطها بالتقادم.

ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم:

ولأن العقد الباطل لا ينقلب صحيحاً بالتقادم، بل يبقى معدوماً دائماً، فالدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالّت المدة، فإذا باع شخص أرضاً، وكان البيع باطلاً، ولم يسلم الأرض للمشتري، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة، فهو لا يستطيع أن يرفع دعوى البطلان لسقوطها بالتقادم. ولكن ما دامت الأرض في يده ولم يسلمها للمشتري، فهو في غير حاجة إلى رفع دعوى البطلان، وإذا رفع المشتري دعوى على البائع يطالبه بتسليم الأرض، استطاع البائع أن يدفع الدعوى ببطلان البيع حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة، لأن الدفع بالبطلان لا يسقط كما قدمنا.

وحتى إذا سلم البائع الأرض للمشتري، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة، فإن البائع يستطيع أن يسترد الأرض من المشتري، لا بدعوى بطلان البيع فقد سقطت هذه الدعوى بالتقادم، ولكن بدعوى الاستحقاق وهي لا تسقط أبداً. فإذا تمسك المشتري في دعوى الاستحقاق بالبيع الباطل، دفع البائع ببطلان البيع، والدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم كما رأينا. فيتمكن البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأرض، ما لم يكن المشتري قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب، وهذا شيء آخر لا علاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان. على أنه يلاحظ، من الناحية العملية المحضة أن البائع يرى نفسه بعد تقادم دعوى البطلان، وهي دعوى شخصية يسيرة الإثبات، مضطراً لأن ينتقل إلى دعوى الاستحقاق، وهي دعوى عينية أكثر تعقيداً وأصعب إثباتاً.

وكذلك المشتري إذا كان قد دفع الثمن في بيع باطل، وأراد استرداده بعد انقضاء خمس عشرة سنة من صدور البيع، جاز أن يسترده، لا بدعوى بطلان البيع، ولكن بدعوى استرداد ما دفع دون حق. فإذا تمسك البائع في دعوى الاسترداد بالبيع الباطل، دفع المشتري ببطلانه، وهو دفع لا يسقط، فيتمكن المشتري عن طريق استرداد ما دفع دون حق أن يسترد الثمن، ما لم تسقط دعوى الاسترداد ذاتها بالتقادم، إما بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت دفع الثمن لا من وقت صدور البيع، وإما بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المشتري بحقه في استرداد الثمن

(م ١٨٧ مدني).

ويتبين من ذلك أن سقوط دعوى البطلان بالتقادم ليس بذى أثر كبير . فقد رأينا أن تقادم هذه الدعوى لا يمنع البائع من استرداد المبيع إذا كان قد سلمه ولا من استبقائه إذا كان لم يسلمه ، ولا يمنع المشتري من استرداد الثمن إذا كان قد دفعه ولا من الامتناع عن دفعه إذا كان لم يدفعه . أما إذا فقد البائع حقه في استرداد المبيع ، أو ضاع على المشتري حقه في استرداد الثمن ، فإن ذلك لا يرجع إلى التقادم المسقط لدعوى البطلان ، بل إلى التقادم المكسب لحق الملكية أو التقادم المسقط لدعوى الاسترداد .

٣ - تقرير البطلان

من الذي يتمسك بالبطلان:

سواء كان تقرير بطلان العقد الباطل عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع فإن الذي يستطيع أن يتمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة في ذلك . والمصلحة هنا يراد بها حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه ، ويترتب على ذلك أن مجرد المصلحة ، دون قيام هذا الحق ، لا يكفي . فلا يجوز مثلاً أن يتمسك الجار ببطلان بيع صدر من جاره لآخر بحجة أن له مصلحة في التخلص من جواز المشتري الجديد ، ولا يحق لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له .

ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه بطلان العقد ، جاز له التمسك بالبطلان ، ففي البيع الباطل يستطيع كل من العاقلين أن يتمسك بالبطلان : البائع حتى يسترد المبيع ، والمشتري حتى يسترد الثمن ، ودائنو كل من البائع والمشتري لهم أن يتمسكوا بالبطلان ، لا بطريق الدعوى غير المباشرة فحسب ، بل أيضاً بطريق مباشر ، وذلك ليستردوا المبيع أو الثمن فينفذوا عليه بحقوقهم . وورثة كل من البائع والمشتري يتمسكون بالبطلان لرد المبيع أو الثمن إلى التركة ، وذلك أيضاً بمقتضى حق مباشر لهم . وكل شخص رتب له البائع أو المشتري حقاً عينياً أو شخصياً بالنسبة إلى العين المبيعة يجوز له أن يتمسك بالبطلان . فالمرتهن من البائع يطلب البطلان حتى يسلم له حق الرهن ، والمرتهن من المشتري يطلب البطلان حتى يسترد الدين . ومستأجر العين المبيعة من البائع يطلب البطلان حتى يبقى في العين ولو كان عقد الإيجار غير ثابت التاريخ ، ومستأجرها من المشتري يطلب البطلان حتى يسترد الأجرة ، وكل هؤلاء يطلبون البطلان ، لا عن طريق استعمال حق مدينهم بالدعوى غير المباشرة ، بل بمقتضى حق مباشر لهم .

فالذين يجوز لهم التمسك بالبطلان إذن هم : (١) المتعاقدان (٢) والدائنون (٣) والخلف العام (٤) والخلف الخاص .

بل للمحكمة أيضاً أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها ، لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني ، والقاضي لا يستطيع إلا أن يكشف عن ذلك .

متى يجوز التمسك بالبطلان:

إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدعوى ، فلا بد من رفعها في خلال خمس عشرة سنة

من وقت صدور العقد، وإلا سقطت بالتقادم كما سبق القول، أما إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع، جاز ذلك في أي وقت كما قدمنا. ويجوز إبداء الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما يجوز إبداءه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

كيف يتقرر البطلان:

لما كان العقد الباطل ليس له وجود قانوني، فلا حاجة إذن لصدور حكم بإبطاله. وهذه نتيجة منطقية تستقيم في كثير من الأحوال، فلا يحتاج من له مصلحة في تقرير البطلان أن يرفع دعوى بذلك، وما عليه إلا أن يعتبر العقد الباطل معدوماً، وأن يصدر في تصرفه عن هذا الاعتبار، فلو كان العقد الباطل بيعاً، كان للبائع دون أن يحصل على حكم ببطلان البيع أن يتصرف في المبيع، فهو لا يزال على ملكه، ويكون بيعه صحيحاً. وإذا رفع المشتري في هذا المثل دعوى يطالب فيها بالمبيع، أمكن البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع. فالذي يتمسك بالبطلان في العقد الباطل يتمسك به في أكثر الأحوال عن طريق الدفع لا عن طريق الدعوى.

ولكن قد تقضي الضرورة بالحصول على حكم، ويتحقق ذلك في بعض فروض عملية، منها أن يكون البائع في بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشتري ويريد أن يسترده، فعليه أن يرفع دعوى البطلان في مدى خمس عشرة سنة من وقت صدور البيع حتى يسترد المبيع، ومنها أن يكون وجه البطلان فيه خفاء، لا سيما إذا كان البطلان يرجع إلى تقدير القاضي كما إذا كان سببه مخالفة النظام العام أو الآداب، ففي مثل هذه الحالة تدعو الضرورة من له مصلحة في التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك حتى يطمئن إلى تقدير المحكمة فيما ذهب إليه. والحكم الذي يصدر في دعوى البطلان ليس منشأً، فهو لا يبطل العقد الباطل، بل يقتصر على الكشف عن بطلانه.

أثر تقرير البطلان:

إذا تقرر بطلان العقد، زال كل أثر له فيما بين المتعاقدين - إذا استثنينا ما قدمناه من آثار عرضية أو أصلية قد تترتب على العقد الباطل - وأرجع كل شيء إلى أصله، وجاز الحكم بتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية. فإذا كان العقد بيعاً وتقرر بطلانه، رد المشتري المبيع إلى البائع، ورد البائع الثمن إلى المشتري. ويرد المشتري المبيع بثمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية، وفي مقابل ذلك لا يلتزم البائع بالفوائد عن الثمن الذي يرده إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك، وهكذا يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، واسترداد كل متعاقد لما أعطاه، إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق بعد أن تقرر بطلان العقد، أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بقوة قاهرة، فلما كان البائع إنما يرجع على المشتري طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قدمنا، كان الواجب في هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام وهي تقضي بأن المشتري إذا كان حسن النية، أي يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين، وللبائع في جميع الأحوال أن يسترد المبيع التالف في الحالة التي آل إليها بعد التلف دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف. أما إذا كان المشتري سيئ النية، أي يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له، التزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك، ولا يعفيه

من هذه المسؤولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان في يد البائع .

ولا يقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين، بل يجاوزها إلى الغير، فإذا رتب المشتري على العين التي اشتراها بعقد باطل حقاً عينياً، رهناً أو حق ارتفاق مثلاً، ثم تقرر بطلان البيع، فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري، كذلك لو باع المشتري العين من آخر، فإن البائع بعد تقرير البطلان يستردها من المشتري الثاني .

المطلب الثاني

أحكام العقد القابل للإبطال

مخالفة أحكام العقد القابل للإبطال لأحكام العقد الباطل:

العقد القابل للإبطال، على خلاف العقد الباطل، ينفذ في الحال وينتج جميع آثاره، فله وجود قانوني باعتباره تصرفاً قانونياً، فهو في هذه المرحلة الأولى بمنزلة العقد الصحيح .

وإنما يكون لأحد العاقدين الحق في طلب إبطاله، وهو العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته . فإذا طلب الإبطال، وجب على القاضي حتماً أن يحكم به، خلافاً للفسخ لللقاضي سلطة تقديرية في أن يحكم به أو لا يحكم كما سبق القول . ولكن الحكم بإبطال العقد منشيء للبطلان لا كاشف عنه، وهو في ذلك كالحكم بالفسخ . فإذا أبطل العقد، اعتبر باطلاً بأثر رجعي منذ البداية، وصار منذ نشوئه كالعقد الباطل، وألغيت جميع الآثار التي أنتجها من قبل، واعتبر كأن لم يكن . وهذه هي المرحلة الثانية للعقد القابل للإبطال، يكون فيها بمنزلة العقد الباطل، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

على أن الحق في طلب إبطال العقد يزول بنزول صاحبه عنه، وهذه هي الإجازة، أو بانقضاء مدة معينة دون أن يستعمل، وهذا هو التقادم . فالعقد القابل للإبطال إذاً، خلافاً للعقد الباطل، تلحقه الإجازة، ويرد عليه التقادم، ثم هو يختلف عنه أيضاً في بعض الأحكام عند تقرير البطلان . فنتناول هذه المسائل الثلاث التي سبق أن تناولناها في صدد العقد الباطل .

١ - الإجازة

العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة:

قدمنا أن الإجازة تلحق العقد القابل للإبطال ما دام بطلانه لم يتقرر، لأن له وجوداً قانونياً وإن كان هذا الوجود مهدداً بالزوال، فإذا لحقته الإجازة استقر .

والذي يجيز العقد هو الذي يثبت له الحق في التمسك بالبطلان، فناقص الأهلية ومن شاب رضاه عيب هما اللذان تصدر منهما الإجازة . وشذ بيع ملك الغير، إذ تصح إجازته، لا من المشتري فحسب وهو الذي يملك التمسك بالبطلان، بل أيضاً من المالك الحقيقي مع أنه لا يستطيع أن يتمسك ببطلان البيع ويقتصر على اعتباره غير سار في حقه، ويفسر هذا البطلان في بيع مالك الغير، وهي ترجع إلى هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري

المالك الحقيقي العقد لم يعد هناك مانع من انتقال الملكية، فتنتفي علة البطلان، فيزول، ويجب في المجيز وقت الإجازة أن يكون كامل الأهلية بالنسبة إلى العقد الذي يجيزه، وألا تشوب الإجازة - وهي تصرف قانوني - عيب من عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال. ومن أجل ذلك لا تصح الإجازة إلا إذا زال السبب الذي قرر القانون من أجله البطلان. فناقص الأهلية لا يستطيع إجازة العقد ما دام ناقص الأهلية، فإذا استكمل أهليته جاز له ذلك. ومن شاب رضاه عيب لا تكون إجازته صحيحة ما دام تحت تأثير هذا العيب، حتى إذا انكشف الغلط أو افتضح التدليس أو ارتفع الإكراه صحت الإجازة بعد ذلك.

والإجازة تصرف قانوني صادر من جانب واحد، فلا حاجة إلى قبول العاقد الآخر لها، ولا يجوز الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر.

وتكون الإجازة صريحة أو ضمنية، ولا يشترط في الإجازة الصريحة أن تشتمل على بيانات معينة، بل كل عبارة يفهم منها الإجازة تصح، بشرط أن تكون نية المجيز في الإجازة واضحة. والإجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق في التمسك بالبطلان وهو عالم بأن له هذا الحق، أو بإتيانه عملاً مادياً يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان، أو بتصرفه تصرفاً يفهم منه بوضوح أنه أجاز العقد. فتصرف البائع في الثمن إجازة ضمنية لباعٍ قابل للإبطال، وبناء المشتري على الأرض التي اشتراها بعقد قابل للإبطال إجازة ضمنية لهذا العقد، وسماح القاصر بعد بلوغه سن الرشد لوكيله بالاستمرار في الإدارة إجازة ضمنية لعقد الوكالة، واستئجار القاصر بعد بلوغه سن الرشد للعقار الذي باعه وهو قاصر إجازة ضمنية للبيع، ولكن مجرد السكوت عن طلب إبطال العقد لا يعتبر إجازة مهما طاللت المدة، إلا إذا سقط الحق في هذا الطلب بالتقادم.

أثر الإجازة:

وإذا أجزى العقد القابل للإبطال، زال حق المتعاقد في التمسك بإبطال العقد، واستقر وجود العقد نهائياً غير مهدد بالزوال. ومن ثم ينقلب العقد صحيحاً بوجه بات، ويعتبر صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت الإجازة فحسب، لأن للإجازة أثراً رجعياً. ولكن هذا الأثر لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين، لا بالنسبة إلى الغير ممن كسب حقاً عينياً على الشيء محل العقد. فلو أن قاصراً باع عيناً، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته للبيع رهن العين، فإن إجازته للبيع بعد ذلك لا تضر الدائن المرتهن، وتنتقل العين إلى المشتري مثقلة بحق الرهن.

والإجازة لا تتناول إلا العيب المقصود بهذه الإجازة، فإن كانت هناك عيوب أخرى بقي باب الطعن مفتوحاً من أجلها. ومن ثم إذا تعاقد قاصر وكان واقعاً في غلط، وأجاز العقد بعد بلوغ سن الرشد فيما يتعلق بنقص الأهلية، بقي له الحق في إبطال العقد للغلط.

٢ - التقادم

الدعوى والدفع يسقطان بالتقادم:

الحق في طلب إبطال العقد يسقط بالتقادم. فإذا باع قاصر داراً له، وسكت بعد بلوغه سن

الرشد ثلاث سنوات - وهي مدة التقادم كما سنرى - عن طلب إبطال البيع، لم يجز له بعد ذلك أن يرفع دعوى بإبطاله، لأن دعوى الإبطال تكون قد سقطت بالتقادم. وإذا رفع المشتري دعوى بتسليم الدار، لم يستطع البائع أن يدفع هذه الدعوى طالباً بإبطال البيع، لأن الدفع بالإبطال يكون هو أيضاً قد سقط بالتقادم. ويخلص من ذلك أنه إذا انقضت مدة التقادم، انقلب العقد القابل للإبطال صحيحاً، ولا يجوز بعد ذلك إبطاله عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع. وهكذا يستقر الوجود القانوني للعقد بعد أن كان مهدداً بالزوال. ويصبح العقد في حكم المجاز. ويعتبر صحيحاً منذ صدوره، إذ للتقادم أثر رجعي كما للإجازة. ولكن هناك فرقاً بين عقد لحقته الإجازة وعقد زوال بطلانه بالتقادم من حيث حقوق الغير. فقد قدمنا أن الإجازة لا تضر بحقوق الغير، أما في زوال البطلان بالتقادم فحقوق الغير تتأثر. مثل ذلك أن يبيع قاصر عيناً، ولا يتمسك بعد بلوغه سن الرشد بإبطال العقد، فيتقادم البطلان ويزول، ويعتبر البيع صحيحاً منذ صدوره كما قدمنا، فلو أن البائع بعد أن بلغ سن الرشد وقبل تقادم البطلان رتب على العين رهناً، ثم تم التقادم، فإن ملكية العين تخلص للمشتري غير مثقلة بحق الرهن. وهذا عكس ما قررناه في حالة الإجازة.

ويلاحظ أن هناك فرقاً جوهرياً بين تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل وتقادمها في العقد القابل للإبطال. فقد قدمنا أن تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل لا يقلب العقد صحيحاً، بل يبقى العقد باطلاً، ولكن دعوى البطلان هي التي لا يجوز سماعها لسقوطها بالتقادم. أما تقادم البطلان في العقد القابل للإبطال فيقلب العقد صحيحاً كما رأينا، ويبقى العقد مرتباً لجميع آثاره بوجه بات.

مدة التقادم:

نصت المادة (١٤٠) من التقنين المدني المصري الجديد على ما يأتي:

- ١ - «يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات».
- ٢ - «وبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب. وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه. وفي كل حالة لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد».

وقد كانت مدة التقادم في العقد القابل للإبطال في التقنين المدني المصري السابق خمس عشر سنة تسري من وقت صدور العقد. فرئي في التقنين المدني الجديد أن هذه مدة طويلة يبقى في خلالها العقد غير مستقر، ومن أجل ذلك جعلت المدة ثلاث سنوات فقط، يبدأ سريانها من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته، أو من وقت انكشاف الغلط أو التدليس، أو من وقت انقطاع الإكراه، بحسب الأحوال. فإذا تعطل بدء سريان التقادم مدة طويلة، بأن لم ينكشف الغلط مثلاً إلا بعد أربع عشرة سنة، فإن الحق في إبطال العقد يتقادم في هذه الحالة بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد، لا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط، لأن المدة الأولى هي الأقصر. فالتقادم يكون إذن بأقصر الأجلين: ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة

سنة من وقت صدور العقد. ولا تكون المدة الثانية أقصر من المدة الأولى إلا في حالات استثنائية كالحالة التي تقدم ذكرها^(١).

وقد حذا التقنين المدني المصري الجديد في تقصير مدة التقادم حذو التقنينات الحديثة. أما التقنين المدني السوري الجديد، فقد أمعن، على غرار التقنين السويسري، في تقصير مدة التقادم، إذا جعلها سنة واحدة (انظر المادة (١٤١) من التقنين المدني السوري).

ويلاحظ أن مدة السقوط في الاستغلال وهو عيب من عيوب الرضاء أقصر من مدة التقادم في العيوب الأخرى، فإن دعوى الاستغلال يجب أن ترفع خلال سنة من وقت صدور العقد (م ١٢٩/٢ مدني). فتكون مدة السقوط في الاستغلال أقصر من ناحيتين: ناحية المقياس الزمني وناحية مبدأ السريان. هذا إلى أنها مدة سقوط لا مدة تقادم، فلا ينقطع سريانها.

٣ - تقرير البطلان

من الذي يتمسك ببطلان العقد؟:

العقد القابل للإبطال لم تتقرر قابليته للإبطال إلا لمصلحة أحد العاقدين، فهذا للعاقد وحده، دون العاقد الآخر، هو الذي يجوز له أن يتمسك بالبطلان فإذا كان سبب القابلية للإبطال نقص الأهلية، تمسك بالبطلان ناقص الأهلية، وقد يكون كل من العاقدين ناقص الأهلية، فلكل منهما أن يتمسك بالبطلان. ولا يكون العقد لذلك باطلاً بل يبقى قابلاً للإبطال، فتصح إجازته ويزول بطلانه بالتقادم، ولو كان العقد باطلاً لما جاز ذلك.

وإذا كان السبب هو عيب شاب الإرادة، فمن شاب إرادته العيب هو الذي يتمسك ببطلان العقد.

وفي بيع ملك الغير المشتري وحده هو الذي يتمسك بالبطلان.

ولا يستطيع أن يطلب إبطال العقد لا الدائن ولا الخلف العام ولا الخلف الخاص بمقتضى حق مباشر لهم. ولكن يستطيعون ذلك باعتبارهم دائنين للعاقد، فيستعملون حقه في طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة.

كذلك لا تستطيع المحكمة أن تقضي بإبطال العقد من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك بالإبطال المتعاقد ذو المصلحة.

(١) ويلاحظ أن دعوى الإبطال في حالة نقص الأهلية لها ميعاد تقادم واحد، هو ثلاث سنوات من اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية. ولا تقادم هذه الدعوى بخمس عشرة سنة من وقت تمام العقد، لأن هناك احتمالاً ألا يزول نقص الأهلية، فلا يرتفع الحجر أو يبلغ القاصر سن الرشد، إلا بعد مدة طويلة تستنفد الخمس عشرة سنة أو تكاد، فتتقادم الدعوى أو توشك أن تتقادم قبل زوال نقص الأهلية، فأراد المشرع أن يقي لنقص الأهلية مدة بعد استكمال أهليته يرفع فيها دعوى الإبطال، وهي ثلاثة سنوات كاملة بعد استكمال الأهلية.

متى يجوز التمسك بالبطلان؟:

ويجوز التمسك بالبطلان، دعوى أو دفاعاً، ما دام البطلان لم يسقط بالتقادم بانقضاء المدة المقررة، ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد، ويجوز إبداء الدفع بالبطلان في أية حالة كانت عليها الدعوى على النحو الذي بيناه في العقد الباطل.

كيف يتقرر البطلان؟:

قدمنا أن العقد القابل للإبطال له وجود قانوني إلى أن يتقرر بطلانه، ومن ثم لا بد في تقرير البطلان من التراضي أو التقاضي، أما التراضي فيتم بين المتعاقدين بشرط أن تتوافر الأهلية في كل منهما. فإذا لم يتم الاتفاق على إبطال العقد، فالعقد لا يبطل حتى يرفع ذو المصلحة من المتعاقدين دعوى البطلان ويحصل على حكم بذلك. وحكم القاضي هو الذي يبطل العقد، أي أن هذا الحكم هو الذي ينشئ البطلان، ولا يقتصر على الكشف عنه كما في العقد الباطل، ولكن إذا رفعت دعوى الإبطال أو دفع به، ووجد القاضي سببه قائماً، فهو لا يملك إلا أن يبطل العقد، وليست له السلطة التقديرية التي يملكها في الفسخ كما سبق القول.

ويتبين من ذلك أن المتعاقد ذا المصلحة إذا لم يستطع الاتفاق مع المتعاقد الآخر على إبطال العقد، فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى البطلان ليحصل على حكم بإبطال العقد، ولا يجوز له أن يستقل بإعلان البطلان بإرادته المنفردة، كما أجاز ذلك كل من التقنين المدني الألماني وتقنين الالتزامات السويسري. فقد قضت الفقرة الأولى من المادة (١٤٣) من التقنين المدني الألماني بأن البطلان يتقرر بإعلان يتوجه إلى الطرف الآخر. وقضت المادة (٣١) من تقنين الالتزامات السويسري بأن العقد إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه يعتبر قد أجزى إذا كان الطرف الذي لا يلزمه هذا العقد سكت سنة دون أن يعلن للطرف الآخر تصميمه على إبطاله، أو دون أن يسترد ما دفعه، وتسري السنة من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو من وقت زوال الإكراه. وقد كان المشروع النهائي للتقنين المدني المصري الجديد يجيز إبطال العقد في حالة نقص الأهلية عن طريق الإعلان بالإرادة المنفردة، فكانت الفقرة الثانية من المدة (١٤٢) من هذا المشروع تنص على ما يأتي: ويكفي لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً يبين فيه سبب البطلان وأدلته، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلاً من وقت صدوره، دون إخلال بحق المتعاقد الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها في خلال سنة من وقت وصول الإعلان، وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حول تقرير بطلان العقد لنقص الأهلية عن طريق الإعلان، وانقسمت اللجنة في ذلك، ولم تقر الأغلبية قبول هذا الحكم، فتقرر حذف هذه الفقرة الثانية «توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال، وتجنباً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية» (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢/ ٢٣٥ - ٢٤٠).

أثر تقرير البطلان:

إذا تقرر بطلان العقد القابل للإبطال، اعتبر كأن لم يكن، فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى

الغير، فهو في هذا والعقد الباطل سواء.

يزول كل أثر للعقد فيما بين المتعاقدين، ويجب إرجاع كل شيء إلى أصله كما في العقد الباطل. فإذا كان العقد القابل للإبطال بيعاً وتقرر بطلانه، رد المشتري المبيع إلى البائع ورد البائع الثمن إلى المشتري، على التفصيل الذي قدمناه في العقد الباطل. وإذا كان العقد قابلاً للإبطال لنقص أهلية أحد العاقدين وتقرر بطلانه، فإن ناقص الأهلية يسترد ما دفع تطبيقاً للقواعد التي قدمناها. أما العاقد الآخر فلا يسترد من ناقص الأهلية إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد. والأصل في ذلك قاعدة عامة قررتها المادة (١٨٦) من التقنين المدني المصري في دعوى غير المستحق، إذ قضت بأنه: «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق، فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به».

ويزول كل أثر للعقد أيضاً بالنسبة إلى الغير. فإذا رتب المشتري بعقده قابلاً للإبطال على العين التي اشتراها حقاً عينياً، كحق انتفاع، أو حق ارتفاق، ثم أبطل البيع، فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري، كذلك إذا باع المشتري العين من آخر، فإن البائع الأول بعد إبطال البيع الصادر منه يسترد العين من المشتري الثاني، وهذا عين ما قررناه في صدد العقد الباطل.

الفرع الثاني

نظرية البطلان في الفقه الإسلامي

تمهيد

أقسام العقد من حيث الصحة والبطلان

تدرج العقد من البطلان إلى الصحة:

نظرية البطلان في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من نظيرتها في الفقه الغربي، فهي تمتد إلى آفاق أبعد، فيدخل فيها إلغاء العقد وعدم سريانه في حق الغير وفسخه وانفساخه، بل يدخل فيها إلى مدى محدود، كل من الشرط الفاسخ والشرط الواقف. لذلك ستطول وقفنا عند هذه النظرية أكثر مما وقفنا عند نظرية البطلان في الفقه الغربي.

والعقد في الفقه الإسلامي، من حيث البطلان والصحة، أكثر تدرجاً منه في الفقه الغربي. فهو يتدرج من البطلان إلى الفساد، ثم من الفساد إلى الوقف، ثم من الوقف إلى النفاذ، ثم من النفاذ إلى اللزوم. فهناك للعقد في الفقه الإسلامي أقسام خمسة: (١) العقد الباطل (٢) والعقد الفاسد (٣) والعقد الموقوف (٤) والعقد النافذ (٥) والعقد اللازم.

وكل من العقد الباطل والعقد الفاسد عقد غير صحيح. وكل من العقد الموقوف والعقد النافذ والعقد اللازم عقد صحيح.

فالعقود تنقسم مبدئياً إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح. والعقد غير الصحيح إما باطل، أو فاسد. والعقد الصحيح إما موقوف غير نافذ. أو نافذ غير لازم، أو نافذ لازم.

ولا كلام هنا في العقد النافذ اللازم، فهذه هي الذروة من صحة العقد. وإنما يأتي ذلك عند الكلام في الآثار التي تترتب على العقد، إذ المفروض أن العقد يترتب آثاره كاملة إذا كان نافذاً لازماً.

فيبقى إذن أقسام أربعة للعقد، الباطل والفساد والموقوف والنافذ، نتولى تحديد مناطقها المختلفة حتى يتميز كل منها عن الآخر.

العقد الباطل:

يمكن إرجاع العناصر الجوهرية في العقد إلى جهات ثلاث:

أولاً: صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة: ويتم ذلك بإيجاب وقبول متطابقين في مجلس العقد. هذا التعبير عن الإرادة هو ركن العقد، بل هو الركن الوحيد، كما يقول صاحب «البدائع». وبقية العناصر الأخرى ليست إلا شرائط للركن أو أوصافاً له. وهذا يكشف عن النزعة الموضوعية الواضحة للفقه الإسلامي، فالتعبير عن الإرادة، أي الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة هو ركن العقد، ولا ركن غيره.

وينطوي هذا الركن على عنصرين: (١) تطابق الإيجاب والقبول وهذا هو التراضي (٢) اتحاد مجلس العقد. وقد سبق الكلام تفصيلاً في كل من هذين العنصرين^(١).

ثانياً: العاقدان: والتعبير عن الإرادة يفترض بطبيعة الحال شخصاً يصدر عنه هذا التعبير. ولا يعتد بالتعبير إلا إذا صدر عن تمييز أي عن عقل؛ فالطفل غير المميز والمجنون والمعتوه والمريض أو السكران إلى حد أن يفقد التمييز وغير هؤلاء ممن انعدم فيهم التمييز لا يعتد بتعبيرهم، وإذا صدر من أحدهم تعبير عن الإرادة فهذا التعبير لا وجود له شرعاً مهما يكن له من وجود من حيث الواقع. ثم إن العقد يفترض حتماً وجود عاقلين، أحدهما يصدر منه الإيجاب والآخر يصدر منه القبول، فالعقد لا يتم بإرادة منفردة بل بإرادتين متطابقتين.

ومن ثم يمكن أن نستخلص من هذه الجهة الثانية عنصرين آخرين للعقد: (١) التعدد (٢) العقل أي التمييز.

ثالثاً: المعقود عليه أو محل العقد: وقد رأينا أن محل العقد يشترط فيه أن يكون: (١) موجوداً أو ممكناً أي مقدور التسليم (٢) معيناً أو قابلاً للتعين (٣) صالحاً للتعامل فيه أي مالاً متقوماً مملوكاً. وهذه العناصر الثلاثة قد سبق الكلام فيها تفصيلاً فيما تقدم^(٢).

(١) انظر الجزأين الأول والثاني من «مصادر الحق في الفقه الإسلامي» هذا وندع جانباً بعض العقود العينية التي لا تتم إلا بالقبض كالهبة والسلم والصرف وبيع الأموال الربوية.

(٢) انظر الجزء الثالث من «مصادر الحق».

فإذا توافر للعقد هذه العناصر السبعة: (١) تطابق الإيجاب والقبول (٢) اتحاد مجلس العقد (٣) تعدد العاقد (٤) العقل أو التمييز (٥) محل مقدور التسليم (٦) محل معين أو قابل للتعين (٧) محل صالح للتعامل فيه أي مال متقوم مملوك^(١)، فإن العقد يكون قد اجتمع له ركنه، أي الإيجاب والقبول، مستوفياً لشرائطه وهي العناصر الستة الأخرى، أما إذا تخلف عنصر منها فإن العقد لا ينعقد، ويكون عقداً باطلاً لا وجود له.

العقد الفاسد:

والعقد الفاسد مرتبة من مراتب البطلان لا يعرفها إلا الفقه الحنفي، أما المذاهب الأخرى فلا تميز بين العقد الفاسد والعقد الباطل، فكلاهما عقد باطل، تدعوه تارة بالباطل وطوراً بالفاسد. ويميز الفقه الحنفي بين البطلان والفساد على الوجه الآتي: إن العناصر السبعة التي تقدم ذكرها، وهي مطلوبة لانعقاد العقد، لا تكفي لصحته. بل يجب أن تضاف إلى هذه العناصر أوصاف معينة، وجودها ضروري لصحة العقد. فإذا تخلف وصف منها، اعتبر العقد منعقداً بالرغم من ذلك لاشتماله على الركن وشرائطه أي لتوافره على أصله، ولكنه ينعقد فاسداً لخلل في وصفه. وبذلك يتميز العقد الفاسد عن العقد الباطل. فالعقد الباطل هو ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه، أما العقد الفاسد فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه.

فما هي الأوصاف التي يجب أن تكمل عناصر العقد، حتى يكون العقد صحيحاً، أما تطابق الإيجاب والقبول واتحاد مجلس العقد، فهذان عنصران ليسا في حاجة إلى وصف يكملهما. وكذلك عنصر التعدد، فهو كامل بذاته. أما عنصر التمييز الذي يقوم عليه التراضي، فيجب أن يكمله وصف لازم لصحة العقد، هو خلو الرضاء من الإكراه فالعاقد إذا شاب إرادته إكراه، كان عقده فاسداً. بقيت العناصر الثلاثة التي ترجع إلى محل العقد، وأولها أن يكون المحل موجوداً مقدور التسليم، وهذا العنصر في حاجة إلى وصف يكمله، بل إلى وصفين. فالوجود يجب ألا يدخله الغرر، والعقد الذي ينطوي على غرر يكون فاسداً. فالقدرة على التسليم يكملها أن تكون هذه القدرة من غير ضرر، فإن كان المحل مقدور التسليم ولكن في تسليمه ضرر، انعقد العقد فاسداً للضرر الذي يترتب على التسليم. والعنصر الثاني في المحل هو أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين، وهذا العنصر أيضاً في حاجة إلى وصف يكمله، هو نفس الوصف الذي يكمل وجود المحل، أي انتفاء الغرر، فيجب أن يكون المحل خالياً من الغرر في وجوده وفي تعيينه. والعنصر الثالث في المحل هو أن يكون المحل صالحاً للتعامل فيه، وهذا العنصر في حاجة إلى وصفين يكملانه، هما أن يكون المحل خالياً من الشرط الفاسد وأن يكون خالياً من الربا.

فالأسباب التي تجعل العقد فاسداً في المذهب الحنفي، بالرغم من انعقاده، هي إذن خمسة: (١) الإكراه (٢) الغرر (٣) الضرر الذي يصحب التسليم (٤) الشرط الفاسد (٥) الربا^(٢).

(١) وتمكن إضافة السبب المشروع، على النحو الذي بسطناه فيما تقدم، إلى هذه العناصر السبعة.

(٢) حكم بيع المنقول قبل قبضه مختلف فيه، ومن يرى أن هذا البيع فاسد يرجع الفساد للضرر، انظر «المبسوط» (٩/١٣ - ١٠).

وهذه الأسباب ذاتها تجعل العقد باطلاً في المذاهب الأخرى، على تفصيل سيأتي ذكره فيما يتعلق بالإكراه.

العقد الموقوف:

في عناصر العقد التي قدمناها وفي الأوصاف التي تلحق بهذه العناصر، لم نربط بين العاقد من جهة ومحل العقد وصيغته من جهة أخرى. فحتى يقوم هذا الربط يجب أن يكون للعاقد: (١) الولاية على محل العقد (٢) الولاية على نوع التصرف. والعقد ينعقد صحيحاً، ولكنه لا ينفذ، بل يكون موقوفاً، إذا تخلف أحد هذين العنصرين.

والولاية على محل العقد تكون بأن يثبت للعاقد حق الملك في هذا المحل أو النيابة عن المالك، وألا يتعلق بالمحل حق للغير كأن يكون مرهوناً أو مستأجراً. فغير المالك - أي الفضولي - ليست له ولاية على محل العقد، وإذا كان العقد الصادر منه قد صدر من أهل له في محل صالح لحكمه فمن ثم ينعقد صحيحاً، إلا أن هذا العقد يكون موقوفاً لانعدام الولاية على المحل، فلا ينفذ إلا بإجازة المالك. ومالك العين المرهونة أو المستأجرة ليست له ولاية كاملة على محل العقد لتعلق حق المرتهن أو المستأجر به، فالعقد الذي يصدر منه واقعاً على هذا المحل يكون موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر.

والولاية على التصرف تكون باستكمال العاقد القدر الواجب من التمييز لنوع التصرف الذي يباشره. ومن التصرفات ما يكفي فيه مجرد التمييز، ومنها ما لا يكفي التمييز فيه بل يجب بلوغ سن الرشد. فالولاية على التصرف هي الأهلية للتصرف.

ومن ثم نرى أن العقد الموقوف هو العقد الذي انعقد صحيحاً لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه، ولكن نقصه أحد عنصرَي النفاذ: الملك أو الأهلية.

ولم تسلم مرتبة العقد الموقوف من الخلاف. فالشافعية ينكرون هذه المرتبة، ويذهبون إلى أن العقد الموقوف هو عقد باطل، ويجعلون الملك والأهلية من عناصر الانعقاد لا من عناصر النفاذ، وسيأتي بيان ذلك.

وفي المذهب الحنفي ذاته رأي يذهب إلى أن العقد الموقوف عقد غير صحيح، ويأتي في مرتبة بين العقد الباطل والعقد الفاسد، فالعقد عند من يقولون بهذا الرأي (انظر الكاساني في «البدائع»)، إما عقد غير صحيح ويشمل العقد الباطل فالعقد الموقوف فالعقد الفاسد على هذا الترتيب، وإما عقد صحيح ويشمل العقد النافذ فالعقد اللازم. ولكن الرأي الراجح في المذهب هو أن العقد الموقوف مرتبة من مراتب العقد الصحيح، فهو ليس بعقد باطل ولا بعقد فاسد، بل هو قسم من أقسام العقد الصحيح، وهو من مراتب الصحة يقع في أدناها، ويليه في القوة العقد النافذ فالعقد اللازم كما سبق القول. جاء في «البحر الرائق»: «وللمشايع طريقان. فمنهم من يدخل الموقوف تحت الصحيح فهو قسم منه، وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه، فإنه ما أفاد الملك من غير توقف على القبض. ولا يضر توقفه على الإجازة، كتوقف البيع الذي فيه الخيار على إسقاطه. ومنهم من جعله قسماً للصحيح، وعليه مشى الشارح الزيلعي، فإنه قسمه إلى صحيح

وباطل وفاسد وموقوف، وقسمه في «فتح القدير» إلى جائز وغير جائز وهو ثلاث باطل وفاسد وموقوف، فجعله من غير الجائز، وبدأ بالجائز النافذ. وفي السادس من «جامع الفصولين» أن بيع مال الغير بغير إذن بدون تسليمه ليس بمعصية، ولم أر فيما عندي من الكتب من سماه فاسداً، إلا في بيع المرهون والمستأجر؛ فقال في «البدائع» من شرائطه ألا يكون في المبيع حق لغير البائع، فإن كان لا ينفذ كالمرهون والمستأجر، واختلفت عبارات الكتب في هذه المسألة، في بعضها أن البيع فاسد، وفي بعضها أن البيع موقوف وهو الصحيح إلى آخره. وقال قبله في جواب الشافعي في بيع الفضولي أنه غير صحيح لأنه لا يفيد حكمه، وصحة التصرف عبارة من اعتباره في حق الحكم، فقال: قلنا: نعم وعندنا هذا التصرف يفيد في الجملة وهو ثبوت الملك موقوفاً على الإجازة، إما من كل وجه أو من وجه، لكن لا يظهر شيء من ذلك عند العقد، وإنما يظهر عند الإجازة، وهو تفسير التوقف عندنا أن يتوقف في الجواب في الحال أنه صحيح في حق الحكم، أم لا يقطع القول به للحال ولكن يقطع القول بصحته عند الإجازة، وهذا جائز كالبيع بشرط الخيار للبائع أو للمشتري هـ. وإنما أكثرنا من تحرير هذا المبحث لأنني قررت في المدرسة الصرغتمشية حين إقراء «الهداية» أن بيع الفضولي صحيح عندنا، فأنكره بعض الطلبة الذين لا تحصيل لهم وادعى فساده، وهو فاسد لما علمته «البحر الرائق» (٧٠/٦). والذي أوقع اللبس في مرتبة العقد الموقوف، وهل هي من مراتب العقد الصحيح أو من مراتب العقد غير الصحيح، ما وقع من الاضطراب في حكم بيع المكروه وبيع الهازل. فبيع المكروه قد تضاربت المذاهب في حكمه، وسرى أن هناك من يقول: إنه باطل ومن يقول إنه فاسد ومن يقول إنه موقوف، ومن يقول إنه نافذ غير لازم، ويتردد في بعض كتب الفقه أنه فاسد موقوف «البحر الرائق» (٢٧٧/٥) - «ابن عابدين» (١٠٤/٤ - ١٠٥)، فيتدخل الموقوف في الفاسد ويكون قسماً من أقسام غير الصحيح. وصحح ذلك بأن المراد بالوقف أنه موقوف الانعقاد عند من يقول بالبطلان، أو موقوف الصحة عند من يقول بالفساد، أو موقوف النفاذ عند من يقول بالوقف، أو موقوف اللزوم عند من يقول بعدم اللزوم. ومن ثم يكون بيع المكروه غير صحيح عند من يقول ببطلانه أو فساده، وهو صحيح عند من يقول بوقفه أو بعدم لزومه. فلا يتدخل العقد الموقوف في العقد الفاسد، ولا يكون قسماً منه، أما بيع الهازل فقد اختلفوا في حكمه بين باطل وفاسد، والصحيح أنه باطل لأن الهازل غير راض بأصل البيع «المبسوط» (٥٥/٢٤). ونرى من ذلك أن بيع المكروه لا يجمع بين الفساد والوقف بل هو إما فاسد أو موقوف، وأن بيع الهازل باطل لا فاسد ولا موقوف. فلا يتدخل الوقف في الفساد، ولا يتلاقى الفساد مع الوقف أصلاً. فالعقد الفاسد غير العقد الموقوف، الأول غير صحيح والثاني صحيح، فيكون العقد الموقوف إذن قسماً من العقد الصحيح (انظر في هذا المعنى بحثاً في العقد الموقوف للدكتور زكي عبد البر في مجلة «القانون والاقتصاد» (١١٦/٢٥ - ١٢١)).

العقد النافذ غير اللازم:

إذا اجتمعت للعقد عناصر: الانعقاد، والصحة، والنفاذ، فصدر العقد من أهله في محل قابل لحكمه، وكان العاقد له الولاية على محل العقد والأهلية الواجبة للتصرف الذي يباشره، فقد انعقد العقد صحيحاً نافذاً، فأنشأ الآثار التي ترتب عليه.

والأصل أن العقد الذي ينعقد صحيحاً نافذاً لا يجوز لأحد العاقدين أن يرجع فيه بإرادته المنفردة. ولكن هناك عقوداً تقبل بطبيعتها أن يرجع فيها أحد العاقدين دون توقف على إرادة العاقد الآخر، كالوكالة والشركة والهبة والوديعة والعارية والرهن والكفالة. وهناك عقود يكون فيها لأحد العاقدين خيار الرجوع، وقد مر بنا من هذه الخيارات. خيار الغلط وخيار الوصف وخيار التدليس وخير الغبن وخيار تفرق الصفقة^(١). وهناك خيارات أربعة معروفة غير الخيارات المتقدمة الذكر، هي خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب، إذ ثبت خيار منها لأحد العاقدين استطاع بإرادته المنفردة أن يرجع في العقد، وسيأتي بيان ذلك.

فإذا كان العقد قابلاً لأن يرجع فيه أحد العاقدين بإرادته وحده دون توقف على رضا العاقد الآخر، إما لأن طبيعته تقتضي ذلك وإما لأن فيه خياراً من الخيارات التي أشرنا إليها، فهذا عقد نافذ غير لازم. هو عقد نافذ، لأنه انعقد صحيحاً منتجاً لجميع آثاره. ثم هو عقد غير لازم، لأن أحد العاقدين يستطيع وحده أن يستقل بفسخه فهو غير لازم له.

أما إذا استوفى العقد أيضاً شرائط اللزوم - طبيعة تستعصي على الفسخ بإرادة منفردة وخلو من الخيارات المختلفة - فقد انعقد صحيحاً نافذاً لازماً، فينتج جميع الآثار التي تترتب عليه، ويلزم كلا من العاقدين بحيث لا يجوز الرجوع فيه إلا باتفاقهما معاً على التقايل منه. وهذه هي المرتبة العليا من الصحة والقوة في العقود^(٢).

بهذا التدرج يعالج الفقه الإسلامي صحة العقد، فنبحث على التعاقب:

- ١ - حكم العقد الباطل.
- ٢ - حكم العقد الفاسد.
- ٣ - حكم العقد الموقوف.
- ٤ - حكم العقد النافذ غير اللازم.

(١) انظر الجزء الثاني من «مصادر الحق في الفقه الإسلامي». أما خيار المجلس فهو مختلف فيه بين المذاهب كما قدمنا، وهو على كل حال يتصل بانعقاد العقد. وخيار القبول عبارة عن اقتران القبول بالإيجاب، وهذا ليس بخيار بل هو ركن العقد لا ينعقد بدونه.

(٢) وحتى إذا بلغ العقد هذه المرتبة العليا من القوة، فهناك من العقود الصحيحة النافذة اللازمة عقود مكروهة، ورد النهي عنها لا لأصل فيها ولا لصفة ملازمة لها، ولكن الأمر مجاور غير ملازم، وذلك كبيع النجش وبيع الركبان وبيع الحاضر للبادي. وفي رواية عن أحمد أن هذه العقود فاسدة، وفي رواية أخرى أنها مكروهة، وقد سبق بيان ذلك، (انظر الجزء الثاني في «مصادر الحق في الفقه الإسلامي»).

المبحث الأول

حكم العقد الباطل

ليس له وجود شرعي فلا ينتج أثراً:

العقد الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة، فليس له وجود شرعي. ومن ثم فهو عدم، والعدم لا ينتج أثراً. فمن باع ميتة أو دماً أو حراً، كان بيعه باطلاً لا أثر له، لأن المبيع ليس بمال. ومن باع خنزيراً أو خمرأً من مسلم، كان بيعه كذلك باطلاً لا أثر به، لأن المبيع ليس بمال متقوم، وكذلك يكون باطلاً لا أثر له بيع السمك في البحر والطير في الهواء، لأن المبيع مال مباح. وأي تصرف يصدر من صبي غير مميز أو من مجنون يكون باطلاً لا أثر له، لانعدام التمييز في العاقد، وقل مثل ذلك في كل عقد لم يتوافر فيه ركنه وشرائطه التي تقدم ذكرها.

جاء في «البدائع»: «ولا حكم لهذا البيع (الباطل) أصلاً، لأن الحكم للموجود، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة، لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعاً، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة، وذلك نحو بيع الميتة والدم والعذرة والبول وبيع الملاقح والمضامين وكل ما ليس بمال، وكذا بيع أم الولد والمدير والمكاتب والمستسعي، لأن أم الولد حرة من وجه وكذا المدير فلم يكن مالاً مطلقاً، والمكاتب حر يداً فلم يكن مالاً على الإطلاق، والمستسعي عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب وعندهما حر عليه دين وكذا بيع الخنزير من المسلم، لأنه ليس بمال في حق المسلم. وكذا بيع الخمر، لأنها ليس بمتقومة في حق المسلم، لأن الشرع أسقط تقومها في حق المسلمين حيث أهانها عليهم. فيبطل ولا ينعقد. لأنه لو انعقد، إما أن ينعقد بالمسمى، وإما أن ينعقد بالقيمة، لا سبيل إلى الأول، لأن التسمية لم تصح، ولا سبيل إلى الثاني، لأنه لا قيمة إذ التقويم ينبنى على العزة والشرع أهان المسمى على المسلم فكيف ينعقد بقيمته ولا قيمة له، وإذا لم ينعقد يبطل ضرورة. . واختلف مشايخنا في بيع العبد بالميتة والدم. قال عامتهم يبطل، وقال بعضهم يفسد. والصحيح أنه يبطل، لأن المسمى ثمناً ليس بمال أصلاً وكون الثمن مالاً في الجملة شرط الانعقاد، وكذا اختلفوا فيما إذا قال: بعت بغير ثمن. قال بعضهم يبطل وإليه ذهب الكرخي من أصحابنا، وقال بعضهم: «يفسد ولا يبطل كما إذا باع وسكت عن ذكر الثمن» «البدائع» (٣٠٥/٥).

وجاء في «الأشباه والنظائر» لابن نجيم: «الباطل والفاقد عندنا في العبادات مترادفان، وفي النكاح كذلك. . . وأما في البيع فمتباينان: فباطله ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه، وفساده ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه. وحكم الأول أنه لا يملك بالقبض، وحكم الثاني أنه يملك به. وأما في الإجازة فمتباينان: قالوا: لا يجب الأجر في الباطلة كما إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لحمل طعام مشترك، ويجب أجر المثل في الفاسدة. وأما في الرهن: فقال في «جامع الفصولين» فاسده يتعلق به الضمان وباطله لا يتعلق به الضمان بالإجماع، ويملك الحسن للدين في فاسده دون باطله. ومن الباطل لو رهن شيئاً بأجر نائحة أو معينة». «الأشباه والنظائر» (١٨٥). وفي المثل

الآخر - رهن شيء بأجر نائحة أو مغنية - يرجع البطلان إلى عدم مشروعية السبب كما سبق القول .

وإذا نفذ وجب الرد وإعادة الحال إلى ما كانت عليه:

وما دام العقد الباطل لا وجود له شرعاً ولا ينتج أي أثر، فإنه يترتب على ذلك أن أحد العاقدین لا يملك أن يجبر الآخر على تنفيذه . وإذا نفذ العاقد باختياره، سواء كان يعلم بالبطلان أو لا يعلم، كان له أن يسترد ما سلمه تنفيذاً للعقد . ففي البيع الباطل مثلاً، لا يجوز للمشتري أن يجبر البائع على تسليم المبيع، ولا للبائع أن يجبر المشتري على دفع الثمن . ولو سلم البائع باختياره المبيع للمشتري، أو دفع المشتري باختياره الثمن للبائع، كان للبائع أن يسترد المبيع وللمشتري أن يسترد الثمن .

ولو تسلم المشتري بعقد باطل المبيع وتصرف فيه لآخر بالبيع مثلاً، فإن تصرف المشتري لا يمنع البائع من استرداد المبيع من يد المشتري الثاني . ذلك أن البيع الباطل لم ينقل الملكية للمشتري، فيكون المشتري قد باع مالاً غير مملوك له، فالبيع موقوف على إجازة المالك وهو هنا البائع . فإذا لم يجزه، كان له أن يسترده، كما تقدم القول .

جاء في «الفتاوى الخانية»: «بيع الصبي الذي لا يعقل والمجنون... باطل... والبيع الباطل لا يفيد الملك وإن اتصل به القبض، حتى لو كان المبيع عبداً فأعتقه لا ينفذ إعتاقه... ولو باع أم الولد وسلمها، لا يملكها المشتري... والمشتري بالميتة والدم لا يملك وإن قبض» هامش «الفتاوى الهندية» (١٣٣/٢) .

والظاهر أن مذهب مالك يجعل الرد يفوت في البيع الباطل - وهو والفساد سواء في هذا المذهب - بخروج المبيع عن يد المشتري ببيع صحيح أو عتق أو هبة أو صدقة، ويتعلق حق للغير بالبيع، كرهنه إذا لم يقدر الراهن على خلاصه لعسره فلو قدر لملاءته لم يكن فوتاً، وكإجازته اللازمة «الشرح الكبير» للدردير في «هامش الدسوقي» (٧٤/٣) . فيحتمى المذهب المالكي الغير في العقد الباطل، كما يحتميه المذهب الحنفي في العقد الفاسد على ما سنرى، لاختلاط العقد الباطل بالعقد الفاسد في مذهب مالك كما تقدم القول، ولو فات المبيع باطلاً على البائع، على النحو الذي رأيناه، وجب على المشتري أن يرد للبائع القيمة في القيمي والمثل في المثلي . فإذا زال المفيت ارتفع حكمه، ووجب رد المبيع باطلاً للبائع إن عاد لحالته الأصلية، سواء كان عوده اختيارياً أو ضرورياً كإرث . وهذا ما لم يحكم حاكم بعدم الرد، أو كان الفوات راجعاً إلى تغير السوق ثم عاد السوق إلى حالته الأولى، فلا يرتفع حكم المفيت ولا يجب على المشتري الرد «الشرح الكبير» للدردير في «هامش الدسوقي» (٧٥/٣) . ويفوت الرد أيضاً في مذهب مالك بتغير المبيع زيادة أو نقصاً في يد المشتري «الشرح الكبير» للدردير في «هامش الدسوقي» (٧٢/٣) - (٧٣) .

ولا ترد عليه الإجازة ويتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة:

ولما كان العقد الباطل غير موجود شرعاً، فإنه لا يتصور أن تلحقه الإجازة إذ الإجازة لا تلحق إلا عقداً موجوداً قابلاً لإنتاج أثره فينفذ بالإجازة . والعقد الباطل، كتصرف شرعي، معدوم

وغير قابل لإنتاج أي أثر، ومن ثم لا تمكن إجازته.

وإذا كان العقد الباطل منعماً، فلكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، يتمسك به كل من العاقلين، وقد رأينا أن البائع في البيع الباطل لا يجبر على تسليم المبيع ويسترده إذا كان قد سلمه وهذا عن طريق التمسك بالبطلان، ورأينا أن المشتري لا يجبر على دفع الثمن ويسترده إذا كان قد دفعه وهذا أيضاً عن طريق التمسك بالبطلان. كذلك الشفيع لا يملك الأخذ بالشفعة في بيع باطل، إذ يستطيع البائع أن يتمسك ببطلان البيع لمنعه من الأخذ بالشفعة، وهنا المتمسك بالبطلان هو أحد العاقلين ولكن يتمسك به ضد الغير لا ضد العاقد الآخر. كذلك يجوز للمرتهن أن يتمسك ببطلان البيع الصادر من الراهن للعين المرهونة، وللمستأجر أن يتمسك ببطلان البيع الصادر من المؤجر للعين المؤجرة، فكل من المرتهن والمستأجر له مصلحة في التمسك ببطلان البيع الباطل. وإذا مات من صدر منه بيع باطل، دخلت العين المبيعة في تركته، وجاز لورثته أن يتمسكوا ببطلان البيع لأن لهم مصلحة في ذلك.

ولكن العقد الباطل قد يفتج أثراً كواقعة مادية لا كتصرف شرعي:

والعقد الباطل إذا لم يكن له وجود شرعي فإن له وجوداً فعلياً، وإذا لم ينتج أثراً كتصرف شرعي فمن الجائز أن ينتج أثراً كواقعة مادية.

ونستعرض أثرين مما قد ينتجه العقد الباطل، لا كتصرف شرعي، بل كواقعة مادية:

أولاً: انتقال الضمان إلى المشتري: فإذا فرضنا، في عقد بيع باطل، أن البائع سلم المبيع إلى المشتري، فإن البيع الباطل كتصرف شرعي لا ينتج أثراً كما قدمنا، فهو لا ينقل الملك للمشتري. وإذا هلك المبيع في يد المشتري، فقد كان ينبغي أن يهلك على البائع، لأن المشتري قبض المبيع بإذنه دون أن ينتقل الملك إليه فيكون أمانة في يده، والأمانة تهلك على مالكةا فتهلك هنا على البائع. ولكن تسليم البائع المبيع للمشتري وقد اقترن ببيع باطل، وهذا البيع الباطل له وجود مادي، فهو كواقعة مادية. إذا اقترن بواقعة التسليم يجعل المشتري قد قبض المبيع بقصد تحقيق مصلحة له، فليست يده إذن يد أمانة.

ومن هنا وجد رأيان في الفقه الحنفي. رأي يقف عند تسليم المبيع بإذن البائع، فيجعل يد المشتري يد أمانة. ولا يرتب على اقتران التسليم بالبيع الباطل أي أثر، ومن ثم يكون الهلاك على البائع، ورأي يرتب على اقتران التسليم بالبيع الباطل - بوصف البيع واقعة مادية لا تصرفاً شرعياً - أثراً، إذ يجعل التسليم حاصلاً لتحقيق مصلحة للمشتري فتكون يد المشتري يد ضمان، ومن ثم يكون الهلاك عليه لا على البائع، قياساً على سوم الشراء حيث يقبض العاقد العين لتحقيق مصلحة له فيكون الهلاك عليه.

وقد ورد في «البدائع» في هذا المعنى ما يأتي: «ثم إذا باع مالا بما ليس بمال حتى بطل البيع، فقبض المشتري المال بإذن البائع، هل يكون مضموناً عليه أو يكون أمانة؟ اختلف المشايخ فيه. قال بعضهم: يكون أمانة، لأنه مال قبضه بإذن صاحبه في عقد وجد صورة لا معنى، فالتحق العقد بالعدم، وبقي إذنه بالقبض. وقال بعضهم يكون مضموناً عليه، لأن المقبوض على حكم هذا

البيع لا يكون دون المقبوض على سوم الشراء، وذلك مضمون فهذا أولى» «البدائع» (٣٠٥/٥).

وجاء في «فتح القدير»: «الباطل لا يفيد مالك التصرف. ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه - أي في البيع الباطل - يكون أمانة عند بعض المشايخ - هو أبو نصر ابن أحمد الطواويس - وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة. وعند البعض، كشمس الأئمة السرخسي وغيره، ويكون مضموناً بالمثل أو القيمة، وهو قول الأئمة الثلاثة، لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء. وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما، كالخلاف الكائن بينهم في أم الولد والمدير إذا بيعا فماتا عند المشتري، لا يضمنهما عند أبي حنيفة، ويضمنهما عندهما. والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ لمشتري مع تسمية الثمن بلا إبرام بيع، كأن يقول: أذهب بهذا فإن رضيتته اشتريته بعشرة، فإذا هلك ضمن قيمته. فإذا ضمن هذا مع أنه لم يوجد فيه صورة العلة، فلأن يضمن فيما نحن فيه مع أنه وجد ذلك أولى. ولأبي نصر المروني عنه من عدم الضمان أن الضمان في المقبوض على سوم الشراء، إن قلت: إنه عند صحة كون المسمى ثمناً كالدراهم على ما ذكرنا من قوله إن رضيتته اشتريته بعشرة سلمناه، وهو منتف في تسمية المحرم كالخمر. وإن قلت عند التسمية مطلقاً منعناه، فيجب تفصيله، وهو أنه إن كان البطلان لعدم مالية الثمن أصلاً لا يضمن وإن كان لعدم المبيع كما لو باعه على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلاً فقبضه يصير مضموناً» «فتح القدير» (١٨٧/٥ - ١٨٨).

وجاء في «ابن عابدين»: «قوله: لأنه أمانة، وذلك لأن العقد إذا بطل بقي مجرد القبض بإذن المالك، وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدي: «درر». قوله: وصحح في «القنية» ضمانه إلخ، قال في «الدرر» وقيل: يكون مضموناً، لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء، وهو أن يسمى الثمن. فيقول: أذهب بهذا فإن رضيت به اشتريته بما ذكر. أما إذا لم يسمه فذهب به فهلك عنده، لا يضمن. نص عليه الفقيه أبو الليث، قيل: وعليه الفتوى، كذا في «العناية» ١ هـ... لكن في «النهر» واختار السرخسي وغيره أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة، لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء، وهو قول الأئمة الثلاثة، وفي «القنية» أنه الصحيح، لكونه قبضه لنفسه، فشابه الغصب. وقيل: الأول قول أبي حنيفة والثاني قولهما» «ابن عابدين» (١٦٣/٤). وانظر أيضاً «البحر الرائق» (٧٢/٦) - «الزيلعي» (٤٤/٤).

ونرى من ذلك أن الصحيح من الرأيين في المذهب الحنفي هو أن المبيع بعقد باطل يكون مضموناً في يد المشتري، لأن المشتري قبضه لنفسه ولتحقيق مصلحته، فلا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء. وهذا هو الحكم في مذهب مالك. جاء في «الحطاب»: «وإنما ينتقل ضمان الفاسد (أي الباطل) بالقبض: هذا قول ابن القاسم. وأما الملك فقال في «التوضيح»: وإن قلنا: إن الضمان في المبيع بيعاً فاسداً ينتقل بالقبض، فالملك لا ينتقل بذلك، بل لا بد من ضميمة الفوات». «الحطاب» (٣٨٠/٤). وجاء في «الشرح الكبير» للدردير: «ولما أنهى الكلام على ما أراد من البياعات التي ورد النهي عنها، أتبع ذلك بما يوجب ضمان المبيع على المشتري فيها. فقال وإنما ينتقل ضمان البيع الفاسد، على البت متفقاً عليه أم لا، إلى المشتري بالقبض المستمر،

نقد المشتري الثمن أم لا، كان المبيع يدخل في ضمان المشتري في البيع الصحيح بالعقد أو بالقبض. وتقييد القبض بالمستمر للاحتراز عما لو رد المشتري السلعة لبائعها على وجه الأمانة أو غيرها، كما لو استثنى ركوبها مدة وأخذها بعد قبض المشتري لها فاسداً فهلكت فالضمان على البائع. ورد المبيع فاسداً لربه إن لم يفت وجوباً، ويحرم انتفاع المشتري به ما دام قائماً. ولا غلة تصحبه في رده، بل يفوز بها المشتري لأنه كان ضماناً والغلة بالضمان. ولا يرجع على البائع بالنفقة، لأن من له الغلة عليه النفقة، فإن أنفق على ما لا غلة له رجع بها، وإن أنفق على ما له غلة لا تفي بالنفقة رجع بزائد النفقة. فإن فات المبيع فاسداً بيد المشتري، مضى المختلف فيه ولو خارج المذهب بالثمن الذي وقع به البيع، وإلا يكن مختلفاً فيه بل متفقاً على فساده (وهو الباطل)، ضمن المشتري قيمته إن كان مقوماً حينئذ أي حين القبض... وضمن مثل المثلي إذا بيع كيلاً أو وزناً وعلم كيلاه أو وزنه ولم يتعذر وجوده، وإلا ضمن قيمته يوم القضاء عليه بالرد، ومحل رد القيمة في الجزاف حيث لم تعلم مكيلته بعد وإلا وجب رد المثل «الشرح الكبير» للدردير في «هامش الدسوقي» (٧٠/٣ - ٧١) وانظر أيضاً «حاشية الصاوي» على «الشرح الصغير» (٣٥/٢ - ٣٦) «الخرشي» (٨٥/٥ - ٩٣).

وبعد هذا يتبين أن البيع الباطل ينتج أثراً كواقعة مادية، فهو إذا اقترن بالقبض يجعل المبيع في يد المشتري مضموناً عند الهلاك.

ثانياً: عقد الزواج: الزواج باطلاً كان أو فاسداً - لأن بطلان الزواج وفساده سيان حتى في المذهب الحنفي - ليس له وجود شرعي، وإن كان له وجود فعلي. فلا ينتج أثره كتصرف شرعي، ولكن ينتج بعض الآثار كواقعة مادية إذا اقترن بالدخول على الزوجة. فالدخول مقترناً بعقد زواج باطل أو فاسد واقعة مادية تستوجب طبيعتها آثاراً معينة، كدرء الحد وثبوت النسب ووجوب العدة والمهر.

جاء في «البدائع» في هذا الصدد ما يأتي: «وأما النكاح الفاسد، فلا حكم له قبل الدخول. وأما بعد الدخول، فيتعلق به أحكام. منها ثبوت النسب، ومنها وجوب العدة، وهو حكم الدخول في الحقيقة. ومنها وجوب المهر. والأصل فيه أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة، لانعدام محله أعني محل حكمه وهو الملك، لأن الملك يثبت في المنافع ومنافع البضع ملحقه بالأجزاء والحر بجميع أجزائه ليس محلاً للملك لأن الحرية خلوص، ولأن الملك في الآدمي لا يثبت إلا بالرق والحرية تنافي الرق. إلا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي في النكاح الصحيح لحاجة الناس إلى ذلك، وفي النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة الناكح إلى درء الحد وصيانة مائه عن الضياع بثبوت النسب، ووجوب العدة، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة فوجب المهر. فجعل منعقداً في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة، ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع وهو ما قبل الدخول فلا يجعل منعقداً قبله... ثم اختلف في تقدير هذا المهر وهو المسمى بالعقر. قال أصحابنا الثلاثة يجب الأقل من مهر مثلها ومن المسمى، وقال زفر: يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ، وكذا هذا الخلاف في الإجارة الفاسدة. وجه قول زفر: أن المنافع تقوم بالعقد

الصحيح والفساد جميعاً كالأعيان، فيلزم إظهار التقوم وذلك بإيجاب مهر المثل بالغاً ما بلغ لأنه قيمة منافع البضع، وإنما العدول إلى المسمى عند صحة التسمية ولم تصح، لهذا المعنى أوجبنا كمال القيمة في العقد الفاسد، كذا ههنا. ولنا أن العاقدين ما قوما المنافع بأكثر من المسمى، فلا تقوم بأكثر من المسمى، فحصلت الزيادة مستوفاة من غير عقد فلم تكن لها قيمة. إلا أن مهر المثل إذا كان أقل من المسمى لا يبلغ به المسمى، لأنها رضىت بذلك القدر لرضاها بمهر مثلها. واختلف أيضاً في وقت وجوب العدة أنها من أي وقت تعتبر. قال أصحابنا الثلاثة: إنها تجب من حين يفرق بينهما، وقال زفر من آخر وطء وطئها حتى لو كانت قد حاضت ثلاث حيض بعد آخر وطء وطئها قبل التفريق فقد انقضت عدتها عنده وجه قوله: إن العدة تجب بالوطء، لأنها تجب لاستبراء الرحم وذلك حكم الوطء، ألا ترى أنها لا تجب قبل الوطء، وإذا كان وجوبها بالوطء تجب عقيب الوطء بلا فصل كأحكام سائر العلل. ولنا أن النكاح الفاسد بعد الوطء منعقد في حق الفراش لما بينا، والفراش لا يزول قبل التفريق، بدليل أنه لو وطئها قبل التفريق لأحد عليه ولا يجب عليه بتكرار الوطء إلا مهر واحد، ولو وطئها بعد التفريق يلزمه الحد، ولو دخلته شبهة حتى امتنع وجوب الحد يلزمه مهر آخر، فكان التفريق في النكاح الفاسد بمنزلة الطلاق في النكاح الصحيح، فيعتبر ابتداء العدة منه كما تعتبر من وقت الطلاق في النكاح الصحيح. والخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة، لأنه ليس بنكاح حقيقة إلا أنه ألحق بالنكاح في المنافع المستوفاة حقيقة مع قيام المنافع لحاجة النكاح إلى ذلك، فيبقى في حق غير المستوفي على أصل العدم، ولم يوجد استيفاء المنافع حقيقة بالخلوة» «البدائع» (٣٣٥/٥).

وقد يقال: إن الآثار التي تترتب على الزواج الباطل - أو الفاسد - إنما تترتب لا على واقعة الزواج المادية، بل على واقعة مادية أخرى هي واقعة الدخول بالزوجة. ويقول الأستاذ محمد أبو زهرة في هذا الصدد: «وقد قرروا أن ذلك ليس موجب النكاح، ولكنه مقتضى الدخول مع شبهة العقد. وهو يثبت للوطء بشبهة ولو لم يكن عقد، لأن الشبهة هنا الجهل الذي لم تتوافر معه أسباب العلم» «الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية» (٣٦٤).

وهذا القول صحيح فيما لو أخذنا برأي زفر السابق الذكر فيما يتعلق بابتداء المدة، فإن زفر لا يجعل لواقعة الزواج الباطل أي أثر في هذه المسألة بل يجعل الأثر لواقعة الدخول، فيعتبر بداية العدة من وقت آخر اتصال بالمرأة لا من وقت التفريق. أما لو أخذنا برأي الأئمة الثلاثة - أبي حنيفة وصاحبيه - وجب أن تعتد، إلى جانب واقعة الدخول، بواقعة الزواج الباطل ذاته، فالمهر المسمى يدخل في الحساب إذا كان أقل من مهر المثل، والعدة لا تبدأ إلا من وقت التفريق أي من وقت زوال واقعة الزواج المادية. بل إنه يمكن القول، أخذاً برأي الأئمة الثلاثة، إن الزواج الباطل أو الفاسد يبقى منعقداً في حق المنافع المستوفاة حقيقة، ويبقى في حق غير المستوفي على أصل العدم، وهو ما يصرح به صاحب «البدائع» فيما قدمناه.

انتقاص العقد في حالة البطلان:

ويمكن القول بأن الفقه الإسلامي يعرف فكرة انتقاص العقد في حالة البطلان. ونستعرض في هذا الصدد بعض النصوص الفقهية في كل من المذاهب الأربعة.

ففي مذهب مالك جاء في «القوانين الفقهية» لابن جزي: «إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام، كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير أو غير ذلك، فالصفقة كلها باطلة. وقيل: يصح البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن. ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة، صح البيع فيهما، ولزمه في ملكه، ووقف اللزوم في ملك غيره على إجازته» «القوانين الفقهية» (٢٦٠). ونرى من ذلك أن البيع، في مذهب مالك، إذا كان في شق منه صحيحاً وفي شق باطلاً، ففي رأي تكون الصفقة كلها باطلة، وفي رأي آخر ينتقص البيع، فيزول الشق الباطل ويبقى الشق الصحيح بقسطه من الثمن. أما إذا كان البيع في شق منه نافذاً وفي شق موقوفاً، صح البيع في الشقين، فإذا أجز الشق الموقوف، نفذ البيع في الشقين جميعاً. وإذا لم يجز الشق الموقوف. انتقص العقد فنفذ في شق وسقط في الشق الآخر.

وفي المذهب الحنفي تفصيل ننقله عن الزيلعي فيما يأتي: «ومن جمع بين حر وعبد، أو بين شاة ذكية وميتة، بطل البيع فيهما. وإن جمع بين عبد ومدير أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف. صح في القين وعبده، والملك. أما الأول فالمذكور على إطلاقه قول أبي حنيفة، وعندهما إن بين ثمن كل واحد منهما جاز في العبد والذكية وإلا فلا، لأنه إذا بين ثمنهما صاراً صفتين، فيتقدر الفساد بقدر المفسد، بخلاف ما إذا لم يسم لكل واحد ثمناً لأنه يبقى بيعاً بالحصصة ابتداء وهو لا يجوز. وله أن الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فتبطل، وهذا لأن الحر والميتة لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المالية، فيكون قبول العقد في الحر والميتة شرطاً لجواز العقد والذكية فيبطل. وأما الثاني فهو قول علمائنا الثلاثة. وقال زفر لا يصح لأن محل العقد المجموع، ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية في المدير ونحوه كأم الولد والمكاتب، وقد جعل قبول العقد فيه شرطاً لصحة العقد في المال، فيفسد كالفصل الأول. والفرق بين الفصلين - لأبي حنيفة مطلقاً ولهما إذا لم يفصل الثمن - أن المدير ونحوه يدخل تحت البيع، ثم ينقص في حقه، فينقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد. وفي الفصل الأول الحر ونحوه لا يدخل في البيع أصلاً، فلو جاز البيع فيما ضم إليه لكان بيعاً بالحصصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد... والدليل على أن المدير وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع أن القاضي لو قضى بجواز بيع المدير وأم الولد ينفذ، وفي المكاتب ينفذ برضاه في الأصح. وفي عبد الغير بإجازة مولاه، ولولا أنهم مال ولم يدخلوا في العقد لما نفذ كما في الحر والميتة، وإنما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم أنفسهم في المدير وأم الولد والمكاتب وفي عبد الغير لأجل مولاه، فلا يكون بيعاً بالحصصة ابتداء بل في حالة البقاء فلا يفسد. وفيما إذا جمع بين مال ووقف روايتان: وفي رواية يفسد في الملك لأن البيع لا ينعقد على الوقف لأنه صار محرراً عن الملك والتملك، فصار كما لو جمع بين حر وعبد، ذكره الفقيه أبو الليث في «نوازل». والأصح أنه يجوز في الملك، لأن الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الأموال، غير أنه لا يباع لأجل تعلق حق به، وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم إليه كالمدير ونحوه. بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما ضم إليه لأنه ليس بمال ولهذا لا ينتفع به انتفاع الأموال، فصار كالحر» «الزيلعي» (٦٠/٤ - ٦١). وانظر أيضاً «المبسوط» (١٣/٣ - ٥)، «البحر الرائق»

(٩٠ - ٩١)، «الفتاوى الهندية» (٣/ ١٣١ - ١٣٣).

ويبدو من هذه النصوص أن انتقاص العقد لا يتم على النحو الذي يتم به في الفقه الغربي، ففي الفقه الغربي، كما رأينا، ينتقص العقد إلا إذا تبين أنه ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فالعبرة إذن بقصد العاقدين. أما في الفقه الحنفي فيتم الانتقاص على أساس موضوعي لا على أساس ذاتي. ذلك أنه لا يجوز البيع بالحصّة من الثمن ابتداءً، ويجوز ذلك بقاء. فإذا كان البيع في شق نافذاً وفي شق موقوفاً، دخل المبيع كله في العقد إذ ينعقد البيع في الشقين، فإذا سقط الشق الموقوف لعدم إجازته، بقي الشق النافذ بحصته من الثمن، وهذا جائز لجواز البيع بالحصّة من الثمن بقاء كما قدمنا. ويتفق في هذا الرأي الأئمة الثلاثة، ويخالفهم زفر فهو يذهب إلى عدم جواز انتقاص العقد في أية حالة لأن العقد قد وقع على المجموع والمجموع لا يتجزأ. أما إذا كان البيع في شق صحيحاً وفي شق باطلاً، لم يدخل في العقد إلا الشق الصحيح لعدم الانعقاد في الشق الباطل، فيكون بقاء الشق الصحيح وحده بيعاً بالحصّة من الثمن ابتداءً وهذا لا يجوز، فيسقط الشقان معاً - الباطل والصحيح - ولا ينتقص العقد فيبقى الصحيح ويسقط الباطل. ويستثنى من ذلك، عند الصاحبين، أن يعين ابتداءً لكل شق حصته من الثمن، فعند ذلك تعتبر الصفقة صفقتين مستقلتين تجوز فيهما التجزئة، فتصح واحدة وتبطل الأخرى. وفي هذه الحالة الأخيرة ينتقص العقد عند الصاحبين فيبقى الشق الصحيح قائماً لأنه ليس بيعاً بالحصّة من الثمن ابتداءً، بل هو ليس بيعاً بالحصّة من الثمن أصلاً إذ قد عين الثمن في هذا الشق الصحيح مستقلاً منذ البداية.

وفي مذهب الشافعي خلاف في جواز انتقاص العقد ننقله عن «المهذب» للشيرازي فيما يأتي: «إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه، كالحر والعبد وعبده وعبد غيره، ففيه قولان، أحدهما: تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز ويصح فيما يجوز، لأنه ليس بإبطاله فيهما لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما، فبطل محل أحدهما دون الآخر وبقياً على حكمهما، فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز. والقول الثاني: أن الصفقة لا تفرق فيبطل العقد فيهما. واختلف أصحابنا في علته، فمنهم من قال: يبطل لأن العقد جمع حلالاً وحراماً فغلب التحريم، كما لو جمع بين أختين في النكاح أو باع درهماً بدرهمين. ومنهم من قال: يبطل لجهالة الثمن، وذلك أنه إذا باع حرّاً وعبداً بألف، سقط ما يخص الحر من الثمن، فيصير العبد مبيعاً بما بقي، وذلك مجهول في حال العقد فيبطل، كما لو قال: بعثك هذا العبد بحصته من ألف درهم. فإن قلنا بالتعليل الأول، بطل البيع فيما ينقسم فيه على القيمة كالعبدين وفيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء كالعبد الواحد نصفه له ونصفه لغيره أو كرين من طعام أحدهما له والآخر لغيره، وكذلك لو جمع بين ما يجوز وما لا يجوز في الرهن أو الهبة أو النكاح بطل في الجميع، لأنه جمع بين الحلال والحرام. وإن قلنا إن العلة جهالة العوض، لم يبطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء لأن العوض غير مجهول، ولا يبطل الرهن والهبة لأنه لا عوض فيه، ولا يبطل النكاح لأن الجهل بالعوض لا يبطله. فإن قلنا: إن العقد يبطل فيهما، رد المبيع واسترجع الثمن. وإن قلنا: إنه يصح في أحدهما، فله الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه لأنه

يلحقه ضرر بتفريق الصفقة فثبت له الخيار، فإن اختار الإمساك فبكم يمسك؟ فيه قولان: أحدهما يمسك بجميع الثمن أو يرد لأن ما لا يقابل العقد لا ثمن له فيصير الثمن كله في مقابلة الآخر، والثاني: أنه يمسكه بقسطه لأنه لم يبذل جميع العوض إلا في مقابلهما فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلة أحدهما. . فإن قلنا: يمسك بجميع الثمن لم يكن للبائع الخيار لأنه لا ضرر عليه. وإن قلنا: يمسك بحصته، فهل للبائع الخيار؟ فيه وجهان: أحدهما أن له الخيار لأنه تبعضت عليه الصفقة فيثبت له الخيار كما يثبت للمشتري، والثاني لا خيار له لأنه دخل على بصيرة لأن الحر لا يؤخذ منه بثمن «المذهب» (١/٢٦٩). وانظر أيضاً «الوجيز» للغزالي (١/١٤٠).

ونلاحظ أنه لا يرد في مذهب الشافعي أن يكون العقد في شق نافذاً وفي شق موقوفاً، فالعقد الموقوف في هذا المذهب كالعقد الباطل. والصورة التي ترد هي أن يكون العقد في شق صحيحاً وفي شق باطلاً. وفي المذهب آراء ثلاثة: (١) رأي يذهب إلى جواز انتقاص العقد دائماً، فيبقى الشق الصحيح قائماً ويسقط الشق الباطل، وللمشتري الخيار بين فسخ البيع في الشق الصحيح وبين إمضائه لتفريق الصفقة عليه. فإذا أمضاه، دفع كل الثمن في قول، ودفع قسط الشق الصحيح من الثمن في قول آخر. وعلى هذا القول الآخر يكون للبائع الخيار لتفريق الصفقة عليه في قول، وليس له الخيار في قول آخر. (٢) ورأي ثان يذهب إلى عدم جواز انتقاص العقد إطلاقاً، لأن العقد جمع حلالاً وحراماً فغلب التحريم. فيبطل العقد في الشقين جميعاً ويرد المشتري المبيع كله ويسترد الثمن. (٣) ورأي ثالث يذهب إلى عدم جواز انتقاص العقد عند جهالة الثمن، وجواز الانتقاص فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء لأن العوض غير مجهول وفيما لا عوض فيه كالرهن وفيما لا يبطله الجهل بالعوض كالنكاح. فإذا لم يجز انتقاص العقد لجهالة الثمن، سقط العقد في شقيه جميعاً، ورد المشتري المبيع كله واسترد الثمن. وإذا جاز انتقاصه في الأحوال المشار إليها، بقي الشق الصحيح قائماً وسقط الشق الباطل، وللمشتري الخيار بين فسخ البيع في الشق الصحيح وبين إمضائه لتفريق الصفقة عليه، على التفصيل الذي أشرنا إليه فيما تقدم.

وفي المذهب الحنبلي خلاف أيضاً ننقله عن «المغني» فيما يأتي: «... (الثاني): أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء، كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير إذن شريكه وكففيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك إلا بعضهما، ففيه وجهان: أحدهما يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه، والثاني لا يصح فيهما لأن الصفقة جمعت حلالاً وحراماً فغلب التحريم، ولأن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الأختين وبيع درهم بدرهمين. ولنا أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه كما لو باع شقصاً وسيفاً، ولأن ما يجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح كما لو انفرد، ولأن البيع سبب اقتضى الحكم في محلين وامتنع حكمه في أحد المحلين لنبوته عن قبوله فيصح في الآخر كما لو أوصى بشيء لآدمي وبهيمة. وأما الدرهمان والأختان فليس واحد منهما أولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما، وههنا بخلافه، (القسم الثالث): أن يكون المبيعان معلومين مما لا ينقسم عليهما الثمن بالأجزاء، كعبد وحر وخل وخمر وعبد وعبد غيره وعبد حاضر وأبق، فهذا يبطل البيع فيما لا يصح بيعه،

وفي الآخر روايتان . . . والقول بالفساد في هذا القسم أظهر . والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع ، إلا أن الظاهر فيها الصحة ، لأنها ليست عقود معاوضة فلا توجد جهالة العوض فيها . . . ومتى حكمتنا بالصحة في تفريق الصفقة وكان المشتري عالماً بالحال ، فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة . وإن لم يعلم ، مثل أن اشترى عبداً يظنه كله للبائع فبان أنه لا يملك إلا نصفه أو عبيدين فتبين أنه لا يملك إلا أحدهما ، فله الخيار بين الفسخ والإمسك لأن الصفقة تبعضت عليه . وأما البائع فلا خيار له ، لأنه رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه «المغني» (٤/ ٢٩١ - ٢٩٣) ، وانظر أيضاً «المرداوي» (٤/ ٣١٦ - ٣٢٣) .

فالظاهر في مذهب أحمد أنه جوز انتقاص العقد إذا كان العوض ينقسم على المحل بالأجزاء أو كان العقد ليس معاوضة كالرهن والهبة ، ففي الحالتين لا توجد جهالة العوض . ويبقى الشق الصحيح في العقد قائماً ، ويسقط الشق الباطل . ولا خيار للمشتري إن كان عالماً بأن أحد شقي العقد باطل لأنه دخل على بصيرة ، وإلا فله الخيار . أما البائع فلا خيار له إطلاقاً ، لأنه رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه ويتبين مما قدمناه من أحكام انتقاص العقد في المذاهب المختلفة أن نظرية انتقاص العقد معروفة في الفقه الإسلامي ، ولكن المعيار فيها موضوعي ، بخلاف الفقه الغربي فالمعيار فيه ذاتي .

المبحث الثاني

حكم العقد الفاسد

تمييز العقد الفاسد في المذهب الحنفي:

يتميز العقد الفاسد ، كمرتبة خاصة في البطلان ، في المذهب الحنفي دون غيره من المذاهب كما قدمنا . ففي المذاهب الأخرى لا تمييز بين عقد باطل وعقد فاسد ، وسواء كان العقد غير مشروع بأصله ووصفه أو كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه ، فالعقد باطل في الحالتين .

أما المذهب الحنفي فيقيم العقد الفاسد إلى جانب العقد الباطل ، ويرسم لكل منطقة سبق تحديدها ، ثم يجعل للعقد الفاسد أحكاماً تميز عن أحكام العقد الباطل ، إذ يجعل العقد الفاسد منعقداً له وجود شرعي ، ويرتب على هذا الوجود بعض الآثار .

فنتكلم إذن في مسألتين : (١) التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد في المذهب الحنفي (٢) الآثار التي تترتب على العقد الفاسد .

المطلب الأول

التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد في المذهب الحنفي

أساس التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد:

يقوم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد عند الحنفية على أساس التمييز بين أصل العقد ووصفه . فأصل العقد هو الركن وشرائطه ، والركن هو الإيجاب والقبول . وشرائط الركن في

الصيغة هي التوافق ما بين الإيجاب والقبول واتحاد المجلس، وفي العاقد العقل والتعدد، وفي المعقود عليه الإمكان والتعيين والصلاحية للتعامل. أما أوصاف العقد فيرجع أغلبها إلى المحل، فلا يكون المحل منهياً عنه ويكون منهياً عنه إذا كان هناك ضرر في تسليمه أو دخله الغرر أو الشرط الفاسد أو الربا، ويبقى بعد ذلك وصف يرجع إلى الرضاء، هو أن يخلو الرضاء من الإكراه. وقد سبق بيان كل ذلك.

فالحنفية يميزون، في العقد، بين اختلال الأصل واختلال الوصف. فإن اختل الأصل، بأن تخلف الركن أو شرط من شرائطه، فالعقد باطل. وإن اختل الوصف، بأن تخلف أحد الأوصاف المتقدمة الذكر فدخل المحل الغرر أو الشرط الفاسد أو الربا أو الضرر عند التسليم أو شاب الرضاء إكراه، فالعقد فاسد لا باطل.

أما المذاهب الأخرى فلا تميز بين اختلال الأصل واختلال الوصف. فسواء اختل الأصل والوصف معاً أو صح الأصل واختل الوصف، فالعقد باطل أو فاسد، والباطل والفاسد سيان.

ما تحتج به المذاهب الأخرى في عدم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد:

وأهم ما تحتج به المذاهب الأخرى في عدم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد أمران:
 أولاً: أن كلا من العقد الباطل والعقد الفاسد منهي عنه شرعاً. والعقد المنهي عنه يكون حراماً، والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك أو ترتيب الالتزام. وذلك أن إبرام العاقد لعقد منهي عنه عصيان لأمر الشارع، فكيف يترتب أثر على أمر هو في نظر الشارع عصيان! وإذا ورد نهي عن تصرف، فذلك لا يكون إلا لبيان أن هذا التصرف قد خرج عن الشرعية، وإذا أخرج الشارع تصرفاً عن الشرعية فليس ذلك إلا حكماً منه ببطلان هذا التصرف. وقد قال النبي عليه السلام: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد، ومن أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد». والتصرف المنهي عنه وقوع لهذا التصرف على غير ما أمر به الشارع، فيكون رداً أي مردوداً. ومعنى رده ألا يكون له أثر، وهذا هو معنى البطلان.

ثانياً: يستوي أن يرد النهي عن أصل العقد أو عن وصفه، ففي الحالتين قد ورد النهي عن عقد إما أصلاً وإما على وصف معين والمنع إن ورد على الوصف فقد ورد على الأصل. ذلك أن العقد إذا اختل وصفه، فدخله شرط فاسد مثلاً، لم يجز أن نعتد بهذا الشرط الفاسد وإلا لما كان هناك معنى للنهي عن الشرط الفاسد، ولاختلط العقد الفاسد بالعقد الصحيح، وهذا ممنوع. كذلك لا يجوز أن نسقط الشرط الفاسد ونبقي سائر العقد، فإن العاقدين قد توافقا على العقد جملة واحدة، ويكون إسقاط الشرط الفاسد مخالفاً لما اتفقا عليه، مع أن أساس العقود التراضي، وقد قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ رَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩]، وقال ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه». فلم يبق إلا أن نسقط العقد والشرط معاً لنهي الشارع عن العقد المقترن بشرط فاسد، فلا ينتج العقد الفاسد أي أثر، ويختلط بالعقد الباطل ويكونان من البطلان بمنزلة سواء. ومن ثم لا يجوز التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد.

ما تحتج به الحنفية في التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد

وتحتج الحنفية لوجوب التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد على النحو الآتي:

أولاً: إذا ورد النهي عن البيع، فإن النهي إنما يكون في الحقيقة عن غير البيع لا عن عينه. ذلك لأن شرعية أصل البيع ثابتة، فالبيع سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة، ولا سبيل إلى استبقاء النفس بتوفير أسباب العيش من أكل وشرب وسكن ولباس إلا بثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة أي بالبيع والشراء. وحتى لو سلم جواز ورود النهي عن البيع في الجملة، فإن حمل ورود النهي عن غير البيع أولى، لأن في الحمل على البيع نسخ المشروع وفي الحمل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز. ولا شك أن الحمل على المجاز أولى من الحمل على التناسخ، لأن الحمل على المجاز من باب نسخ الكلام والكلام وسيلة، والحمل على التناسخ من باب نسخ الحكم والحكم هو المقصود ونسخ الوسيلة أولى من نسخ المقصود...

فإذا ثبت أن النهي عن البيع إنما هو نهى عن غير البيع لا عن عينه، بقي أصل البيع قائماً سليماً من الخلل، فانعقد، فيأتي من جهة النهي الفساد لا البطلان. ومن ثم يكون البيع الفاسد بيعاً منعقداً، فيفيد الملك في الجملة استدلالاً بسائر البياعات المشروعة. والدليل على أنه بيع أن البيع في عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم، وقد وجد، فكان بيعاً.

ثانياً: انعقد الإجماع على أن البيع الخالي من الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك. وذكر هذه الشروط في البيع لا يصح، فالتحق ذكرها بالعدم، فالبيع مقترناً بهذه الشروط كالبيع خالياً عن المفسد، وقد تقدم أن البيع الخالي عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالإجماع.

ثالثاً: تجب التفرقة بين النهي الوارد على الأصل والنهي الوارد على الوصف. فالأول ينصب على ماهية العقد أي أركانه، فلا يكون للعقد وجود في نظر الشرع لعدم تحقق ماهيته. ولكن إذا وجدت الأركان سالمة عن النهي، فقد وجدت الماهية، فانعقد العقد. فإن اقترن بوصف ملازم منهى عنه، وجدت ماهية التصرف سليمة من الخلل ولحق الخلل الوصف. فينعقد العقد ولا يسري إليه النهي الوارد في الوصف إلا بمقدار اقترانه به وملازمته إياه فيكون العقد منعقداً ولكن يجب فسخه ما دام هذا الوصف مقترناً به، فإذا زال الوصف زال الخلل. يؤيد ذلك أن الماهية إذا كانت سالمة عن المفسدة وكان النهي في وصف خارج عنها، ثم قلنا بسقوط العقد مطلقاً لسوينا بينه وبين العقد الذي لم تسلم ماهيته عن المفسدة، أو قلنا بصحة العقد مطلقاً لسوينا بينه وبين العقد الذي سلمت ماهيته وسلم وصفه عن المفسدة، فلا بد إذن من مرتبة وسطى بين مرتبة البطلان المطلق حيث اختل الأصل والوصف، ومرتبة الصحة المطلقة حيث سلم الأصل والوصف، وهذه هي مرتبة الفساد حيث سلم الأصل واختل الوصف.

رابعاً: إذا ورد النهي من الشارع لأمر خارج عن الأركان، فالأركان سالمة والتصرف موجود بوجودها بالرغم من قيام النهي عن الوصف، ويمكن التوفيق بين الوجود والنهي، فالوجود قائم من حيث أن الأركان سالمة؛ والنهي يمكن إعماله من حيث نسخ التصرف ووجوب التخلص منه، وهذا هو حكم العقد الفاسد.

والتوفيق بين الوجود والنهي غير ممكن إلا في المعاملات. أما العبادات فهي قربات خالصة، والنهي عصيان ولا يتصور اجتماع نية القربة من نية العصيان؛ ولذلك لا تكون العبادات إلا صحيحة أو باطلة، والفساد منها يكون في حكم الباطل. ويلحق عقد الزواج بالعبادات، فلا

فارق بين فاسد الزواج وباطله حتى عند الحنفية، ويرجع ذلك إلى ما في الزواج من الحل والحرمة ومعنى التقرب به إلى الله تعالى، فالتحق بالعبادات (الأستاذ علي الخفيف «في أحكام المعاملات الشرعية» (٢١٨). وانظر أيضاً ما نقله الأستاذ محمد أبو زهرة عن «حاشية الأزميري» في كتابه «الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية» (فقرة: ٢٢٩ - ٣٦٣) وما قاله تعقيباً على ذلك (٣٦٤)، وانظر الأستاذ محمد يوسف موسى في «الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي» (٦٢٨ - ٤٤٤).

ولا شك في أن تفريق الحنفية بين أصل العقد ووصفه، والتمييز تبعاً لذلك بين العقد الباطل والعقد الفاسد، صناعة فقهية محكمة قد انفردوا بها. وسنكشف عن روعة هذه الصناعة عندما نتكلم في الآثار التي تترتب على العقد الفاسد. وقبل ذلك ننقل بعض النصوص الفقهية التي وردت في شأن التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد، تأييداً وتفنيداً.

بعض النصوص الفقهية في العقد الباطل والعقد الفاسد:

جاء في «التلويح» للتفتازاني: «الفعل المتعلق بمقصود دنيوي إن وقع بحيث يوصل إليه فصحيح، وإلا فإن كان عدم إيصاله إليه من جهة خلل في أركانه وشرائطه فباطل، وإلا ففساد... فعلى ما ذكرنا الصحة والبطلان والفساد معان متقابلة، حاصلها أن الصحيح ما يكون مشروعاً بأصله ووصفه. والباطل ما لا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه، والفساد ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه. وهذا معنى قولهم: الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه، بحيث يكون معتبراً شرعاً في حق الحكم. والفساد ما كان مشروعاً في نفسه، فائت المعنى من وجه لملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال، مع تصور الانفصال في الجملة. والباطل ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع الصبي والمجنون. وقد يطلق الفاسد على الباطل، وعند الشافعي رحمه الله تعالى الباطل والفساد اسمان مترادفان لما ليس بصحيح». «التلويح» (١٢٣/٢).

وجاء في شرح الجلال عن متن «جمع الجوامع»: «ويقابلها، أي الصحة، البطلان. فهو مخالفة الفعل ذي الوجهين وقوعاً للشرع... وهو... الفساد أيضاً، فكل منهما مخالفة ما ذكر الشرع. خلافاً لأبي حنيفة في قوله مخالفة ما ذكر الشرع، بأن كان منهيًا عنه. إن كانت (المخالفة) لكون النهي عنه لأصله فهي البطلان... كما في بيع الملاقيح وهي ما في البطون من الأجنة لانعدام ركن من البيع أي المبيع، أو لوصفه فهي الفساد... كما في بيع الدرهم بالدرهمين لاستعماله على الزيادة فيأثم به ويفيد بالقبض الملك الخبيث... فقد اعتد بالفساد، أما الباطل فلا يعتد به» انظر «حاشية البنانى» على شرح «الجلال» على متن «جمع الجوامع» (١٠٥/١ - ١٠٧).

وجاء في «الدسوقي»: «اعلم أن النهي عن الشيء إما لذاته كالدم والخنزير، أو لوصفه كالخمر وهو الإسكار، أو لخارج عنه لازم كصوم يوم العيد لأن صومه يستلزم الإعراض عن ضيافة الله، فإن كان المنهي لواحد مما ذكر، كان مقتضياً للفساد. وإن كان النهي عن الشيء الخارج عنه غير لازم، كالصلاة في الدار المغصوبة، فلا يقتضي الفساد» «الدسوقي» على «الشرح الكبير» للرددير (٥٣/٣).

وجاء في «الفروق» للقرافي: «الفرق السبعون بين قاعدة اقتضاء النهي الفساد في نفس الماهية وبين قاعدة اقتضاء النهي الفساد في أمر خارج عنها - هذا الفرق بالغ أبو حنيفة في اعتباره، حتى أثبت عقود الربا وإفادتها الملك في أصل المال الربوي ورد الزائد، فإذا باع درهماً بدرهمين أوجب العقد درهماً من الدرهمين ويرد الدرهم الزائد، وكذلك بقية الربويات. وبالعقود بقائه أحمد بن حنبل في إلغاء هذا الفرق، حتى أبطل الصلاة بالثوب المغصوب والوضوء بالماء المسروق والذبح بالسكين المغصوبة، وسوى فيه بين موارد النهي. وتوسط مالك والشافعي بين المذهبين، فأوجبوا الفساد في بعض الفروع دون بعض. وأنا أذكر حجج الفريقين، ثم أذيل ذلك بمسائل توضح الفرق - احتج أبو حنيفة رحمه الله بأن النهي إذا كان في نفس الماهية، كانت المفسدة في نفس الماهية، والمتضمن للمفسدة فاسد. فإن النهي إنما يعتمد المفسد كما أن الأمر إنما يعتمد المصالح، كالنهي عن بيع الخنزير والميتة وبيع السفينة، وتحريره أن أركان العقد أربعة، عوضان وعاقدان. فمتى وجدت الأربعة من حيث الجملة سالمة عن النهي، فقد وجدت الماهية المعتبرة شرعاً سالمة عن النهي، فيكون النهي إنما تعلق بأمر خارج عنها. ومتى انخرم واحد من الأربعة فقد عدت الماهية، لأن الماهية المركبة كما تعدم لعدم كل أجزائها تعدم لعدم بعض أجزائها. فإذا باع سفينة من سفينة خمرًا بخنزير، فجميع الأركان معدومة، فالماهية معدومة والنهي والفساد في نفس الماهية. وإذا باع رشيد من رشيد ثوباً بخنزير، فقد فقد ركن من الأربعة وهو أحد العوضين، فتكون الماهية معدومة شرعاً. ولا فرق في ذلك بين واحد من الأربعة أو اثنين أو أكثر. فإذا باع رشيد فضة بفضة، فالأركان الأربعة موجودة سالمة عن النهي الشرعي، فإذا كانت إحدى الفضتين أكثر فالكثرة وصف حصل لأحد العوضين، فالوصف متعلق بالنهي دون الماهية. فهذا هو تحرير كون النهي في الماهية أو في أمر خارج عنها. وخرج على ذلك جميع عقود الربا، وجميع ما هو من هذا الضابط على ما ذكرته في المثال. فمتى وجدت الأركان كلها وأجزاء الماهية فالنهي في الخارج، ومتى كان النهي في جزء من أجزاء الماهية أو في جميع أجزائها فالنهي في الماهية إذا تقرر هذا، قال أبو حنيفة أصل الماهية سالم عن المفسدة، والنهي إنما هو في الخارج عنها. فلو قلنا بالفساد مطلقاً، لسوينا بين الماهية المتضمنة الفساد وبين السالمة عن الفساد. ولو قلنا بالصحة مطلقاً، لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وصفاتها وبين المتضمنة للفساد في صفاتها وذلك غير جائز، فإن التسوية بين مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد. فتعين حينئذ أن يقابل الأصل بالأصل، والوصف بالوصف. فنقول أصل الماهية سالم النهي، والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهي، فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة، ويثبت للوصف الذي هو الزيادة المتضمنة للمفسدة الوصف العارض وهو النهي. فيفسد الوصف دون الأصل، وهو المطلوب، وهو فقه حسن - واحتج أحمد بن حنبل رضي الله عنه بأن النهي يعتمد المفسد، ومتى ورد نهي أبطلنا ذلك العقد وذلك التصرف بجملته، فإن ذلك العقد إنما اقتضى تلك الماهية بذلك الوصف. أما بدونه فلم يتعرض له المتعاقدان، فيبقى على الأصل غير معقود عليه، فيرد من يد قابضة بغير عقد» «الفروق» (٨٢/٢ - ٨٤). وجاء في «حاشية الفروق» تعقيباً على ما تقدم: «قلت لقائل أن يقول ليس الأمر كذلك، فإن الوصف إذا نهى عنه سرى النهي إلى

الموصوف، لأن الوصف لا وجود له مفارقاً للموصوف. فيؤول الأمر إلى أن النهي يتسلط على الماهية الموصوفة بذلك الوصف، فتكون الماهية على ضربين: عار عن ذلك الوصف فلا يتسلط النهي عليه، ومتصف بذلك الوصف فيتسلط النهي عليه «الفروق» (٨٤).

وجاء في «البدائع»: «وقال الشافعي رحمه الله لا حكم للبيع الفاسد. فالبيع عنده قسمان، جائز وباطل لا ثالث لهما، والفاسد والباطل سواء. وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائز والباطل. وهذا على مثال ما يقول في أقسام المشروعات إن الفرض والواجب سواء، وعندنا هما قسمان حقيقة على ما عرف في أصول الفقه. وجه قوله أن هذا بيع منهى عنه فلا يفيد الملك، قياساً على بيع الخمر والخنزير والميتة والدم. ودلالة الوصف ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين». وروي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط. وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال لعتاب بن أسيد حين بعته إلى مكة أنهم عن أربع: «عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمّنوا، وعن شرطين في بيع، وعن بيع وسلف»: وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال: لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء، ونحو ذلك والمنهي عنه يكون حراماً، والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك، لأن الملك نعمة، والحرام لا يصلح سبباً لاستحقاق النعمة. ولهذا بطل بيع الخمر والخنزير والميتة والدم، فكذا هذا. ولنا أن هذا بيع مشروع، فيفيد الملك في الجملة، استدلالاً بسائر البياعات المشروعة. والدليل على أنه بيع أن البيع في اللغة مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب مالا كان أو غير مال... وفي عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم، وقد وجد فكان بيعاً، والدليل على أنه مشروع النصوص العامة المطلقة في باب البيع، من نحو قوله تعالى عز وجل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله عز شأنه: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، ونحو ذلك مما ورد من النصوص في هذا الباب عاماً مطلقاً، فمن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل، ولنا الاستدلال بدلالة الإجماع أيضاً، وهو أننا أجمعنا على أن البيع الخالي عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك، وقران هذه الشروط بالبيع ذكراً لم يصح، فالتحق ذكرها بالعدم، إذ الموجود الملحق بالعدم شرعاً والعدم الأصلي سواء، وإذا ألحق بالعدم شرط في نفس البيع، كان كالبيع خالياً عن المفسد، والبيع الخالي عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالإجماع. وهذا استدلال قوي. وأما النهي، فالجواب عن التعلق به أن هذا نهى عن غير البيع لا عن عينه لوجوه ثلاثة. أحدها أن شرعية أصل البيع وجنسه ثبت معقول المعنى، وهو أنه سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة، وأنه سبب بقاء العالم إلى حين. إذ لا قوام للبشر إلا بالأكل والشرب والسكن واللباس، ولا سبيل إلى استبقاء النفس بذلك إلا بالاختصاص به واندفاع المنازعة، وذلك سبب الاختصاص واندفاع المنازعة، وهو البيع. ولا يجوز ورود الشرع بالنهي عما عرف حسنه أو حسن أصله بالعقل، لأنه يؤدي إلى التناقض. ولهذا لم يجز النهي عن الإيمان بالله عز وجل وشكر النعم وأصل العبادات، لثبوت حسنها بالعقل. فيحمل النهي المضاف إلى البيع على غير ضرورة. والثاني إن سلم جواز ورود النهي عن البيع في الجملة، لكن حمله على الغير ههنا أولى من وجهين. أحدهما أنه عمل بالدلائل بقدر الإمكان. والثاني أن في الحمل على البيع

نسخ المشروعية وفي الحمل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز. ولا شك أن الحمل على المجاز أولى من الحمل على التناسخ، لأن الحمل على المجاز من باب نسخ الكلام، ونسخ المشروعية نسخ الحكم، والحكم هو المقصود والكلام وسيلة، ونسخ الوسيلة أولى من نسخ المقصود. والله عز وجل أعلم «البدائع» (٥/ ٢٩٩ - ٣٠٠) انظر أيضاً: «فتح القدير» (٥/ ٢٢٧ - ٢٢٩)، «البحر الرائق» لابن نجيم (٦/ ٩١)، «الأنساب والنظائر» لابن نجيم (١٨٥)، «الزيلعي» (٤/ ٦٢ - ٦٤).

المطلب الثاني

الآثار التي تقترب على العقد الفاسد

مسائل ثلاث:

الأصل في العقد الفاسد أنه لا ينتج أثراً قبل القبض، أما بعض القبض فقد ينتج بعض الآثار. والفساد المترتب على الإكراه يختلف في بعض أحكامه عن الفساد المترتب على غير الإكراه. فيجتمع لنا مسائل ثلاث: (١) العقد الفاسد قبل القبض (٢) العقد الفاسد بعد القبض (٣) خصوصية الفساد المترتب على الإكراه.

١ - العقد الفاسد قبل القبض

الأصل في العقد الفاسد أنه لا ينتج أثراً:

العقد الفاسد ليس عقداً صحيحاً، لأنه عقد منهي عنه كما قدمنا، فالأصل فيه أنه لا ينتج أثراً، ومن ثم لا تلحقه الإجازة. ويجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك بفسخه. ولا تثبت فيه الشفعة^(١).

ولا ينتقل به الملك قبل القبض، فلا يصبح المشتري بعقد فاسد مالكا للمبيع ولا يجوز للبائع أن يجبر المشتري على دفع الثمن، كما لا يجوز للمشتري أن يجبر البائع على تسليم البيع، لأن كلا من البائع والمشتري يملك فسخ البيع كما سنرى.

ولكن العقد الفاسد منعقد:

على أن العقد الفاسد، إذا لم يكن عقداً صحيحاً، فهو مع ذلك منعقد، وله وجود شرعي لا

(١) حتى بعد القبض وانتقال الملكية إلى المشتري، لأن حق البائع لم ينقطع، والشفعة إنما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشتري. جاء في «البدائع» (٥/ ٣٠٤): «ولو كان للمشتري داراً، لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة، وإن كان يفيد الملك للمشتري، لأن حق البائع لم ينقطع، والشفعة إنما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشتري. ألا ترى أن من أقر ببيع داره من فلان وفلان ينكر تثبت الشفعة وإن لم يثبت الملك للمشتري، لانقطاع حق البائع بإقراره. وهنا حق البائع غير منقطع فلا تثبت الشفعة حتى لو وجد ما يوجب انقطاع حقه تجب الشفعة. ولو بيعت دار بجانب الدار المشتراة شراء فاسداً تثبت الشفعة لأن هذا الشراء صحيح فيوجب انقطاع حق البائع، فيثبت حق الشفعة».

وجود مادي فحسب. فهو عقد قائم، ولكن يجوز فسخه من كل من العاقدين. على أن هذا الفسخ دليل على أن العقد له وجود شرعي، ولولا هذا الوجود لم تكن هناك حاجة إلى الفسخ. فالعقد الفاسد له إذن وجود شرعي، ولكنه موجود مهدد بالزوال في كل وقت.

وجوب فسخ العقد الفاسد إلا إذا زال المفسد:

وإذا كان العقد الفاسد قائماً منعقداً كما قدمنا، إلا أنه عقد في أدنى مراتبه من القوة والنفاذ، إذ هو عقد واجب الفسخ. ذلك أنه، وإن كان سليماً في أصله، مختل في وصفه. فالفساد مقترن به ذكراً، ودفع الفساد واجب، ولا يمكن ألا يفسخ العقد، وفعله معصية، فعلى العاقد التوبة منه بفسخه «البحر» (٩١/٦). فيجوز إذن، بل يجب على كل من العاقدين، فسخه. وحتى لو انتقل الملك بالقبض كما سنرى، فإن الملك بعقد فاسد إذا أصر عليه العاقدان ولم يفسخ أيهما يصبح ملكاً عجيباً. فهو لا يجيز الانتفاع بالمملوك، وهو مع ذلك ملك قائم، لا ينتفع به البائع كما لا ينتفع به المشتري. ومن ثم جاز للقاضي فسخه جبراً على العاقدين، بناء على طلب كل ذي مصلحة. بل وبدون طلب، فإن للقاضي من تلقاء نفسه أن يفسخ العقد الفاسد إذا علم به. جاء في «البحر»: «قال في «البرازية» وإذا أصر البائع والمشتري على إمساك المشتري فاسداً، وعلم به القاضي، له فسخه حقاً للشرع. فبأي طريق رده المشتري إلى البائع صار تاركاً للمبيع، وبريء من ضمانه «البحر» (٩٥/٦).

وإذا كان العقد الفاسد يستحق الفسخ، فإنه يستحقه لغيره لا لعينه، حتى لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ العقد لا يفسخ وينقلب صحيحاً. مثل ذلك أن يكون الفساد لجهالة الأجل، فإما أن يعينه العاقدان قبل انقضاء مجلس العقد أي قبل أن يتمكن الفساد، وإما أن يسقطاه أصلاً بعد انقضاء مجلس العقد وتمكن الفساد، فيزول المفسد في الحالتين، وينقلب العقد صحيحاً. كذلك يجوز تصحيح العقود الربوية بإزالة الربا عنها، وتصحيح العقود المقترنة بشروط فاسدة بإسقاط هذه الشروط^(١). كذلك بيع ما في تسليمه ضرر، إذا نزعه البائع أو قطعه وسلمه إلى المشتري قبل أن يفسخ المشتري البيع، انقلب العقد صحيحاً وأجبر المشتري على الأخذ لأن المانع قد زال. هذا إذا كان التصحيح ممكناً، كما هو الأمر في الأمثلة السابقة. أما إذا كان الفساد راجعاً إلى البديل نفسه بأن كان الثمن مثلاً خمراً أو خنزيراً، فقد تمكن الفساد في صلب العقد، ويبقى العقد فاسداً غير قابل للتصحيح ولو باتفاق العاقدين.

فإذا لم يزل المفسد أو كان لا يمكن زواله، بقي العقد فاسداً كما قدمنا ووجب فسخه. ويملك كل من العاقدين أن يستقل بالفسخ. فإن كان العقد الفاسد بيعاً، كان لكل من البائع

(١) وهذا ضرب من انتقاص العقد، فإن العقد الفاسد يتكون من أصل ووصف، والأصل صحيح مشروع والوصف باطل غير مشروع. فينتقص العقد، بإسقاط الوصف الباطل واستبقاء الأصل الصحيح. إلا أن الانتقاص هنا قد لا يتم إلا باتفاق العاقدين، أما الانتقاص في الفقه الغربي فيتم بحكم القانون دون حاجة إلى اتفاق.

والمشتري أن يفسخ العقد من غير رضا الآخر، ولا يحتاج الفسخ إلى قضاء القاضي. ويكفي أن يقول أحد العاقلين: فسخت أو نقضت أو رددت أو أية عبارة في هذا المعنى، فيفسخ العقد. وليس من الضروري أن يكون الفسخ بالقول، فأبي فعل يدل على نية الفسخ يكفي، كما لو استأجر المشتري المبيع من البائع أو باع البائع المبيع من مشتري آخر. وكل ما يشترط لصحة الفسخ - عند أبي حنيفة ومحمد - أن يكون بمحضر من العاقد الآخر، أما عند أبي يوسف فالفسخ جائز حتى في غيبة العاقد الآخر. والسبب في أن الفسخ يتم دون حاجة إلى قضاء به أن العقد الفاسد إنما استحق الفسخ حقاً لله عز وجل لما في الفسخ من رفع الفساد، ورفع الفساد حق الله تعالى على الخلوص فيظهر في حق الكل، فكان فسخاً في حق الناس كافة، فلا تقف صحته على القضاء ولا على الرضاء «البدائع» (٣٠٠/٥).

ولا يجوز لأي من العاقلين النزول عن حق الفسخ، لأن العقد الفاسد لا ترد عليه الإجازة كما قدمنا. فإذا أسقط عاقد حقه في الفسخ أو أجاز العقد صراحة أو ضمناً، فإنه يستطيع بالرغم من ذلك أن يفسخ العقد، ولا يعتد لا بإسقاطه حقه في الفسخ ولا بإجازته للعقد، ويقول الكاساني في هذا المعنى: «الفسخ في البيع الفاسد لا يبطل بصريح الإبطال والإسقاط، بأن يقول أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع أو ألزمت، لأن وجوب الفسخ ثبت حقاً لله تعالى دفعاً للفساد، وما ثبت حقاً لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد على إسقاطه مقصوداً» «البدائع» (٣٠١/٥).

وإذا مات أحد العاقلين، كان لورثته حق الفسخ مكانه، لأن الثابت للوارث عين ما كان للمورث. وإنما هو خلفه قائم مقامه. ويفسخ البائع في مواجهة ورثة المشتري، كما يفسخ المشتري في مواجهة ورثة البائع.

٢ - العقد الفاسد بعد القبض

يجب أن يكون القبض بإذن العاقد:

وهنا ندخل في مرحلة ثانية للعقد الفاسد، حيث يشتد ويقوى أثره. فإذا كان العقد الفاسد بيعاً مثلاً. فقد قدمنا أن المشتري لا يستطيع إجبار البائع على تسليم المبيع، ولكن البائع يستطيع، باختياره وبإذنه، أن يجعل المشتري يقبض المبيع قبضاً صحيحاً.

ويجب أن يكون القبض بإذن البائع. فلا يصح القبض بغير إذنه بأن ينهي المشتري عن القبض أو بأن يقبض المشتري المبيع بغير محضر منه ودون إذنه. فإن لم ينهه ولا إذن له في القبض صريحاً، فقبض المشتري المبيع بحضرة البائع فهناك رأي يذهب إلى أن قبض المشتري المبيع بحضرة البائع دون أن ينهيه عن القبض يكون إذناً دلالة فيعتد بالقبض والرأي المشهور أنه لا بد من الإذن الصريح. وإلا كان القبض غير صحيح^(١). ولا يشترط إذن البائع إذا قبض المشتري

(١) ويقول الكاساني في هذا الصدد: «والثاني أن يكون القبض بإذن البائع، فإن قبض بغير إذنه أصلاً لا يثبت الملك، بأن نهى عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير إذنه. فإن لم ينهه ولا إذن له في القبض صريحاً، فقبضه بحضرة البائع، ذكر في «الزيادات» أنه يثبت الملك، وذكر الكرخي في الرواية المشهورة: أنه =

المبيع في مجلس العقد ولم يمنعه البائع من قبضه، لأن البيع تسليط منه على القبض، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان يحكم التسليط السابق «الخانية» (١٦٩/٢)، «فتح القدير» (٥/٢٣٠)، «الزيلعي» (٤/٦١)، «البحر» (٩٢٦).

يبقى العقد الفاسد بعد القبض قابلاً للفسخ:

ومتى تم قبض المبيع صحيحاً بإذن البائع، فإن العقد الفاسد يقوى عما كان عليه قبل القبض، فقد أكد العاقدان نيتهما في تنفيذه بالرغم من فساده. على أن هذا التنفيذ لا يعتبر إجازة للعقد، فقد قدمنا أن العقد الفاسد لا تلحقه الإجازة. ويبقى العقد قابلاً للفسخ.

ولكن هنا بعد القبض، خلافاً لما بيناه قبل القبض، يجب التمييز بين حالتين: فإما أن يكون الفساد راجعاً إلى البديل، وإما أن يكون راجعاً إلى غير البديل مما هو ليس في صلب العقد كشرط فاسد.

فإن كان راجعاً إلى البديل، كالبيع بالخمير وبالخزير، كان لكل من العاقدین حق الفسخ، كما كان ذلك لهما قبل القبض. «لأن الفساد الراجع إلى البديل - كما يقول الكاساني - فساد في صلب العقد. ألا ترى أنه لا يمكن تصحيحه بخلاف هذا المفسد، لما أنه لا قوام للعقد لا بالبديلين. فكان الفساد قوياً، فيؤثر في صلب العقد بسلب اللازم عنه، فيظهر عدم اللزوم في حقهما جميعاً»، «البدائع» (٣٠٠/٥).

وإن كان راجعاً إلى شرط فاسد، فهناك رأي يذهب إلى أن كلا من العاقدین يملك حق الفسخ أيضاً كما في الحالة الأولى. وهناك رأي آخر يذهب إلى أن صاحب المنفعة في الشرط هو وحده الذي يملك الفسخ، فإن أسقط شرطه زال سبب الفساد وانقلب العقد صحيحاً، ولا يملك الطرف الآخر حق فسخ العقد. ويقول الكاساني في هذا الصدد: «إن كان بعد القبض، فإن كان الفساد راجعاً إلى البديل، فالجواب فيه وفيما قبل القبض سواء... ولو لم يكن راجعاً إلى البديل، فقد ذكر الإمام الأسبيجاني في «شرحه مختصر الطحاوي»: أن ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه، ولم يحك خلافاً، لأن الفساد الذي لا يرجع إلى البديل لا يكون قوياً لكونه محتملاً للحذف والإسقاط، فيظهر في حق صاحب الشرط لا غير، ويؤثر في سلب اللزوم في حقه لا في

= لا يثبت. وجه رواية «الزيادات»: أنه إذا قبض بحضرته ولم ينهه، كان ذلك إذناً منه بالقبض دلالة مع ما في العقد الثابت من دلالة الإذن بالقبض، لأنه تسليط له على القبض فكانه دليل الإذن بالقبض. والإذن بالقبض قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة، كما رأينا في الهبة إذا قبض الموهوب له بحضرة الواهب ما لم ينهه صح قبضه وكذلك هنا. وجه الرواية المشهورة أن الإذن بالقبض لم يوجد نصاً، ولا سبيل إلى إثباته بطريق الدلالة. لما ذكرنا أن في القبض تقرير الفساد، فكان الإذن بالقبض إذناً بما فيه تقرير الفساد فلا يمكن إثباته بطريق الدلالة. وبه تبين أن العقد الفاسد لا يقع تسليطاً على القبض، لوجود المانع من القبض على ما بينا، بخلاف الهبة، لأن هناك لا مانع من القبض فأمكن إثباته بطريق الدلالة ما دام المجلس قائماً، وإنما شرط المجلس لأن القبض في الهبة بمنزلة الركن فيشترط له المجلس كما يشترط القبول». «البدائع» (٣٠٤/٥).

حق صاحبه . وذكر الكرخي الاختلاف في المسألة، فقال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يملك كل منهما الفسخ، وعلى قول محمد رحمه الله حق الفسخ لمن شرط له المنفعة لا غير . وجه قوله على نحو ما ذكرنا أن من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد بحذف المفسد وإسقاطه، فلو فسخه الآخر لأبطل حقه عليه، وهذا لا يجوز . وجه قولهما أن العقد في نفسه غير لازم لما فيه من الفساد، بل هو مستحق الفسخ في نفسه رفعاً للفساد . وقوله : المفسد ممكن الحذف فنعم، لكنه إلى أن يحذف فهو قائم، وقيامه يمنع لزوم العقد . وبه تبين أن الفسخ من صاحبه ليس بإبطال لحق صاحب الشرط، لأن إبطال الحق قبل ثبوته محال «البدائع» (٥/ ٣٠٠) .

ويتبين من ذلك أن العقد الفاسد الذي يرجع سبب فساده إلى اقترانه بشرط فاسد عقد قابل للانتقاص بالمعنى المعروف في الفقه الغربي . فيستطيع صاحب الشرط الفاسد أن يسقط الشرط، فيجزئ العقد، ويتمسك بالجزء الصحيح منه ويطالب الآخر بتنفيذه، دون أن يستطيع هذا الطرف الآخر أن يتمسك بفسخ العقد بعد أن انتقص . والتزام الطرف الآخر بالعقد ليس إعمالاً للعقد الفاسد ولكنه انتقاص لهذا العقد، فالذي أنتج أثراً هو العقد الفاسد في مجموعه، بل هو الشرط الصحيح منه وقد أصبح عقداً مستقلاً بفضل هذا الانتقاص .

ويخلص مما قدمناه في حق العاقلين في فسخ العقد الفاسد أنه إذا كان الفساد في صلب العقد كان لكل من العاقلين فسخه قبل القبض وبعده، أما إذا كان الفساد لشرط فاسد، فقبل القبض يكون لكل من العاقلين فسخه إلا إذا زال المفسد بتراضيهما . وبعد القبض يستقل بالفسخ من له منفعة في الشرط على قول محمد، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلكل من العاقلين حق الفسخ إلى أن ينزل صاحب الشرط عن شرطه . وقد جاء في «فتح القدير» : «إذا كان الفساد في صلب العقد . . . فيملك كل فسخه . . . وإن كان الفساد بشرط زائد، كالبيع على أن يقرضه ونحوه أو إلى أجل مجهول . فكل واحد يملك فسخه قبل القبض، وأما بعد القبض فيستقل من له منفعة الشرط والأجل بالفسخ، كالبائع في صورة الإقراض والمشتري في الأجل، «فتح القدير» (٥/ ٢٣١)، انظر أيضاً «الفتاوى الخانية» (٢/ ١٦٧) .

ولكن يثبت نوع من الملك بالقبض في العقد الفاسد:

على أن العقد الفاسد بعد القبض يثبت الملك في الجملة، ولكنه ملك من نوع خاص . فهو ليس ملكاً مطلقاً كالملك الذي يفيد العقد الصحيح، بل هو ملك يستحق الفسخ، ومضمون بالقيمة لا بالمسمى، ويفيد انطلاق التصرف دون الانتفاع بعين المملوك . أما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك، كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية، فلا يحل .

وهنا نرى تيارين متباينين بعض التباين في نصوص الفقه الحنفي، فمن النصوص ما يؤكد أن المشتري بعقد فاسد يملك العين بعد القبض كما يملك التصرف فيها، ومن النصوص ما يبرز أن المشتري بعد القبض إنما يملك التصرف دون العين وإن الملك الذي ينتقل إليه بالقبض هو ملك خبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع بعين المملوك .

جاء في «البحر الرائق»، تأكيداً لأن المشتري يملك العين كما يملك التصرف، ما يأتي: «وفي قوله ملك المبيع رد على من قال: إنه يملك التصرف دون العين وهم: العراقيون. وما ذكره قول أهل بلخ وهو المنصوص عليه في كلام محمد، وهو الصحيح المختار. فإنه قال: إن المشتري خصم لمن يدعيه لأنه يملك رقبته، كذا في «جامع الفصولين»، بدليل أن المشتري إذا أعتقه بعد قبضه صح وكان الولاء له، ولو باعه كان الثمن له، ولو بيعت دار إلى جنبها فالشفعة للمشتري، ولو أعتقه البائع لم يعتق، ولو سرقه البائع من المشتري بعد قبضه قطع، كما في «الجوهرية»، فهذه كلها ثمرات الملك. وبدليل وجوب الاستبراء على البائع إذا ردت الجارية عليه. ولولا خروجها عن ملكه لم يجب. وقوله: إنه يملك التصرف فقط بتسليط البائع منقوض بما إذا كان البائع وصي يتيم باع عبده فاسداً فأعتقه المشتري فإنه يصح، ولو كان على وجه التسليط لن يصح، كذا في «جامع الفصولين». وأما ما استدل به العراقيون من عدم حل أكله لو كان طعاماً، وعدم حل لبسه لو كان قميصاً، وعدم حل وطئها لو كانت جارية واستبرأها ولو وطئها وجب العقر إذا فسخ، وعد وجوب الشفعة لشفعيها، فلا دليل فيه. لأن عدم الحل لا يدل على عدم الملك، بدليل أن ربح ما لم يضمن مملوك ولا يحل، والأخت رضاعاً إذا ملكها لا يحل له وطؤها. وإنما لم تجب الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع عنها وهي إنما تجب بانقطاع حقه لا يملك المشتري بدليل أن من أقر ببيع داره وجحد المشتري وجبت الشفعة. هذا وقد ذكر العمادي في «فصوله» خلافاً في حرمة وطئها، فقل: يكره ولا يحرم، وقيل: يحرم. وفيه إشارة أيضاً إلى أن البائع يملك الثمن بشرط قبضه لأنه كالبيع، كما في «القنية»، «البحر الرائق» (٩٢/٦ - ٩٣).

وجاء في «البدائع»، تأكيداً لأن الملك الذي ينتقل إلى المشتري بالقبض هو ملك خبيث لا يفيد إطلاقاً الانتفاع بعين المملوك، ما يأتي: «لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث، والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع به تقرر له، وفيه تقرير الفساد»، «البدائع» (٣٠٤/٥).

ومهما يكن من أمر، فإن الملك الذي ينتقل إلى المشتري بالقبض، خبيثاً كان أو غير خبيث، هو ملك من نوع خاص. فهو كما قدمنا، ملك مستحق الفسخ ومضمون بالقيمة، ولا يفيد حل الانتفاع بعين المملوك. فقيم يفيد هذا الملك إذن؟.

يفيد في أمرين: (١) في تصرف المشتري في المبيع (٢) وعند تغير المبيع بالزيادة أو بالنقص أو في الصورة.

تصرف المشتري في المبيع المقبوض بعقد فاسد:

إذا باع المشتري المبيع المقبوض بعقد فاسد أو وهبه أو تصدق به، بطل حق الفسخ، وانتقل الملك للمشتري الثاني أو للموهوب له أو للمتصدق عليه. ولا يستطيع البائع أن يسترد المبيع من تحت يد أحد من هؤلاء، كما كان يستطيع استرداده من المشتري. ولكنه لا يرجع على

المشتري بالثمن المسمى بل يرجع بقيمة الشيء أو بمثله^(١). وهذا يدل على أننا نعمل العقد الفاسد هنا لا كتصرف شرعي وإلا لوجب الثمن المسمى، ولكن كواقعة مادية جعل لها الشرع هذا الأثر.

ويعلل الفقهاء نفاذ تصرف المشتري للغير في حق البائع بأن المشتري قد انتقل إليه بالعقد الفاسد ملكية تفيد التصرف في المملوك دون الانتفاع بعينه كما سبق القول، ولا يجوز للبائع نقض تصرف المشتري لأنه حصل عن تسليط منه. ويقول الكاساني: «إذا باع المشتري (أي العين المبيعة بيعاً فاسداً) أو وهبه أو تصدق به، بطل حق الفسخ، وعلى المشتري القيمة أو المثل، لأنه تصرف في محل مملوك له، فنفذ تصرفه. ولا سبيل للبائع إلى نقضه، لأنه حصل عن تسليط منه. ويطيب للمشتري الثاني لأنه ملكه بعقد صحيح، بخلاف المشتري الأول فإنه لا يطيب له لأنه ملكه بعقد فاسد...». وخرج المبيع من أن يكون مستحق الرد على البائع لحصول البيع من المشتري بتسليطه والله عز وجل أعلم. ولو باعه فرد عليه بخيار شرط أو رؤية أو عيب بقضاء قاض، وعاد حكم الملك الأول، عاد حق الفسخ، لأن الرد بهذه الوجوه فسخ محض، فكان دفعاً للعقد من الأصل وجعلاً له كأن لم يكن. ولو اشتراه ثانياً أو عاد إليه بسبب مبتدأ، لا يعود الفسخ، لأن الملك اختلف باختلاف السبب، فكان اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العقدين... وكذلك لو كاتبه، لأن الكتابة قد صحت لوجودها في الملك، ولا سبيل للبائع إلى نقضها لحصولها من المشتري بتسليط البائع، فلا يكون له حق النقض عليه، وعلى المشتري قيمة العبد، فإن أدى بدل الكتابة وعتق، تقرر على المشتري ضمان القيمة وإن عجز ورد في الرق قبل القضاء بالقيمة، فقد زال العارض والتحق بالعدم كأنه لم يكن، فعاد مستحق الرد على المشتري، كما كان. وإن كان بعد ما قضى عليه بالقيمة، لا سبيل للبائع على العبد، لأنه بالقضاء بالقيمة تقرر ملك المشتري في العبد، ولزم من وقت وجوده، فيعود إليه لازماً، والملك اللازم لا يحتمل الفسخ، والله عز وجل أعلم. وكذلك لو رهنه المشتري، بطل حق الفسخ وولاية الاسترداد لما ذكرنا، ولو افتكه المشتري فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الكتابة. ولو أجره صحت الإجارة لما قلنا، ولكن لا يبطل حق الفسخ، لأن الإجارة وإن كانت عقداً لازماً إلا أنها تفسخ بالعذر، ولا عذر أقوى من رفع الفساد، فتفسخ به، وسلمت الأجرة للمشتري، لأن المنافع على أصل أصحابنا لا تقوم إلا بالعقد، والعقد

(١) جاء في «البدائع»: «الثابت بالبيع الفاسد ملك مضمون بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى بخلاف البيع الصحيح. لأن القيمة هي الموجب الأصل في البياعات لأنها مثل المبيع في المالية، إلا أنه يعدل عنها إلى المسمى إذا صحت التسمية فإذا لم تصح وجب المصير إلى الموجب الأصلي. خصوصاً إذا كان الفساد من قبل المسمى، لأن التسمية إذا لم تصح لم يثبت المسمى. فصار كأنه باع وسكت عن ذكر الثمن، ولو كان كذلك كان بيعاً بقيمة المبيع، لأن البيع مبادلة بالمال، فإذا لم يذكر البديل صريحاً صارت القيمة أو المثل مذكوراً دلالة، فكان مبيعاً بقيمة المبيع أو بمثله إذا كان من قبيل الأمثال»، «البدائع» (٣٠٤/٥).

والأولى في رأينا أن يقال: إنه لما انتقلت ملكية المبيع إلى من تصرف له المشتري، صار المشتري عاجزاً عن رد المبيع إلى البائع كما لو كان المبيع قد هلك، فوجب عليه الضمان، والضمان يكون بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى.

وجد من المشتري فكانت الأجرة له. وهل تطيب له؟ ينظر، وإن كان قد أدى ضمان القيمة ثم أجر، طابت الأجرة له لأن الضمان بدل المضمون قائم مقامه، فكانت الأجرة ربح ما قد ضمن، وإن أجر ثم أدى الضمان، لا تطيب له، لأنها ربح ما لم يضمن. ولو أوصى به، صحت الوصية لما قلنا. ثم إن كان الموصي حيًا بعد، فللبائع حق الاسترداد، لأن الوصية تصرف غير لازم حال حياة الموصي بل محتمل. وإن مات، بطل حقه، لأن الثابت للموصي له ملك جديد، بخلاف الثابت للوارث، «البدائع» (٣٠١/٥ - ٣٠٢). وجاء في «البحر الرائق» لابن نجيم: «لو باعه فاسداً، فإنه لا يمنع النقض، وأطلقه فشمّل ما إذا قبضه المشتري الثاني أولاً... ويستثنى من لزومه بالبيع مسألتان: الأولى لو باعه لبائعه، فقدّمنا أنه يكون ردًا وفسخاً للبيع. والثانية لو كان فاسداً بالإكراه، فإن تصرفات المشتري كلها تنقض بخلاف سائر البياعات الفاسدة، كذا في «البزازية». قيد بالبيع الفاسد احترازاً عن الإجارة الفاسدة لما في «جامع الفصولين»، قيل: ليس للمستأجر فاسداً أن يؤجره من غيره إجارة صحيحة استدلالاً بما ذكر إلى آخره، وقيل: يملكها بعد قبضه كمشتري فاسداً له البيع جائز وهو الصحيح، إلا أن للمؤجر الأول نقض الثانية لأنها تنفسخ بالأعذار»، «البحر» (٩٥/٦).

ونرى من ذلك أن التصرف الذي يبطل حق الفسخ هو تصرف لازم غير قابل للفسخ ولم يفسخ بالفعل. فإذا كان التصرف غير لازم كالبيع الفاسد، أو كان قابلاً للفسخ كالإجارة تفسخ بالعدر، أو انفسخ بالفعل بخيار رؤية أو شرط أو عيب، بقي حق الفسخ. وإذا نقص التصرف. كالمكاتب يعجز عن تأدية بدل الكتابة فيعود إلى الرق، وكالرهن يفتك فتعود العين خالية من حق المرتهن، عاد حق الفسخ لكل من العاقلين إذا لم يكن المشتري قد قضى عليه بالقيمة، وإلا كان ملكه لازماً وبطل حق الفسخ. أما إذا استقر التصرف الصادر من المشتري، فقد بطل حق الفسخ، حتى لو عادت العين إليه بسبب مبتدأ، كأن اشتراها ممن باعها منه أو ورث هذا المشتري أو نحو ذلك. وهذا بخلاف ما إذا كان تصرف المشتري قد صدر للبائع نفسه فإن العين تكون قد ردت على البائع، ويعتبر هذا الرد فسخاً للبيع الفاسد. فلو باع المشتري العين للبائع أو وهبها إياه أو تصدق بها عليه أو أعارها له أو أودعها عنده، كان هذا فسخاً للبيع، وبيراً المشتري من ضمان القيمة أو المثل، ولا يرجع على البائع بثمن أو نحوه، «البدائع» (٣٠٠/٥). ذلك أن الأصل في المستحق بجهة إذا وصل إلى المستحق بجهة أخرى، اعتبر واصلًا بجهة الاستحقاق الأولى لو وصل إليه من المستحق عليه «البحر» (٩٣/٦).

تغير المبيع المقبوض بعقد فاسد:

وقد يتغير المبيع وهو في يد المشتري بعد قبضه قبضاً صحيحاً على الوجه المتقدم الذكر، ويكون التغير إما بالزيادة أو بالنقص أو في الصورة. وفي جميع هذه الأحوال يعتبر المشتري في حكم الغاصب، بالرغم من أن القبض قد تم بإذن البائع، وقد ينبغي هنا - كما كان ينبغي في البيع الباطل على ما قدمنا - أن تعتبر يد المشتري يد أمانة إذا لم نعتد بالعقد الفاسد. ولكن القبض بإذن البائع، وهو واقعة مادية، إذا اقترن بواقعة مادية أخرى وهي البيع الفاسد، يجعل يد المشتري يد

ضمان لا يد أمانة، إذ يجعل التسليم لتحقيق مصلحة للمشتري، ويكون هذا قابضاً للعين كمالك، ومن ثم يكون ضماناً للهلاك وللنقص وللزيادة، شأنه في ذلك شأن الغاصب، إلا أن المشتري بعقد فاسد قد قبض المبيع بإذن البائع ويتسليط منه، أما الغاصب فقد أخذ العين بغير إذن المالك ودون تسليط منه، فكانت يد المشتري يد ضمان بسبب اقتران القبض بالبائع الفاسد، وكانت يد الغاصب يد ضمان بسبب الغصب ذاته. وستظهر فروق قليلة بين المشتري والغاصب ترجع إلى اختلاف الأساس الذي بني عليه ضمان المشتري عن الأساس الذي بني عليه ضمان الغاصب. ونستعرض الآن الأحكام التفصيلية لتغير المبيع في يد المشتري.

أولاً: فإذا تغير المبيع بالزيادة: (أ) فإن كانت الزيادة متولدة من الأصل - متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والثمرة - فإنها لا تمنع الفسخ، وللبائع أن يسترد الأصل والزيادة، لأن الزيادة تابعة للأصل ومتولدة عنه، والأصل مضمون الرد فكذلك التبعية، كما في الغصب. ولو هلكت الزيادة دون تعد، فلا ضمان على المشتري، لأن القبض وهو سبب الضمان لم يشملها فهي في يد أمانة. ولو استهلك المشتري الزيادة، ضمن. ولو هلك المبيع والزيادة قائمة، فللبائع أن يسترد الزيادة ويضمن المشتري قيمة المبيع وقت القبض، لأنهما كانا مضمونين الرد، إلا أنه تعذر استرداد المبيع لفوات المحل وصار مضمون القيمة، وبقيت الزيادة على حالها مضمونة الرد كما كانت. (ب) وإذا كانت الزيادة غير متولدة من الأصل وجب التمييز: (١) فإن كانت متصلة بالمبيع، كما إذا كان المبيع سوقياً فله المشتري بعسل أو سمن فإنها تمنع الفسخ. ويرجع البائع بقيمة المبيع أو مثله، لأنه لو فسخ، إما أن يفسخ على الأصل وحده ولا سبيل إلى ذلك لتعذر الفصل، وإما أن يفسخ على الأصل والزيادة جميعاً ولا سبيل إلى ذلك أيضاً لأن الزيادة لم تدخل تحت البيع لا أصلاً ولا تبعاً فلا تدخل تحت الفسخ. (٢) وإن كانت الزيادة منفصلة عن المبيع، كما إذا كان المبيع رقيقاً وكسب مالاً من عمل أو هبة أو صدقة أو غير ذلك، فإنها لا تمنع الفسخ، وللبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة، لأن الأصل مضمون الرد بالرد يفسخ العقد من الأصل، فتبين أن الزيادة حصلت على ملكه، ولو هلكت الزيادة دون تعد، فلا ضمان على المشتري كما في الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع وإن استهلكها المشتري ضمن عند الصاحبين كما في الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع، ولم يضمن عند أبي حنيفة لأنه ملك الزيادة بسبب على حدة لا بسبب الأصل. ولو هلك المبيع وهذه الزيادة قائمة في يد المشتري، تقرر عليه قيمة المبيع والزيادة له، وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع، لأن المشتري لم يرد المبيع حتى يرد معه الزيادة بل رد القيمة، وقد ملك الزيادة بسبب على حدة لا بسبب الأصل، وهذا كما في الغصب انظر في كل ذلك «البدائع» (٢٠٣ - ٣٠٢/٥).

ثانياً: وإذا تغير المبيع بالنقص: (أ) فإن كان النقصان بأفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري، فإنه لا يمنع الاسترداد، للبائع أن يأخذ المبيع مع أرش النقصان، لأن المبيع بيعاً فاسداً يضمن بالقبض كالمغصوب على ما قدمنا، والقبض ورد عليه بجميع أجزائه وأوصافه فصار مضموناً في جميع الأجزاء والأوصاف. (ب) وإن كان النقصان بفعل البائع فلا شيء على المشتري، لأن البائع صار مسترداً بفعله. حتى أنه لو هلك المبيع في يد المشتري ولم يوجد منه حبس على،

البائع، يهلك على البائع. وإن وجد منه حبس ثم هلك ينظر: إن هلك من سراية جناية البائع فعلى المشتري ضمانه ولكن يطرح منه حصة النقصان بالجناية لأنه استرد ذلك القدر بجنايته. (ح) وإن كان النقصان بفعل أجنبي فالبائع بالخيار: إن شاء أخذ الأرض (قيمة النقصان) من المشتري والمشتري يرجع به على الجاني، وإن شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري، كما في الغصب، لأنه لما أخذ قيمة النقصان من المشتري، فقد تقرر ملكه في ذلك الجزء من وقت البيع فيه، فتبين أن الجناية حصلت على ملك مقرر له، فيرجع عليه، والأجنبي لم يملك، فلا يرجع.

وكالنقصان الهلاك الكلي. فلو هلك المبيع في يد المشتري كان الهلاك عليه، وضمن للبائع القيمة أو المثل. وإذا كان المشتري قد قبض البيع بإذن البائع فإن هذا القبض قد اقترن بواقعة مادية أخرى هي البيع الفاسد، فصارت يده يد ضمان، كما تقدم القول.

ويضمن المشتري قيمة المبيع يوم القبض، لأنه إنما دخل في ضمانه بالقبض. وقال محمد: عليه قيمته يوم الهلاك؛ لأن الهلاك هو الذي تقرر به الضمان «فتح القدير» (٥/٢٣١)، «الزيلعي» (٤/٦٢)، «البحر» (٦/٩٣). وحق البائع إنما هو في المبيع لا في القيمة، وإنما ينتقل حقه إلى القيمة عند الهلاك، فإذا أبرأ المشتري عن القيمة قبل الهلاك، فقد أبرأه قبل الوجوب، فلا يصح «الفتاوى الخانية» (١٦٨).

ثالثاً: وإذا تغيرت صورة المبيع: كما لو كان المبيع ثوباً فقطعه المشتري وخاطه قميصاً أو بطنه وحشاه، بطل حق الفسخ، وتقررت عليه قيمته يوم القبض. «والأصل في هذا - كما يقول الكاساني - أن المشتري إذا أحدث في المبيع صنفاً لو أحدثه الغاصب في المفصوب يقطع حق المالك يبطل حق الفسخ، ويتقرر حقه في ضمان القيمة أو المثل. كما إذا كان المبيع قطناً فغزله، أو غزلاً فنسجه، أو حنطة فطحنها، أو سمسماً أو عنباً فعصره، أو ساحة فبنى عليها، أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها ونحو ذلك. وإنما كان كذلك لأن القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب، ألا ترى أن كلاهما مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة أو المثل حال هلاكه، فكل ما يوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انقطاع حق الفسخ للبائع هنا. ولو كان المبيع أرضاً فبنى عليها، بطل حق الفسخ عند أبي حنيفة وعلى المشتري ضمان قيمتها وقت القبض، وعندهما لا يبطل وينقض البناء، وجه قولهما أن هذا القبض معتبر بقبض الغصب، ثم هناك ينقض البناء فكذا هنا، لأن البناء ينقض بحق الشفيع بالإجماع وحق البائع فوق حق الشفيع بدليل أن الشفيع لا يأخذ إلا بقضاء، والبائع يأخذ من غير قضاء ولا رضا، فلما أنقض لحق الشفيع فلحق البائع أولى. وجه قول أبي حنيفة أنه لو ثبت للبائع حق الاسترداد لكان لا يخلو إما أن يسترده بدون البناء أو مع البناء، لا سبيل إلى الثاني لأنه لا يمكن. ولا سبيل إلى الأول لأن البناء من المشتري تصرف حصل بتسليط البائع وأنه يمنع النقص كتصرف البيع والهبة ونحو ذلك، بخلاف الغصب والشفعة لأن هناك لم يوجد التسليط على البناء وكذا لا يمنعان نقض البيع والهبة «البدائع» (٥/٣٠٣ - ٣٠٤)، وانظر أيضاً «فتح القدير» (٥/٢٣٥ - ٣٣٦)، «البحر» (٦/٩٦). وفي هذه الجزئية الأخيرة - البناء على الأرض - نجد حكم العقد الفاسد يختلف عن حكم الغصب عند أبي حنيفة. ففي

الغصب لا يمنع البناء على الأرض المالك من استرداد أرضه مع نقض البناء. أما في العقد الفاسد، ففي رأي أبي حنيفة - دون الصاحبين - أن نعتد بالبيع الفاسد مقترناً بالقبض بإذن المالك، ونستخلص من هاتين الواقعتين معاً تسليط البائع للمشتري في البناء على الأرض المباعة بعقد فاسد، فيسقط البناء حق الفسخ، وعلى المشتري ضمان قيمة الأرض وقت القبض^(١).

تأصيل المصدر الذي تقرّب عليه آثار البيع الفاسد بعد القبض:

رأينا أن العقد الفاسد، بعد القبض الصحيح بإذن العاقد، تترتب عليه آثار معينة، فإذا كان العقد الفاسد بيعاً وقبض المشتري المبيع قبضاً صحيحاً بإذن البائع، انتقلت إليه ملكية تفيد انطلاق التصرف ولا تفيد الانتفاع بعين المملوك. فهذه الملكية لا يظهر أثرها إذن إلا عندما يتصرف المشتري في المبيع للغير، وإلا عندما يتغير المبيع.

والمأمل في كل هذه الأحكام يستطيع أن يستخلص النتائج الآتية:

أولاً: العقد الفاسد ذاته - كتصرف شرعي لا كواقعة مادية - لا ينتج أثراً، فهو والعقد الباطل في هذا سواء. وإذا كان العقد الفاسد، على خلاف العقد الباطل، له وجود قانوني لأنه قد انعقد، فإن هذا وجود على خطر الزوال، إذ العقد الفاسد كتصرف شرعي مستحق الفسخ، ويستطيع كل من العاقدين أن يفسخه قبل القبض وبعده دون حاجة إلى رضا العاقد الآخر ودون حاجة إلى حكم القضاء^(٢).

(١) هذا وقد قدمنا أن المذاهب الثلاثة الأخرى لا فرق عندها بين البيع الباطل، والبيع الفاسد، فالبيع الفاسد حكمه حكم البيع الباطل في تصرف المشتري وفي المبيع المقبوض. وفي تغير المبيع وهو في يد المشتري بالزيادة أو بالنقصان أو في الصورة. انظر في مذهب الشافعي «شرح البهجة» لتركيا الأنصاري (٢/٤٣٥)، وفي مذهب أحمد بن حنبل «المغني» (طبعة ثالثة) (٤/٢٣١ - ٢٣٢). أما عند مالك فتصرف المشتري في المبيع المقبوض وتغير المبيع وهو في يد المشتري يمنعان الفسخ في البيع الباطل والبيع الفاسد معاً، فكأن الباطل كالفساد لا الفساد كالباطل. ثم يميز في البيع الفاسد «ومعه البيع الباطل» بين المحرم والمكروه، فالمحرم إذا فات مضى بالقيمة، أما المكروه فإنه إذا فات انقلب صحيحاً، وربما انقلب صحيحاً بالقبض أيضاً لخفة الكراهة. قال ابن رشد في «بداية المجتهد»: «اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بأحداث عقد فيها أو نماء نقصان أو حوالة سوق أن حكمها الرد، أعني أن يرد البائع الثمن المشتري المثلون، واختلفوا إذا قبضت وتصرف فيها بعق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات، هل ذلك فوت يوجب القيمة؟ وكذلك إذا نمت أو نقصت؟ فقال الشافعي: ليس ذلك كله فوتاً ولا شبهة ملك في البيع الفاسد، وأن الواجب الرد. وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة... ومثل ذلك أبو حنيفة.

والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم إلى محرمة ومكروهة. فأما المحرمة فإنها إذا فاتت، مضت بالقيمة. وأما المكروهة فإنها إذا فاتت صحت عنده، وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك «بداية المجتهد» طبعة الخانجي (٢/١٦١).

(٢) وهذا لا يمنع من أن يتضمن العقد الفاسد تصرفاً شرعياً آخر ينتج أثره، ولا يكون هذا تحولاً للعقد الفاسد، فإن التصرف الشرعي الآخر، يقوم على إرادة حقيقية لا على إرادة احتمالية. جاء في «البحر الرائق»: «وفي =

ثانياً: ولكن لما كان العقد الفاسد قد يرجع فساداً إلى وجود شرط فاسد، فبفضل انتقاص العقد وإسقاط الشرط، أي بإزالة المفسد، ينتج العقد الفاسد أثره كتصرف شرعي لا كواقعة مادية. ولكن الذي أنتج الأثر هنا كتصرف شرعي ليس هو العقد الفاسد في مجموعه، بل هو العقد الصحيح الذي استخلص من العقد الفاسد بعد انتقاصه.

ثالثاً: على أن العقد الفاسد له وجود فعلي كواقعة مادية، وهو بهذا الاعتبار ينتج آثاراً قانونية. من هذه الآثار أثر يتمشى مع طبيعة الواقعة المادية ويتفق فيه العقد الفاسد مع العقد الباطل، وهذا الأثر هو انتقال الضمان إلى المشتري. ذلك أن العقد الفاسد، كالعقد الباطل، إذا اقترن بالقبض وكان القبض بإذن البائع، جعل المشتري يقبض المبيع لتحقيق مصلحته يتصرف فيه تصرف المالك، فتصبح يده يد ضمان لا يد أمانة، فإذا هلك المبيع في يده ضمن القيمة أو المثل.

رابعاً: ثم بعد ذلك يتميز العقد الفاسد عن العقد الباطل، في وجوده الفعلي كواقعة مادية، في أنه ينتج أثراً لا تقتضيه طبيعة هذا الوجود الفعلي كواقعة مادية. بل إن الشرع هو الذي تولى ترتيب هذا الأثر على العقد الفاسد لمصلحة قصد إلى تحقيقها. وهذه المصلحة هي حماية الغير الذي يتصرف له المشتري، فحتى يكفل الشرع حماية هذا الغير من أن يسترد البائع المبيع من تحت يده باستعماله حق الفسخ - وليست هناك وسيلة للشهر تنبه الغير إلى فساد العقد مع كثرة أسباب الفساد وتنوعها - لجأ الفقه الحنفي إلى ضرب من الصناعة الفقهية يستوقف النظر. فتصور ملكية تنتقل إلى المشتري بالبائع الفاسد، لا لغرض أن ينتفع المشتري بعين المملوك كما يفعل المالك عادة، بل ليصحح التصرف الذي يصدر من المشتري إلى الغير، فيمنع البائع من حق الفسخ، ويجعل الغير الذي تصرف له المشتري تنتقل إليه ملكية صحيحة بفضل هذه الملكية التي صورتها الصناعة الفقهية منتقلة إلى المشتري. فالمشتري إذا تصرف إلى الغير، اعتبر مالكاً لكي يستطيع أن يملك الغير. ولكن إذا كانت الملكية التي انتقلت إلى الغير مصدرها عقد البيع الصحيح الذي صدر للغير من المشتري، فإن ملكية المشتري ليس مصدرها عقد البيع الفاسد باعتباره تصرفاً شرعياً، فقد قدمنا أن البيع الفاسد باعتباره تصرفاً شرعياً لا ينتج أثراً. ولكن الذي نقل الملكية إلى المشتري هو البيع الفاسد المقترن بالقبض بإذن البائع باعتباره معاً واقعة مادية. وهذه الواقعة المادية لا تقتضي حتماً، بالنظر إلى طبيعتها، نقل الملكية إلى المشتري، ولكن الشرع رتب عليها هذا الأثر لأنها تتضمن تسليطاً من البائع للمشتري على التصرف في الشيء المبيع، فجعلها تنقل الملكية، حماية للغير كما قدمنا، حتى لا يفسخ البائع البيع الفاسد ويسترد العين من يد الغير. ولو كان البيع الفاسد

= الإجازة باع منه صحيحاً ثم باعه فاسداً منه، انفسخ الأول، لأن الثاني لو كان صحيحاً ينفسخ الأول به، فكذا لو كان فاسداً لأنه يلحق بالصحيح في الكثير من الأحكام. وكذا لو باع المؤجر المستأجر من المستأجر فاسداً، تنفسخ الإجازة كما إذا باعه صحيحاً «البحر الرائق» (٩٤/٦). وانفساخ البيع الصحيح أو الإجازة الصحيحة بالبائع الفاسد إنما يأتي عن طريق أن البيع الفاسد يتضمن اتفاق آخر بين البائع والمشتري على العدول عن العقد السابق - البيع الصحيح أو الإجازة الصحيحة - فيتضمن البيع الفاسد فسخاً بالتراضي لهذا العقد السابق. وسنعود إلى هذه المسألة في مكان آخر.

هو الذي نقل الملكية إلى المشتري باعتباره تصرفاً شرعياً، لنقلها بالثمن المسمى فيه، ولكنه نقلها بالقيمة أو بالمثل. فهو دليل على أنه نقلها لا باعتباره تصرفاً شرعياً، بل باعتباره واقعة مادية رتب عليها الشرع هذا الأثر الخاص حماية لحق الغير. ولم يعتد الشرع في ترتيبه هذا الأثر بالثمن المسمى لفساد العقد، وجعل الملكية تنتقل في مقابلها الطبيعي وهو القيمة أو المثل^(١).

ومالك يتخفف، فيجعل تصرف المكره نافذاً غير لازم، أسوة بالغلط والتدليس والغبن. والحنابلة يبطلون تصرف المكره، وهذا هو المذهب عندهم. على أن هناك قولاً بأنه نافذ غير لازم^(٢).

وقد سبق أن أوردنا حجج كل فريق^(٣) فلا نعود إلى ذلك.

نصوص المذهب الحنفي في فساد بيع المكره:

ونقتصر هنا على رأي أبي حنيفة وصاحبيه، وهم يقولون بفساد تصرف المكره لنبيين خصوصية هذا الفساد، فهو في بعض أحكامه يختلف عن الفساد الذي تقدم ذكره.

يقول الكاساني في بيان حكم تصرف البائع المكره على البيع والتسليم معاً ما يأتي: «فإذا إذا كان مكرهاً عليهما جميعاً، فباع مكرهاً وسلم مكرهاً، كان البيع فاسداً... ويثبت الملك للمشتري لما قلنا، حتى لو كان المشتري عبداً فأعتقه نفذ إعتاقه، وعليه قيمة العبد، لأن بالإعتاق تعذر عليه الفسخ إذ الإعتاق مما لا يحتمل الفسخ، فتقرر الهلاك، فتقررت عليه القيمة، فكان له أن يرجع بقيمة العبد عليه كالبائع. والمكره بالخيار، إن شاء رجع على المكره بقيمته ثم المكره يرجع على المشتري، وإن شاء رجع على المشتري، ولو أعتقه المشتري قبل القبض لا ينفذ إعتاقه، لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض والإعتاق لا ينفذ في غير الملك. فإن أجاز البائع البيع بعد الإعتاق، نفذ البيع ولم ينفذ الإعتاق. وهذه المسألة من حيث الظاهر تدل على أن الملك يثبت بالإجازة، فكانت الإجازة في حكم الإنشاء، ولكننا نقول إن الملك يثبت بالبيع السابق عند الإجازة بطريق الاستناد، والمستند مقتصر من وجه ظاهر من وجه، فجاز ألا يظهر في حق المعلق بل يقتصر. وللبائع خيار الفسخ والإجازة قبل القبض وبعده دفعاً للفساد، وأما المشتري فله حق الفسخ قبل القبض، لأنه لا حكم لهذا البيع قبل القبض. وليس له حق الفسخ.

خامساً: ويتميز العقد الفاسد عن العقد الباطل أخيراً، في وجوده الفعلي كواقعة مادية، في أنه ينتج أثراً آخر لا تقتضيه هو أيضاً طبيعة هذا الوجود الفعلي كواقعة مادية، والشرع هو الذي تولى ترتيب هذا الأثر لمصلحة قصد إلى تحقيقها. وهذه المصلحة هنا هي حماية المشتري نفسه،

(١) انظر في هذا المعنى الأستاذ شفيق شحاتة في «النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية» فقرة (١٧٠) - (١٧٢).

(٢) جاء في «الإنصاف» للمرداوي (٤/٢٦٥): «فإن كان أحدهما مكرهاً لم يصح هذا البيع. هذا المذهب بشرطه، وعليه الأصحاب». وقال في الفائق: قلت: ويحتمل الصحة وثبوت الخيار عند زوال الإكراه».

(٣) انظر الجزء الثاني من «مصادر الحق في الفقه الإسلامي».

لا حماية الغير كما هو الأمر في الأثر السابق، يحمي الشرع المشتري إذا زاد المبيع في يده بعد قبضه قبضاً صحيحاً بإذن البائع، زيادة غير متولدة من المبيع ولكنها متصلة به، فيمنع البائع من حق الفسخ. كذلك يحمي الشرع المشتري إذا غير من صورة المبيع تغييراً يخرج عنه حالته الأولى، فقد كان مسلطاً على ذلك من البائع إذ قبض المبيع بإذنه، فاعتد الشرع بذلك ومنع البائع من حق الفسخ. ففي هاتين الحالتين تثبت ملكية المشتري وتستقر بعد أن كانت مزعومة مهددة بالفسخ، وتصير ملكية باتة. وقد انتقلت هذه الملكية الباتة إلى المشتري بالعقد الفاسد، ولكن لا باعتباره تصرفاً شرعياً فهو كتصرف شرعي لا ينتج أثراً كما قدمنا، بل باعتباره واقعة مادية اقترنت بها واقعتان ماديتان أخريان، القبض الصحيح وتغير صورة المبيع. فهذا في نظر الشرع كاف لتثبيت ملكية المشتري، إذ البائع هو الذي سلطه على المبيع حتى غير صورته. وتنتقل الملكية إلى المشتري لا بالثمن المسمى إذ هي لم تنتقل بتصرف شرعي، بل بالقيمة أو بالمثل كما في الحالة السابقة، إذ أن الملكية قد انتقلت بواقعة مادية.

٣ - خصوصية الفساد المترتب على الإكراه

اختلاف المذاهب في حكم بيع المكره:

قدمنا في الجزء الثاني من مصادر الحق في الفقه الإسلامي أن الإكراه يختلف حكمه في المذاهب المختلفة، وقد تدرج في هذه المذاهب على جميع المراتب من البطلان إلى عدم اللزوم. فالإكراه يفسد التصرف عند أبي حنيفة وصاحبيه. ويجعله موقوفاً عند زفر.

أما عند الشافعي فالإكراه يبطل التصرف، لأن الباطل والفساد الموقوف عنده سواء بعد القبض، لأنه طائع في الشراء فكان لازماً في جانبه. لكن إنما يملك البائع فسخ هذا العقد إذا كان يحتمل الفسخ، فأما إذا لم يكن بأن تصرف المشتري تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالإعتاق والتدبير والاستيلاد لا يملك الفسخ وتلزمه القيمة. وإن تصرف تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالبيع والإجارة والكفالة ونحوها، يملك الفسخ، بخلاف سائر البياعات الفاسدة فإن تصرف المشتري بإزالة الملك يوجب بطلان حق الفسخ، أي تصرف كان. ووجه الفرق أن حق الفسخ هناك ثبت لمعنى يرجع إلى المملوك من الزيادة والجهالة ونحو ذلك، وقد زال هذا المعنى بزوال المملوك عن ملك المشتري، فبطل حق الفسخ. فلما ثبت حق الفسخ لمعنى يرجع إلى المالك، وهو كراهته وفوات رضاه وأنه قائم، فكان حق الفسخ ثابتاً. وكذلك لو باعه المشتري الثاني حتى تداولته الأيدي، له أن يفسخ العقود كلها لما ذكرنا. وكذا إنما يملك الإجازة إذا كان يحتمل الإجازة، فأما إذا لم يكن بأن تصرف المشتري تصرفاً لا يحتمل الفسخ لا تجوز إجازته، حتى لا يجب الثمن على المشتري بل تجب عليه قيمة العبد، لأن قيام المحل وقت الإجازة شرط لجواز الإجازة، لأن الحكم يثبت في المحل ثم يستند، والهالك لا يحتمل الإجازة، والمحل بالإعتاق صار في حكم الهالك وتقرر هلاكه لأنه لا يحتمل الفسخ، فيتقرر على المشتري قيمته. وإن تصرف تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالبيع ونحوه، يملك الإجازة وإن تداولته الأيدي، وإذا أجاز واحداً من العقود جازت العقود كلها، ما

بعد هذا العقد وما قبله أيضاً، بخلاف الغاصب إذا باع المغمصوب ثم باعه المشتري وهكذا حتى تداولته الأيدي وتوقفت العقود كلها، فأجاز المالك واحداً منها، إنما كان يجوز ذلك العقد خاصة دون غيره. ولو لم يجز المالك شيئاً من العقود ولكنه ضمن واحداً منهم، يجوز ما بعد عقده دون ما قبله. والفرق أن في باب الغصب لم ينفذ شيء من العقود بل توقف نفاذ الكل على الإجازة، فكانت الإجازة شرط النفاذ، فينفذ ما لحقه الشرط دون غيره. أما ههنا فالعقود ما توقف نفاذها على الإجازة لوقوعها نافذة قبل الإجازة، إذ الفساد لا يمنع النفاذ، فكانت الإجازة إزالة الإكراه من الأصل، ومتى جاز الإكراه من الأصل، جاز العقد الأول، فتجوز العقود كلها، فهو الفرق. وبخلاف ما إذا ضمن المغمصوب منه أحدهم، لأنه ملك المغمصوب عند اختيار أخذ الضمان منه من وقت جنابته وهو القبض، إما بطريق الظهور وإما بطريق الاستناد على ما عرف في مسائل الخلاف، فلا يظهر فيما قبله من العقود، وههنا بخلافه على ما مر «البدائع» (١٨٧/٧ - ١٨٨)، وانظر أيضاً «المبسوط» للسرخسي (٣٨/٢٤ - ١٥٥)، «فتح القدير» (٢٩٢/٧ - ٣٠٩).

ويتبين من النص الذي قدمناه أن بيع المكره فاسد، ولكنه يختلف عن البيع الفاسد ويوافق البيع الموقوف في وجوه، ويتفق مع البيع الفاسد ويخالف البيع الموقوف في وجوه أخرى.

أين يختلف بيع المكره عن البيع الفاسد ويوافق البيع الموقوف:

يكون ذلك في الوجوه الآتية:

أولاً: ترد على البيع إجازة العاقد المكره وهو البائع، قبل القبض وبعده، فينقلب البيع صحيحاً، لأن الفساد فيه لحق البائع لا لحق الشرع. بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه، فلا ترد عليه الإجازة أصلاً، لأن الفساد فيه لحق الشرع.

ثانياً: ينقطع حق العاقد غير المكره، وهو المشتري، في الفسخ بعد القبض، فيلزمه البيع إذا قبض المبيع، لأن رضاه لم يفت إذا لم يشبه إكراه. والذي فات هو رضاء البائع، ولذلك يملك الفسخ بعد القبض كما يملك الإجازة. وهذا بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه، فلكل من العاقلين فسخه حتى بعد القبض، ولا ينقطع حق الفسخ إلا بتصرف المشتري أو بتغير المبيع.

ثالثاً: في بيع المكره إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً قابلاً للفسخ كالبيع، لم ينقطع حق البائع في الفسخ. فإذا ما فسخ استرد المبيع من أي يد مهما تداولته الأيدي. وهذا بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه، ففيه إذا تصرف المشتري في المبيع انقطع حق البائع في الفسخ. وذلك لأن حق الفسخ «ثبت لمعنى يرجع إلى المملوك من الزيادة والجهالة ونحو ذلك، وقد زال هذا المعنى بزوال المملوك عن ملك المشتري، فبطل حق الفسخ. فلما ثبت حق الفسخ لمعنى يرجع إلى المالك، وهو كراهته وفوات رضاه وأنه قائم، فكان حق الفسخ ثابتاً»^(١).

(١) ويبدو أن حكم الهلاك في بيع المكره يتفق مع حكمه في كل من البيع الموقوف والبيع الفاسد فإذا قبض المشتري المبيع وهلك في يده، فإن كان قبل الإجازة هلك بالقيمة أو بالمثل، وإن كان بعد الإجازة هلك =

أين يتفق بيع المكروه مع البيع الفاسد ويخالف البيع الموقوف:

يكون ذلك في الوجهين الآتين:

أولاً: يجوز في بيع المكروه لكل من البائع والمشتري فسخ البيع قبل القبض. أما البيع الموقوف فلا يملك أحد فسخه إلا في حالات معينة، وإنما يملك مع توقف البيع لمصلحته أن يجيزه فينفذ، فإن لم تلحقه الإجازة بطل دون فسخ.

ثانياً: في بيع المكروه إذا تصرف المشتري بعد القبض تصرفاً غير قابل للفسخ، كما لو كان المبيع عبداً فأعتقه، فإن حق البائع في الفسخ ينقطع، ويرجع على المشتري بالقيمة أو المثل ولا يرجع بالثمن المسمى لفساد البيع. أما إذا كان الإعتاق قبل القبض، لم ينقطع حق البائع في الفسخ فإن فسخ سقط البيع والإعتاق، وإن أجاز بقي البيع وسقط الإعتاق لأن استناد الإجازة هنا مقتصر.

وفي البيع الموقوف لمصلحة البائع، إذا تصرف المشتري ولو تصرفاً غير قابل للفسخ، فإن حق البائع في عدم إجازة هذا البيع لا ينقطع. فإذا لم يجز سقط البيع والإعتاق معاً، وإذا أجاز نفذ البيع والإعتاق معاً، ورجع على المشتري بالثمن المسمى، لا بالقيمة أو بالمثل كما كان يرجع في بيع المكروه على ما مر.

ترجيح الوقف على الفساد في بيع المكروه:

ويمكن أن نستخلص مما قدمناه النتائج الآتية:

١ - بيع المكروه قد ينتج أثراً باعتباره تصرفاً شرعياً، وذلك إذا لحقته إجازة البائع قبل القبض أو بعده. والبيع الفاسد لغير الإكراه لا ينتج أي أثر باعتباره تصرفاً شرعياً كما سبق القول.

٢ - بيع المكروه، كواقعة مادية، لا يرتب عليه الشرع - كما يرتب على البيع الفاسد لغير الإكراه - استقرار الملك إذا تصرف المشتري في المبيع وتداولته الأيدي.

٣ - في غير ما تقدم يتفق بيع المكروه مع البيع الفاسد لغير الإكراه، فهو كتصرف شرعي قابل للفسخ قبل القبض، وهو كواقعة مادية ينقل ملكاً مستقراً إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً غير قابل للفسخ.

والأولى الأخذ برأي زفر واعتبار بيع المكروه موقوفاً لا فاسداً، فإن ما يتفق فيه بيع المكروه مع البيع الموقوف من الأحكام أهم مما يتفق فيه هذا البيع مع البيع الفاسد لغير الإكراه، ذلك أن تصحيح بيع المكروه بإجازة البائع قبل القبض وبعده، وانقطاع حق المشتري في الفسخ بعد القبض، وثبوت حق البائع في استرداد البيع مهما تداولته الأيدي، كل هذه أمور جوهرية وفيها يتفق بيع

بالثمن المسمى وكذلك الحكم في البيع الموقوف لغير الإكراه. وفي البيع الفاسد، إذا هلك المبيع في يد المشتري هلك بالقيمة أو بالمثل، ولا يتصور هلاكه بالثمن المسمى لأن البيع الفاسد لا ترد عليه الإجازة.

المكره مع البيع الموقوف. أما جواز فسخ المشتري للبيع قبل القبض، ورجوع البائع على المشتري بالقيمة لا بالثمن المسمى لو تصرف المشتري في المبيع بعد القبض تصرفاً غير قابل للفسخ، وهي الأحكام التي يتفق فيها بيع المكره مع البيع الفاسد لغير الإكراه، فهذه أمور غير جوهرية يمكن الانتقال فيها من أحكام البيع الفاسد إلى أحكام البيع الموقوف دون تعارض مع طبيعة الأشياء ودون أن تختل أصول الصناعة الفقهية. هذا إلى أن الفرق واضح بين خلل يصيب الإرادة كما هو الأمر في بيع المكره، وخلل يصيب المحل كما هو الأمر في البيع الفاسد لغير الإكراه، فوجب أن يكون لكل من الخللين حكم يختلف عن الحكم الذي للخلل الآخر. وهذا الفرق وصل حدًا من الوضوح أحسه حتى الفقهاء الذين يقولون بفساد بيع المكره، فميزوا الفساد في هذا البيع بخصوصيات ليست في الفساد لغير الإكراه.

بل إن الأولى هو الأخذ بمذهب مالك ويقول في مذهب أحمد بن حنبل واعتبار بيع المكره بيعاً نافذاً غير لازم، حتى يستوي في الجزاء عيوب الإرادة جميعاً: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، فهذه العيوب كلها من طبيعة واحدة، فالأولى أن يتوحد فيها الجزاء، وإن كان الوقف كجزاء لعيوب الإرادة أفضل من عدم اللزوم كما سنرى.

المبحث الثالث

حكم العقد الموقوف

متى يكون العقد موقوفاً وفي أي المذاهب:

قدمنا أن العقد يكون موقوفاً إذا كان صادراً من ناقص الأهلية، أما إذا كان صادراً من عديم الأهلية فالعقد باطل. ويكون العقد أيضاً موقوفاً إذا كان محله غير مملوك للمتصرف، أو كان مملوكاً له وتعلق به حق الغير.

فسبب توقف العقد يرجع إذن إلى إرادة ناقصة أو إلى محل ناقص.

وحالات العقد الموقوف كثيرة متعددة، حتى قيل: إن عددها وصل إلى ثمان وثلاثين حالة، كثير منها لا يكون العقد فيها موقوف النفاذ بالمعنى الدقيق، بل موقوف الانعقاد أو موقوف الصحة أو موقوف اللزوم. والحالات التي يكون فيها العقد موقوف النفاذ يمكن ردها إلى أحد السببين السالفي الذكر: نقص الأهلية أو نقص المحل.

ويتمثل السبب الأول في الصبي المميز، ويندرج تحته العبد والمعتوه المميز والسفيه وذو الغفلة، وكذلك في قول زفر من حيث إن إرادته ناقصة كإرادة ناقص الأهلية.

ويتمثل السبب الثاني في الفضولي، ويندرج تحته البائع إذا باع مرة أخرى من غير مشتره، والغاصب، والمرتد، والنائب ووكيل النائب إذا جاوز الحدود المرسومة للنيابة، ومالك العين المرهونة أو العين المعطاة مزارعة إذا كان البذر من قبل العامل، والمريض مرض الموت، إذا باع لوارثه، ووصي الميت إذا باع للوارث، والوارث إذا باع لمورثه المريض، والورثة

إذا باعوا التركة المستغرقة، أو المولى إذا باع عبده المأذون^(١).

والعقد الموقوف معروف في الفقه الحنفي وفي الفقه المالكي وفي رواية عن أحمد ابن حنبل في الفقه الحنبلي. وفي الرواية الأخرى في المذهب الحنبلي وفي مذهب الشافعي لا يعرف العقد الموقوف، وهو والفاقد والباطل سواء.

فنحن إذ نستعرض حكم العقد الموقوف نستعرضه في المذاهب التي تعرفه ونتكلم تباعاً:
(١) في حكم العقد الموقوف لنقص الأهلية (٢) وفي حكم العقد الموقوف لتعلق حق الغير بالمحل.

المطلب الأول

حكم العقد الموقوف لنقص الأهلية

ترتيب الولاية على القاصر والمحجور:

أول الأولياء هو الأب، ثم وصيه ثم وصي وصيه، ويأتي ذلك الجد لأب، ثم وصيه، ثم وصي وصيه. ويأتي ذلك القاضي، ثم من نصبه القاضي وهو الوصي. وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف في مال الصغير، إلا من ينصبه القاضي وصياً. ويلحق بالقاصر المحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه، فينصب له قيم يكون بمثابة الوصي.

مدى ولاية الولي في التصرف في مال الصغير أو المحجور:

لا يملك الولي، أيًا كان، أن يتصرف في مال الصغير أو المحجور تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً. فليس له أن يهب مال الصغير أو المحجور، ولا أن يتصدق به، ولا أن يوصي به، ولا أن يعتق عبده، ولا أن يقرض ملله.

ويملك الولي، أيًا كان، أن يباشر لمصلحة الصغير أو المحجور تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً، فله أن يقبل الهبة والصدقة والوصية والعارية والكفالة وأن يزوج أمته.

أما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر، فيملكها الولي بشرط ألا يلحق بالصغير أو المحجور الغبن الفاحش. فله أن يبيع مال الصغير أو المحجور بأكثر من قيمته أو بمثلها أو بأقل منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة. وله أن يشتري بماله شيئاً بأقل من قيمته أو بمثلها أو بأكثر منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة. وله أن يؤجر ماله بأكثر من أجره المثل أو بأجرة المثل أو بأقل منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة. وله أن يستأجر له شيئاً بأقل من أجره المثل أو بأجرة المثل أو بأكثر منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة وله أن يعير ماله استحساناً، والقياس أن الإعارة تمليك المنفعة بغير عوض فلا تجوز، ولكنها جازت استحساناً لأنها من توابع التجارة وضروراتها فتملك بملك

(١) انظر في ذلك مقالاً للدكتور زكي عبد البر في العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المصري... «مجلة القانون والاقتصاد» السنة الخامسة والعشرون (١٢٢ - ١٤٢).

التجارة، ولهذا ملكها المأذون. وله أن يرهن ماله بدين، لأن الرهن من توابع التجارة، ولأنه قضاء الدين وهو يملك قضاء دينه من ماله فيملك الرهن بدينه، وله أن يأذن له بالتجارة إذا كان يعقل البيع والشراء، لأن الإذن بالتجارة دون التجارة، فإذا ملك التجارة بنفسه فلأن يملك الإذن بالتجارة أولى. وهذا هو الحكم في سائر التصرفات التي تدور بين النفع والضرر.

مدى أهلية الصغير والمحجور في التصرف:

أما إذا باشر الصغير المميز أو المحجور المميز التصرفات بنفسه، فإنه يملك منها ما ينفع نفعاً محضاً على الوجه السالف الذكر، وتصرفه يكون صحيحاً نافذاً، ولا يملك منها ما يضر ضرراً محضاً على النحو الذي قدمناه، وتصرفه يكون باطلاً. وإذن لا يملك أحد - لا ناقص الأهلية ولا الولي - أن يتصرف في مال الصغير أو المحجور تصرفاً يضر ضرراً محضاً. أما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر، فهذه إذا باشرها ناقص الأهلية بنفسه تنعقد صحيحة موقوفة. فإذا أجازها الولي، أو أجازها ناقص الأهلية بعد أن يستكمل أهليته ببلوغه سن الرشد أو بفك الحجر عنه، نفذت في حقه.

فننظر إذن في حكم هذه التصرفات قبل الإجازة، ثم ننظر في الإجازة وحكم تحققها أو تخلفها.

تصرفات ناقص الأهلية قبل الإجازة:

التصرف الذي يدور بين النفع والضرر ويباشره ناقص الأهلية ينعقد صحيحاً. ذلك أن عبارة ناقص الأهلية صالحة لإنشاء التصرفات، فهو قادر على فهم معاني العبارات التي تنعقد بها العقود. ولكن لما كانت قدرة ناقص الأهلية على التمييز قدرة محدودة، وكان التصرف يدور بين النفع والضرر، فإنه لا يؤمن على تقدير ما يجره عليه التصرف من نفع أو ما يلحقه به من خسارة، فكان تصرفه موقوفاً لا ينفذ لهذا السبب، حتى يراجعه الولي، أما عند الشافعي فالتصرف باطل لا ينعقد، ولو أجازة الولي.

والفرق بين الحكمين ظاهر، فليس معنى أن التصرف موقوف هو أنه لم ينعقد أو أنه انعقد فاسداً، بل التصرف قد انعقد صحيحاً ولكنه لا ينتج أثره قبل إجازة الولي له. فقبل الإجازة يكون بيع القاصر لماله ولو بأكثر من قيمته موقوف الأثر، ولا تنتقل ملكية البيع إلى المشتري، ولا يلزم المشتري دفع الثمن. ولكن البيع، وإن كان موقوفاً، لا يكون قابلاً للفسخ. فلا يجوز فسخه ولا الرجوع فيه، لا من المشتري ولا من ناقص الأهلية، بل على هذين أن يتربصا بالبيع إجازة الولي، فإن أجاز نفذ البيع، وإن لم يجز بطل.

ويخلص من ذلك أن التصرف في فترة وقفه لا يكون له وجود مادي فحسب، بل يكون له أيضاً وجود قانوني، لأنه انعقد، بل انعقد صحيحاً، ولكن هذا الوجود القانوني لا تترتب عليه آثاره، فهو من هذه الناحية يقارب العقد الباطل، ولكنه يفارقه في أن الآثار موقوفة لا منعدمة وهي على خطر النفاذ أو الزوال.

الإجازة - تحققها أو تخلفها:

يبقى تصرف ناقص الأهلية موقوفاً على النحو الذي قدمناه، إلى أن يتبين مصيره بإجازته أو بعدم إجازته. فإن أجازته، وتميز عن التصرف الباطل تميزاً كبيراً إذ أصبح تصرفاً نافذاً للأثر. وإن تخلفت الإجازة انعدم، واختلط بالتصرف الباطل فأصبح باطلاً مثله. وليس هناك وقت معلوم إذا انقضى اعتبر التصرف مجازاً أو غير مجاز، بل يبقى التصرف موقوفاً إلى أن يعلن من له حق الإجازة إجازته أو عدم إجازته.

والإجازة تصرف قانوني يستند إلى وقت التصرف، وسنبين ذلك تفصيلاً عند الكلام في إجازة تصرف الفضولي. والذي يملك الإجازة هو الولي أو ناقص الأهلية نفسه عندما يستكمل أهليته كما سبق القول، ويجب أن يكون هناك مجيز للتصرف وقت صدوره ووقت صدور الإجازة، فإذا صدر من ناقص الأهلية تصرف لا يملكه وليه، كان التصرف باطلاً فلا تلحقه الإجازة. وقد يكون المجيز وقت صدور الإجازة غير المجيز وقت صدور التصرف، فيكون هناك ولي يملك الإجازة وقت صدور التصرف، ثم لا يكون هو المجيز، بل يجيز التصرف ناقص الأهلية عند استكمال أهليته. لكن إذا أعلن الولي عدم إجازته للتصرف، لم تصح الإجازة بعد ذلك من المتصرف نفسه بعد استكمال أهليته^(١).

(١) ويقول الكاساني في صدد إجازة تصرف ناقص الأهلية ما يأتي:

«وكذلك الصبي المحجور عليه إذا باع مال نفسه أو اشترى أو تزوج امرأة أو زوج أمته أو كاتب عبده أو فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه، يتوقف على إجازة وليه ما دام صغيراً، أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ إن لم يوجد من وليه، في حال صغره. حتى لو بلغ الصبي قبل إجازة الولي، فأجاز بنفسه، جاز، ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير إجازة. لأن هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها ألا ترى أنه لو فعلها وليه جازت فاحتمل التوقف على الإجازة. وإنما يتوقف على إجازته بنفسه أيضاً بعد البلوغ كما يتوقف على إجازة وليه في حالة صغره، لأنه لما بلغ فقد ملك الإنشاء فأولى أن يملك الإجازة، ولأن ولايته على نفسه فوق ولاية وليه عليه في حال صغره فلما جاز بإجازة وليه فلأن يجوز بإجازة نفسه أولى. ولا يجوز بمجرد البلوغ لأن الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه وأنه فعل فاعل مختار، والبلوغ ليس صنعة فلا يعقل إجازة... وبمثله إذا أطلق الصبي امرأته أو خالعتها أو أعتق عبده على غير مال أو على مال أو وهب ماله أو تصدق به أو زوج عبده امرأة أو باع ماله بمحابة أو اشترى شيئاً بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن في مثله عادة أو غير ذلك من التصرفات مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه، لا ينعقد، حتى لو أجاز وليه أو الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للإنشاء، بأن يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق أو ذلك العتاق، فيجوز ويكون ذلك إنشاء لا إجازة... وكذلك وصية الصبي لا تنعقد، لأنها تصرف لا مجيز له حال وجوده، ألا ترى أنه لو فعل الولي لا يجوز عليه، فلا يتوقف. وسواء أطلق أو أضافها إلى حال البلوغ كما قلنا حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده لا تجوز وصيته إلا إذا بلغ وأجاز تلك الوصية بعد البلوغ فتجوز، لأن الإجازة منه بمنزلة إنشاء الوصية، ولو أنشأ الوصية بعد البلوغ صح، كذا هذا» «البدائع» (١٤٩/٥ - ١٥٠).

المطلب الثاني

حكم العقد الموقوف لتعلق حق الغير بالمحل

صور مختلفة:

قدمنا أن حق الغير يتعلق بالمحل في صور مختلفة. أهمها وأبرزها أن يكون المحل مملوكاً للغير، وهذا هو تصرف الفضولي، وسنجعل كلامنا فيه أصلاً. وقد لا يبلغ حق الغير هذا المبلغ، فلا يكون مالكاً، بل يكون مرتهناً وهذا هو بيع المرهون، أو مستأجراً وهذا هو بيع المستأجر، أو وارثاً إذا باع المريض مرض الموت ماله منه، ونوجز القول في هذه الصور المختلفة بعد الكلام في تصرف الفضولي.

١ - تصرف الفضولي

من هو الفضولي:

الفضولي في الفقه الإسلامي غير الفضولي في الفقه الغربي. ففي الفقه الغربي الفضولي هو من قام بحاجة ضرورية عاجلة لرب العمل تفضلاً منه، فيرجع عليه بما أنفق في ذلك. أما الفضولي في الفقه الإسلامي فهو من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة. فمن باع مال غيره دون أن يكون وكيلاً بالبيع أو نائباً عن المالك فهو فضولي، ويستوي في ذلك أن يبيعه على أنه مال الغير أو أن يبيعه على أنه ماله هو^(١)، وسواء علم

(١) ومع ذلك فقد جاء في «البحر الرائق» ما يفيد أن الفضولي لو باع المال على أنه ماله هو لم ينعقد البيع: «ولو قال المصنف رحمه الله تعالى: باع ملك غير لمالكه لكان أولى، لأنه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلاً كما في «البدائع»، «البحر» (٦/١٥٠). ولكن ابن عابدين صحح هذا القول واعتبر أن الفضولي لو باع ملك غيره على أنه ماله هو انعقد البيع موقوفاً كما لو باع على أنه مال الغير، واستشهد بأن المبيع إذا استحق توقف البيع على إجازة المستحق، والبايع في هذا الفرض باع المال على أنه ماله هو ومع ذلك انعقد البيع موقوفاً على إجازة المالك وهو المستحق. جاء في «ابن عابدين» في هذا الصدد: «قوله على أنه لمالكه إلخ... أي على أن البيع لأجل مالكة لا لأجل نفسه. وهذا مأخوذ من «البحر»، حيث قال: ولو قال المصنف: باع ملك غيره كمالكه لكان أولى، لأنه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلاً كما في «البدائع» اهـ لكن صاحب المنحة قال في منحه أقول يشكل على ما نقله شيخنا من «البدائع» ما قالوه من أن المبيع إذا استحق لا يفسخ العقد في ظاهر الرواية بقضاء القاضي بالاستحقاق، وللمستحق إجازته. وجه الإشكال أن البائع باع لنفسه لا للمالك الذي هو المستحق، مع أنه توقف على الإجازة. ويشكل عليه بيع الغاصب. فإنه يتوقف على الإجازة، فالظاهر ضعف ما في «البدائع» فلا ينبغي أن يقول عليه لمخالفته لفروع المذهب م هـ. وذكر نحوه الخير الرملي، ثم استظهر أن ما في البدائع رواية خارجة عن ظاهر الرواية. أقول يظهر لي أن ما في البدائع لا إشكال فيه، بل هو صحيح، لأن قول البدائع لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلاً معناه لو باعه من نفسه، فاللام بمعنى من، فهو المسألة الثانية من المسائل الخمس، وحينئذ فمراد «البدائع» أن الموقوف ما باعه لغيره. أما لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلاً. فالخلل إنما جاء مما فهمه صاحب «البحر» من أن اللام للتعليل، وأنه احتراز عما إذا باعه لأجل مالكة. والله در أخيه صاحب «النهر» حيث وقف على حقيقة الصواب، فقال عند قول «الكنز»: «ومن باع =

المشتري أنه فضولي أو لم يعلم، ومن اشترى لغيره مالا دون توكيل أو نيابة يكون فضولياً. وقل مثل ذلك في سائر التصرفات: الهبة والإجارة والعارية والفرض وغيرها. ونفرض أن الفضولي يبيع مال الغير أو يشتري مالا للغير، فتكلم في تصرف الفضولي قبل الإجازة، ثم نتكلم في الإجازة إذا تحققت أو تخلفت.

بيع الفضولي قبل الإجازة:

يكون البيع الصادر من الفضولي منعقداً صحيحاً ولكنه موقوف، فلا ينتج أثر البيع إلى أن يجاز، مثله مثل تصرف ناقص الأهلية فيما مر. فيكون للتصرف وجود قانوني، ولكن يوقف أثره، فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ويتوقف التزام المشتري بدفع الثمن^(١). وجاء في «فتح القدير»

= ملك غيره يعني لغيره، أما إذا باع لنفسه لم ينعقد، كذا في «البدائع» ١ هـ. لكنه لو عبر بمن بدل اللام لكان أبعد عن الإبهام، وعلى كل فهو عين ما ظهر لي والحمد لله رب العالمين «ابن عابدين» (٤/ ٢١٠ - ٢١١). (١) وقال الشافعي تصرف الفضولي لا ينعقد، فهو والعقد الباطل سواء، لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية، إذ الولاية تثبت بالملك أو بإذن المالك وقد فقد، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية. وتجب الحنفية على ذلك بأن تصرف الفضولي تصرف تمليك، وقد صدر من أهله العاقل البالغ في محله وهو المال المتقوم، فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه مع تخيره، بل فيه نفعه حيث يكفي مؤونة طلب المشتري وحقوق العقد فإنها لا ترجع إلى المالك، وفيه نفع العاقد يصون كلامه عن الإلغاء، وفيه نفع المشتري لأنه أقدم عليه طائناً ولولا النفع لما أقدم. فثبت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجوه. هذا إلى أن الإذن ثابت دلالة، لأن العاقل يأذن في التصرف النافع. ويستدل الحنفية أيضاً بحديث عروة البارقي أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشترى به أضحية، فاشترى شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاء بالشاة والدينار إلى النبي ﷺ وأخبره بذلك، فقال عليه السلام: «بارك الله لك في صفقتك». ورواه الترمذي عن عروة وحكيم بن حزام كما بينه في «النهاية» «البحر» (١٤٧) وانظر «فتح القدير» (٥/ ٣٠٩ - ٣١٠). ومعنى ذلك أن عروة كان فضولياً في بيع إحدى الشاتين، وقد أجاز النبي عليه السلام الصفقة بدعائه لعروة بالبركة فيها:

وجاء في «المهذب»: «ولا يجوز بيع ما لا بركة من غير إذن مالكة، لما روى حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال: «لا تبع ما ليس عندك»، ولأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه فهو كالطير في الهواء أو السمك في الماء» «المهذب» (١/ ٨٦٢)، وجاء في «الوجيز»: «فبيع الفضولي مال الغير لا يقف على إجازته على المذهب الجديد. وكذلك بيع الغاصب وإن كثرت تصرفاته في أثمان المغصوبات على أقيس الوجهين، فيحكم ببطالان الكل. ولو باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت والمبيع ملك البائع، حكم بصحة البيع على أحد القولين». «الوجيز» (١/ ١٣٤). وجاء في «شرح البهجة»: «يرد بيع الفضولي بأن باع مال غيره بلا ولاية، كذا يرد شراؤه لغيره بعين ما يملكه سواء أو غيره أو بشمن في ذمته كما فهم بالأولى إذ لا سبيل له على ذمته بحال، كأن يقول: اشتريت لفلان كذا بألف في ذمته فإن لم يقل في ذمته وقع العقد المباشر، كما ذكره الرافعي في الوكالة. أما لو اشتراه لغيره بمال نفسه، فإن لم يسمه وقع المباشر وإن أذن الغير، وإن سماه فإن لم يأذن له لغت التسمية وقع للمباشر وإلا وقع للأذن ويكون المعطي قرضاً ولا تقوم النية هنا مقام التسمية كما ذكره الشيخان. وفي القديم عقد الفضولي موقوف على الإجازة لخبر أبي داود عن عروة البارقي. وهو قوي في الدليل يعني الخبر المذكور فإنه صححه لكن ضعفه غيره، وقال الخطابي إنه غير متصل. وقال شيخنا شيخ الإسلام ابن حجر الصواب أنه متصل في إسناده مبهم»، «شرح البهجة» لتركيب الأنصاري (٢/ ٤٠٦).

(٣١٦/٥): «بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية... وعندهما يوجهه موقوفاً، لأن الأصل اتصال الحكم بالسبب، والتأخير لدفع الضرر عن المالك، والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه». وعند مالك تصرف الفضولي موقوف أيضاً^(١)، وهو إحدى الروايتين في مذهب أحمد بن حنبل^(٢).

(١) جاء في «القوانين الفقهية»: «فأما الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه كذلك فهو بيع الفضولي فينعقد ويتوقف على إذن ربه، وقال الشافعي: لا ينعقد» «القوانين الفقهية» لابن جزي (٢٤٥ - ٢٤٦).

وجاء في «بداية المجتهد»: «واختلفوا من هذا في بيع الفضولي هل ينعقد أم لا، وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب المال أمضى البيع، وإن لم يرض فسخ، وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير إذنه على أنه إن رضي المشتري صح الشراء وإلا لم يصح. فمنعه الشافعي في الوجهين جميعاً، وأجازه مالك في الوجهين جميعاً، وفرق بينه أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال: يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء... وعمدة المالكية ما روي أن النبي ﷺ دفع إلى عروة البارقي ديناراً وقال: اشتر لنا من هذا الجلب شاة، قال: فاشتريت شاتين بدينار وبعث إحدى الشاتين بدينار، وجئت بالشاة والدينار فقلت: يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم، فقال: «اللهم بارك له في صفقة يمينه»، ووجه الاستدلال منه أن النبي ﷺ لم يأمره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع، فصار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير، وعلى الشافعي في الأمرين جميعاً وعمدة الشافعي النهي الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده، والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره، قالوا: والدليل على ذلك أن النهي إنما ورد في حكيم بن حزام وقضيته مشهورة، وذلك أنه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده، وسبب الخلاف المسألة المشهورة هل إذا ورد النهي عن سبب حمل على سببه أو يعم (ابن رشد طبعة الخانجي) (١٤٣/٢ - ١٤٤).

(٢) جاء في «المغني»: «وإن اشترى بعين مال الأمر أو باع بغير إذنه أو اشترى لغير موكله بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه، ففيه روايتان. إحداهما البيع باطل، ويجب رده، وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر. والثانية البيع والشراء صحيحان ويقف على إجازة المالك، فإن أجازه نفذ ولزم البيع، وإن لم يجزه بطل، وهذا مذهب مالك وإسحاق وقول أبي حنيفة في البيع فأما الشراء فعنده يقع للمشتري بكل حال. ووجه هذه الرواية ما روى عروة بن الجعد البارقي رضي الله عنه أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة، فاشتري شاتين ثم باع إحداهما بدينار في الطريق. قال: فأنيت النبي ﷺ بالدينار والشاة فأخبرته، فقال: «بارك الله لك في صفقة يمينك»، ورواه الأثرم وابن ماجه. ولأنه عقد به مجيز حال وقوعه، فيجب أن يقف على إجازته كالوصية. ووجه الرواية الأولى قول النبي ﷺ لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك، رواه ابن ماجه والترمذي، وقال حديث حسن صحيح: يعني ما لا تملك، لأنه ذكره جواباً له حين سأله أن يبيع الشيء ثم يمضي فيشتريه ويسلمه. ولاتفقنا على صحة بيع مال الغائب، ولأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فأشبهه الطير في الهواء. والوصية يتأخر بها القبول عن الإيجاب، ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد، ويجوز فيها من الغرر ما لا يجوز في البيع. فأما حديث عروة فنحمله على أن وكالته كانت مطلقة بدليل أنه سلم وتسلم وليس ذلك الغير المالك باتفاقنا... ولو باع سلعة وصاحبها حاضر بأكثر، فحكمه حكم ما لو باعها من غير علمه في قول أكثر أهل العلم، منهم أبو حنيفة وأبو ثور والشافعي. وقال ابن أبي ليلى سكونه إقرار لأنه دليل على الرضا، فأشبهه سكوت البكر في الإذن في نكاحها. ولنا أن السكوت محتمل، فلم يكن إذناً كسكوت الثيب، وفارق سكوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها وليس ذلك بموجود هنا»، «المغني» طبعة الثالثة (٢٠٥/٤ - ٢٠٦).

ويترب على أن بيع الفضولي موقوف النتائج الآتية:

١ - إذا سلم الفضولي المبيع إلى المشتري، فهلك قبل الإجازة. فللمالك أن يضمن الفضولي أو المشتري أيهما شاء، وأيهما اختار ضمانه برىء الآخر، لأن في التضمن تمليكاً منه، فإذا ملكه من أحدهما لا يمكن تمليكه من الآخر. فإن اختار تضمين المشتري بطل البيع، لأنه يرجع عليه بالقيمة لا بالثمن المسمى، وأخذ القيمة كأخذ العين، فكأنه انتزع العين من يده ولم يجز البيع فبطل، ويرجع المشتري على الفضولي بالثمن الذي دفعه له، لا بما ضمن. وإن اختار تضمين الفضولي، نظر هل كان الفضولي قد قبض المبيع من مالكة مضموناً عليه فيكون قد ملكه بالضمان مستنداً إلى وقت القبض أي إلى وقت سابق على صدور البيع إلى المشتري، فيكون البيع قد صدر من مالك فينفذ. أما إذا كان الفضولي قد قبض المبيع من مالكة أمانة في يده، فيكون وقت أن باعه المشتري غير ملك، وإنما وجب الضمان عليه بتسليمه المبيع للمشتري بعد صدور البيع، فلا ينعقد بيعه لتأخر سبب ملكه عن عقد البيع، ويرجع الفضولي على المشتري بالقيمة لأن المشتري تسلم المبيع فهلك عنده ويده يد ضمان «فتح القدير» (٣١٣/٥)، «البحر» (١٤٩/٦).

٢ - إذا سلم الفضولي المبيع إلى المشتري، فباع المشتري المبيع من مشتري ثانٍ، فأى عقد أجازته المالك جاز هذا العقد خاصة دون العقد الآخر. ذلك أن الفضولي بتسليمه المبيع إلى المشتري يكون غاصباً، والغاصب إذا باع المغصوب وسلمه، ثم باعه المشتري من غيره، ثم أجاز المالك أحد البيعين، فإنه ينفذ ما أجازته المالك خاصة. لأن الغصب لا يزيل ملكه، فكل بيع من هذين البيعين يوقف على إجازته لمصادفته ملكه، فتكون إجازته لأحد البيعين تمليكاً للعين من المشتري بحكم هذا البيع، فلا ينفذ ما سواه «السرخسي» في «المبسوط» (٩٦/٢٤). وقد يقال إن المالك إذا أجاز البيع الأول فانتقل الملك إلى المشتري من الغاصب، وجب أن ينفذ تبعاً لذلك البيع الثاني إذ يتبين أن المشتري من الغاصب قد باع ملكه إلى المشتري الثاني. ولكن يرد على ذلك بأن ملك المشتري من الغاصب أصبح باتاً بالإجازة، وملك المشتري من المشتري موقوف لعدم إجازته، والملك البات إذا ورد على الملك الموقوف أبطله. جاء في «ابن عابدين»: «وأما عدم نفاذ البيع (أي البيع الصادر من المشتري من الغاصب بعد إجازة المالك لبيع الغاصب)، فبطلانه بالإجازة، لأنه يثبت بها الملك للمشتري باتاً، والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه. فهذا كله يبطل الملك الموقوف. وأورد عليه أن بيع الغاصب ينفذ بأداء الضمان مع أنه طرأ ملك بات للغاصب على ملك المشتري الموقوف، وأجيب بأن ملك الغاصب ضروري ضرورة أداء الضمان فلم يظهر في إبطال ملك

= وجاء في «الإنصاف» للمرداوي: «فإن باع ملك غيره بغير إذنه أو اشترى بعين ماله شيئاً بغير إذنه، لم يصح. وهو المذهب، وعليه أكثر الأصحاب... وعنه يصح ويقف على إجازة المالك، اختاره في الفائق وقال: لا قبض ولا إقباض قبل الإجازة». (٢٨٣/٤)، وانظر أيضاً «القواعد» لابن رجب، القاعدة الخامسة والستين فيمن تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه.

المشتري». «ابن عابدين» (٢٢٠/٤). وجاء في «البحر الرائق»: «وأما بيع المشتري من الغاصب فإنما لا يصح لبطلان عقده بالإجازة فإن به يثبت الملك للمشتري بآثاء، والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله، وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورته، فهذا كله يبطل الملك الموقوف، لأنه لا يتصور اجتماع البات والموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات، «البحر» (١٥١/٦) ومع ذلك انظر (١٢٥).

٣- إذا صار الفضولي مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه، فإن بيعه يبطل وله بعد أن أصبح مالكا أن ينقل الملك للمشتري بعقد مبتدأ لا بإجازة العقد الأول. جاء في «الفتاوى الهندية»: «ومن باع ملك غيره ثم اشتراه، وسلم إلى المشتري، لم يجز، ويكون باطلاً لا فاسداً، وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه، حتى أن الغاصب إذا باع المغصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه. ولو اشتراه الغاصب من المالك أو وهبه منه أو ورثه منه لا ينفذ بيعه قبل ذلك، كذا في الفصول العمادية» «الفتاوى الهندية» (١١١/٣). ويمكن أن يقال هنا أيضاً إن ملك الفضولي قد أصبح بآثاء. فطرأ على ملك المشتري منه وهو ملك موقوف، فأبطله قارن مع ذلك «ابن عابدين» (٢٢٠/٤).

وتميز المالكية بين ما إذا ملك الفضولي المبيع بالميراث فينتقل ما كان لمورثه له فيصح أن ينقض البيع الصادر منه قبل انتقال الملك بالميراث، وبين ما إذا ملك المبيع بسبب آخر كالبيع والهبة والصدقة فيصح البيع الصادر منه ولا يجوز له نقضه ويكون المذهب المالكي على خلاف المذهب الحنفي فيما إذا صار الفضولي مالكا للمبيع بسبب غير الميراث بعد صدور البيع منه، ففي المذهب الحنفي يبطل البيع، ويصح البيع في مذهب مالك. جاء في «الدسوقي» على «الشرح الكبير» للدردير: «وللغاصب إذا باع المغصوب قبل ملكه من ربه نقض بيع ما باعه أو وهبه أو أعتقه أو وقفه إن ورثه من المغصوب منه، لانتقال ما كان لمورثه له، لا إن اشتراه من المغصوب منه بعد أن باعه أو ملكه بهبة أو صدقة من المغصوب منه فليس له النقض - تنبيه: من فروع هذه المسألة شريك في دار باعها كلها تعدياً، ثم ملك حظ شريكه، فإن ملكه بإرث رجع فيه ويأخذ نصيبه بالشفعة، وإن ملكه بشراء أو هبة أو صدقة، فلا رجوع له»، «الدسوقي» على «الشرح الكبير» للدردير (١١/٣).

بيع الفضولي قبل الإجازة قابل للفسخ من الطرفين:

على أن بيع الفضولي، وهو موقوف قبل الإجازة، هو أيضاً قابل للفسخ من الجهتين: جهة المشتري وجهة الفضولي نفسه. وهذا بخلاف بيع ناقص الأهلية، فقد قدمنا أنه موقوف، ولكنه غير قابل للفسخ لا من جهة المشتري ولا من جهة ناقص الأهلية. ومن ثم يكون للفضولي فسخ البيع الصادر منه، حتى لو أن المالك أجازته بعد ذلك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف. وإنما كان له الفسخ ليدفع الحقوق عن نفسه، فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل، فترجع حقوق العقد إليه، فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب، وفي ذلك ضرر به، فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته. وللمشتري فسخ البيع قبل الإجازة، تحرراً عن لزوم العقد. جاء في «البدائع»: «ولو فسخه البائع (الفضولي) قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم، ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان قد نقده...»

وكذا إذا فسخه المشتري بنفسه... إن البيع الموقوف لو اتصلت به الإجازة، فالحقوق ترجع إلى العاقد، فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه، فله ذلك «البدائع» (٥/١٥١)، انظر أيضاً «فتح القدير» (٥/٣١٢)، «البحر الرائق» (٦/١٤٨).

أما في مذهب مالك فبيع الفضولي لازم من جهة الفضولي ومن جهة المشتري، منحل من جهة الملك.

شراء الفضولي:

في المذهب الحنفي إذا اشترى الفضولي شيئاً لغيره، وأضاف العقد لنفسه، هو والبائع، ولم يضيفه إلى الغائب، فإن العقد ينفذ في حقه هو ولا يتوقف على إجازة الغائب. فيصبح بحكم هذا العقد النافذ في حقه مشترى لنفسه، وهو المالك لما اشتراه والمدين بثمنه. وله أن يبيع ما اشتراه، بعقد مبتدأ، إلى الغائب أو إلى غيره. وهذا ما لم يكن الفضولي من غير أهل لزوم العهدة، بأن كان صبياً أو محجوراً، فلا يجد العقد نفاذاً عليه لعدم الأهلية، فيتوقف على إجازة الذي اشترى له. أما إذا أضاف العاقدان العقد إلى الغائب، فإنه ينصرف إلى هذا الغائب ويتوقف على إجازته، كما في بيع الفضولي.

وقد جاء في «الفتاوى الخانية» في هذا الصدد ما يأتي: «وشراء الفضولي لا يتوقف ويكون مشترى لنفسه. وهو على وجوه أربعة: أحدها أن يقول البائع: بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم، ويقول الفضولي: اشتريت لفلان أو يقول: قبلت لفلان أو قال: قبلت، ولم يقل: لفلان. فهذا العقد يتوقف على إجازة الغائب، إن أجاز يكون الشراء لفلان، وإن لم يجز بطل العقد. والثاني أن يقول المالك: بعت هذا منك بكذا، فقال الفضولي: قبلت أو اشتريت ونوى الشراء لفلان، فإن الشراء ينفذ عليه، ولا يتوقف. ولو قال الفضولي: اشتريت هذا لفلان بكذا، وقال البائع بعت منك هذا بكذا لأجل فلان، وقال المشتري: اشتريت أو قبلت، أو قال المشتري أولاً اشتريت هذا لأجل فلان فقال البائع: بعت، فإنه ينفذ على المشتري ولا يتوقف. رجل اشترى عبداً وأشهد أنه يشتريه لفلان، فقال للبائع: اشتريت منك هذا العبد لفلان، وقال البائع: بعت، وقال فلان: قد رضيت. ذكر الناطقي رحمه الله تعالى أن للمشتري أن يمنع العبد عن فلان، لأن الشراء وجد نفاذاً على العاقد فينفذ عليه. فإن سلم المشتري إلى فلان، كانت العهدة للبائع على المشتري وهو العاقد، ويكون تسليم المشتري إلى فلان بمنزلة بيع مستقل جرى بين المشتري وبين فلان... رجل باع عبد غيره بغير إذن المولى بعرض أو بشيء بعينه سوى الدراهم والدنانير، ثم أجاز المولى بيعه، جاز بيعه والمشتري بالعبد يكون للمشتري وعليه قيمة العبد لمولاه، لأن شراء ذلك الشيء لا يتوقف فكان مشترى لنفسه، قاضياً ثمنه بالعبد بإذن المولى، فيكون المشتري بالعبد له». «الفتاوى الخانية» على هامش «الفتاوى الهندية» (٢/١٧٣/١٧٤ - انظر أيضاً «البحر الرائق» (٦/١٤٩). وفي خصوص هذه المسألة الأخيرة جاء في «فتح القدير»: «هذا الذي ذكرناه إذا كان الثمن ديناً. فإن كان عيناً، بأن باع الفضولي ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة، اشترط قيام الأربعة المذكورة

وخامس وهو ذلك الثمن العرض . وإذا أجاز مالك المبيع والتمن عرض ، فالفضولي يكون مالكا للعرض . والذي تفيده الإجازة أنه أجاز للفضولي أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله ، كأنه قال : اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالي قرضاً عليك . فإن كان مثلياً فعليه مثله ، وإن كان قيمياً كثوب أو جارية فقيمه . فيصير مستقرضاً للجارية أو الثوب ، والقرض وإن لم يجز في القيميات لكن ذلك إذا كان قصداً . وهنا إنما يثبت ضمناً مقتضى لصحة الشراء ، فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لا غير ، كالكفيل فيه إذا أداه من مال نفسه يصير مقرضاً حتى يرجع بقيمته إن كان ثوباً ، لأن الثوب مثلي ، في باب المسلم فكذا فيما جعل تبعاً له . فكذا هذا ، إذ لا صحة لشراء العبد إلا بقرض الجارية ، والشراء مشروع ، فما ضمنه يكون مشروعاً «فتح القدير» (٣١٢/٥) ، وانظر «البحر الرائق» (١٤٨/٦) : ويسمى الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد .

أما في المذهب المالكي ، فشراء الفضولي كبيعه موقوف دائماً ، أضيف العقد إلى الغائب أو أضيف إلى الفضولي . جاء في «الحطاب» : «لم يذكر المصنف حكم شراء الفضولي ، وحكمه كبيعه . قال في «المتطية» من باع سلعة لغيره بغير إذنه ، فإن البيع ينعقد ، ولا يكون للمبتاع أن ينحل عنه إذا أجاز ذلك ربها . وكذلك إذا اشترى له سلعة بغير إذنه ، فلا يكون للمبتاع حل الصفقة إذا أخذها المبتاع له لنفسه انتهى . فإن لم يجز الشراء ، لزمّت السلعة المشتري الفضولي ، ولا رجوع لرب المال على البائع بما دفعه له المشتري إلا أن يكون المشتري أشهد عند الشراء أنه إنما اشترى لفلان بماله وأن البائع يعلم ذلك أو صدق المشتري فيه أو تقوم بينه أن الشيء الذي اشترى به ملك المشتري له . فإن أخذ المشتري له ماله ولم يجز الشراء ، انتقض البيع فيما إذا صدق البائع ، ولم ينتقض في قيام البيعة أن المال له بل يرجع على المشتري بمثل الثمن ويلزمه البيع ، هذا قول ابن القاسم وأصحب «الحطاب» (٢٧٢/٤) انظر أيضاً «حاشية العدوي» على «الخرشي» (٥/١٨) .

إجازة تصرف الفضولي - شروط صحتها:

الإجازة تصدر من المالك ، ويجب لصحتها أن تتوافر الشروط الآتية :

١ - قيام الأطراف الثلاثة وقت صدور الإجازة . البائع والمشتري والمالك . فلو مات أحدهم قبل صدور الإجازة من المالك ، لم تصح الإجازة ، ولا تقوم الورثة مقام من مات . جاء في «فتح القدير» : «ولو هلك المالك ، لا ينفذ بإجازة الوارث . . . وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، فإن القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير جازت بإجازة ورثته بعد موته استحساناً ، لأنه لا فائدة في نقض القسمة ثم الإعادة . وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع ، فلا تجوز بإجازة ورثته ، هو القياس ، والاستحسان مقدم» ، «فتح القدير» (٣١٢/٥ - ٣١٣) .

٢ - قيام المبيع ، كذلك الثمن لو كان عيناً . فلو هلك قبل إجازة المالك ، لم تصح الإجازة . فإن كان قد هلك في يد المالك ، هلك عليه . وإن هلك بعد التسليم إلى المشتري ، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الفضولي وإن شاء ضمن المشتري على التفصيل الذي قدمناه .

٣ - أن يكون للتصرف مجيز وقت صدوره . ذلك أن التصرف إذا لم يكن له مجيز وقت

صدوره، لم تتصور إجازته فوراً عقب صدوره، وإجازته في المستقبل قد تحدث وقد لا تحدث، فإن حدثت كان الانعقاد مفيداً وإن لم تحدث لم يكن مفيداً، فلا ينعقد التصرف مع الشك في حصول الفائدة أخذاً بقاعدة أن ما لم يكن ثابتاً يبقين لا يثبت مع الشك، فإذا لم ينعقد التصرف لا تلحقه الإجازة لأن الإجازة للمنعقد. أما إذا كان للتصرف مجيز وقت صدوره، أمكن تصور الإجازة في الحال عقب صدوره، فكان الانعقاد مفيداً فينعقد، فتلحقه الإجازة. ونرى من ذلك أنه يشترط لصحة الإجازة قيام كل عناصر التصرف - العاقدين والمحل والمجيز - وقت صدور الإجازة ووقت صدور التصرف. أما أنها تكون قائمة وقت صدور الإجازة، فلأن «الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه، ولا يتحقق الإنشاء بدون العاقدين والمعقود عليه، لذلك كان قيامها شرطاً للحقوق الإجازة» «البدائع» (١٥١/٥). وأما أنها تكون قائمة وقت صدور التصرف، فيبدو أن السبب في ذلك يرجع إلى فكرة استناد الإجازة إلى وقت صدور التصرف، فما دام العقد إذاً أجيز ينفذ من وقت صدوره وجب أن تكون عناصر النفاذ قائمة في هذا الوقت.

فإذا وهب الفضولي مال البالغ أو تصدق به أو أعتق عبده، انعقد التصرف موقوفاً على الإجازة، لأن البالغ يملك هذه التصرفات بنفسه فكان لها مجيز وقت صدورها، فتتوقف على إجازة المالك. أما إذا كان المالك صبيّاً أو محجوراً ليس من أهل هذه التصرفات، لم يكن للتصرف مجيز وقت صدوره، فلا ينعقد ومن ثم لا تلحقه الإجازة.

كيف تكون الإجازة:

والإجازة تكون بالقول أو بالفعل، وأي لفظ يدل على الإجازة يكفي. فإذا قال المالك أجزت البيع أو رضيت به أو قبلته أو أي لفظ في هذا المعنى، كان هذا إجازة «الفتاوى الخانية» (١٧٤/٢)، «جامع الفصولين» (٣١٥/١ - ٣١٦). والإجازة بالفعل قد تكون صريحة أو ضمنية. فتسليم المالك المبيع للمشتري أو أخذه الثمن منه إجازة صريحة بالفعل: وهبة المالك الثمن للمشتري أو التصديق به عليه إجازة بالفعل ضمنية. وسكوت المالك بعد علمه بتصرف الفضولي لا يكون إجازة، ولو قال المالك: لا أجيز، يكون ردّاً للبيع فيسقط، ولا تلحقه الإجازة بعد ذلك «البحر» (١٤٨/٦)، «الفتاوى الخانية» (١٧٦/٢)، «ابن عابدين» (٢١٨/٤).

تحقيق الإجازة وتخليها:

فإن وجدت الإجازة مستجمعة لشرائطها على النحو الذي أسلفناه، نفذ البيع، وصار الفضولي بمنزلة الوكيل، إذ الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة^(١) ولما كان الفضولي يصير

(١) ولو تعدد تصرف الفضولي، كأمة باعها فضولي من رجل وزوجها منه آخر، فأجيزاً معاً، يثبت الأقوى، فتصير مملوكة لا زوجة. ولو زوجها كل من رجل فأجيزاً، بطلا. ولو باعها كل من رجل فأجيزاً، تنصف بينهما، ويجيز كل منهما بين أخذ النصف أو الترك. ولو باعه فضولي وأجره آخر أو رهنه أو زوجه، فأجيزاً معاً، يثبت الأقوى، فيجوز البيع ويبطل غيره لأن البيع أقوى. وكذا ثبت الهبة إذا وهبه فضولي وأجره آخر. وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها، لأنها لازمة بخلاف غيرها. والإجازة أقوى من الرهن =

كالوكيل، فإن حقوق العقد ترجع إليه كما ترجع إلى الوكيل أما حكم العقد فينصرف إلى المالك، وينفذ البيع بالإجازة مستنداً إلى وقت صدوره لا إلى وقت صدورها، أي أن للإجازة أثراً رجعياً وإن كانت إنشاء من وجه كما قدمنا. جاء في «البحر»: «والأصل في تصرف الفضولي أن كل تصرف جعل شرعاً سبباً لحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية لم يستعقب حكمه ويتوقف: إن كان مما يصح تعليقه جعل معلقاً، وإلا احتجنا أن نجعله سبباً للحال متأخراً حكمه إن أمكن. فالبيع ليس مما يتعلق، فيجعل سبباً للحال، فإذا زال المانع من ثبوت حكم الإجازة. ظهر أثره من وقت وجوده، ولذا ملك الزوائد» «البحر» (١٥٢/٦). ولذلك كان كل ما يحدث في المبيع من كسب أو ولد أو عقر قبل الإجازة، فهو للمشتري، وينتقل ملك المبيع إلى المشتري من وقت البيع الصادر من الفضولي، لا من وقت الإجازة الصادرة من المالك. ويكون الثمن للمالك إن كان قائماً، لأنه بدل ملكه. وإن هلك في يد الفضولي يهلك أمانة، كما إذا كان الفضولي وكيلاً في الابتداء وهلك الثمن في يده.

أما إذا رد المالك البيع وأعلن عدم إجازته له، فقد قدمنا أن البيع يسقط ولا يستطيع المالك إجازته بعد رده، وفي هذه الحالة إذا كان المبيع قد سلم إلى المشتري وهلك، وجب أن يرد قيمته إلى المالك لأن يده يد ضمان كما قدمنا. وإذا كان المشتري قد سلم الثمن إلى الفضولي وهلك في يده، هلك أمانة ولا يرجع المشتري عليه بشيء، على تفصيل جاء في «البحر» على الوجه الآتي: «ولو لم يجز المالك وهلك الثمن في يد الفضولي، اختلف المشايخ في رجوع المشتري عليه بمثله، والأصح أن المشتري إن علم أنه فضولي وقت الأداء لا رجوع له، وإلا رجوع عليه، كذا في «القنية». وصرح الشارح بأنه أمانة في يده فلا ضمان عليه إذا هلك، سواء هلك قبل الإجازة أو بعدها». «البحر» (١٤٧/٦ - ١٤٨).

وإذا سكت المالك لا يجيز البيع ولا يرده، فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزاً أو غير مجيز، فيبقى البيع موقوفاً حتى يجيزه المالك أو يرده. وفي مذهب مالك إذا باع الفضولي بحضرة المالك، وسكت هذا، اعتبر سكوته إجازة. وإن باع بغير حضرته، وبلغه، فسكت عاماً من وقت علمه، اعتبر سكوته إجازة. وفي هذا المذهب أيضاً يطالب المالك المجيز الفضولي بالثمن ما لم يمض عام، فإن مضى وهو ساكت سقط حقه هذا إن بيع بحضرته، وإن بيع بغير حضرته ما لم تمض مدة الحيازة عشرة أعوام «الدسوقي» (١٢/٣)، «الصاوي» (٧/٢)، «الحطاب» (٢٦٩ - ٢٧٢)، «الخرشي» (١٧/٥ - ١٨)، «البهجة في شرح التحفة» (٦٨/٢ - ٧٥).

= لإفادتها ملك المنفعة، بخلاف الرهن. والبيع أقوى من الهبة لأن الهبة تبطل بالشيوع. ولو تباع غاصباً عرض لرجل واحد، فأجاز المالك لم يجز، لأن فائدة البيع ثبوت الملك والرقبة في التصرف، وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد، فلم تلحقه إجازة ولو غصبا من رجلين وتبايعا، وأجاز المالك، جاز. ولو غصبا النقدين من واحد، وعقدا الصرف وتقايضا، ثم أجاز، جاز لأن النقود لا تتعين في المعاوزات، وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب «البحر الرائق» (١٥٠/٦).

٢ - بيع المرهون والمستأجر وتصرف المريض مرض الموت

بيع المرهون:

المرهون تعلق به حق المرتهن، فبيعه ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة المرتهن. فإذا أجاز، نفذ البيع في حق الجميع: البائع والمشتري والمرتهن، وإذا لم يجز فرأي يذهب إلى أن البيع يسقط حتى لو افتك الراهن الرهن، والرأي الأصح هو أن البيع لا يتوقف إلا في حق المرتهن، فإذا افتك الرهن نفذ البيع في حق البائع والمشتري «المبسوط» (١١/١٣).

وليس للراهن فسخ البيع الذي صدر منه للمشتري. أما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالرهن عند أبي يوسف، وعند أبي حنيفة ومحمد له خيار الفسخ وإن علم بالرهن، وهذا هو الصحيح وعليه الفتوى. فيكون تأويل هذا الرأي الأخير أن المشتري، وقد علم بالرهن. اشترى على أن يفتك البائع العين المرهونة من مرتهنها ويسلمها إليه، فإذا لم يفعل فسخ المشتري البيع.

وإذا باع الراهن العين المرهونة للمرتهن نفسه، نفذ البيع بداهة في حق الراهن والمرتهن دون حاجة إلى إجازة.

انظر في بيع المرهون: «الفتاوى الهندية» (٣/١١٠ - ١١١)، «الحطاب» (٤/٤٦٩)، «الخرشي» (٥/١٧)، «الدسوقي» (٣/١١ - ١٢)، «المهذب» (١/٣١٢)، «المغني» (٤/٣٦٣)، «المرداوي» (٤/١٥٦ - ١٥٨).

بيع المستأجر:

المستأجر متعلق به حق المستأجر، كالمرهون تعلق به حق المرتهن. فبيع المستأجر كبيع المرهون ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة المستأجر، فإذا أجاز المستأجر البيع، نفذ في حق الجميع، وانفسخت الإجارة، ووجب على المستأجر تسليم العين للمشتري، ولكن له حق حبسها حتى يسترد ما عجله من الأجرة. وإذا لم يجز المستأجر البيع، فالبيع لا يتوقف إلا في حقه، فإذا انقضت الإجارة نفذ البيع، ووجب تسليم العين إلى المشتري.

وليس للمؤجر فسخ البيع الذي صدر منه للمشتري. أما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالإجارة عند أبي يوسف، وعند أبي حنيفة ومحمد له خيار الفسخ وإن علم بالإجارة، وذلك على النحو الذي قدمناه في بيع المرهون.

وإذا باع المؤجر العين للمستأجر نفسه، نفذ البيع في حقهما دون حاجة إلى إجازة، كما في بيع المرهون.

ونرى من ذلك أن جملة الأحكام التي قررناها في بيع المرهون تسري هنا أيضاً في بيع المستأجر، والفروق بين البيعين محل خلاف، جاء في «ابن عابدين»: «ووقف بيع المرهون

والمستأجر إلخ، أي فإن أجازته المرتهن والمستأجر نفذ. وهل يملكان الفسخ! قيل: لا وهو الصحيح. وقيل: يملكه المرتهن دون المستأجر لأن حقه في المنفعة، ولذا لو هلك العين لا يسقط دينه وفي الرهن يسقط... وجزم في الخانية بالثاني. ولكن في «حاشية الفصولين» للرملي عن «الزيلعي» لا يملك المرتهن الفسخ في أصح الروايتين «ابن عابدين» (٢١٣/٤). وجاء في «البحر»: «وفرق بينهما الكرابيسي، فجعل للمرتهن الإجازة والفسخ دون المستأجر فلا يملكه، فارقاً بأن المستأجر حقه في المنفعة ولذا لو هلك العين لا يسقط دينه، وفي الرهن يسقط وهو استيفاء حكمي. وتفرع على الفرق ما لو تعدد بيع المؤجر، فأجاز المستأجر (البيع) الثاني، نفذ الأول، ولو تعدد بيع الرهن، فأجاز المرتهن (البيع) الثاني، نفذ لا الأول» «البحر» (١٤٩ - ١٥٠). ذلك أننا لو قلنا بالفرق بين المرهون والمستأجر، وباع المؤجر العين مرتين، فإجازة المستأجر للبيع الثاني ليست إلا نزولاً عن حقه في المنفعة، فخلصت العين من الحق الذي تعلق بها، وسلمت تصرفات البائع فيها، فنفذ البيع الأول لأنه مقدم على البيع الثاني. ولو باع الراهن العين مرتين، فإجازة المرتهن للبيع الثاني نزول عن حقه في العين ذاتها لا في المنفعة إلى المشتري الثاني، فتخلص العين لهذا المشتري، وينفذ البيع الصادر إليه دون البيع الصادر إلى الأول». انظر أيضاً في بيع المستأجر: «الفتاوى الخانية» (١٧٧/٢)، «الفتاوى الهندية» (٣/١١٠).

بيع المريض مرض الموت:

بيع المريض مرض الموت حكمه عند المحابة حكم الوصية، لا ينفذ في المقدار المحابي به إلا في ثلث التركة ولغير الوارث. أما إذا صدر البيع لوارث مهما كانت قيمة المقدار المحابي به، أو صدر لغير وارث وزادت قيمة المقدار المحابي به على ثلث التركة، فالبيع للوارث، وكذلك البيع لغير الوارث فيما زاد على الثلث، ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة الورثة. فإن أجازوه نفذ في حق الجميع، وإلا بطل البيع للوارث، وبطل فيما زاد على الثلث لغير الوارث.

والأصل في ذلك أن التركة يتعلق بها حق الورثة، لا من موت المورث فحسب، بل أيضاً من بدء مرضه الأخير وهو مرض الموت. ذلك أن المورث إذا تصرف في مرض موته، فهو إنما يوصي، ويكون لتصرفه حكم الوصية. فتكون تصرفات المريض مرض الموت موقوفة على إجازة الورثة الذين تعلق حقهم بالتركة، كما توقف بيع المرهون على إجازة المرتهن، وبيع المستأجر على إجازة المستأجر.

والورثة يتعلق حقهم بثلاثي التركة إذا كان التصرف لغير وارث، ويتعلق بكل التركة إذا كان التصرف لوارث، وفي مصر سوى قانون الوصية بين الوارث وغير الوارث، فلا يتعلق حق الورثة في الحاليتين إلا بثلاثي التركة، ومن ثم جاز التصرف فيما لا يزيد على ثلث التركة للوارث ولو بغير إجازة سائر الورثة.

المبحث الرابع

حكم العقد النافذ غير اللازم

متى يكون العقد نافذاً غير لازم - الخيارات الأربعة:

قدمنا أن العقد يكون نافذاً غير لازم إذا كان بطبيعته لا يلزم أحد العاقلين أو كليهما، أو كان في العقد خيار لأحد العاقلين أو لكليهما يبيح فسخ العقد.

والعقد لا يلزم بطبيعته أياً من العاقلين في الوكالة والشركة والهبة والوديعة والعارية. وقد يلزم العقد أحد العاقلين دون أن يلزم الآخر، ففي الرهن لا يلزم العقد المرتهن، وفي الكفالة لا يلزم العقد الدائن. وليس للرجوع في حالة عدم لزوم العقد لأحد العاقلين دون الآخر أثر رجعي، فإذا رجع العاقد الذي لا يلزمه العقد انفسخ العقد من وقت رجوعه، وبقيت آثار العقد إلى وقت الرجوع قائمة.

وقد يكون في العقد خيار يجعله غير لازم. والخيارات كثيرة متنوعة. درسنا منها خيار الغلط وخيار الوصف وخيار التدليس وخيار الغبن، فلا نعود إليها أما خيار المجلس وخيار القبول فهذان لا يتعلقان بلزوم العقد بل بانعقاده، وقد سبق بحثهما.

بقيت خيارات أربعة معروفة إذا لحق أحدها العقد جعله غير لازم، وهي خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب، وهي التي نتولى بحثها هنا في إيجاز^(١).

المطلب الأول

خيار الشرط

قيام الخيار وأحكامه:

نعرض لقيام خيار الشرط، ثم للأحكام التي تترتب على قيامه.

ما هو خيار الشرط:

خيار الشرط خيار يشترطه أحد العاقلين أو كلاهما، بموجبه يكون لمن له الخيار الحق في نقض العقد في خلال مدة معينة، فإن لم ينقضه نفذ. فالعقد الذي فيه خيار الشرط يكون إذن غير لازم من جانب من له الخيار، إذ يجوز له الرجوع فيه كما قدمنا، وقد جاء خيار الشرط على

(١) نلاحظ باديء ذي بدء أن كلاً من خيار الشرط وخيار التعيين بمثابة شرط واقف، فيكون العقد لازماً من جهة وموقوفاً من جهة أخرى. أما خيار الرؤية وخيار العيب فهما بمثابة شرط فاسخ، فيكون العقد لازماً من جهة وغير لازم من جهة أخرى. فخيار الشرط وخيار التعيين، في حقيقة الأثر الذي يترتب عليهما، يتصلان بوقف العقد لا بعدم لزومه كما سنرى. وعند الشافعي خيار الشرط فاسخ كخيار العيب، انظر في خيار الشرط وهل هو واقف أو فاسخ، «الشرح الكبير» على متن «المقنع» (٤/ ٧٠ - ٧١) وسنورد ما جاء في هذا المرجع فيما يلي.

خلاف القياس، إذ القياس أن المعاوضات لا تحتل التعليق على الشرط، وخيار الشرط من شأنه أن يعلق العقد. ولكنه شرع بحديث للنبي عليه الصلاة والسلام، ولحاجة التعامل إليه، فقد يحتاج، في البيع مثلاً، المشتري أو البائع أو كلاهما إلى التأمل والتروي - ومن أجل ذلك يسمى في الفقه المالكي بخيار التروي - وقد يحتاج المشتري إلى تجربة المبيع قبل إمضاء البيع.

جاء في «المبسوط» للسرخسي: «بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه جعل رجلاً من الأنصار بالخيار في كل مبيع يشتره ثلاثة أيام، واسم هذا الرجل حبان بن منقذ وأبوه منقذ بن عمرو... وقد كان يغبن في البياعات لمأمومة أصابت رأسه، فقال له رسول الله ﷺ: إذا بايعت فقل: لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام. وكان ألثغ باللام، فكان يقول: لا خراة. ففي الحديث دليل جواز البيع مع شرط الخيار. والقياس يأبى ذلك لأن شرط الخيار يعلق العقد، وعقود المعاوضات لا تحتل التعليق، ويبقى مقتضى العقد وهو اللزوم وموجبه وهو الملك. ولكننا نقول تركنا هذا القياس للحديث، ولحاجة الناس إلى ذلك. فالبيع عقد معاينة، والمقصود به الاسترباح، ولا يمكنه تحصيل ذلك إلا أن يرى النظر فيه ويريد بعض أصدقائه، فيحتاج لأجل ذلك إلى شرط الخيار. فإذا كان يجوز بعض العقود لحاجة الناس كالإجارة ونحوها، فشرط الخيار في العقد أولى. ثم أصل العقد لا يتعلق بالشرط، لأن الخيار صفة في العقد، ويقال: بيع بات وبيع بخيار، وبالصفة لا يتعلق أصل الموصوف، وإنما يدخل الخيار في الحكم فيجعله في معنى المعلق بالشرط، لأن الشرط لا يخلو السبب عن الحكم إلا أن يتصل الحكم به، فقد يجوز أن يتأخر الحكم عنه لمؤخر كما يتأخر وجوب تسليم الثمن بشرط الأجل» «المبسوط» (١٣/٤٠ - ٤١).

وجاء في «فتح القدير»: «الموانع خمسة أقسام: مانع يمنع انعقاد العلة، وحرية المبيع فلا ينعقد البيع في الحر، لأنها لا تنعقد إلا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال، فلا وجود للبيع أصلاً فيه، كانقطاع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد إليه، ومانع يمنع تمام العلة، وهو البيع المضاف إلى مال الغير، كإصابة السهم بعد الرمي حائطاً فرده عن سننه. ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة، وهو خيار الشرط، ويمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه، على مثال استتار المرمي إليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه، ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته، كخيار الرؤية للمشتري، ومانع يمنع لزومه كخيار العيب. وإضافة الخيار إلى الشرط على حقيقة الإضافة، وهي إضافة الخيار إلى سببه إذ سببه الشرط. وحين وردت شرعيته، جعلناه داخلاً في الحكم مانعاً من ثبوته، تقليلاً لعمله بقدر الإمكان. وذلك لأن عمله إثبات الخطر في ثبوت الملك، وبذلك يشبه القمار، فقللنا شبهه. ولقائل أن يقول القمار ما حرم لمعنى الحظر بل اعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشارع سبباً للملك، فإن الشارع لم يضع ظهور العدد الفلاني في ورقة مثلاً سبباً للملك، والحظر طرد في ذلك لا أثر له. نعم يتجه أن يقال: اعتبرناه في الحكم تقليلاً بخلاف الأصل، وأما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر فذلك الغرر في المبيع وهذا في أن الملك يثبت أولاً» «فتح القدير» (١١٠/٥).

وقال ابن رشد: «أما جواز الخيار فعليه الجمهور، إلا الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من

أهل الظاهر. وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار. ثلاثاً، وما روي في حديث ابن عمر البيعان بالخيار ما لم يفتقرا إلا بيع الخيار وعمدة من منعه أنه غرر، وأن الأصل هو اللزوم في البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع. قالوا: وحديث حبان إما أنه ليس بصحيح، وإما أنه خاص لما شكنا إليه ﷺ أنه يخدع في البيوع، قالوا: وأما حديث ابن عمر وقوله فيه إلا بيع الخيار، فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ، وهو ما ورد فيه من لفظ آخر، وهو أن يقول أحدهما لصاحبه: اختر، «بداية المجتهد» طبعة أولى (١٧٢/٢).

مصدر خيار الشرط:

وخيار الشرط خيار يشترط في العقد ذاته، أو في اتفاق لاحق للعقد. فلو قال أحد المتبايعين بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام، صح بالإجماع، «فتح القدير» (١١١/٥).

ويرد خيار الشرط فيما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة، كالبيع والإجارة قبل بدء مدتها والصلح. ولا يجوز وروده في النكاح والطلاق والصرف والسلم والإقرار والهبة والوصية. وقد جاء في المادة (٣٣٠) من «مرشد الحيران»: «خيار الشرط يصح فيما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة، كالبيع والإجارة والمساقاة والمزارعة وقسمة القيميات المتحدة والمختلفة جنساً والصلح عن مال والرهن والكفالة والحوالة والإبراء والوقف والإقالة والخلع وفي ترك الشفعة بعد الطلبين الأولين». وجاء في المادة (٣٣١): «خيار الشرط لا يصح في النكاح والطلاق والصرف والسلم والإقرار والوكالة والهبة والوصية». ويظهر أن عدم صحة خيار الشرط في النكاح والطلاق أن هذين تصرفان لا يحتملان الفسخ فلا يحتملان التعليق على شرط، وفي الصرف والسلم أنهما لا يتمان إلا بالقبض فيلزمان به ولا يحتملان الفسخ بعد ذلك، وفي الإقرار أن طبيعته لا تحتمل التعليق، وفي الوكالة والهبة والوصية أنها تصرفات غير لازمة من الأصل فلا حاجة فيها لخيار الشرط.

لمن يكون الخيار:

ويجب تعيين من له خيار الشرط. وقد يكون هو المشتري، أو البائع، أو كلاهما. وقد يجعل خيار الشرط للمبيع نفسه إذا كان آدمياً رقيقاً.

ويصح أن يكون خيار الشرط لأجنبي، ويعتبر وكيلاً عن العاقد إذا رأى هذا العاقد أن الأجنبي خبير هو في حاجة إلى خبرته لإتمام الصفقة، ويكون الخيار ثابتاً للعاقد وللأجنبي معاً. وقد جاء في المادة (٣٣٢) من «مرشد الحيران»: «ويصح أن يجعل خيار الشرط لكل من العاقدين، أو لأحدهما دون الآخر، أو لأجنبي. وجاء في «الهداية» «فتح القدير» (١٢٦/٥ - ١٢٨): «ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره، فأيهما أجاز حاز الخيار، وأيهما نقض انتقض. وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً، وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري. ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر له الخيار اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه. وعند ذلك يكون لكل منهما الخيار، فأيهما أجاز جاز، وأيهما نقض انتقض. ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر، يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره. ولو خرج الكلامان

منهما معاً، يعتبر تصرف العاقد في رواية، وتصرف الفاسخ في أخرى. وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى، لأن النائب يستفيد الولاية منه. وجه الثاني أن الفسخ أقوى، لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة».

وقد يجعل البائع لنفسه خيار النقص، فيشترط أنه إن لم ينقذ الثمن في خلال مدة معينة هي المدة الجائزة للخيار فلا بيع. والخيار على هذا الوجه ليس موضوعاً للتروي، ولكن لفسخ البيع عند عدم دفع الثمن في مدة معينة. ولكن قد يقبض البائع الثمن ومع ذلك يشترط أن له الخيار، فإذا اختار فسخ البيع رد الثمن، والخيار على هذا الوجه هو خيار شرط للتروي، «فتح القدير» (٥/١١٤).

مدة الخيار:

تفاوتت المذاهب في تعيين الحد الأقصى لمدة الخيار:

فعند أبي يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل يجوز الاتفاق على أية مدة ولو طالت وعند مالك تتقدر مدة الخيار بتقدر الحاجة نظراً لتفاوت المبيعات، ففي اختيار الثوب يكفي اليوم واليومان، وفي الجارية يكفي الأسبوع، وفي اختيار الدار قد تصل مدة الخيار إلى الشهر ونحوه. وعند أبي حنيفة وزفر والشافعي لا يجوز أن تزيد مدة الخيار على ثلاثة أيام في جميع الأحوال.

ويقول ابن رشد في هذا المعنى: «وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدود في نفسه، وأنه إنما يتقدر بتقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات، وذلك بتفاوت المبيعات، فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب، والجمعة والخمسة أيام في اختيار الجارية. والشهر ونحوه في اختيار الدار. وبالجمله فلا يجوز عند الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع. وقال الشافعي وأبو حنيفة أصل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك، وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن: يجوز الخيار لأي مدة اشترطت، وبه قال داود»، «بداية المجتهد» طبعة أولى (١٧٢/٢).

فإذا لم تحدد مدة أصلاً، أو شرط الخيار أبداً، أو متى شاء، أو إلى مدة مجهولة كقدوم زيد أو نزول المطر أو مشاوره إنسان، فعند مالك يصح العقد ويحدد القاضي المدة المألوفة في العادة لاختيار مثل المبيع. وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي وأحمد يفسد العقد. وعند أبي حنيفة إذا استعمل الخيار في الثلاثة الأيام صح العقد، وإن انقضت الثلاثة الأيام دون استعمال حق الخيار فسد العقد.

٢. حكم خيار الشرط

مرحلتان:

يمر العقد المقترن بخيار الشرط بمرحلتين: أولاً - أثناء مدة الخيار وقبل استعماله. ثانياً - بعد انقضاء مدة الخيار أو بعد استعماله.

أولاً: أثناء مدة الخيار وقبل استعماله:

ملكية المبيع: ولمعرفة ما إذا كان البيع المقترن بخيار الشرط ينقل ملكية المبيع إلى المشتري أو لا ينقلها يجب التمييز بين ما إذا كان الخيار للمشتري، أو كان للبائع أو كان لهما معاً.

فإذا كان الخيار للمشتري، انتقلت ملكية المبيع إليه لأن البيع لازم للبائع وعند أبي حنيفة يخرج المبيع من ملك البائع ولكن لا يدخل ملك المشتري. أو الثمن فلا يخرج من ملك المشتري، بل يبقى ديناً موقوفاً، لأن البيع غير لازم للمشتري.

وإذا كان الخيار للبائع، بقي المبيع على ملكه، لأن البيع غير لازم له. وخرج الثمن من ملك المشتري إلى ملك البائع، لأن المبيع لازم للمشتري، وعند أبي حنيفة يخرج الثمن من ملك المشتري ولكن لا يدخل في ملك البائع.

وإذا كان الخيار للثنتين معاً، بقي المبيع على ملك البائع لأن البيع غير لازم له، وكذلك بقي الثمن على ملك المشتري لأن البيع غير لازم له أيضاً، فملكية كل من المبيع والثمن تكون في هذه الحالة موقوفة.

ويخلص مما قدمناه أمران: (١) أن خيار الشرط شرط واقف لا شرط فاسخ، على حين أن كلا من خيار الرؤية وخيار العيب شرط فاسخ لا شرط واقف. وكون خيار الشرط واقفاً فيه خلاف: فعند أبي حنيفة ومالك وفي قول لأحمد وللشافعي هو المشهور الملك لا ينتقل حتى ينقضي الخيار فالشرط واقف. وفي قول آخر لأحمد وهو ظاهر المذهب وقول آخر للشافعي الملك ينتقل ثم يعود إذا اختار صاحب الخيار الفسخ، فالشرط فاسخ، انظر «الشرح الكبير» على المقنع وسنورد ما جاء فيه فيما يلي. فإذا سائرنا الرأي الغالب وقلنا: إن الشرط شرط واقف لا فاسخ، اتصل خيار الشرط بالعقد الموقوف (في أحد البدلين أو في كليهما) لا بالعقد غير اللازم، والعقد في خيار الشرط موقوف على إجازة العاقد نفسه لا على إجازة أجنبي. ونظيره إجازة الصبي المميز للعقد عند بلوغه سن الرشد. (٢) لا يوجد ارتباط بين البدلين حتى أن أحد البدلين - المبيع أو الثمن - يدخل في ملك العاقد الآخر ولا يخرج من ملكه البديل المقابل. وهذا ما دعا أبا حنيفة إلى القول بأن البديل لا يدخل في ملك العاقد الآخر، حتى لا يجتمع البدلان عند عاقد واحد ولكنه يقول في الوقت ذاته بأن البديل يخرج من ملك صاحبه، فكيف يخرج من ملك صاحبه ولا يدخل في ملك العاقد الآخر؟ وأين يكون؟

حق التصرف في المبيع:

إذا كان الخيار للمشتري، فقد قدمنا أن المبيع دخل في ملكه، فيملك التصرف فيه بالبيع والإجازة وغير ذلك من التصرفات. وإذا تصرف فيه، كان هذا إمضاءً ضمناً للبيع المقترن بخيار الشرط. ولا يملك البائع التصرف في المبيع فقد خرج من ملكه.

وإذا كان الخيار للبائع، أو كان لكل من البائع والمشتري، فقد رأينا أن المبيع يبقى على ملك البائع، فيملك التصرف فيه، أما المشتري فلا يملك ذلك. وإذا تصرف البائع في المبيع، كان تصرفه فسخاً ضمناً للبيع المقترن بخيار الشرط.

ضمان المبيع:

إذا هلك المبيع في يد البائع قبل القبض، بطل البيع في جميع الأحوال، وكان الهلاك على البائع، وعليه أن يرد الثمن إلى المشتري إذا كان قد قبضه.

أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه له، اعتبرت يده يد ضمان لا يد أمانة، لأنه قبض المبيع لحساب نفسه لا أمانة عنده لغيره، فإذا كان الخيار له، فدخل المبيع في ملكه، لزم البيع وهلك المبيع عليه بالثمن. وإذا كان الخيار للبائع أو لهما معاً، فلم يدخل المبيع في ملك المشتري، بطل البيع وهلك المبيع على المشتري بالقيمة.

النصوص:

جاء في «البدائع»: «الخيار لا يخلو إما أن كان للبائع والمشتري جميعاً، وإما أن كان للبائع وحده، وإما أن كان للمشتري وحده، وإما أن كان لغيرهما بأن شرط أحدهما الخيار لثالث. فإذا كان الخيار لهما، فلا ينقذ العقد في حق الحكم في البدلين جميعاً، فلا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري، وكذا لا يزول الثمن عن ملك البائع، لأن المانع من الانقضاء في حق الحكم موجود في الجانبين جميعاً وهو الخيار وإن كان للبائع وحده فلا ينقذ في حق الحكم في حقه، حتى لا يزول المبيع عن ملكه، ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيه، ويخرج الثمن عن ملك المشتري لأن البيع بات في حقه. وهل يدخل في ملك البائع؟ عند أبي يوسف ومحمد يدخل. وإن كان للمشتري وحده، لا ينقذ في حق الحكم في حقه، حتى لا يزول الثمن عن ملكه، ولا يجوز للبائع أن يتصرف فيه إذا كان عيناً ولا يستحقه على المشتري إذا كان ديناً، ويخرج المبيع عن ملك البائع، حتى لا يجوز له التصرف فيه، لأن البيع بات في حقه، وهل يدخل في ملك المشتري؟ عند أبي حنيفة لا يدخل، وعندهما يدخل. وجه قولهما أن ثبوت الحكم عند وجود المستدعي هو الأصل والامتناع بعارض، والمانع ههنا هو الخيار، وأنه وجد في أحد الجانبين لا غير، فيعمل في المنع فيه لا في الجانب الآخر. ألا ترى كيف خرج المبيع عن ملك البائع إذا كان الخيار للمشتري، والثمن عن ملك المشتري إذا كان الخيار للبائع، فدل أن البيع بات في حق من لا خيار له، فيعمل في بتات هذا الحكم الذي وضع له، وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن الخيار إذا كان للبائع فالمبيع لم يخرج عن ملكه وإذا كان للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه، وهذا يمنع دخول الثمن في ملك البائع في الأول، ودخول المبيع في ملك المشتري في الثاني، لوجهين. أحدهما أنه جمع بين البدل والمبدل في عقد المبادلة. وهذا لا يجوز. والثاني أن في هذا ترك التسوية بين العاقدين في حكم المعاوضة، وهذا لا يجوز لأنهما لا يرضيان بالتفاوت. وقولهما البيع بات في حق من لا خيار له، قلنا: هذا يوجب البتات في حق الزوال لا في حق الثبوت، لأن الخيار من أحد الجانبين له أثر في المنع من الزوال، وامتناع الزوال من أحد الجانبين يمنع الثبوت من الجانب الآخر إن كان لا يمنع الزوال لما ذكرنا من الوجهين. . . وإن كان المبيع داراً، فإن كان الخيار للبائع، لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة، لأن المبيع لم يخرج عن ملك البائع. وإن كان للمشتري، يثبت حق الشفعة بالإجماع: أما على أصلهما فظاهر لأن المبيع في ملك المشتري، وأما على أصل أبي حنيفة فالمبيع وإن لم يدخل في ملك المشتري لكنه قد زال

عن ملك البائع بالإجماع وحق الشفعة يعتمد زوال ملك البائع لا ثبوت ملك المشتري». «البدائع» (٢٦٤/٥ - ٢٦٦).

وجاء في «فتح القدير»: «وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه، لأن تمام هذا السبب، الذي هو البيع، بالمرضاة... ولا يتم الرضا مع الخيار لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه، فلم يتم السبب في حق البائع لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا، فلا يوجب حكمه في حقه، فلا يخرج المبيع عن ملكه. فلهذا جاز تصرفه فيه، فنفذ عتقه فيه ولو كان في يد المشتري، ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع، لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال. وبالتعليل المذكور يعرف أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لاتحاد نسبته إلى كل من له الخيار، وأنه إذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشتري. ولو قبض المشتري المبيع وكان الخيار للبائع، فهلك في يده في مدة الخيار، ضمنه بالقيمة، لأن البيع يفسخ بالهلاك، لأنه كان موقوفاً في حق المبيع. ولا يمكن نفاذه بالهلاك لأنه لا نفاذ بلا محل، فبقي في يد المشتري مقبوضاً لا على وجه الأمانة المحضة كالوديعة والإعارة... لأنه ما رضي البائع بقبضه إلا على جهة العقد، فأقل ما فيه أن يكون كالمقبوض على سوم الشراء... وبثبوت الضمان بالقيمة على المشتري قال مالك والشافعي في المشهور. وعندهم وجه في ضمانه بالثمن، وهو قياس قول أحمد، لأنه قال: يخرج المبيع عن ملك البائع بثبوت الخيار له، لأن السبب قد تم بالإيجاب والقبول، وثبوت الخيار ثبوت حق الفسخ، وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب. قلنا: قولك ثم البيع بالإيجاب والقبول، إن أردت في حق حكمه منعناه، أو تمت صورته فمسلم ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا... ولو هلك المبيع في يد البائع والحال أن الخيار له، ولا إشكال في أنه يفسخ... وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع... إلا أن المشتري لا يملكه... وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا: يملكه المشتري، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول، لأنه لما خرج عن ملك البائع، لو لم يدخل في ملك المشتري، يكون زائلاً لا إلى ملك مالك، ولا عهد لنا به في الشرع في باب التجارة والمعاوضة، فيكون كالسائبة... ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه، فلو قلنا إنه يدخل المبيع في ملكه، اجتمع البدلان الثمن والمبيع في ملك أحد المتعاضين حكماً للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع، وأنى يكون والمعاوضة تقتضي المساواة بين المتعاضين في تبادل ملكيهما... فإن هلك المبيع في يد المشتري ولو في مدة الخيار، هلك بالثمن... وقد انبرم العقد وإبرام العقد يوجب الثمن لا القيمة» «فتح القدير» (١١٥ - ١١٨).

ثانياً: بعد انقضاء مدة الخيار أو بعد استعماله:

كيف تنقضي مدة الخيار: تنقضي مدة الخيار بأحد طرق ثلاثة:

- ١ - بانقضاء المدة التي عينها العاقدان، بحسب الأحوال، وفقاً للتفصيل الذي قدمنا.
- ٢ - بموت من له حق الخيار، وذلك لأن حق الخيار لا يورث، فإذا مات من يملكه لم ينتقل

إلى ورثته بل يزول، ويعتبر البيع لازماً لا خيار فيه. أما عند الشافعي فخيار الشرط يورث، ويقوم وارث من له الخيار مقامه فيه.

٣ - باستعمال من له حق الخيار خياره حتى قبل انقضاء المدة. فإن أمضى العقد لزم، وإلا انفسخ، على الوجه الذي سنبينه.

كيف يستعمل حق الخيار:

من له حق الخيار، بائعاً كان أن مشترياً أو أجنبياً، يجوز له فسخ العقد أو إمضاؤه. ولا يشترط في ذلك حكم القاضي، بل لا يشترط أن يكون ذلك بحضور العاقد الآخر عند أبي يوسف والشافعي. وعند أبي حنيفة ومحمد يشترط أن يكون ذلك بحضوره أي بعلمه. وإذا انقضت مدة الخيار دون أن يفسخ من له الحق فيه ودون أن يمضي العقد، اعتبر عدم الفسخ إلى انقضاء المدة إمضاء للعقد، كما اعتبر موت من له الخيار في مدة الخيار إمضاء للعقد.

ويتم الفسخ أو الإمضاء بالقول أو بالفعل. ويكون صريحاً أو بطريق الدلالة. أما الصريح فنحو أن يقول البائع: أجزت البيع أو أوجبت أو أسقطت الخيار أو أبطلته أو لم أجز البيع أو أسقطته. وأما الفسخ أو الإمضاء بطريق الدلالة فهو أن يوجد منه تصرف في البذل الموقوف، المبيع أو الثمن، يدل على الفسخ أو الإمضاء. فإن كان الخيار للبائع وتصرف في المبيع تصرف الملاك، بأن باعه أو وهبه أو أجره مثلاً، كان هذا فسخاً بطريق الدلالة. وإذا تصرف في الثمن، بأن أبرأ المشتري منه أو وهبه إياه أو اشترى منه شيئاً به، كان هذا إجازة، وإذا كان الخيار للمشتري، ووهب المبيع أو باعه أو أجره، كان هذا إجازة، وإذا استأجره من البائع أو استعاره منه كان هذا فسخاً.

الأثر المترتب على استعمال حق الخيار:

فإذا فسخ من له حق الخيار العقد على النحو الذي قدمناه، انفسخ العقد واعتبر كأن لم يكن، وذلك دون حاجة إلى حكم، أو رضاء العاقد الآخر، أو حضوره وقت الفسخ عند أبي يوسف والشافعي كما سبق القول.

أما إذا أمضى العقد بالقول أو بالفعل، صراحة أو دلالة، أو مات في مدة الخيار، أو سكت عن الفسخ أو الإمضاء حتى انقضت مدة الخيار، فقد زال حق الخيار ولزم العقد، واستند ذلك بأثر رجعي إلى وقت نشوء العقد.

النصوص:

جاء في «المبسوط»: «وإن كان الخيار للمشتري ثلاثة أيام فمات قبل أن يختار، فقد انقطع خياره ولزم البيع. وكذلك إذا كان للبائع فمات البائع، أو كان الخيار لهما جميعاً فماتا، فقد لزم البيع. وأجمعوا على أنه إذا مات من عليه الخيار، فإن الخيار باق. ولا يورث خيار الشرط عندنا. وقال الشافعي يورث ويقوم وارث من له الخيار مقامه في التصرف بحكم الخيار، لأن هذا حق لازم ثبت في عقد بيع فيخلف الوارث فيه المورث كما في ملك المبيع والثمن والكفالة والرهن،

بخلاف خيار القبول فإنه غير لازم ولا ثابت في بيع منعقد، وبخلاف الأجل فإنه ليس بثابت في البيع ولكنه صفة الدين ثم الإرث فيما ينتفع به الوارث أو المورث ولا منفعة لواحد منهما في إبقاء الأجل فإن ذمة الميت مرتبهة بالدين ما لم يقض عنه فلا تبسط يد الوارث في التركة لقيام الدين على المورث. فأما في توريث الخيار، فيه منفعة للوارث والمورث جميعاً، فإن الضرر والغبن يدفع به، وربما يقولون: هذا خيار ثابت في عين مبيعة فيخلف الوارث المورث فيه كخيار العيب، ولأن البذل الذي من جانب من له الخيار يبقى على ملكه ما بقي له خياره والوارث يخلف المورث فيما كان مملوكاً له، فإذا كان الملك باقياً للبائع في المبيع إلى وقت موته انتقل إلى وارثه، ولا يبطل العقد بهذا الانتقال، فمن ضرورة انتقال الملك إلى الوارث مع بقاء العقد انتقال الخيار إليه ليقوم الوارث مقام المورث في التصرف بحكمه. وحجتنا ما قال في الكتاب إن البيع منعقد مع الخيار، وقد كان الخيار مشيئة في رده، ولا يتحول بالموت مشيئته إلى غيره، لأن إرادته ومشيئته صفة فلا تحتمل الانتقال منه إلى غيره. وإنما يورث ما يحتمل الانتقال إلى الوارث، فأما ما لا يحتمل الانتقال إلى الوارث لا يورث كملكه في منكوحته وأم ولده، وكذلك العقد لا ينتقل إلى الوارث، لأنه إنما يورث ما كان قائماً والعقد قول قد مضى ولا يتصور انتقاله إلى الوارث، وإنما يملك الوارث الإقالة لقيامه مقام المورث في الملك لا في العقد فإن الملك يثبت ولاية الإقالة، ألا ترى أن إقالة الموكل مع البائع صحيحة والعاقده هو الوكيل دون الموكل. وإنما يخلفه في الملك الباقي بعد موته، ولما انقطع خياره بالموت صارت العين مملوكة للمشتري ووارث البائع لا يخلفه في ملك العين... فأما خيار العيب لا نقول بأنه يورث، ولكن سبب الخيار يتقرر في حق الوارث وهو استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لأن ذلك جزء من المال مستحق للمشتري بالعقد، فإذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لأجله، وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لأنه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء... فالمقصود هناك ليس هو الفسخ ولكن المطالبة بتسليم ما هو المستحق بالعقد، حتى إذا تعذر الرد بالعيب بحصة العيب من الثمن، والوارث يخلف المورث فيما هو مال «المبسوط» (٤٢/١٣ - ٤٣).

وجاء في «البدائع»: «وأما بيان ما يسقط به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق: أما خيار البائع، فما يسقط به خياره ويلزم البيع نوعان في الأصل، أحدهما اختياري والآخر ضروري. أما الاختياري فالإجازة، لأن الأصل هو لزوم البيع، والامتناع بعارض الخيار وقد بطل بالإجازة فيلزم البيع. والإجازة نوعان: صريح وما هو في معنى الصريح ودلالته. أما الأول فنحو أن يقول البائع أجزت البيع أو أوجبته أو أسقطت الخيار أو أبطلته وما يجري هذا المجرى، سواء علم المشتري الإجازة أو لم يعلم. وأما الإجازة بطريق الدلالة فهي أن يوجد منه تصرف في الثمن يدل على الإجازة وإيجاب البيع، فالإقدام عليه يكون إجازة للبيع دلالة... وعلى هذا يخرج ما إذا كان الثمن عيناً يتصرف البائع فيه تصرف الملاك بأن باعه أو ساومه أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو أجره أو رهنه ونحو ذلك، لأن ذلك يكون إجازة للبيع... وكذا لو كان الثمن ديناً فأبرأ البائع المشتري من الثمن أو اشترى به شيئاً منه أو وهب من المشتري، فهو إجازة للبيع كما قلنا. ولو اشترى بالثمن شيئاً من غيره لم يصح الشراء وكان إجازة، أما عدم صحة الشراء فلأنه شراء بالدين من غير من عليه الدين،

وأما كونه إجازة للبيع فلأن الشراء به من غيره إن لم يصح لكنه قصد التملك وإذا دليل الإجازة، كما إذا ساومه بل أولى لأن الشراء به في الدلالة على قصده التملك فوق المساومة، فليما كانت المساومة إجازة فالشراء أولى. بخلاف ما إذا كان البائع قبض الثمن الذي هو دين فاشترى به شيئاً إنه لا يكون إجازة للبيع، لأن عين المقبوض ليس بمستحق الرد عند الفسخ لأن الدراهم والدنانير لا تتعين عندنا في الفسخ كما لا يتعينان في العقد، فلم يكن المقبوض فيه مستحق الرد، فلا يكون التصرف فيه دليل الإجازة. بخلاف ما إذا اشترى به قبل القبض لأنه أضاف الشراء إلى عين ما هو مستحق بالعقد، فكان دليل القصد إلى الملك أو تقرر الملك فيه على ما قلنا. ولو كان الخيار للمشتري فأبرأه البائع من الثمن، قال أبو يوسف رحمه الله لا يصح الإبراء لأن خيار المشتري يمنع وجوب الثمن، والإبراء إسقاط، وإسقاط ما ليس بثابت لا يتصور. وروي عن محمد رحمه الله أنه إذا أجاز البيع نفذ الإبراء، لأن الملك يثبت مستنداً إلى وقت البيع، فتبين أن الثمن كان واجباً، فكان إبرأؤه بعد الوجوب، فينفذ والله عز وجل أعلم. وأما الضروري فثلاثة أشياء: أحدها مضي مدة الخيار، لأن الخيار مؤقت به، والمؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية. لكن هل تدخل الغاية في شرط الخيار، بأن شرط الخيار إلى الليل أو إلى الغد، هل يدخل الليل أو الغد؟ قال أبو حنيفة عليه الرحمة تدخل، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تدخل... والثاني موت البائع في مدة الخيار عندنا، وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل الخيار بموته بل يقوم وارثه مقامه في الفسخ والإجازة أجمعوا على أن خيار العيب وخيار التعيين يورث، وأما خيار الرؤية فلم يذكر في الأصل، وذكر في «الحيل» أنه لا يورث، وكذا روى ابن سماعة عن محمد أنه لا يورث... والثالث إجازة أحد الشريكين عند أبي حنيفة رحمه الله بأن تبايعا على أنهما بالخيار فأجاز أحدهما، بطل الخيار ولزم البيع عنده حتى لا يملك صاحبه الفسخ، وعندهما لا يبطل وخيار الآخر على حاله. «البدائع» (٢٦٧/٥ - ٢٦٨).

وجاء في «الهداية»: «ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة. وله أن يجيز. فإن أجاز به غير حضرة صاحبه جاز، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف يجوز، وهو قول الشافعي. والشرط هو العلم، وإنما كني بالحضرة عنه. له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على عمله كالإجازة، ولهذا لا يشترط رضاه، وصار كالوكيل بالبيع. ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالدفع، ولا يعري عن المضرة، لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه، فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسعته مشترياً فيما إذا كان الخيار للمشتري، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه، وصار كعزل الوكيل، بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه، ولا تقول إنه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط. ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة، تم الفسخ لحصول العلم به، ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ... ومن اشترى داراً على أنه بالخيار، فبيعت أخرى بجنبها فأخذها بالشفعة، فهو رضا، لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها، لأنه ما ثبت إلا لرفع ضرر الجوار وذلك بالاستدانة، فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقاً عليه، فيثبت الملك وقت الشراء، فيتبين أن الجوار

كان ثابتاً»، «فتح القدير» (١٢٠/٥ - ١٣٤).

وجاء في «الشرح الكبير» على «متن المقنع»: «ينتقل الملك في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب (مذهب أحمد)، ولا فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما أيهما كان، وهو أحد أقوال الشافعي. وعن أحمد أن الملك لا ينتقل حتى ينتقض الخيار، وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي وبه قال أبو حنيفة، إذا كان الخيار لهما أو للبائع، وإن كان للمشتري خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري، لأن البيع الذي فيه الخيار عقد قاصر فلم ينقل الملك كالهبة قبل القبض. وللشافعي قول ثالث إن الملك موقوف، فإن أمضيا البيع تبينا أن المال للمشتري، وإلا تبينا أنه لم ينتقل عن البائع، ولنا قول النبي ﷺ: من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، وقوله: من باع نخلاً بعد أن يؤبره فثمره للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، متفق عليه. فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه، وهو عام في كل بيع. ولأنه بيع صحيح، فنقل الملك عقيبه كالذي لا خيار فيه، ولأن البيع تمليك بدليل أنه يصح بقوله: ملكتك، فيثبت به الملك كسائر البيع، لأن التمليك يدل على نقل الملك إلى المشتري ويقتضيه لفظه، وقد اعتبره الشرع وقضى بصحته فوجب اعتباره كما يقتضيه ويدل عليه لفظه، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه كما لو باع عرضاً بعرض فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيباً. وقولهم: إنه قاصر غير صحيح، وجواز فسخ لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك فيه كبيع المعيب، وامتناع التصرف إنما كان لأجل حق الغير، فلا يمنع ثبوت الملك كالمرهون. وقولهم: إنه يخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري لا يصح، لأنه يفضي إلى وجود ملك بغير مالك وهو محال، ويفضي أيضاً إلى ثبوت الملك للبائع في الثمن عن غير حصول عوض للمشتري، أو إلى نقل ملكه من المبيع من غير ثبوته في عوضه، وكون العقد معاوضة يأبى ذلك. وقول أصحاب الشافعي إن الملك موقوف إن أمضيا البيع تبينا أنه انتقل وإلا فلا غير صحيح، فإن انتقال الملك إنما يبنى على سببه الناقل وهو البيع، وذلك لا يختلف بإمضائه وفسخه، فإن إمضاه ليس من المقتضى ولا شرطاً فيه إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله، والفسخ ليس بمانع فإن المنع لا يتقدم المانع كما أن الحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه. ولأن البيع مع الخيار سبب يسبق الملك عقيبه فيما إذا لم يفسخ، فوجب أن يشته وإن فسخ كبيع المعيب، وهو ظاهر إن شاء الله تعالى. فما حصل من كسب أو نماء فهو له، أمضيا العقد أو فسخاه: ما يحصل من غلات المبيع ونمائه في مدة الخيار، فهو للمشتري أمضيا العقد أو فسخاه. قال محمد فيمن اشترى عبداً ووهب له مال قبل التفرق ثم اختار البائع العبد، فالمال للمشتري وقال الشافعي: إن أمضيا العقد وقتلنا: الملك للمشتري فالنماء المنفصل له، وإن قلنا: الملك للبائع فالنماء له، وإن فسخا العقد وقتلنا: الملك للبائع أو موقوف فالنماء له وإلا فهو للمشتري. ولنا قول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان». وهذا من ضمان المشتري فيجب أن يكون نماؤه للمشتري كما بعد انقضاء الخيار. ويتخرج أن يكون النماء المنفصل للبائع إذا فسخا العقد بناء على قولنا: إن الملك لا ينتقل. وأما النماء المتصل فهو تابع للمبيع بأي حال، كما يتبعه في الرد بالعيب والمقابلة» «الشرح الكبير» على متن «المقنع» (٧٠/٤ - ٧١). وجاء في نفس المصدر (٧٠/٤): «إذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقرض بالثمن، ثم يرد المبيع

بالخيار عند رد الثمن، فلا خيار فيه لأنه من الحيل، ولا يحل لأخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار ولا التصرف فيه.

المطلب الثاني

خيار التعيين

خيار التعيين متفرع من خيار الشرط:

يتفرع عن خيار الشرط خيار التعيين، ويذكر في كتب الفقه عادة ضمن خيار الشرط أو عقبه. ومن ثم نبحت، كما بحثنا في خيار الشرط قيام خيار التعيين ثم الأحكام التي ترتبت على قيامه.

١ - قيام خيار التعيين

ما هو خيار التعيين وما هو مصدره؟

خيار التعيين خيار يشترطه المشتري عادة بأن يكون المبيع أحد أشياء معينة يختار المشتري واحداً منها بعد التجربة أو بعد التأمل والتروي. فخيار التعيين يثبت الملك للمشتري في أحد هذه الأشياء غير عين. وهو في الوقت ذاته ينطوي على خيار شرط بموجبه يتمكن المشتري من التروي في الاختيار. ولذلك كان البيع المقترن بخيار التعيين غير لازم من جانب المشتري في جميع الأشياء كما سنرى.

ويشترط ألا تزيد الأشياء التي يختار منها المشتري على ثلاثة، لأن خيار التعيين شرع استحساناً على خلاف القياس للحاجة إلى دفع الغبن بالتحري، والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة لا أكثر لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والردىء، فيبقى الحكم فيما يزيد على الثلاثة مردوداً إلى أصل القياس وهو المنع. ويحتاج المشتري إلى خيار التعيين إذا كان لا يمكنه دخول السوق بنفسه أو كان في حاجة إلى استشارة خبير فيما يأخذ وفيما يدع، فيشترط هذا الخيار ليتسنى له اختيار ما يناسبه خارج السوق أو بعد الرجوع إلى رأي الخبير.

ويأخذ زفر والشافعي بالقياس، فعندهما خيار التعيين يفسد البيع.

ومصدر الخيار اشتراطه في العقد ذاته، فلا بد أن يشترط في عقد البيع أن يكون للمشتري الخيار في أن يأخذ أي الأشياء يختاره بثمن معين، فإذا خلا البيع من هذا الشرط فسد. فإذا قال البائع للمشتري بعثك داراً من هذين بألف ولم يذكر على أنك بالخيار في أيهما شئت، لا يجوز اتفاقاً، كقوله: بعثك داراً من دوري. ولا بد أن يعين ثمن كل واحد من الأشياء المعروضة على المشتري، وإلا فسد البيع لجهالة الثمن.

جاء في «البدائع»: «إذا قال: بعثك أحد هذه الأتواب الأربعة بكذا، وذكر خيار التعيين أو سكت عنه، أو قال: بعثك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأتواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار، فالبيع فاسد لأن المبيع مجهول. ولو ذكر الخيار بأن قال: على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا وترد الباقي، فالقياس أن يفسد البيع وفي الاستحسان لا يفسد وجه القياس أن البيع مجهول لأنه

باع أحدهما غير عين وهو غير معلوم، فكان المبيع مجهولاً، فيمنع صحة البيع، كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار. وجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن، وورود الشرع هناك يكون وروداً هنا. والحاجة تندفع بالتحري في الثلاثة، لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والرديء، فيبقى الحكم في الزيادة مردوداً إلى أصل القياس. ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك، فإن كان أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشتري ما يحتاج إليه، خصوصاً الأكابر والنساء، فيحتاج إلى أن يأمر غيره، ولا تندفع حاجته بشراء شيء واحد معين من ذلك الجنس لما عسى لا يوافق الأمر، فيحتاج إلى أن يشتري أحد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعاً إلى الأمر فيختار أيهما شاء بالثمن المذكور ويرد الباقي. فجوزنا ذلك لتعامل الناس، ولا تعامل فيما زاد على الثلاثة، فبقي الحكم فيه على أصل القياس. وقوله المعقود عليه مجهول، قلنا: هذا ممنوع، فإنه إذا شرط الخيار بأن قال: على أن تأخذ أيهما شئت، فقد انعقد البيع موجباً للملك عند اختياره لا للحال، والمعقود عليه عند اختياره معلوم، مع أن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة، «البدائع» (١٥٦/٥ - ١٥٧).

لمن يكون خيار التعيين:

رأينا مما تقدم أن الأصل في خيار التعيين أن يكون للمشتري، فهو الذي يحتاج لهذا الخيار حتى يأخذ الأوفق له، أما البائع فالأشياء كلها كانت في يده فهو أدرى بما يرى بيعه منها، ولا يكون في حاجة إلى الخيار. ومن ثم ذهب رأي إلى أن خيار التعيين يختص به المشتري، ولكن هناك رأياً آخر يذهب إلى جواز أن يكون للبائع خيار التعيين قياساً على خيار الشرط وقد يكون في حاجة إليه إذا كان رأيه لم يستقر على أي الأشياء يبيع.

جاء في «فتح القدير»: «وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضراً أو غائباً، ظهر أنه لا يجوز للبائع. بل يختص خيار التعيين بالمشتري، لأن البائع لا حاجة له إلى اختيار الأوفق والأرفق، لأن المبيع كان معه قبل البيع، وهو أدرى بما لاءمه منه، فيرد جانب البائع إلى القياس، فلهذا نص في المجرد عن أنه لا يجوز في جانب البائع وذكر الكرخي: أنه يجوز استحساناً، لأنه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع، قياساً على الشرط»، «فتح القدير» (١٣١/٥).

مدة الخيار:

اختلف الفقهاء فيما إذا كان يشترط بيان المدة في خيار التعيين. فقال بعضهم: لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة الخيار، لأن المبيع لو كان شيئاً واحداً معيناً وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة (في غير مذهب مالك)، وكذلك يكون الحكم لو كان المبيع شيئاً واحداً غير معين، إذ أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وهذا مفسد للبيع، وقال آخرون يصح خيار التعيين من غير ذكر المدة لأن خيار التعيين بخلاف خيار الشرط لا يمنع ثبوت الحكم في الحال في أحد الأشياء غير عين، وإنما يمنع تعيين المبيع، فلا يشترط له بيان المدة.

والصحيح هو وجوب بيان المدة، ويكون حدما هو حد المدة في خيار الشرط. فعند أبي حنيفة لا يجوز أن تزيد المدة على ثلاثة أيام، وعند أبي يوسف ومحمد يجوز الاتفاق على أية مدة ولو طالت، وعند مالك تقدر المدة بتقدير الحاجة.

جاء في «البدائع»: «وهل يشترط بيان المدة في هذا الخيار؟ اختلف المشايخ فيه لاختلاف ألفاظ محمد في هذه المسألة في الكتب. فذكر في «الجامع الصغير» على أن يأخذ المشتري أيهما شاء وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام. وذكر في الأصل على أن يأخذ أيهما شاء بألف ولم يذكر مدة الخيار. فقال بعضهم: لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة خيار الشرط، وهو ثلاثة أيام فما دونها عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما الثلاث وما زاد عليها بعد أن يكون معلوماً، وهو قول الكرخي والطحاوي رحمهما الله. وقال بعضهم: يصح من غير ذكر المدة. وجه قول الأولين أن المبيع لو كان ثوباً واحداً معيناً وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالإجماع، فكذا إذا كان واحداً غير معين. والجامع بينهما أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وإنه مفسد للبيع، لأن للمشتري أن يردهما جميعاً والثابت بخيار التعيين رد أحدهما، وهذا حكم خيار الشرط، فلا بد من ذكر مدة معلومة. وجه قول الآخرين أن... التعيين لا يمنع ثبوت الحكم... وإنما يمنع تعيين المبيع لا غير، فلا يشترط له بيان المدة... والدليل على التفرقة بينهما أن خيار الشرط لا يورث على أصل أصحابنا، وخيار التعيين يورث بالإجماع. إلا أن للمشتري أن يردهما جميعاً، لا حكماً لخيار الشرط المعهود ليشترط له بيان المدة، بل لأن البيع المضاف إلى أحدهما غير لازم فكان محلاً للفسخ كالبيع بخيار شرط معهود» «البدائع» (١٥٧/٥).

وجاء في «المبسوط»: «ثم نص في هذا الموضع على تقدير الخيار بثلاثة أيام، وهو الصحيح، لأن هذا خيار ثبت بالشرط، فلا بد فيه من إعلام المدة، وإن أطلق ذلك في غير هذا الموضع من الكتب» «المبسوط» (٥٥/١٣).

وجاء في «فتح القدير»: «لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كما في خيار الشرط لأنه أصله، وعندهما أي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة» «فتح القدير» (١٣٢/٥).

٢ - حكم خيار التعيين

العقد غير لازم إلى وقت أعمال الخيار:

إذا اقترن البيع بخيار التعيين، نفذ، وثبت الملك للمشتري في أحد الأشياء غير عين إذا كان الخيار له، ولم يزل شيء عن ملك البائع إذا كان الخيار للبائع. ولكن البيع، وإن كان نافذاً، يكون غير لازم، وينطوي خيار التعيين على خيار شرط هو الذي يجعل البيع غير لازم. فإذا كان الخيار للمشتري كان له أن يرد الأشياء جميعاً ولا يلزمه أخذ شيء منها، وإذا كان الخيار للبائع كان له فسخ البيع واسترداد كل الأشياء ولا يلزمه ترك شيء منها للمشتري، وذلك كله طوال مدة الخيار.

ولمن له الخيار أن يختار أحد الأشياء، في خلال مدة الخيار، ليكون هو المبيع، والاختيار قد يكون صراحة أو دلالة، ويكون دلالة إذا تصرف المشتري في أحد الأشياء تصرف المالك

فيكون هذا دليلاً على أنه اختاره، أو تصرف البائع في أحد الشئتين تصرف المالك فيكون هذا دليلاً على أنه اختار أن يكون المبيع هو الشيء الآخر. فإذا اختار من له الخيار، لزم البيع، واعتبر المبيع متعيناً منذ البداية واستند تعيينه إلى وقت العقد. وإن انقضت مدة الخيار دون أن يختار من له هذا الحق، نقض البيع في جميع الأشياء عند الملكية انظر «الحطاب» (٤/٤٢٥)، وعند الحنفية ينبرم البيع في أحدهما وعلى من له الخيار أن يعين، «فتح القدير» (٥/١٣٢).

ولتفصيل ما قدمناه نميز بين ما إذا كان الخيار للمشتري أو كان الخيار للبائع.

أولاً - الخيار للمشتري:

ثبوت الملك:

إذا كان خيار التعيين للمشتري، فحكمه ثبوت الملك له في أحد الأشياء غير عين، وما بقي من الأشياء إذا قبضها المشتري تكون أمانة في يده، لأنه قبضها بإذن المالك لا على وجه التملك ولا على وجه الثبوت فكان أمانة. فإذا فرضنا أن الخيار في شئتين، وتصرف المشتري في أحدهما، فقد تعين هذا الشيء مبيعاً منذ العقد مستنداً إلى الماضي، لأن التصرف اختيار عن طريق الدلالة كما قدمنا، وتعين الشيء الآخر أمانة في يد المشتري. وإن تصرف البائع في أحد الشئتين، كان تصرفه موقوفاً إلى أن يختار المشتري، فإن اختار الشيء الذي تصرف فيه البائع صار هو المبيع منذ العقد مستنداً إلى الماضي، وسقط تصرف البائع فيه فقد تبين أنه تصرف في ملك غيره. أما إذا اختار المشتري الشيء الآخر، فقد تعين هذا الشيء ليكون مبيعاً منذ العقد مستنداً إلى الماضي، وتعين الشيء الآخر الذي تصرف فيه البائع للأمانة منذ البداية، ونفذ تصرف البائع فيه إذ ظهر أنه تصرف في ملك نفسه.

عدم لزوم العقد:

يكون البيع غير لازم للمشتري، ولازماً للبائع، ومعنى ذلك أن المشتري يستطيع أن يفسخ البيع في الأشياء جميعاً، وليس للبائع أن يفسخ البيع إذا اختار المشتري شيئاً منها، فإذا كان الخيار للمشتري في أحد شئتين، كان له أن يرد البيع، لا في شيء منهما فحسب، بل في الشئتين جميعاً. وكان مقتضى خيار التعيين أن يرد البيع في شيء فيلزمه الآخر إذ يكون قد اختاره دلالة، ولكن لما كان خيار التعيين ينطوي على خيار شرط كما قدمنا، فإن للمشتري أن يرد البيع حتى في الشيء الآخر بموجب خيار الشرط. ذلك أن خيار التعيين شرع كخيار الشرط للتأمل والتروي، فإذا كانت نتيجة التأمل والتروي أن المشتري لا يلائمه أي من الشئتين، كان له أن يردهما جميعاً.

على أنه إذا مات المشتري لزم البيع ورثته، إذ ينقطع خيار الشرط فهو لا يورث كما قدمنا فيلزم البيع. ويبقى خيار التعيين مع لزوم البيع، وعلى ورثة المشتري أن تختار أي الأشياء يكون هو المبيع، فخيار التعيين، بخلاف خيار الشرط، يورث كما يورث خيار العيب، لتعلق الخيار بالمبيع أكثر من تعلقه بمشيئة العاقد.

كذلك يلزم البيع بتعيب الشئتين معاً وتعينهما للمبيع فينقطع خيار الشرط ويبقى خيار التعيين.

وعلى المشتري في هذه الحالة أن يختار أحد الشئتين المعيين ليكون هو المبيع وفقاً للأحكام التي أسلفناها.

الهلاك:

نميز بين ما إذا كان الهلاك قبل القبض أو بعد القبض.

فإذا كان الهلاك قبل قبض المشتري للمبيع، وهلك أحد الشئتين في يد البائع، لم يبطل البيع، ويكون المشتري بالخيار إن شاء أخذ الشيء الآخر بثمنه وإن شاء تركه لأن المبيع قد تغير قبل القبض بانحصاره في شيء واحد وهذا يوجب الخيار. أما إذا هلك الشئان جميعاً، فقد بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين.

وإن كان الهلاك بعد قبض المشتري للمبيع، وهلك أحد الشئتين في يد المشتري، تعين الهالك للبيع ولزم المشتري ثمنه، وتعين الشيء الآخر للأمانة. ذلك أن الأمانة من الشئتين مستحقة الرد على البائع، وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه، فتعين الباقي للرد، وتعين الهالك ضرورة للبيع. أما إن هلك الشئان معاً، فإن هلكا على التعاقب، هلك الأول مبيعاً والآخر أمانة، وإن هلكا في وقت واحد، لزم المشتري ثمن نصف كل واحد منهما لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر، فشاع المبيع فيهما جميعاً.

ثانياً - الخيار للبائع:

ثبوت الملك: إذا كان خيار التعيين للبائع، لم يزل أي الشئتين عن ملكه، وله أن يلزم المشتري أي شيء منهما شاء ليكون هو المبيع منذ البيع مستنداً إلى الماضي، وليس له أن يلزمهما المشتري لأن المبيع أحدهما. ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيهما أو في أحدهما إلى أن يختار البائع، لأن أحدهما ليس مبيعاً بيقين والآخر مبيع لكن لبائعه فيه خيار وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه. ولو تصرف البائع في أحدهما جاز تصرفه فيه، ويتعين الشيء الآخر للبيع مستنداً إلى الماضي، وللبيع فيه خيار الإلزام أو الفسخ. ولو تصرف فيهما جميعاً، جاز تصرفه ويكون فسخاً للبيع، لأن تصرفه فيهما جميعاً دليل إقرار الملك له فيهما معاً فيتضمن فسخ البيع.

عدم لزوم العقد:

يكون البيع هنا غير لازم للبائع، ولازماً للمشتري، ومعنى ذلك أن البائع يستطيع أن يفسخ البيع في الأشياء جميعاً، وليس للمشتري خيار الترك لو ألزمه البائع بشيء منها. فإذا كان الخيار للبائع في أحد شئتين، كان له أن يرد البيع في الشئتين جميعاً. في أحدهما بخيار التعيين وفي الآخر بما ينطوي عليه خيار التعيين من خيار الشرط. وإذا مات البائع لزم البيع ورثته، إذ ينقطع خيار الشرط فهو لا يورث ويلزم البيع. ويبقى خيار التعيين لأنه يورث على ما قدمنا، على ورثة البائع أن تختار أي الشئتين يكون هو المبيع، وكذلك يلزم البيع بتعيب الشئتين معاً، إذ ينقطع خيار الشرط ويبقى خيار التعيين، وعلى البائع أن يعين الشيء المبيع. وهذه الأحكام كلها تقدمت نظائرها في حالة ما إذا كان الخيار للمشتري.

الهلاك:

نميز هنا أيضاً بين ما إذا كان الهلاك قبل القبض أو بعد القبض .

فإن كان الهلاك قبل القبض، وهلك أحد الشئيين في يد البائع، هلك عليه . ثم إن البائع يبقى على خياره، إن شاء ألزم المشتري الشيء الباقي لأنه تعين للبيع بهلاك الشيء الأول، وإن شاء فسخ البيع فيه لأن البيع غير لازم له كما قدمنا . وليس للبائع أن يلزم المشتري الشيء الهالك، لأنه هلك عليه كما سبق القول . أما إن هلك الشئان جميعاً، فقد بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين .

وإن كان الهلاك بعد القبض، وهلك أحد الشئيين في يد المشتري، هلك أمانة على البائع كما لو كان قد هلك قبل القبض، وللبائع أن يلزم المشتري الشيء الباقي لأنه تعين للبيع، وله أن يفسخ البيع فيه لأنه غير لازم له . ذلك أن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه، فيهلك الشيء على مالك البائع، وله الخيار في الشيء الباقي . وليس له أن يلزم المشتري الشيء الهالك، إذ هلك في يد المشتري أمانة كما تقدم القول . أما إن هلك الشئان معاً، فإن هلكا على التعاقب، هلك الأول أمانة وهلك الثاني بقيمته لأنه تعين للبيع وفيه خيار البائع . وإن هلكا في وقت واحد، فعلى المشتري نصف قيمة كل منهما، فليس أحدهما أولى بالتعيين من الآخر، فشاع الضمان فيهما بالقيمة إذ للبائع فيهما الخيار .

النصوص:

جاء في «المبسوط»: «فإن هلك أحدهما أو دخله عيب لزمه ثمنه، ويرد الباقي، وهو فيه أمين، لأنه عجز عن رد الهالك منهما بحكم الخيار فيتعين البيع فيه وهذا لأنه حين أشرف على الهلاك، فقد ثبت في يده وعجز عن رده كما قبضه، فيلزم البيع فيه، ثم يكون هالكاً على ملكه . فإذا تعين البيع في الهالك كان هو أميناً في الآخر، لأنه قبضهما بإذن البائع على أن يكون البيع أحدهما دون الآخر، فكان أحدهما بغير عينه مبيعاً والآخر أمانة لأنه ما قبض الآخر للشراء . فإذا تعين البيع في أحدهما تعين البيع في الهالك، وكان أميناً في الآخر، لأنه قبضهما بإذن البائع على أن يكون تعين الآخر للأمانة . . . وإن هلكا معاً، فعليه نصف ثمن كل واحد منهما إن كان الثمن متفقاً مختلفاً، لأن أحدهما بغير عينه مبيع ولزمه ثمنه بالهلاك في يده والآخر أمانة، وليس أحدهما لتعينه مبيعاً بأولى من الآخر، لأن حالهما قبل الهلاك سواء، فبعد الهلاك لا يتحقق تعيين البيع في أحدهما . فللمعاوضة قلنا فيتبع حكم الأمانة وحكم المبيع فيهما، فيكون هو أميناً في نصف كل واحد منهما مشترياً نصف كل واحد منهما، ولأن كل واحد من الثمنين يلزمه من وجه دون وجه فلهذا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما . قال: وإن كانا قائمين بأعيانهما وأراد ردهما فله ذلك، لأنه أمين في أحدهما فرده بحكم الأمانة، وفي الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده . فإن اختار إحداهما لزمه ثمنه، لأنه عين البيع فيه والتزمه باختياره فيلزمه ثمنه، وكان الآخر أميناً فإن ضاع عنده بعد ذلك لم يكن عليه فيه ضمان لما ذكرنا . قال: وإذا اشترى جارين أحدهما بألف والأخرى بخمسائة على أن يأخذ أيهما شاء ويرد الأخرى . . . وحدث العيب بهما معاً، رد أيتهما

شاء وأمسك الأخرى. بخلاف ما إذا هلكتا، لأن الهالك ليس بمحل لابتداء البيع فيه فلا يكون محلاً لتعيين مبيع فيه، والمعيب محل لابتداء البيع فيه فيكون محلاً لتعيين المبيع فيه أيضاً. فلهذا يبقى خياره بعد ما تعييتاً معاً، إذ ليست إحداهما بتعيين البيع فيها بأولى من الأخرى، ولكن ليس له أن يردهما بخلاف ما قبل التعيب، لأن العقد قد لزمه في المبيعة منهما بالتعيب وسقط خيار الشرط فيها، فلهذا لا يتمكن من ردهما «المبسوط» للسرخسي (١٣/٥٥ - ٥٧).

وجاء في «البدائع»: «حكمه ثبوت الملك للمشتري في أحد المذكورين غير عين، وخيار التعيين إليه... والآخر يكون ملك البائع أمانة في يده إذا قبضه لأن قبضه بإذن المالك لا على وجه التملك ولا على وجه الثبوت فكان أمانة. وليس للمشتري أن يأخذهما جميعاً، لأن المبيع أحدهما. ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع. لأنه يحتمل أن يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع بهلاكه ويحتمل أن يكون غيره فلا يبطل، والبيع قد صح بيقين ووقع الشك في بطلانه فلا يبطل بالشك. ولكن المشتري بالخيار، إن شاء أخذ الباقي بشمته، وإن شاء ترك، لأن المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين فيوجب الخيار. وكذلك لو اشترى أحد الأنواب الثلاثة، فهلك واحد منها وبقي اثنان لا يبطل البيع لما قلنا، وللمشتري أن يأخذ أيهما شاء، لأن الهالك إذا لم يعين للبيع كان المبيع أحد الباقيين فكان له أن يأخذ أيهما شاء، وله أن يتركهما كما لو اشترى أحدهما من الابتداء. ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع، لأن المبيع قد هلك بيقين فيبطل البيع، والله عز وجل أعلم. وأما صفة هذا الحكم فهو أن الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم، وللمشتري أن يردهما جميعاً، لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك، فكان محتملاً للفسخ... وأما بيان ما يبطل به الخيار ويلزم البيع، فنقول وبالله التوفيق: ما يبطل به الخيار ويلزم البيع في الأصل نوعان: اختياري وضروري. والاختياري نوعان، أحدهما صريح الاختيار وما يجري مجرى الصريح، والثاني الاختيار من طريق الدلالة. أما الصريح فهو أن يقول: أخذت هذا الثوب أو شئته أو رضيت به وما يجري هذا المجرى، لأنه لما اختار أحدهما فقد عين ملكه فيه، فيسقط خيار التعيين ويلزم البيع. وأما الاختيار من طريق الدلالة فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه... ولو تصرف البائع في أحدهما فتصرفه موقوف، إن تعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لأنه تبين أنه تصرف في ملك غيره، وإن تعين ما تصرف فيه للأمانة نفذ تصرفه لأنه ظهر أنه تصرف في ملك نفسه فينفذ. وأما الضروري فنحو أن يهلك أحدهما بعد القبض فيبطل الخيار لأن الهالك منهما تعين للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة... ولو هلكا جميعاً بعد القبض، فلا يخلو إما أن هلكا على التعاقب وإما أن هلكا معاً. فإن هلكا على التعاقب، فالأول يهلك مبيعاً والآخر أمانة لما ذكرنا. وإن هلكا معاً، لزمه ثمن نصف كل واحد منهما لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر فشاع المبيع فيهما جميعاً... ولو تعيب أحدهما، فإن كان قبل القبض لا يتعين المعيب البيع، لأن التعيين لم يوجد لا نصاً ولا دلالة ولا ضرورة إلى التعيين أيضاً لإمكان الرد. والمشتري على خياره، إن شاء أخذ المعيب منهما، وإن شاء أخذ الآخر، وإن شاء تركهما كما لو لم يعيب أصلاً. فإن أخذ المعيب منهما أخذه بجميع ثمنه، لأنه تبين أنه هو المبيع من الأصل. وكذلك لو تعيبا جميعاً، فالمشتري على خياره لما قلنا.

وإن كان بعد القبض، تعين المعيب للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة، كما إذا هلك أحدهما بعد القبض، لأن تعيب المبيع هلاك بعضه، فلهذا منع الرد ولزم البيع في المبيع المعين، فكذلك في غير المعين يمنع الرد وتعين المبيع. ولو تعيباً جميعاً، فإن كان على التعاقب، تعين الأول للبيع ولزمه ثمنه، ويرد الآخر لما قلنا ولا يغرم بحدوث العيب شيئاً لما قلنا إنه أمانة. وإن تعيباً معاً لا يتعين أحدهما للبيع لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر، وللمشتري أن يأخذ أيهما شاء بثمنه، لأنه إذا لم يتعين أحدهما للبيع بقي المشتري على خياره. إلا أنه ليس له أن يردهما جميعاً لأن البيع قد لزم في أحدهما بتعيينهما في يد المشتري وبطل خيار الشرط. وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ إن هذا البيع فيه خياران، خيار التعيين وخيار الشرط. ولا بد له من رتبة معلومة إذ لو لم يكن، لملك ردهما جميعاً كما لو لم يتعيب أحدهما أصلاً. لكنه لم يملك، لأن ردهما جميعاً قبل التعيب ثبت حكماً لخيار الشرط، وقد بطل خيار الشرط بعد تعيينهما معاً فلم يملك ردهما، وبقي خيار التعيين فيملك رد أحدهما «البدائع» (٥/٢٦١ - ٢٦٢).

وجاء في «فتح القدير»: «ثم اختلف المشايخ في أنه هل شرط جواز هذا البيع، أعني البيع الذي فيه خيار التعيين، أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في الصورة؟ قيل: نعم كما هو المذكور في «الجامع الصغير» تصويراً على ما ذكرناه... وقيل: لا يشترط في «الجامع الكبير» وغيره... وصححه فخر الإسلام فقال: الصحيح عندنا أنه ليس بشرط، وهو قول أبي شجاع. وجه الاشتراط، وهو قول الكرخي، أن القياس يأبى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد، وإنما جاز استحساناً بموضع السنة وهو شرط الخيار، فلا يصح بدونه. ولا يخفى ضعف هذا الكلام، فإنه يقتضي أن شرط الإلحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة الملحقة الصورة الثابتة بالعبرة، وكان يلزم ألا يصح البيع بخيار النقد إلا في بيع خيار الشرط، لأن صحة البيع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع، مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط، ولا يعلم ذلك. غير أنهما إن تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه، وهو جواز أن يرد كلا من الثوبين إلى ثلاثة أيام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع. لأن حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار أنه عين المبيع الذي فيه الخيار، لا أنه يسقط خياره، ولو رد أحدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط الخيار. ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه، بطل خيار الشرط، وانبرم البيع في أحدهما وعليه أن يعين. ولو مات المشتري قبل الثلاثة، تم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين، لأن خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل إلى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره... وإن لم يتراضيا على خيار الشرط معه، لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كما في خيار الشرط لأنه أصله، وعندهما أي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة». «فتح القدير» (٥/١٣١ - ١٣٢).

وجاء في «الحطاب»: «وإن اشترى أحد ثوبين وقبضهما ليختار فادعى ضياعهما ضمن واحداً بالثمن ولو سأل في إقباضهما، أو ضياع واحد ضمن نصفه وله اختيار الباقي... قوله وقبضهما ليختار، أي وقبضهما معاً ليختار واحداً منهما، إن شاء أخذه، وإن شاء رده، وإن شاء ردهما معاً. قال في «التوضيح» وليس له أن يتمسك إلا بواحد منهما، فإن ضاعا في هذه الصورة، فإنه يضمن

واحداً بالثمن ولا ضمان عليه في الآخر، قاله المصنف وغيره. قال في «الجواهر» وسواء كان الخيار له أو للبائع، لأنه قادر إذا كان الخيار له على أن يقبل أو يرد، وله القبول في مقامه وتلفه، كانت قيمته أقل من الثمن أو أكثر، وكذلك إن كان الخيار للبائع، فإن المشتري يضمنه بالثمن لكون البائع سلمه له على أن عوضه الثمن الذي اتفقا عليه، فإن كانت القيمة أكثر من الثمن حلف المشتري على الضياع ودفع الثمن ١ هـ. . وقوله: ولو سأل في إقباضهما مبالغة، وأشار بلو إلى قول ابن القاسم الذي يفرق فيه بين أن يتطوع البائع بالدفع فيضمن واحداً وبين أن يسأل المشتري تسليمها له فيضمنهما، نقله في «التوضيح». وأما قوله أو ضياع واحد ضمن نصفه وله اختيار الباقي، فيعني به أن ما تقدم ذكره هو حكم ما إذا ضاع الثوبان معاً، وأما إذا ضاع أحدهما فالحكم في ذلك أنه يضمن نصف ثمن التالف وهو في الثوب الباقي مخير إن شاء أخذه بالثمن أو رده. قال الرجراجي: وإما إن ادعى ضياع أحدهما، فلا يخلو ضياعه من ثلاثة أوجه، إما أن يختار الذي ضاع أو الذي بقي أو أبهم الأمر. فإن كان الذي ضاع هو الذي اختاره المشتري، فإنه يرد الباقي وقيمة التالف. وإن كان الباقي هو الذي اختاره، فإنه يغرم ثمنه، ولا ضمان عليه للتالف لأنه فيه أمين. . إذا مضت أيام الخيار ولم يختَر، ثم أراد بعد ذلك الاختيار، فإن كان بعيداً من أيام الخيار فليس له ذلك، وإن قرب ذلك فذلك له. . . قال أبو الحسن يعني بالقرب اليوم واليومين والبعد ثلاثة أيام من أمد الخيار. «الحطاب» (٤/٤٢٣ - ٤٢٥).

وأما في مذهب الشافعي، فخيار التعيين غير جائز للغرر. جاء في «المهذب» (١/٢٦٣): «يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد من عبيد وثوب من أثواب، لأن ذلك غرر من غير حاجة. ويجوز أن يبيع قفيزاً من صبرة، لأن إذا عرف الصبرة عرف القفيز منها، فزال الغرر»^(١).

المطلب الثالث

خيار الرؤية

اختلاف المذاهب:

في خيار الرؤية تختلف المذاهب اختلافاً بيناً. ففي المذهب الحنفي وحده يظهر في وضوح أن خيار الرؤية يثبت في العقد دون شرط، وأن العقد يكون غير لازم بسبب هذا الخيار. أما المذاهب الثلاثة الأخرى، فالأمر فيها ليس على هذا القدر من الوضوح.

فنبحث أولاً خيار الرؤية في المذهب الحنفي، ثم نبحث في المذاهب الأخرى.

(١) ويستخلص مما تقدم من النصوص أن البيع يلزم إذا مات من له الخيار فيلزم الورثة أن يعينوا البيع، وإذا تعيب الشيطان معاً في يد المشتري فيلزم البيع وعليه أن يعين المبيع من الشيتين، وإذا انقضت مدة الخيار دون أن يختار في المذهب الحنفي فينبرم البيع وعليه أن يعين المبيع. ولم يرد في النصوص حكم ما إذا امتنع عن تعيين المبيع في هذه الأحوال الثلاثة، وهي مسألة عولجت في الفقه الغربي في خصوص الالتزام التخيري وهو ما يقابل خيار التعيين في الفقه الإسلامي.

١ - خيار الرؤية في المذهب الحنفي

متى يثبت خيار الرؤية:

يذهب الفقه الحنفي إلى أن هناك عقوداً تقع على الأعيان المعينة وتكون غير لازمة لأحد العاقلين، لأن هذا العاقد لم تسبق له رؤيته العين محل العقد، فيكون له خيار الرؤية. حتى إذا رأى العين المعقود عليها كان له أن يمضي العقد أو أن يفسخه. ويستند الفقه الحنفي في ذلك إلى ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال: «من اشترى شيئاً لم ير، فهو بالخيار إذا رآه».

وبثبت خيار الرؤية - كما يثبت خيار العيب - شرعاً لا شرطاً، أي يثبت بحكم الشرع دون حاجة إلى شرط خاص يدرج في العقد. وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار التعيين، فقد رأينا أن هذين الخيارين لا بد في ثبوتهما من شرط خاص إذا انعدم لم يقم الخيار.

ويثبت خيار الرؤية في عقود أربعة: عقد البيع إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات، وإجارة الأعيان، وقسمة غير المثليات، والصلح على مال هو عين بالذات. وهذه كلها عقود تحتل الفسخ، ولا يثبت خيار الرؤية في العقود التي لا تحتل الفسخ كالمهر وبذل الخلع والصلح عن دم العمد. وقد جاء في المادة (٣٣٩) من «مرشد الحيران»: «حق فسخ العقد بخيار الرؤية يثبت من غير شرط في أربعة مواضع، وهي الشراء للأعيان التي يلزم تعيينها ولا تثبت ديناً في الذمة، والإجارة، وقسمة غير المثليات، والصلح عن مال على شيء بعينه. ولا يثبت خيار الرؤية في العقود التي لا تحتل الفسخ».

ونرى من ذلك أن هناك شرطين لثبوت خيار الرؤية:

أولاً: أن يكون المحل المعقود عليه مما يتعين بالتعيين، فلو تباع العاقدان عيناً بعين، ثبت الخيار لكل واحد منهما. ويقول الكاساني في تعليل ذلك: «وإنما كان كذلك لأن المبيع إذا كان مما لا يتعين بالتعيين، لا يفسخ العقد برده، لأنه إذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ. فيبقى العقد، وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله، فإذا قبض برده وهكذا إلى ما لا نهاية له، فلم يكن الرد مفيداً بخلاف ما إذا كان عيناً، لأن العقد يفسخ برده، لأنه يتعين بالعقد فيتعين في الفسخ أيضاً، فكان الرد مفيداً. ولأن الفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وإنما يملك بالقبض فلا يرد عليه الفسخ. ولهذا يثبت خيار الرؤية في الإجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك، لأن هذه العقود تنفسخ برده هذه الأشياء، فيثبت فيها خيار الرؤية، ولا يثبت في المهر وبذل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك، لأن هذه العقود لا تحتل الانفساخ برده هذه الأموال فصار الأصل أن كل ما يفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية، وما لا فلا، والفقه ما ذكرنا والله عز وجل أعلم»، «البدائع» (٢٩٢/٥). هذا ومن باع ما لم يره، بأن ورث مثلاً عيناً في بلد بعيد فلم يتمكن من رؤيتها قبل بيعها، فليس له خيار الرؤية. وكان أبو حنيفة يقول: أولاً له الخيار اعتباراً بخيار العيب، ولأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالاً وثبوتاً ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية، فلم يكن البائع راضياً بالزوال قبل الرؤية. ثم رجع أبو حنيفة عن هذا القول، ولم يجعل للبائع خيار الرؤية فيما لم يره. وجاء في

«فتح القدير»: «لهذا الرجوع وجهان: أحدهما أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه، ولا يخفى أنه نفي للحكم بمفهوم الشرط إذ حاصله انتفاء الحكم بانتفاء الشرط. والثاني: ما أخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص أن طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضي الله عنه مالاً، فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال عثمان: لي الخيار لأنني بعته ما لم أره. وقال طلحة رضي الله عنه لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره. فحكم بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنهم، ف قضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان. والظاهر أن مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، لأن قضية يجري فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم إنهما حكما فيها غيرهما، فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها، فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن أحد خلافه كان إجماعاً سكوتياً ظاهراً» «فتح القدير» (٥/ ١٤٠ - ١٤١). ثم إن قياس البائع على المشتري، ليجعل له خيار الرؤية فيما لم يره قبل البيع، قياس مع الفارق، ويقول الكاساني في هذا المعنى ما يأتي: والاعتبار بجانب المشتري ليس بسديد، لأن مشتري لم يره مشترياً على أنه خير مما ظنه، فيكون بمنزلة مشتري شيء على أنه جيد فإذا هو رديء، ومن اشترى شيئاً على أنه جيد فإذا هو رديء فله الخيار. وبائع شيء لم يره يبيع على أنه أدون مما ظنه فكان بمنزلة بائع شيء على أنه رديء فإذا هو جيد، ومن باع شيئاً على أنه رديء فإذا هو جيد لا خيار للبائع، فلهذا افترقا» «البدائع» (٥/ ٢٩٢). ولكن يبدو أن الفرق ما بين البائع والمشتري في هذا الصدد ليس في ظن كل منهما أن المبيع جيد أو رديء ثم يتبين خطأ هذا الظن، ففي الحالتين وقع كل من المشتري والبائع في غلط يبرر فسخ العقد. وإنما الفرق هو أن البائع أكثر من المشتري تمكناً من رؤية المبيع لأن المبيع يكون عادة في يده، وإن لم يكن في يده فمن اليسير عليه أن يراه قبل أن يبيعه، فإذا لم يفعل كان مقصراً وكان الغلط الذي عسى أن يقع فيه غلطاً غير مغتفر.

ثانياً: أن تكون العين التي بيعت لم يرها المشتري عند البيع، فإن اشتراها وهو يراها، كما يقع ذلك كثيراً، فلا خيار له. وإذا كان المشتري لم يره المبيع وقت الشراء، ولكن كان قد رآه قبل ذلك، فإن كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم يتغير فلا خيار له، وإن كان قد تغير عن حاله فله الخيار، لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر فكان مشترياً شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه.

ثم إن خيار الرؤية ليس مؤقتاً بوقت، خلافاً لما ذهب إليه بعض الفقهاء من أنه موقت بعد الرؤية، بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره، ولزم البيع فيه. والمختار أنه لا يتوقف، بل يبقى إلى أن يوجد ما يسقطه «فتح القدير» (٥/ ١٤١). وسنرى فيما يلي مسقطات الرؤية.

ووقت ثبوت الخيار هو وقت الرؤية لا قبلها، حتى لو أجاز قبل الرؤية ورضي بالمبيع صراحة. بأن قال: أجزت أو رضيت أو ما يجري هذا المجرى، ثم رأى المبيع بعد ذلك، فله أن يردّه. لأن نزوله عن الخيار قبل أن يثبت له لا يعتد به، لأن المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصف، والرضا بالشيء قبل العلم به والعلم بوجود سببه محال، فكان ملحقاً بالعدم. وأما الفسخ

قبل الرؤية، فقد اختلف المشايخ فيه كما يقول الكاساني: «قال بعضهم: لا يجوز لأنه لا خيار قبل الرؤية، ولهذا لم تجز الإجازة فلا يجوز الفسخ، وقال بعضهم: يجوز، وهو الصحيح، لأن هذا عقد غير لازم فكان محل الفسخ، كالعقد الذي فيه خيار العيب وعقد الإجارة والإيداع. وقد خرج الجواب عن قولهم: أنه لا خيار قبل الرؤية، لأن ملك الفسخ لم يثبت حكماً للخيار، وإنما يثبت حكمه لعدم لزوم العقد» «البدائع» (٢٩٥/٥).

حكم العقد حال قيام الخيار:

والعقد، حال قيام خيار الرؤية، غير لازم للمشتري الرجوع عنه وفسخه بعد الرؤية، بل وقبلها كما سبق القول. أما البائع فقد قدمنا أنه لا خيار له، فالعقد يكون لازماً من جانبه.

وخيار الرؤية يمنع من تمام حكم العقد. فلا يتم حكم البيع إلا إذا رأى المشتري البيع ولم يرد. جاء في «فتح القدير»: «باب خيار الرؤية، قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم، واللازم بعد التمام». «فتح القدير» (١٣٧/٥). وجاء في «البدائع»: «إن شراء ما لم يره المشتري غير لازم، لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة»، «البدائع» (٢٩٢/٥). فخيار الرؤية لا يمنع انعقاد العقد صحيحاً، بل ولا يمنع نفاذه. فيثبت الملك للمشتري في المبيع، ويثبت الملك للبائع في الثمن، بالرغم من قيام خيار الرؤية. والذي يبدو من عبارات الفقهاء في هذا الصدد أنهم يفرقون بين انعقاد العقد وثبوت حكمه، فقد ينعقد العقد ولا يثبت حكمه، ويكون المانع من ثبوت الحكم قيام خيار في العقد. والخيار إما أن يمنع نفاذ الحكم، وإما أن يمنع تمام الحكم، وإما أن يمنع لزوم الحكم. فالخيار الذي يمنع نفاذ الحكم هو خيار الشرط، إذ لا ينتقل الملك ممن له الخيار. والخيار الذي يمنع تمام الحكم هو خيار الرؤية، إذ يثبت الحكم على وجه غير بات ولا يكون باتاً إلا بعدم رد المشتري للمبيع بعد رؤيته. والخيار الذي يمنع لزوم الحكم هو خيار العيب، إذ يثبت الحكم باتاً غير لازم فيجوز فسخ العقد بالعيب. وقد رأينا في «فتح القدير» مقارنة بين خيار الرؤية وهو يمنع تمام الحكم، وخيار العيب وهو يمنع لزوم الحكم. وهذه مقارنة أخرى بين خيار الرؤية وهو لا يمنع من انتقال الملك في المال، وخيار الشرط وهو يمنع من انتقال الملك بالمنع من الانعقاد في حق الحكم إذ يقول الكاساني: «وأما حكمه (حكم خيار الرؤية) فحكم البيع الذي لا خيار فيه، وهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع وثبوت الملك للبائع في الثمن للحال، لأن ركن البيع صدر مطلقاً عن شرط، وكان ينبغي أن يلزم. إلا أن يثبت الخيار شرعاً لا شرطاً، بخلاف البيع بشرط الخيار، لأن الخيار ثبت بنص كلام العاقدين، فأثر في الركن بالمنع من الانعقاد في حق الحكم»، «البدائع» (٢٩٢/٥).

وقد قدمنا في الجزء الثاني من مصادر الحق في الفقه الإسلامي (١٣٢ - ١٣٥) أن عدم لزوم العقد في خيار الرؤية يقوم في أساسه على فكرة الغلط، إذ يفترض أن المشتري لم يجد المبيع على الحال التي ظنها، بل وجده على حال لا يصلح معها للغرض المقصود، فأساس خيار الرؤية هو غلط المشتري في شيء لم تسبق له رؤيته. ومما يقطع في أن خيار الرؤية سببه اختلال الإرادة لما شابهها من الغلط ما جاء في «البدائع» (٢٩٢/٥): «إن شراء ما لم يره المشتري غير لازم... لأن

جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللاً فيه، واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار. ولأن من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه فيحتاج إلى التدارك، فيثبت الخيار لإمكان التدارك عند الندم نظراً له، كما ثبت خيار الرجعة شرعاً نظراً للزوج تمكيناً له من التدارك عند الندم. ولم نفترض فحسب أن المشتري يرد المبيع بعد رؤيته بسبب الغلط، بل افترضنا أيضاً أن هذا الغلط ثابت إذ صدقنا المشتري بدعواه دون أن نلزمه إقامة البينة، بل دون يمين. فكأن البائع إذا باع شيئاً لم يره المشتري، يكون قد احتكم إلى ذمة المشتري من غير يمين. والغلط الذي وقع فيه المشتري والذي ثبت له من أجله الخيار هو غلط مغتفر، لأن المشتري قد لا يتمكن من رؤية الشيء قبل الشراء. أما الغلط الذي قد يقع فيه البائع إذا باع العين قبل رؤيتها فهو غلط غير مغتفر، لأنه يتمكن عادة من رؤية العين التي يبيعها قبل البيع، فلا خيار له كما سبق القول.

ولما كان العقد غير لازم للمشتري لخيار الرؤية، وكان له أن يفسخه، فإن الفسخ هنا، كما في خيار الشرط وفي خيار التعيين، لا يتوقف على رضا أو قضاء. ويكون بالقول وبالفعل، صراحة أو دلالة، على الوجه الذي أشرنا إليه في الخيارين المتقدمين. فإذا قال المشتري رددت البيع أو فسخته أو ما يجري هذا المجرى، بعد الرؤية أو قبلها، قبل القبض أو بعده، انفسخ العقد دون حاجة إلى رضا البائع بالفسخ ودون حاجة إلى رفع الأمر إلى القضاء. ولكن يشترط علم البائع بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يشترط هذا العلم عند أبي يوسف. جاء في «فتح القدير»: «ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا، بل بمجرد قوله: رددت ينفسخ قبل القبض وبعده، ولكن بشرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف، كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط، «فتح القدير» (١٤٠/٥).

ما يسقط به خيار الرؤية:

يسقط خيار الرؤية برؤية المشتري العين المبيعة ورضائه بها، وهذا هو الوجه المألوف في سقوط الخيار، وقد يسقط أيضاً بموت المشتري، أو بتغير العين، أو بتصرف المشتري فيها. فهذه أسباب أربعة لسقوط خيار الرؤية، فنستعرضها تباعاً:

١ - أما سقوط الخيار برؤية العين المبيعة والرضا بها فيتم ذلك بأن يرى المشتري العين التي لم يسبق له رؤيتها، فيرضى بها صراحة أو دلالة.

ولا تلزم رؤية جميع أجزاء المبيع، بل يكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود من العين المبيعة^(١).

(١) وقد جاء في «الهداية»: «ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطوياً أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له. والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره، فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود، ولو دخل في البيع أشياء، فإن كانت لا تتفاوت آحادها كالكميل والموزون، وعلامته أن يعرض بالنموذج، يكتفي برؤية واحد منها، إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار. وإن كانت تتفاوت آحادها كالثياب والدواب، لا بد من رؤية كل واحد منها. . . إذا ثبت هذا فنقول النظر إلى وجه الصبرة كاف، لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكمل يعرض النموذج. وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به =

فإذا تمت رؤية المبيع على الوجه المتقدم، جاز للمشتري إمضاء البيع برضائه بالمبيع صراحة أو دلالة^(١)، كما جاز له فسخه. والفسخ يثبت له منذ البداية، حتى قبل الرؤية على الرأي الصحيح كما قدمنا.

= البقية، إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً كموضع العلم.

والوجه هو المقصود في الآدمي، وهو والكفل في الدواب، فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره... وفي شاة اللحم لا بد من الجبس، لأن المقصود وهو اللحم يعرف به. وفي شاة القنية، لا بد من رؤية الضرع. وفيما يطعم لا بد من الذوق، لأن ذلك هو المعروف للمقصود. قال: وإن رأى صحن الدار فلا خيار له، وإن لم يشاهد بيوتها، وكذلك إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج، وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت. والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عاداتهم في الأبنية، فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ، فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت، والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل. قال: ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يردّه إلا من عيب، ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا هما سواء وله أن يردّه. قال: معناه الوكيل بالقبض، فأما الوكيل بالشراء فرويته تسقط الخيار بالإجماع... قال: وبيع الأعمى وشراؤه جائز: وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى ما لم يره... ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجبس، وبشمه إذا كان يعرف بالشم، وبذوقه إذا كان يعرف بالذوق، كما في البصير. ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له، لأن الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم... وقال الحسن: يوكل وكيلًا بقبضه، وهو يراه، وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل كروية الموكل على ما مر آنفاً. قال: ومن رأى أحد الثوبين فاشترىهما، ثم رأى الآخر جاز له أن يردّهما، لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب، فبقي الخيار فيما لم يره، ثم لا يردّه وحده بل يردّهما كي لا يكون تفريقاً قبل التمام، وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده، ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخاً من الأصل، «فتح القدير» (١٤٢/٥ - ١٤٨).

(١) جاء في «البدائع»: «أما الصريح وما في معناه فنحو أن يقول أجزت البيع أو رضيت أو اخترت أو ما يجري هذا المجرى، سواء علم البائع بالإجازة أو لم يعلم، لأن الأصل في البيع المطلق هو اللزوم، والامتناع لخلل في الرضا، فإذا أجاز ورضي فقد زال المانع فيلزم. وأما الدلالة فهو أن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الرؤية يدل على الإجازة والرضا، نحو ما إذا قبضه بعد الرؤية، لأن القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع، لأن للقبض شبهة بالعقد، فكان القبض بعد الرؤية وذاك دليل الرضا، كذا هذا»، «البدائع» (٥/٢٩٥).

هذا وإذا جاز أن يسقط خيار الرؤية دلالة عن طريق إمضاء البيع فيسقط الخيار بطريق الضرورة، فإنه لا يجوز فيه صريح الإسقاط مقصوداً لأنه ثبت حقاً لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف فيه مقصوداً بل ضمن التصرف في حق نفسه. وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار العيب، فإنهما ثبتا حقاً للعبد، فيجوز إسقاطهما إسقاطاً مقصوداً. جاء في «البدائع»: «والأصل أن كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية. إلا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الإسقاط، وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الإسقاط، لا قبل الرؤية ولا بعدها. أما قبلها، فلما ذكرنا فيما تقدم أنه لا خيار قبل الرؤية لأن أوان ثبوت الخيار هو أوان الرؤية، فقبل الرؤية، فلأن الخيار ما ثبت باشتراط العاقلين لأن ركن العقد مطلق عن الشرط نصاً ودلالة، وإنما يثبت شرعاً لحكمة فيه فكان ثابتاً حقاً لله تعالى. وأما خيار الشرط والعيب فثبت باشتراط العاقلين: أما خيار الشرط فظاهر لأنه منصوص عليه في العقد، وأما خيار العيب فلأن السلامة مشروطة في العقد دلالة والثابت بدلالة النص كالثابت بصريح النص. فكان ثابتاً حقاً للعبد، وما ثبت حقاً للعبد يحتمل السقوط بإسقاطه مقصوداً، لأن =

وقد سبق القول أن المختار في المذهب الحنفي أن خيار الرؤية لا يتوقف، بل يبقى إلى أن يوجد ما يسقطه. فليس هناك وقت معلوم يجب أن يستعمل فيه المشتري خياره في الإمضاء أو في الرد، وما دام ساكناً فخياره قائم إلى أن يصدر منه ما يدل على الإمضاء أو الرد، وعند ذلك يسقط خياره ويصبح البيع لازماً في حالة الإمضاء ويبطل في حالة الرد. وهناك قول أشرنا إليه فيما تقدم، يذهب إلى أن خيار الرؤية موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن به المشتري من الفسخ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ، سقط خياره، ولزم البيع.

٢ - ويسقط الخيار أيضاً بموت المشتري قبل أن يختار. فيلزم البيع بموته، ولا ينتقل الخيار إلى ورثته، لأن الرؤية كخيار الشرط لا يورث. أما خيار التعيين فقد رأينا أنه يورث، ومثله خيار العيب.

٣ - ويسقط الخيار أيضاً بهلاك بعض المبيع أو تعيبه أو تغييره قبل أن يختار المشتري. جاء في «البدائع»: «وكذا إذا هلك بعضه أو انتقص بأن تعيب بأفة سماوية أو بفعل أجنبي أو بفعل البائع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، أو ازداد في يد المشتري زيادة منفصلة متولدة أو غير متولدة، على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا في خيار الشرط والعيب. والأصل أن كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية»، «البدائع» (٢٩٦/٥ - ٢٩٧). وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في خيار العيب.

٤ - ويسقط الخيار أخيراً بتصرف المشتري في المبيع. وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان التصرف صادراً قبل رؤية المشتري للمبيع أو بعد الرؤية. فإن كان صادراً قبل رؤيته، وكان التصرف لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير، أو كان لازماً يوجب حقاً للغير كالبيع والهبة مع التسليم والرهن والإجارة، سقط خيار الرؤية. ذلك أن تعذر فسخ هذه التصرفات يوجب لزوم البيع، لأن الفسخ إذا تعذر لم يكن في بقاء الخيار فائدة فيسقط. ويبقى الخيار ساقطاً حتى لو نقضت هذه التصرفات اللازمة، كما لو باع أو رهن أو أجر ثم رد عليه بعيب أو افتك الرهن أو انقضت مدة الإجارة، فخيار الرؤية لا يعود بعد أن سقط، إذ الساقط لا يعود إلا بسبب جديد. أما إذا كان التصرف

= الإنسان يملك التصرف في حق نفسه مقصوداً وإسقاطاً. فأما ما ثبت حقاً لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف فيه إسقاطاً مقصوداً، لأنه لا يملك التصرف في حق غيره مقصوداً، لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرف في حق نفسه مقصوداً ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع، فسقط حق الشرع في ضمن التصرف في حق نفسه، كما إذا أجاز المشتري البيع ورضي به بعد الرؤية نصاً أو دلالة بمباشرة تصرف يدل على الرضا والإجازة، لأنه وإن ثبت حقاً للشرع لكن الشرع أثبتة نظراً للعبد، حتى إذا رآه وصلى له أجزاه، وإن لم يصلح له رده، إذ الخيار هو التخيير بين الفسخ والإجازة. فكان المشتري بالإجازة والرضا متصرفاً في حق نفسه مقصوداً، ثم من ضرورة الإجازة لزوم العقد، ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار، فكان سقوط الخيار من طريق الضرورة لا بالإسقاط مقصوداً، ويجوز أن يثبت الشيء بطريق الضرورة وإن كان لا يثبت مقصوداً، كالوكيل بالبيع إذا عزله الموكل يعلم به فإنه لا ينزل ولو باع الموكل بنفسه ينزل الوكيل، كذا هنا، «البدائع» (٢٩٧/٥).

الصادر من المشتري قبل الرؤية تصرفاً غير لازم، كما لو باع بشرط الخيار أو عرض للبيع أو وهب ولم يسلم أو كان المبيع داراً فبيعت داراً بجنبها فأخذها بالشفعة، لم يسقط خيار الرؤية، لأن هذه التصرفات يمكن للمشتري الرجوع فيها ولا يتعذر فسخها، وكل ما تدل عليه هو الرضا، والخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا فبدلالة الرضا أولى ألا يسقط.

بقيت التصرفات الصادرة من المشتري بعد الرؤية، فهذه سواء كان يمكن رفعها أولاً يمكن، تعذر فسخها أو لم يتعذر، فإنها تسقط خيار الرؤية. إذ أقل ما تدل عليه الرضا، والخيار بعد الرؤية يسقط بالرضا صراحة أو دلالة^(١).

٢ - خيار الرؤية في المذاهب الثلاثة الأخرى

مذهب مالك:

العين المبيعة، إذا كانت حاضرة في مجلس العقد ولم يكن في رؤيتها مشقة، يجب أن يراها المشتري ليصح العقد. فإذا اشتراها بعد رؤيتها، انعقد البيع صحيحاً نافذاً لازماً ولا خيار فيه للرؤية. وإذا اشتراها دون أن يراها، لم يصح البيع. وهذا هو الحكم أيضاً إذا كانت العين قريبة جداً من مجلس العقد بحيث تمكن رؤيتها دون مشقة.

أما إذا كانت العين غائبة عن مجلس العقد، أو كانت حاضرة ولكن في رؤيتها مشقة كثوب يخشى أن يلحقه الفساد من تكرار النشر عليه، جاز بيعها على الصفة إذا لم تكن العين بعيدة جداً. فتوصف وصفاً يميزها عن غيرها، ويفردها بذاتيتها. فإذا بيعت العين على هذا النحو، انعقد البيع نافذاً، وليس للمشتري خيار الرؤية، ولكن له خيار الوصف إن كانت العين على غير ما وصفت. ويدخل في البيع على الوصف ما يعرف بالبيع على البرنامج، بأن تذكر أوصاف العين في دفتر مكتوب. فيشتريها المشتري على هذه الأوصاف، فإن وجدت لزوم البيع، وإلا كان للمشتري خيار

(١) وقد جاء في «فتح القدير»: «ثم إن كان تصرفاً لا يمكن رفعه للمتصرف، كالإعتاق للعبد الذي اشتراه ولم يره وتديره، أو تصرفاً يوجب حقاً للغير كالمبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لخلوص الحق فيه للمشتري... وكالهيئة مع التسليم والرهن والإجارة، يبطل خيار الرؤية، سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها، لأن هذه الحقوق مانعة من الفسخ، وإذا تعذر الفسخ شرعاً بطل الخيار... وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير، كالبيع بشرط الخيار للبائع والمساومة وهبته بلا تسليم، لا يبطله قبل الرؤية، لأنه لو أبطل الخيار كان باعتباره دلالة على الرضا، وصريح الرضا قبل الرؤية، لا يبطل الخيار فبدلالته أولى. ويبطله بعد الرؤية، لوجود دلالة الرضا. ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيداً بالتفصيل المذكور، سقط الاعتراض بالأخذ بالشفعة وبالعرض على البيع، فإنهما إذا وجدا من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره، ولا يبطل بهما خيار الرؤية، بل له أن يأخذ بالشفعة ثم يرد عند الرؤية لما ذكرنا من أن دلالة الرضا لا تعمل في إسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية. ثم التصرف الذي نعلق فيه حق للغير، لو عاد إلى ملكه برد بقضاء أو بفك الرهن أو فسخ الإجارة قبل الرؤية، ثم رآه لا خيار له، لأنه سقط، فلا يعود إلا بسبب جديد، إلا في رواية عن أبي يوسف. وثبت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه، فكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من محال التخصيص». «فتح القدير» (١٤١/٥ - ١٤٢).

الوصف «مصادر الحق في الفقه الإسلامي» (١٢٦/٢ - ١٢٧). ويغني عن الوصف رؤية متقدمة، بأن يكون المشتري قد سبق له أن رأى العين قبل البيع وبأن تكون العين لم تتغير وقت البيع عما كانت عليه وقت الرؤية.

فإذا لم يسبق للمشتري رؤية العين، ولم توصف على النحو المتقدم، أو وصفت ولكنها كانت بعيدة جداً، لم يجز البيع إلا إذا جعل المشتري لنفسه الخيار إذا رأى المبيع. أما إذا انعقد البيع على الإلزام بأن اشترط على المشتري ألا يكون له الخيار، أو سكت العاقدان عن شرط الخيار، فالبيع باطل.

ونرى مما تقدم أن مذهب مالك لا يعرف خيار الرؤية بالمعنى الذي يعرفه المذهب الحنفي:

(١) ففي العين الحاضرة أو القريبة جداً، وليس في رؤيتها مشقة، تجب الرؤية قبل البيع، فلا يثبت للمشتري خيار الرؤية. وفي المذهب الحنفي يصح البيع ولو لم ير المشتري العين، ويثبت له خيار الرؤية دون شرط إذا لم يكن قد رآها.

(ب) وفي العين الغائبة إذا لم تكن بعيدة جداً، أو الحاضرة إذا كانت في رؤيتها مشقة، يجوز البيع على الصفة أو على البرنامج أو على رؤية متقدمة لم تتغير العين بعدها. فإذا وجدت العين على الصفة، انعقد البيع صحيحاً نافذاً لازماً، ولا يثبت للمشتري خيار الرؤية. وفي المذهب الحنفي إذا وجدت العين على الصفة انقطع خيار الوصف، ولكن يثبت للمشتري خيار الرؤية دون شرط بالرغم من أن العين قد جاءت على الصفة المطلوبة.

(ج) فإذا لم تسبق رؤية العين الغائبة، ولم توصف، أو وصفت وكانت بعيدة جداً، وجب لصحة البيع أن يشترط المشتري لنفسه خيار الرؤية، فإن لم يشترط هذا الخيار كان البيع باطلاً. وفي المذهب الحنفي يكون البيع صحيحاً، ويكون للمشتري خيار الرؤية دون شرط، فهو خيار ثابت شرعاً ولا حاجة إلى النص عليه.

ويستخلص من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في مذهب مالك، إلا في حالة العين الغائبة التي لم توصف أو في حالة العين البعيدة جداً ولو وصفت، ما دامت العين في هاتين الحالتين لم تسبق رؤيتها، ولا يثبت الخيار إلا بالشرط^(١).

(١) وهذه بعض نصوص المذهب:

جاء في «بداية المجتهد» لابن رشد (١٢٧/٢ - ١٢٨): «المبيعات على نوعين: مبيع حاضر مرئي، فهذا لا خلاف في بيعه. ومبيع غائب أو متعذر الرؤية، فهنا اختلف العلماء، فقال قوم بيع الغائب لا يجوز بحال من الأحوال، لا إذا وصف ولا إذا لم يوصف، وهذا أشهر أقوال الشافعي، وهو المشهور عند أصحابه، أعني أن بيع الغائب على الصفة لا يجوز، وقال مالك: وأكثر أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته. وقال أبو حنيفة: يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة، ثم له إذا رآها الخيار فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده، وكذلك البيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة، وعند مالك: أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم. وعند الشافعي لا ينعقد البيع أصلاً في الموضعين. وقد قيل في المذهب: يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية، وقع ذلك في =

مذهب الشافعي:

للشافعي في خيار الرؤية قولان: قول قديم وقول جديد.

= «المدونة»، وأنكره عبد الوهاب وقال: هو مخالف لأصولنا. وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير، أم أنه ليس بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه. فالشافعي رآه مع الغرر الكثير، ومالك رآه من الغرر اليسير، وأما أبو حنيفة فإنه رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لا غرر هناك وإن لم تكن له رؤية. وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع. ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه، ولهذا أجاز البيع على البرنامج وعلى الصفة، ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه ولا الثوب المطوي في طيه حتى ينشر أو ينظر إلى ما في جرابها. . ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس. ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر، وهل هو موجود في وقت العقد أو معدوم. لذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة، إلا أن يكون مأموناً كالعقار. ومن هنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة، أعني إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن يتغير فيه فاعلمه.

وجاء في «القوانين الفقهية» لابن جزي: (٢٥٦) «يجوز في المذهب بيع الشيء الغائب على الصفة أو رؤية متقدمة، وأجازه أبو حنيفة من غير صفة ولا رؤية. ومنعه الشافعي مطلقاً. ويشترط في المذهب في المبيع على الصفة خمسة شروط: (الأول): ألا يكون بعيداً جداً، كالأندلس وأفريقية. (الثاني): ألا يكون قريباً، كالحاضر في البلد. (الثالث): أن يصفه غير البائع. (الرابع): أن يحصر الأوصاف المقصودة كلها. (الخامس): ألا ينقد ثمنه بشرط إلا في المأمون كالعقار، ويجوز النقد من غير شرط. ثم إن خرج المبيع على حسب الصفة والرؤية لزم البيع، وإن خرج على خلاف ذلك فللمشتري الخيار».

وجاء في «الدسوقي» على «الشرح الكبير» (٢٤/٣ - ٢٥): «وجاز بيع وشراء معتمداً فيه على الأوصاف المكتوبة في البرنامج. . أي الدفتر المكتوب فيه أوصاف العدل من الثياب المبيعة لتشتري على تلك الصفة للضرورة، فإن وجد على الصفة لزم وإلا خير المشتري. . . وإن اشترى على رؤية متقدمة فادعى المشتري أنه ليس على الصفة التي رآه عليها، وادعى البائع أنه عليها، حلف البائع على بقاء الصفة التي رآه المشتري عليها ولم تتغير، وإن شك، أي حصل شك هل تغير فيما بين الرؤية والقبض أم لا. فإن قطع أهل المعرفة بعدم التغير فالقول للبائع بلا يمين، وإن قطع بالتغير فالقول للمشتري كذلك، وإن رجحت لواحد منهما فالقول له بيمين».

وجاء في «المدونة الكبرى» (٤٤/١٠ - ٤٥): «وقول مالك في الرجل يقدم له أصناف من البز، فيحضره السوام، ويقرأ عليهم برنامجهم. ويقول في عدل كذا وكذا ملحفة بصرية، وكذا وكذا رائحة سايرية وذرعها كذا وكذا. ويسمي أصناف ذلك البز بأجناسه وذرع وصفته، ثم يقول: اشترؤا على هذا. فيشترون، ويخرجون الأعدال على ذلك. فيفتحونها فيشتغلون ويبرمون، أن ذلك لازم لهم إذا كان ذلك موافقاً للبرنامج الذي باعه عليه».

وجاء في «الخطاب» (٢٩٣/٤ - ٢٩٨): «وجاز برؤية بعض المثلى: ليس هذا خاصاً بالمكيل. وكذلك في الجزاف يكفي رؤية البعض، إذا كان الجميع حاضراً في غرارة أو نحوها. . وينبغي الاحتفاظ على العين فتكون كالشاهد عند التنازع، فإن خرج الآخر مخالفاً لما رآه أولاً، فإن كان ذلك يسيراً لزم، وإن كان كثيراً لم يلزم. . واحترز بالمثلى من المقوم فإنه لا يكفي رؤية بعضه. . وعلى البرنامج: قال في «التوضيح»: البرنامج بفتح الباء وكسر الميم وهي لفظة فارسية استعملتها العرب، والمراد بها الدفتر المكتوب فيه صفة ما في =

ففي القول القديم يجوز بيع العين الغائبة، ويثبت للمشتري خيار الرؤية. ثم إن في افتقار صحة البيع إلى ذكر صفات المبيع ثلاثة أوجه: أحدها أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات، الثاني أنه لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة، والثالث أن صحة البيع لا تقتصر إلى ذكر شيء من الصفات فيجوز بيع العين الغائبة دون وصف لأن الاعتماد على الرؤية وقد ثبت للمشتري خيارها. ويكون للمشتري الخيار على الفور عند رؤية العين المبعة في وجه، وفي وجه آخر أن العقد إنما يتم بالرؤية فيثبت له خيار كخيار المجلس. وأما إذا رأى المشتري المبيع قبل العقد ثم اشتراه، فإن كان مما لا يتغير كالعقار وغيره جاز بيعه. وهذا القول القديم في مذهب الشافعي يقارب مذهب أبي حنيفة في خيار الرؤية، فهو يثبت للمشتري هذا الخيار حتى لو ذكرت جميع صفات المبيع في أحد الأوجه الثلاثة التي تقدم ذكرها.

وفي القول الجديد رؤية المبيع شرط في صحة العقد، سواء كانت العين حاضرة أو غائبة، وسواء سبق للمشتري رؤيتها أو لم يسبق، ففي جميع الأحوال لا يصح البيع إلا في المبيع المرئي وقت العقد. ومن هنا لا يكون للمشتري خيار الرؤية، فهو قد رأى العين وقت العقد وارتضاها، بل أن رؤيتها وقت العقد شرط في صحة البيع كما قدمنا، وفي هذا يختلف مذهب الشافعي في القول الجديد عن مذهب أبي حنيفة اختلافاً بيناً. فالقول الجديد ينفي خيار الرؤية أصلاً، بل هو يوجب رؤية المبيع، فلا يعود هناك مقتضى لخيار الرؤية. ورؤية المبيع وقت البيع تتم، فيما لا تختلف أجزاؤه، برؤية بعض المبيع، لأن برؤية البعض يزول عذر الجهالة. وأما فيما تختلف أجزاؤه، فرؤية البعض أيضاً تكفي إن كان مما تشق رؤية باقية كالجوز في القشر الأسفل وأساس الحيطان. فإن لم تشق رؤية باقية، وجبت رؤية المبيع، كله ولا تكفي رؤية البعض.

والشافعي في اشتراطه رؤية المبيع وقت العقد لصحة البيع في قوله الجديد - وهذا من شأنه أن يضيق كثيراً من نطاق التعامل - يحتج بنهي النبي عليه السلام عن بيع الغرر والغرر موجود فيما لم يره المشتري، وبنيه عليه السلام عن بيع ما ليس عند الإنسان والمراد ما ليس بحاضر مرئي

= العدل . . وبرؤيته لا يتغير بعدها. فإن كانت مدة يتغير فيها فالبيع فاسد على الأصح، إلا أن يباع بصفة مؤتلفة أو على أنه بالخيار إذا رأى، وقيل: إن شرط النقد فسد وإلا جاز. . وغائب ولو بلا وصف على خياره بالرؤية: يعني أنه يجوز بيع الغائب ولو بلا وصف، لكن بشرط أن يجعل للمشتري الخيار إذا رآه. وأما إذا انعقد البيع على الإلزام أو سكتا عن شرط الخيار، فالبيع فاسد. . وقال بعض كبار أصحاب مالك لا ينعقد بيع إلا على أحد أمرين، إما على صفة توصف أو على رؤية قد عرفها أو شرط في عقد البيع أنه بالخيار إذا رأى، فكل بيع ينعقد في سلعة بعينها غائبة على غير ما وصفنا فهو منتقص وقال ابن محرز ومنهم من تأولها على أن بيع الرؤية والصفة قسم وبيع الخيار قسم. . فتحصل من هذا أن ما كان حاضراً عند المتعاقدين لا يجوز بيعه على صفة على المعروف المشهور، إلا إذا كان في رؤيته عسر أو فساد. . وأما إن كان غائباً عن مجلس العقد وهو حاضر البلد. . فلا يجوز بيعه على الصفة إلا إذا كان في رؤيته مشقة. وأما الغائب عن البلد فيجوز بيعه بالصفة ولو كان على مسافة يوم، وظاهر كلامهم أن ما كان دون مسافة اليوم فهو في حكم حاضر البلد فيأتي فيه ما تقدم. . والظاهر أن البيع على رؤية متقدمة، لا يشترط فيه هذا الشرط فيجوز بيعه وإن كان حاضراً بالبلد أو مجلس التعاقد على تلك الرؤية إذا لم يمض بعد الرؤية مدة يمكن أن يتغير بعدها».

للمشتري، ثم إن المقصود في المبيع هو المالية، ومقدار المالية لا يصير معلوماً إلا بالرؤية، فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالية. والبيع بيع دين وبيع عين. والطريق لمعرفة المبيع فيما هو دين الوصف، وإذا تراخى الوصف عن حالة العقد لم يجز البيع. أما الطريق لمعرفة العين فهو الرؤية، وإذا تراخت الرؤية عن حالة العقد لم يجز هنا أيضاً البيع^(١).

مذهب أحمد بن حنبل:

الظاهر في مذهب أحمد بن حنبل أن العين الغائبة التي لم توصف ولم تتقد رؤيتها لا يصح بيعها فيجب، حتى يصح العقد، إما الرؤية من البائع والمشتري جميعاً، وإما سبق الرؤية بزمن لا تتغير العين فيه، وإما وصف العين بحيث يذكر من صفاتها ما يكفي في صحة السلم. فإن وقع البيع على هذا النحو، كان صحيحاً لازماً، وليس للمشتري ولا للبائع خيار الرؤية فيه. لكن إذا وصف المبيع فجاء على غير الوصف، كان للمشتري خيار الخلف في الوصف. وإذا كانت العين

(١) انظر في هذا «الحجج» وفي رد الحنفية عليها «المبسوط» للسرخسي (١٣/٦٨ - ٧٠).

ومن النصوص في مذهب الشافعي ما جاء في «المهذب»: «ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها. فإن علم الجنس والنوع، بأن قال: بعثك الثوب المروي الذي في كمي أو العبد الزنجي الذي في داري أو الفرس الأدهم الذي في اصطبلتي، ففيه قولان! قال في القديم... يصح ويثبت له الخيار إذا رآه، لما روى ابن أبي مليكة أن عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة أرضاً بالمدينة ناقله بأرض له في الكوفة فقال عثمان: بعث ما لم أره، فقال طلحة: إنما النظر إلي لأنني ابتعت وأنت قد رأيت ما ابتعت. فتحاكما إلى جبير بن مطعم، ف قضى على عثمان أن البيع جائز وأن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيباً... وقال في الجديد لا يصح لحديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر وفي هذا البيع غرر... فإذا قلنا بقوله القديم، فهل تغتفر صحة البيع إلى ذكر الصفات أم لا؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه. والثاني لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة. والثالث أنه لا يفتقر إلى ذكر شيء من الصفات، وهو المنصوص في الصرف، لأن الاعتماد على الرؤية ويثبت له الخيار إذا رآه، فلا يحتاج إلى ذكر الصفات. فإن وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف، ثبت له الخيار. وإن وجده على ما وصف أو أعلى ففيه وجهان: أحدهما لا خيار له لأنه وجده على ما وصف فلم يكن له خيار كالمسلم فيه، والثاني أن له الخيار لأنه يعرف ببيع خيار الرؤية فلا يجوز أن يخلو من الخيار... وأما إذا رأى المبيع قبل العقد ثم غاب عنه ثم اشتراه، فإن كان مما لا يتغير كالعقار وغيره جاز بيعه. وقال أبو القاسم الأنماطي: لا يجوز في قوله الجديد لأن الرؤية شرط في العقد، فاعتبر وجودها في حال العقد كالشهادة في النكاح. والمذهب الأول لأن الرؤية تراد للعلم بالمبيع، وقد حصل العلم بالرؤية المتقدمة، فعلى هذا إذا اشتراه ثم وجده على الصفة الأولى أخذه، وإن وجده ناقصاً فله الرد لأنه ما التزم العقد فيه إلا على تلك الصفة... إذا رأى بعض المبيع دون بعض نظرت: فإن كان مما لا يختلف أجزاؤه كالصبرة عن الطعام والجرة من الدبس جاز بيعه، لأن برؤية البعض يزول غرر الجهالة، لأن الظاهر أن الباطن كالظاهر. وإن كان مما يختلف نظرت: فإن كان مما يشق رؤية باقيه كالجوز في القشر الأسفل جاز بيعه، لأن رؤية الباطن تشق فسقط اعتبارها كرؤية أساس الحيطان. وإن لم تشق رؤية الباقي كالثوب المطوي، ففيه طريقتان: من أصحابه من قال فيه قولان: كبيع ما لم ير شيئاً منه، ومنهم من قال: يبطل البيع قولاً واحداً، لأن ما رآه لا خيار له وما لم يره فيه الخيار وذلك لا يجوز في عين واحدة»، «المهذب» (١/٢٦٣ - ٢٦٤).

المبيعة حاضرة في مجلس العقد، فإنه يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع، كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوهما. فلو باع ثوباً مطوياً أو عيناً حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله، كان كبيع الغائب، فيجب وصف المبيع حتى يصح البيع، ويتبين من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في الظاهر من مذهب أحمد، بخلاف المذهب الحنفي فقد رأينا أن خيار الرؤية يثبت فيه للمشتري حتى مع وصف المبيع، بل يصح البيع فيه دون وصف المبيع ودون رؤيته مع ثبوت خيار الرؤية للمشتري.

على أن هناك رواية ثانية في مذهب أحمد، هي أنه يجوز بيع العين التي لم توصف ولم تتقدم رؤيتها، ويكون للمشتري في هذه الحالة خيار الرؤية، بل إن البائع يكون له هو أيضاً خيار الرؤية إذا لم تسبق له رؤية المبيع. فإذا ثبت للمشتري أو للبائع خيار الرؤية على هذا النحو، فلمن له الخيار عند رؤية المبيع الحق في الفسخ أو الإمضاء، ويكون ذلك على الفور عقب الرؤية، وقيل: يتقيد بالمجلس الذي وجدت الرؤية فيه لأنه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط فتقيد بالمجلس كخيار المجلس. وإن اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ العقد لأنه غير لازم في حقه، وإن اختار إمضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم لأن الخيار يتعلق بالرؤية ولأنه يؤدي إلى إلزام العقد على المجهول فيفضي إلى الضرر. وتتفق هذه الرواية الثانية في مذهب أحمد مع المذهب الحنفي، في أن المبيع الذي لم تسبق رؤيته ولم يوصف يثبت فيه للمشتري خيار الرؤية. وتختلف عن المذهب الحنفي، في أنها تثبت خيار الرؤية للبائع أيضاً، وليس للبائع خيار الرؤية في المذهب الحنفي - وفي أنها لا تثبت خيار الرؤية إلا إذا لم يوصف المبيع فإذا وصف وجاء على الصفة فلا خيار للمشتري، وفي المذهب الحنفي يثبت خيار الرؤية للمشتري ولو وصف المبيع وجاء على الصفة.

وفي رواية ثالثة في مذهب أحمد، أن البيع على الصفة لا يجوز، وأن البيع على رؤية سابقة لا يجوز، فيشترط إذن في صحة البيع رؤية المبيع حال العقد، لأن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها، ولأن ما كان شرطاً في صحة العقد وهو الرؤية يجب أن يكون موجوداً حال العقد. وتتفق هذه الرواية الثالثة في مذهب أحمد مع مذهب الشافعي في قوله الجديد، وتختلف اختلافاً بيناً عن المذهب الحنفي كما هو ظاهر.

ويستخلص مما تقدم أن الظاهر في مذهب أحمد لا يعرف خيار الرؤية، وهو في ذلك يفارق المذهب الحنفي، ولكنه يجيز البيع على الصفة دون رؤية المبيع، وهو في ذلك يفارق مذهب الشافعي في قوله الجديد، على أن هناك روايتين أخريين في مذهب أحمد هما غير الظاهر من مذهبه. الأولى تقرب من المذهب الحنفي إذ تثبت خيار الرؤية للمشتري فيما لم يوصف ولم تتقدم فيه رؤية، بل هي تذهب إلى مدى أبعد من المذهب الحنفي إذ تثبت خيار الرؤية للبائع أيضاً. والثانية تتفق مع مذهب الشافعي في قوله الجديد، إذ تنفي خيار الرؤية بتاتاً وتنفي جواز البيع على الصفة أو على سابق الرؤية، وتشترط لصحة البيع رؤية المبيع حال العقد^(١).

(١) وننقل ما جاء في «المغني» في هذا الصدد: «وفي بيع الغائب روايتان: أظهرهما أن الغائب الذي لم يوصف =

المطلب الرابع

خيار العيب

مسائل ثلاث:

نبحث في خيار العيب - ويسمى في مذهب مالك بخيار النقيصة كما يسمى خيار الشرط بخيار التروي - ما بحثناه في خيار الرؤية في المسائل: (١) متى يثبت خيار العيب (٢) حكم العقد حال قيام خيار العيب (٣) ما يسقط به خيار العيب.

= ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه، وبهذا قال الشعبي والحسن والأوزاعي ومالك وإسحاق وهو أحد قولي الشافعي. وفي رواية أخرى: أنه يصح، وهو مذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي. وهل يثبت خيار الرؤية؟ على روايتين أشهرهما ثبوته، وهو قول أبي حنيفة. واحتج من أجازه بعموم قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، وروي عن عثمان وطلحة أنهما تبايعا داريهما بالكوفة والأخرى بالمدينة، فقبل لعثمان: إنك قد غبت فقال: ما أبالي لأنني بعت ما لم أره، وقيل لطلحة: فقال لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره، فتحاكما إلى جبير فجعل الخيار لطلحة، وهذا اتفاق منهم على صحة البيع، ولأنه عقد معاوضة فلم تفتقر صحته إلى رؤية المعقود عليه كالنكاح. ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر رواه مسلم، ولأنه باع ما لم يره ولم يوصف له فلم يصح كييع النوى في التمر، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم. والآية مخصوصة بالأصل الذي ذكرناه، وأما حديث عثمان وطلحة فيحتمل أنهما تبايعا بالعينة على أنه قول صحابي وفي كونه حجة خلاف ولا يعارض به حديث رسول الله ﷺ، والنكاح لا يقصد منه المعاوضة ولا يفسد بفساد العوض ولا بترك ذكره ولا يدخله شيء من الخيارات وفي اشتراط الرؤية مشقة على المقدرات وإضرار بهن على أن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة في النكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع. فإن قيل فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه، والخيار لا يثبت إلا في عقد صحيح»، قلنا هذا يرويه عمر بن إبراهيم الكردي وهو متروك الحديث ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه. إذا ثبت هذا فإنه يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوهما، فلو باع ثوباً مطوياً أو عيناً حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كييع الغائب، وإن حكمنا بالصحة فللمشتري الخيار عند رؤية المبيع في الفسخ والإمضاء، ويكون على الفور، فإن اختار الفسخ فله ذلك، وإن لم يفسخ لزم العقد، لأن الخيار خيار الرؤية، فوجب أن يكون عندها. وقيل: يتقيد بالمجلس الذي وجدت الرؤية فيه، لأنه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط، فتقيد بالمجلس كخيار المجلس، وإن اختار الفسخ قبل الرؤية، انفسخ، لأن العقد غير لازم في حقه فملك الفسخ كحال الرؤية. وإن اختار إمضاء العقد لم يلزم، لأن الخيار يتعلق بالرؤية، ولأنه يؤدي إلى إلزام العقد على المجهول فيفضي إلى الضرر. وكذلك لو تبايعا بشرط ألا يثبت الخيار للمشتري لم يصح الشرط لذلك، وهل يفسد البيع بهذا الشرط؟ على وجهين، بناء على الشروط الفاسدة في البيع. ويعتبر لصحة العقد الرؤية من البائع والمشتري جميعاً. وإن قلنا بصحة البيع مع عدم الرؤية فباع ما لم يره، فله الخيار عند الرؤية. وإن لم يره المشتري أيضاً، فلكل واحد منهما الخيار، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ليس له الخيار لحديث عثمان وطلحة، ولأننا لو جعلنا له الخيار لثبت لتوهم الزيادة والزيادة في المبيع لا تثبت الخيار، وكذلك لو باع شيئاً على أنه معيب فإن غير معيب لم يثبت له الخيار. ولنا أنه جاهل بصفة المعقود عليه فأشبهه المشتري، فأما الخبر فإنه قول جبير وطلحة وقد خالفهما عثمان وقوله أولى لأن البيع يعتبر فيه الرضا منهما فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضا =

ولما كانت المذاهب المختلفة لا تتفاوت كثيراً في خيار العيب كما تفاوتت في خيار الرؤية، فيكون بحثنا أصلاً في المذهب الحنفي، ونعرض في خلال البحث إلى أوجه الخلاف الهامة في المذاهب الأخرى.

١ - متى يثبت خيار العيب

خيار العيب كخيار الرؤية يثبت دون شرط في العقود التي تحتل الفسخ:

خيار العيب يثبت دون حاجة إلى شرط به، وهو من هذه الناحية يفارق خيار الشرط والتعيين اللذين لا يثبتان إلا بالشرط، ويوافق خيار الرؤية الذي يثبت بحكم الشرع دون حاجة إلى الشرط.

= منهما. وإذا وصف المبيع للمشتري، فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم، صح بيعه في ظاهر المذهب، وهو قول أكثر أهل العلم. وعن أحمد لا يصح حتى يراه لأن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع فإنها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً وهذا يكفي بدليل أنه يكفي في السلم، وأنه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخافية. وأما ما لا يصح المسلم فيه، فلا يصح بيعه بالصفة، لأنه لا يمكن ضبطه بها. إذا ثبت هذا. فإنه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ، وبهذا قال محمد بن سيرين وأيوب ومالك والعبدي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر. وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه له الخيار بكل حال لأنه يسمى بيع خيار الرؤية، ولأن الرؤية من تمام العقد فأشبهه غير الموصوف. ولأصحاب الشافعي وجهان كالمذهبيين. ولنا أنه سلم له المعقود عليه بصفاته فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه، ولأنه مبيع موصوف فلم يكن للعقد الخيار في جميع الأحوال كالمسلم، وقولهم إنه يسمى بيع خيار الرؤية لا نعرف صحته فإن ثبت فيحتمل أنه يسميه من يرى ثبوت الخيار ولا يحتج به على غيره. فأما إن وجده بخلاف الصفة، فله الخيار، ويسمى خيار الخلف في الصفة، لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه كالمسلم. وإن اختلفا فقال البائع لم تختلف الصفة وقال المشتري قد اختلفت، فالقول قول المشتري لأن الأصل براءة ذمته من السلم فلا يلزمه ما لم يقربه أو يثبت بينة أو ما يقوم مقامها. . إذا رآها المبيع ثم عقد البيع بعد ذلك بزمان لا تتغير العين فيه، جاز في قول أكثر أهل العلم. وحكي عن أحمد رواية أخرى: لا يجوز حتى يراها حالة العقد، وحكى ذلك عن الحكم وحماد، لأن ما كان شرطاً في صحة العقد يجب أن يكون موجوداً حال العقد كالشهادة في النكاح. ولنا أنه معلوم عندهما أشبه ما لو شاهداه حالة العقد، والشرط إنما هو العلم وإنما الرؤية طريق العلم، ولهذا اكتفى بالصفة المحصلة للعلم به، والشهادة في النكاح تراد لحل العقد والاستيثاق عليه فلماذا اشترطت حال العقد. ويقرر ما ذكرناه ما لو رآها داراً ووقفاً في بيت منها أو أرضاً ووقفاً في طريقها وتبايعاها صح بلا خلاف مع عدم المشاهدة للكل في الحال، ولو كانت الرؤية المشروطة للمبيع مشروطة حال العقد لا شرط رؤية جميعه. ومتى وجد المبيع بحاله لم يتغير لزم البيع، وإن كان ناقصاً ثبت له الخيار، لأن ذلك كحدوث العيب. وإن اختلفا في التغير، فالقول قول المشتري، لأنه يلزمه الثمن فلا يلزمه ما لم يعترف به. فأما إن عقد البيع بعد رؤية المبيع بمدة يتحقق فيها فساد المبيع لم يصح البيع لأنه مما لا يصح بيعه، وإن لم يتغير فيها لم يصح بيعه لأنه مجهول. وكذلك إن كان الظاهر تغيره. فأما إن كان يحتمل التغير وعدمه وليس الظاهر تغيره، صح بيعه لأن الأصل السلامة ولم يعارضه ظاهر فصح بيعه كما لو كانت الغيبة سيرة، وهذا ظاهر مذهب الشافعي، «المغني» (٤/ ٧٤ - ٩٠).

على أن هناك فرقاً دقيقاً، من هذه الناحية، بين خيار الرؤية وخيار العيب. فخيار الرؤية يثبت بحكم الشرع، إذ ورد نص فيه هو الحديث المعروف. أما خيار العيب، فهو إذا لم يكن في حاجة إلى شرط صريح به، إلا أنه يثبت بالشرط دلالة إذ سلامة المبيع من العيب شرط ضمنى في العقد، ولما كانت السلامة مشروطة في العقد دلالة فقد صارت كالشرط نصاً. جاء في «البدائع» في هذا المعنى: «إن السلامة شرط في العقد دلالة، فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه. والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد أن السلامة في المبيع مطلوبة المشتري عادة إلى آخره، لأن غرضه الانتفاع بالمبيع، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة. ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة، فكانت كالشرط نصاً، فإذا فاتت المساواة كان له الخيار كما إذا اشترى جارية على أنها بكر أو أنها طباحة فلم يجدها كذلك. وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضاً لأنه عقد معاوضة، والمعاوضات مبناه على المساواة عادة وحقيقة، وتحقيق المساواة في مقابلة البذل بالمبدل والسلامة بالسلامة، فكان إطلاق العقد مقتضياً للسلامة. فإذا لم يسلم المبيع للمشتري يثبت له الخيار، لأن المشتري يطالبه بتسليم قدر الفاتت بالعيب وهو عاجز عن تسليمه. فيثبت الخيار». ، «البدائع» (٢٧٤/٥). وقد انبنى على هذا الفرق أن اعتبر خيار الرؤية من حق الشرع فلا يجوز فيه الإسقاط الصريح مقصوداً. وإنما يسقط دلالة بإمضاء البيع فيسقط بطريق الضرورة. أما خيار العيب فاعتبر من حق العبد، فيجوز فيه الإسقاط الصريح مقصوداً «البدائع» (٢٩٧/٥).

على أن خيار العيب، إلى جانب قيامه على الشرط دلالة في العقد، يقوم أيضاً على نص الشرع كخيار الرؤية. ويورد الفقهاء عادة أن الأصل في شرعية خيار العيب ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال: «من اشترى شاة محفلة فوجدها مصراة، فهو بخير النظرين ثلاثة أيام. وفي رواية: فهو بأحد النظرين إلى ثلاثة، إن شاء أمسك، وإن شاء رد ورد معها صاعاً من تمر. ويقول الكاساني: «والنظران المذكوران هما نظرا الإمساك والرد، وذكر الثلاث في الحديث ليس للتوقيت، لأن هذا النوع من الخيار ليس بموقت، بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد. لأن المشتري إن كان به عيب يقف عليه المشتري في هذه المدة عادة، فيرضى به فيمسكه، أو لا يرضى به فيرده. والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري، علمه رسول الله ﷺ بطريق المشاهدة، والله عز وجل أعلم»، «البدائع» (٢٧٤/٤).

ومهما يكن من أمر فإن خيار العيب - كسائر الخيارات من خيار شرط وخيار رؤية - يقوم أيضاً على فكرة اختلال الرضاء، كما سيأتي.

وخيار العيب، كخيار الرؤية أيضاً، لا يثبت إلا في العقود التي تحتل الفسخ، كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن مال على شيء بعينه. وقد ورد في المادة (٣٤٢) من «مرشد الحيران»: «يثبت حق فسخ العقد بخيار العيب من غير اشتراط في العقد. فمن عقد عقد شراء، أو إجارة، أو أجرى مع شريكه قسمة مال مشترك القيميات أو المثاليات المتحدة أو المختلفة الجنس، أو صالح عن دعوى مال معين على شيء بعينه، فله فسخ العقد ونقض القسمة بخيار العيب، إذا

وجد في مشريه أو في العين المستأجرة أو في بدل الصلح أو في الحصة التي أصابته من القسمة عيباً قديماً لم يعلم به وقت العقد أو حين القسمة، ولم يوجد منه ما يدل على الرضا به بعد اطلاعه عليه، ولم يشترط البراءة من العيوب. فإن وجد شيء من ذلك سقط حق خياره، ولزمه العقد والحصة التي أصابته في القسمة».

الشروط الواجب توافرها في العيب ليثبت به الخيار:

والمفروض أن المحل المعقود عليه هو عين معينة بالذات. ويشترط في العيب اللاحق بالعين، ليثبت به الخيار، شروط أربعة: (١) أن يكون العيب مؤثراً في قيمة المبيع (٢) وأن يكون قديماً (٣) وأن يكون غير معلوم من المشتري (٤) وألا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب. ونستعرض هذه الشروط في إيجاز.

يجب أن يكون العيب مؤثراً قيمة المبيع:

يطيل الفقهاء في تفصيل هذا الشرط، ويستعرضون في إسهاب العيوب المختلفة التي يحتمل أن تلحق المعقود عليه. ونكتفي هنا بأن نذكر أن العيب يكون مؤثراً في قيمة المبيع إذا كان من شأنه أن يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً. فالعمى والعمور والحوول والعشا والبرص والقراع والصلع والشلل والبخر والذفر وسائر الأمراض المؤثرة، كل هذه عيوب في الرقيق على تفصيل تفيض به كتب الفقه. وينبسط القول خاصة في شأن عيوب أربعة: الإباق والسرقة والبول في الفراش والجنون، لأن قدم هذه العيوب واستمرارها في الرقيق وهو في يد المشتري محل بحث طويل. والحران والجماح وخلع الرسن عيوب مؤثرة في الخيل. والهشم عيب مؤثر في الأواني. والصدع عيب مؤثر في الحوائط. وهكذا. والتعويل في كل ذلك على عرف التجار، فما كان من شأنه أن ينقص ثمن المبيع في عرفهم فهو عيب يوجب الخيار^(١).

يجب أن يكون العيب قديماً:

ويجب أن يكون العيب ثابتاً وقت عقد البيع أو بعد ذلك ولكن قبل التسليم، حتى لو حدث بعد التسليم لا يثبت الخيار، لأن ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة، وقد حصلت السلعة سليمة في يد المشتري إذ العيب لم يحدث إلا بعد التسليم^(٢).

(١) وقد يكون عيباً يوجب الخيار سوء الجوار في الدار المستأجرة، وما يلحق الشيء من أوهام العامة، كأن تكون الدار شؤماً أو أن تكون مشهورة بعوامر الجان. جاء في «الحطاب»: «قال في الموازنة سوء الجار في الدار المكترة عيب ترد به إذا لم يعلم، وقال غيره ليس ذلك عيباً في البيع. وقد قال أبو صالح الحراني سمعت مالكا يقول: ترد الدار من سوء الجيران. . . المشدالي قال في موضع آخر في البيان من اشترى داراً فوجد جيرانها يشربون أن ذلك عيب ترد به. . . وفي الشؤم والجن نظر. والذي اختاره ابن عرفة أنهما ليسا بعيب، والصواب عندي أن ذلك عيب لأنه مما تكرهه النفوس قطعاً، فإن كون الدار مشهورة بعوامر الجان لا تسكن غالباً، وكذا إذا اشتهرت بالشؤم لا تملك غالباً»، «الحطاب» (٤/٤٣٦).

(٢) وفي مذهب مالك ما يعرف بالعهد، فيفترض أن العيب إذا حدث عند المشتري في مدة معينة يكون كامناً في =

ولا يكفي أن يكون العيب قد حدث قبل التسليم. بل يجب أيضاً أن يبقى ثابتاً بعد التسليم، لأن العيب إذا حدث قبل التسليم وزال أيضاً قبله، فقد قبض المشتري المبيع سليماً من العيب، فلا يكون له الخيار.

أما إن حدث العيب بعد التسليم ولكنه استند إلى سبب قبل التسليم، كأن كان المبيع عبداً فسرقت أو قطع يداً قبل التسليم فقطعت يده بعد التسليم ففي مذهب الشافعي خلاف في هذه المسألة. جاء في «المهذب»: «وإن حدث العيب بعد القبض نظرت، فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد، لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث. وإن استند إلى ما قبل القبض، بأن كان عبداً فسرقت أو قطع يداً قبل القبض فقطعت يده بعد القبض، ففيه وجهان: أحدهما أنه يرد وهو قول أبي إسحاق، لأنه قطع بسبب كان قبل القبض. والثاني أنه لا يرد وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لأن القطع وجد في يد المشتري فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله». «المهذب» (١/٢٨٤).

وهناك خلاف فيما يتعلق بالعيوب الأربعة في الرقيق التي سبقت الإشارة إليها: الإباق والسرقة والبول في الفراش والجنون. فرأي يذهب إلى أن ثبوت هذه العيوب عند البائع كاف، ولا

المبيع وقت أن كان في يد البائع، فيحمل البائع عهده ويكون مسؤولاً عنه. قال ابن رشد: «انفرد مالك بالقول بالعهد دون سائر فقهاء الأمصار، وسلفه في ذلك أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم. ومعنى العهد: أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع. وهي عند القائلين بها عهدتان: عهدة الثلاثة الأيام وذلك عن جميع العيوب الحادثة عند المشتري، وعهدة السنة وهي من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون فما حدث في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري في الأصل. وعهدة الثلاثة عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء، والنفقة فيها والضمان من البائع. وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري إلا من الأدواء الثلاثة. وهذه العهدة عند مالك في الرقيق، وهي أيضاً واقعة في أصناف البيوع في كل ما القصد منه المماكة والمحركة وكان بيعاً لا في الذمة. هذا ما لا خلاف فيه في المذهب، واختلف في غير ذلك. واختلف أيضاً عن مالك هل تلزم العهدة في كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها، فروي عنه الوجهان. فإذا قيل: لا يلزم أهل البلد إلا أن يكونوا قد حملوا على ذلك، فهل يجب أن يحصل عليها أهل كل بلد أم لا؟ فيه قولان في المذهب. ولا يلزم النقد في عهدة الثلاث وإن اشترط، ويلزم في عهدة السنة. والعلة في ذلك أنه لم يكمل تسليم المبيع فيها للبائع قياساً على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع. وأما سائر فقهاء الأمصار فلم تصح عندهم في العهدة أثر، ورأوا أنها ولو صحت مخالفة للأصول. وذلك أن المسلمين يجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع بعد قبضه فهي من المشتري، فالتخصيص لمثل هذا الأصل المتقرر إنما يكون بسماع ثابت. ولهذا ضعف عند مالك في إحدى الروايتين عنه أن يقضي بها في كل بلد إلا أن يكون ذلك عرفاً في البلد أو يشترط، وبخاصة عهدة السنة فإن لم يأت في ذلك أثر. وروى الشافعي عن ابن جريج قال: سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث، فقال: ما علمت فيها أمراً سالفاً «بداية المجتهد» (٢/١٤٤ - ١٤٦)، وانظر في نقض الحنابلة لحجج المالكية في العهدة «الشرح الكبير» على متن «المقنع» (٩٠/٤ - ٩١).

يشترط ظهورها عند المشتري. ويستند هذا الرأي إلى أن هذه العيوب عيوب لازمة لا زوال لها، فثبوتها عند البائع يدل على بقائها عند المشتري وإن لم تظهر، إذ تبقى مختفية ثم تنكشف. ورأي يذهب إلى أن الجنون وحده دون العيوب الثلاثة الأخرى هو الذي ينطبق عليه هذا الوصف، إذ الجنون في الرقيق فساد في محل العقد وهو الدماغ، وهذا مما لا زوال له عادة إذا ثبت. فيقتصر إذن في الجنون وحده، وفقاً لهذا الرأي، على ضرورة ثبوته عند البائع، ولا يشترط ثبوته عند المشتري، فهو ثابت بطبيعته ثم يظهر. على أن الرأي الذي عليه عامة الفقهاء أن هذه العيوب جميعاً كغيرها، قد تزول، فيشترط ثبوته في يد البائع وبقاؤها في يد المشتري.

ولكن العيوب الثلاثة الأخرى غير الجنون - الإباق والسرقة والبول في الفراش - تتميز بأنها يشترط فيها العقل واتحاد الحال. فإن أبق الصبي أو سرق أو بال في الفراش في يد البائع وهو صغير لا يعقل، ثم كان ذلك في يد المشتري وهو لا يزال صغيراً لا يعقل، لم يثبت حق الرد، لأن هذه الأمور ليست عيباً في الصغير الذي لا يعقل. وحتى لو بقي الصغير بأبق أو يسرق أو يبول في الفراش بعد أن عقل وكان ذلك بعد انتقاله إلى يد المشتري، لم يكن للمشتري حق الرد، لأن الذي كان موجوداً في يد البائع ليس بعيب والموجود في يد المشتري عيب ولكنه حادث. كذلك إن اختلف الحال لم يثبت حق الرد، بأن أبق الصبي أو سرق أو بال في الفراش في يد البائع وهو صغير عاقل، ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ، لأن اختلاف الحال دليل اختلاف سبب العيب، واختلاف سبب يوجب اختلاف العيب، فكان الموجود بعد البلوغ عيباً حادثاً لا يوجب الرد.

يجب أن يكون العيب غير معلوم من المشتري وألا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب:

ويجب أن يكون المشتري غير عالم بوجود العيب في وقت العقد وفي وقت القبض معاً، فإن كان عالماً به في أي وقت من هذين الوقتين فلا خيار له. ذلك إن إقدامه على الشراء مع العلم بالعيب رضا منه به دلالة، وكذلك إذا لم يعلم بالعيب عند العقد ثم علم به وقت القبض، فقبضه للمبيع مع علمه بالعيب دليل على الرضا، لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد.

وقد يرضى المشتري بالعيب دون أن يعلم به، وذلك إذا اشترط عليه البائع البراءة من العيب فقبل منه هذا الشرط، فإذا أبرأ المشتري البائع من كل عيب أو من عيب بالذات قائم وقت العقد، فإن الإبراء لا يتناول العيب الذي يحدث بعد البيع وقبل القبض. وإن أبرأه من كل عيب أو من عيب بالذات يحدث بعد البيع وقبل القبض، فالشرط فاسد، لأن الإبراء لا يحتمل الإضافة إلى زمن مستقبل ولا التعليق بالشرط، فهو وإن كان إسقاطاً فيه معنى التملك ولهذا لا يحتمل الارتداد بالرد، وكان ذلك بيعاً دخل فيه شرط فاسد ففسد. وإن أبرأه من كل عيب أو من عيب بالذات وأطلق البراءة دون أن يخصص بالعيب القائم وقت العقد أو العيب الحادث بعده، انصرف ذلك عند محمد إلى العيب القائم وقت العقد دون العيب الحادث بعده، وعند أبي يوسف تعم البراءة

العيبين، ويرأ البائع من العيب القائم وقت العقد والعيب الحادث بعده^(١).

٢ - حكم العقد حال قيام خيار العيب

العقد نافذ غير لازم:

إذا توافرت في العيب الشروط المتقدمة الذكر، لم يمنع ذلك من انعقاد العقد صحيحاً نافذاً لازماً من جهة البائع، ولكنه يكون غير لازم من جهة المشتري.

فيثبت الملك للمشتري في المبيع للحال، لأن ركن البيع مطلق عن الشرط. أما شرط السلامة الثابت دلالة فهو ليس بشرط في السبب كخيار الشرط وليس بشرط في الحكم كخيار الرؤية، فيكون أثره في منع اللزوم لا في منع أصل الحكم. أما خيار الشرط فقد دخل على السبب فمنع انعقاده في حق الحكم مدة الخيار، ولذلك لا يزول الملك عن البائع بشرط الخيار مدة خياره. وأما خيار الرؤية فقد دخل على الحكم ومنع تمامه، فمنع لزوم العقد حتى بعد القبض. وهذا بخلاف خيار العيب فإنه لا يدخل على السبب ولا على الحكم كما قدمنا، فهو يجعل العقد غير لازم قبل القبض، وقابلاً للفسخ بعد القبض. أما كونه غير لازم قبل القبض فدلّل ذلك أن المبيع إذا كان لا يزال في يد البائع، وأراد المشتري الرد بالعيب، فإنه لا يحتاج إلى التراضي أو التقاضي، بل يكفي أن يقول رددت البيع أو ما يجري هذا المجرى لينفسخ البيع، فذلك لأن العقد غير لازم قبل القبض. أما بعد القبض فقد تمت الصفقة، وإنما يكون البيع قابلاً للفسخ لفوات شرط السلامة، ومن ثم لا يجوز الفسخ إلا بالتراضي أو التقاضي. إذ البيع هنا يفسخ بعد أن تمت الصفقة، ولا ينفسخ بمحض إرادة المشتري كما كان الأمر قبل القبض والصفقة لم تتم. وفي خيار الرؤية قد رأينا أن الصفقة لا تتم حتى بعد القبض، ولذلك يرد المشتري المبيع بخيار الرؤية

(١) ويختلف حكم البراءة من العيب في مذهب الشافعي. جاء في «المهذب» (٢٨٨/١): «إذا باع عيناً بشرط البراءة من العيب، ففيه طريقتان: أحدهما... أن المسألة على ثلاثة أقوال. أحدها أنه يبرأ من كل عيب، لأنه عيب رضي به المشتري فبرئ منه البائع كما لو أوقفه عليه، والثاني: لا يبرأ من شيء من العيوب، لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهول... والرهن المجهول. والثالث: أنه لا يبرأ إلا من عيب واحد وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع... لأن الحيوان يفارق ما سواه، لأنه يغتذي بالصحة والسقم، وتحول طباعه، وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى، فدعت الحاجة إلى التبري من العيب الباطن فيه لأنه لا سبيل إلى معرفته وتوقيف المشتري عليه. وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر ولا في العيب الباطن في غير الحيوان، فلم يجز التبري منه مع الجهالة والطريق الثاني: أن المسألة على قول واحد، وهو أنه يبرأ من عيب باطن في الحيوان لم يعلم به، ولا يبرأ من غيره... وتأول هذا القائل ما أشار إليه الشافعي من القولين الآخرين على أنه حكى ذلك عن غيره ولم يختره لنفسه. فإن قلنا: إن الشرط باطل، فهل يبطل البيع فيه؟ وجهان: أحدهما لا يبطل البيع ويرد المبيع... والثاني أنه يبطل البيع، لأن هذا الشرط يقتضي جزءاً من الثمن تركه البائع لأجل الشرط، فإذا سقط وجب أن يرد الجزء الذي تركه بسبب الشرط وذلك مجهول، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولاً فيصير الثمن مجهولاً، ففسد العقد، والله أعلم».

بمحض إرادته دون حاجة إلى التراضي أن التقاضي، سواء كان ذلك قبل قبض المبيع أو كان بعد القبض. وفي خيار الشرط لا تتم الصفقة أيضاً حتى بعد القبض، فإذا رد من له الخيار ولو بعد قبض المبيع رد بمحض إرادته دون حاجة إلى التراضي أو التقاضي.

فالعبرة إذن، فيما إذا كان الرد يتم بمحض الإرادة أو كان لا بد في تمامه من التراضي أو التقاضي، إنما تكون بعدم تمام الصفقة أو بتمامها. فإذا لم تتم الصفقة، كما هو الأمر في خيار الشرط والرؤية قبل القبض وبعد القبض، وكما هو الأمر في خيار العيب قبل القبض، كان الرد بمحض إرادة من له الخيار. وإذا تمت الصفقة، كما هو الأمر في خيار العيب بعد القبض، فإن الرد لا يكون إلا بالتراضي أو بالتقاضي. ذلك أنه إذا لم تتم الصفقة، كان الرد نقضاً لصفقة لم تتم، فيكون انفساخاً لا فسخاً، أقرب إلى أن يكون رجوعاً في الإيجاب قبل القبض الذي هو بمثابة القبول، فلا حاجة فيه إلى التراضي. أما إذا كانت الصفقة قد تمت، فالرد لا يكون مجرد نقض وانفساخ تكفي فيه إرادة من له الخيار، بل هو فسخ لصفقة قد تمت، فلا بد فيه من التراضي أو التقاضي، فإن العقد لا يفسخ إلا على النحو الذي به ينعقد، وهو لا ينعقد بأحد العاقلين فلا يفسخ بأحدهما.

ويقول الكاساني في هذا المعنى: «وأما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته، فالبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع أو في يد المشتري، فإن كان في يد البائع يفسخ بقول المشتري رددت، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ولا إلى التراضي بإجماع. وإن كان في يد المشتري لا يفسخ إلا بقضاء القاضي أو بالتراضي عندنا. وعند الشافعي رحمه الله يفسخ بقوله: رددت من غير الحاجة إلى القضاء ولا إلى رضا البائع. وأجمعوا على أن الرد بخيار الشرط يصح من غير قضاء ولا رضا، وكذلك الرد بخيار الرؤية متصلاً بلا خلاف بين أصحابنا. وجه قول الشافعي رحمه الله أن هذا نوع فسخ فلا تفتقر صحته إلى القضاء ولا إلى الرضاء، كالفسخ بخيار الشرط بالإجماع وبخيار الرؤية على أصلكم، ولهذا لم يفتقر إليه قبل القبض وكذا بعده. ولنا أن الصفقة تمت بالقبض، وأحد العاقلين لا ينفرد بفسخ الصفقة بعد تمامها كالإقالة، وهذا لأن الفسخ يكون على حسب العقد لأنه يرفع العقد، ثم العقد لا ينعقد بأحد العاقلين فلا يفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضي. بخلاف ما قبل القبض، لأن الصفقة قبل القبض ليست بتامة، بل تمامها بالقبض، فكان بمنزلة القبول، كأنه لم يسترده. بخلاف الرد بخيار الشرط، لأن الصفقة غير منعقدة في حق الحكم مع بقاء الخيار، فكان الرد في معنى الدفع والامتناع من القبول. وبخلاف الرد بخيار الرؤية لأن عدم الرؤية منع تمام الصفقة لأنه أوجب خللاً في الرضاء، فكان الرد كالدفع. أما ههنا إذ الصفقة قد تمت بالقبض، فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضاء، والله عز وجل أعلم»، «البدائع» (٢٨١/٥).

عدم لزوم العقد في خيار العيب قائم على اختلال الرضاء لفوات شرط السلامة من العيب:

قدمنا أن سلامة المبيع من العيب مشروطة في العقد دلالة. وقد سبق القول - انظر «مصادر

الحق في الفقه الإسلامي» (١٣٠ / ٢ - ١٣١) أن العاقد ما لم يشترط البراءة من العيوب في الشيء الذي يتعامل فيه، يكون قد كفل للعاقد الآخر، دلالة ودون حاجة إلى شرط صريح، سلامة المعقود عليه من العيوب. فإذا لم تتوافر هذه السلامة، فقد اختل رضا العاقد الآخر، ووجب له الخيار.

ويقول الكاساني في هذا المعنى: «إن السلامة لما كانت مرغوبة المشتري ولم يحصل، فقد اختل رضاه. وهذا يوجب الخيار، لأن الرضا شرط صحة البيع، قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الذِّبْءُ ءَامِنُونَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحْرَةً عَنْ رَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. فانهدام الرضا يمنع صحة البيع، واختلاله يوجب الخيار فيه، إثباتاً للحكم على قدر الدليل» «البدائع» (٣٧٤ / ٥).

وإذا كان خيار العيب يقوم على اختلال الرضاء، فإن شأنه في ذلك شأن سائر الخيارات، إذ أن كلاً من خيار الشرط وخيار الرؤية يقوم هو أيضاً على اختلال الرضاء كما سبق القول.

كيف يكون الرد بخيار العيب:

إذا ثبت للمشتري خيار العيب، كان له أن ينقض البيع، وينقض البيع قبل القبض بإرادته وحده، كأن يقول: فسخت البيع أو نقضته أو رددته وما هو في معناه. ويشترط علم البائع بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يشترط هذا العلم عند أبي يوسف، كما هو خلافهم في خيار الشرط وفي خيار الرؤية. أما بعد القبض، فقد قدمنا أن النقص لا يكون إلا بالتراضي أو بالتقاضي.

ما الذي يترتب على الرد بخيار العيب:

إذا نقض المشتري البيع بخيار العيب، انفسخ العقد. ورد المشتري المبيع معيباً إلى البائع إن كان قد قبضه، واسترد الثمن إن كان قد دفعه.

وليس له أن يمسك المبيع معيباً ويرجع على البائع بنقصان الثمن، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن من مجرد العقد، ولأن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من الثمن المسمى فيتضرر بنقصان هذا الثمن، ودفع الضرر عن المشتري ممكن برده للمبيع، ولأن حق الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف^(١). على أن

(١) وهذا هو المذهب الحنفي. ومثله مذهب الشافعي. جاء في «المهذب»: «وإن قال البائع: أمسك المبيع وأنا أعطيك أرض العيب، لم يجبر المشتري على قبوله، لأنه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن فلا يجبر على إمساك معيب ببعض الثمن. وإن قال المشتري أعطني الأرض لأمسك المبيع، لم يجبر البائع على دفع الأرض، لأنه لم يبذل المبيع إلا بجميع الثمن فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن»، «المهذب» (١/ ٢٨٤).

وفي مذهب مالك تنقسم العيوب إلى ثلاثة: عيب غير مؤثر وليس فيه شيء، وعيب يسير ويرجع المشتري فيه بنقصان الثمن، وعيب فاحش ويكون المشتري فيه بالخيار بين الرد والإمساك فإذا أمسك ليس له أن يرجع بنقصان الثمن. ففي العيب الفاحش يتلاقى المذهبان الحنفي والمالكي. قال ابن جزري المسألة الثالثة في أنواع =

للمشتري أن يرجع بنقصان الثمن إذا توافرت شروط ثلاثة:

١ - أن يتعذر عليه رد المبيع، كأن هلك المبيع أو نقص أو زاد وهو في يده على التفصيل الذي سيأتي.

٢ - وأن يكون هذا التعذر غير آت من قبله فإن كان التعذر آتياً من قبله، لم يرجع بنقصان الثمن، لأنه يصير حاسباً المبيع بفعله ممسكاً عن الرد. فلو باع المبيع المعيب أو وهبه ثم علم بالعيب، لم يرجع بنقصان الثمن، لأنه بالبيع أو الهبة صار ممسكاً عن الرد، ولو كان المبيع داراً فبناها مسجداً ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان، لأنه لما بناها مسجداً فقد أخرجها عن ملكه فصار كما لو باعها. ولو كان المبيع طعاماً فأكله أو ثوباً فلبسه حتى تحرق، لم يرجع بالنقصان في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد يرجع. وجه قولهما أن أكل الطعام ولبس الثوب استعمال الشيء فيما وضع وأنه انتفاع لا إتلاف. وجه قول أبي حنيفة أن المشتري بأكل الطعام ولبس الثوب أخرجهما عن ملكه حقيقة. ولو استهلك الطعام أو الثوب بسبب آخر وراء الأكل واللبس، ثم وجد به عيباً، لم يرجع بالنقصان بلا خلاف، لأن استهلاكهما في غير ذلك الوجه إبطال محض.

٣ - وألا يصل إلى المشتري عوض عن المبيع، فإن وصل إليه عوضه، كأن قتل أجنبي العبد المبيع في يده خطأ، لم يرجع بالنقصان في ظاهر الرواية لأنه لما وصل إليه عوضه صار كأنه باعه ولو باعه ثم اطلع على عيب به لم يرجع؛ كذا هذا.

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة، وكان للمشتري الرجوع بنقصان الثمن، فحساب ذلك يكون على الوجه الآتي: يقوم المبيع غير معيب ثم يقوم بالعيب، ولا يدفع المشتري للبائع من الثمن إلا حصة تعادل النسبة بين هاتين القيمتين. فلو كانت قيمة المبيع غير معيب عشرين، وكانت قيمته معيباً خمسة عشر، فالنسبة بين هاتين القيمتين نسبة ثلاثة إلى أربعة، فلو كان الثمن ستة

= العيوب وهي ثلاثة: عيب ليس فيه شيء وعيب فيه قيمة، وعيب فيه رد ابن جزي: فأما الذي ليس فيه شيء، فهو اليسير الذي لا ينقص من الثمن. وأما عيب القيمة، فهو اليسير الذي ينقص من الثمن، فيحط على المشتري من الثمن بقدر نقص العيب، وذلك كالخرق في الثوب والصدع في حائط الدار، وقيل: إنه يوجب الرد في العروض بخلاف الأصول. وأما عيب الرد، فهو الفاحش الذي ينقص حظاً من الثمن، ونقص الثمن يوجب الرد عند ابن رشد وقيل: الثلث، فالمشتري في عيب الرد بالخيار بين أن يرده على بائعه أو يمسكه ولا أرش له على العيب، وليس له أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب إلا أن يفوت في يده.، «القوانين الفقهية» (٢٦٧).

وفي مذهب أحمد بن حنبل يكون للمشتري الخيار بين الرد أو الإمساك مع الرجوع بنقصان الثمن. جاء في «الشرح الكبير» على متن «المقنع»: «فمن اشترى معيباً لا يعلم عيبه، فله الخيار بين الرد والإمساك مع الأرش وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن. . فإن اختار إمساك المعيب وأخذ الأرش فله ذلك وبه قال أبو إسحاق. وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له إلا الإمساك أو الرد، ولا أرش له إلا أن يتعذر رد المبيع»، «الشرح الكبير» على متن «المقنع» (٨٦/٤).

عشر، لم يجب على المشتري من الثمن إلا ثلاثة أرباعه أي اثنا عشر، ورجع بالنقصان وهو أربعة^(١).

٣. ما يسقط به خيار العيب

أسباب مختلفة: يسقط خيار العيب، فيلزم البيع، للأسباب الآتية:

(١) هلاك المبيع (٢) نقصان المبيع (٣) زيادة المبيع (٤) إسقاط المشتري للخيار (٥) رضا المشتري بالعيب بعد العلم به (٦) تصرف المشتري في المبيع قبل العلم بالعيب^(٢).

فهذه أسباب مختلفة، بعضها يرجع إلى تغير حالة المبيع بالهلاك أو النقصان أو الزيادة، وبعضها يرجع إلى نزول المشتري عن حقه بالإسقاط أو الرضا بالعيب، وبعضها يرجع إلى تعذر رد المبيع بتصرف المشتري فيه.

فنتناول في إيجاز هذه الأسباب تباعاً.

هلاك المبيع:

يسقط خيار العيب بهلاك المبيع لفوات محل الرد. فإن هلك المبيع وهو في يد البائع،

(١) وإذا كان بعض المبيع معيماً دون بعض، فالمبدأ الأساسي في هذه المسألة هو عدم جواز تفريق الصفقة قبل تمامها، فإن تمت جاز التفريق. وتطبيقاً لهذا المبدأ يميز الفقه الحنفي بين ظهور العيب قبل القبض وظهوره بعد القبض. فإذا لم يقبض المشتري شيئاً من المبيع، ووجد بيعه عيباً، فهو بالخيار إن شاء رضي بالكل ولزمه جميع الثمن، وإن شاء رد الكل. وليس له أن يرد المبيع خاصة بحصته من الثمن، سواء كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء متعددة، لأن الصفقة لا تمام لها قبل القبض، وتفرق الصفقة قبل تمامها باطل. وهذا هو الحكم فيما إذا كان المشتري قبض بعض المبيع دون بعض فوجد بيعه عيباً. فهذا أيضاً لا يملك رد المبيع خاصة بحصته من الثمن، سواء وجد العيب بغير المقبوض أو بالمقبوض، لأن الصفقة لا تتم إلا بقبض جميع المعقود عليه، فكان رد البعض دون البعض تفريق الصفقة قبل التمام وهو الباطل.

أما إذا كان المشتري قبض كل المبيع، ثم وجد بيعه عيباً، فإن كان المبيع شيئاً واحداً. ولو تقديراً كخفين أو نعلين أو مصراعي باب ونحو ذلك - فكذلك لا يملك رد المبيع خاصة بحصته من الثمن. وإن كان المبيع أشياء متعددة، فله أن يرد المبيع خاصة بحصته من الثمن، وليس له أن يرد الكل إلا عند التراضي. وهذا لأن حق الرد إنما يثبت لفوات السلامة المشروطة في العقد، والسلامة فانت في أحدهما فكان له رده خاصة، فلو امتنع الرد إنما يمتنع لتضمنه تفريق الصفقة، وتفرق الصفقة باطل قبل التمام لا بعده، والصفقة قد تمت بقبضهما فزال المانع. ولو قال المشتري: أنا أمسك المبيع وأرجع بنقصان الثمن فيه ليس له ذلك، لأن إمساكه للمعيب دلالة الرضا به وأنه يمنع الرجوع بالنقصان. وعند زفر والشافعي وليس للمشتري في الحالة الأخيرة أن يرد المبيع بحصته من الثمن، بل يردهما جميعاً أو يمسكهما جميعاً. ولأن في التفريق بينهما في الرد إضراراً بالبائع، إذ ضم الرديء إلى الجيد في البيع من عادة التجار ليروج الرديء بواسطة الجيد، وقد يكون العيب بالرديء فيرده على البائع، ويلزمه البيع في الجيد بثمان الرديء، وهذا إضرار بالبائع ولهذا امتنع. انظر في كل ما تقدم «البدائع» (٢٨٦/٥ - ٢٨٩).

(٢) ولا يسقط خيار العيب بموت المشتري، فإذا مات قامت ورثته مقامه في الخيار، وقد قدمنا أن خيار العيب كخيار التعيين يورث، وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار الرؤية فإنهما لا يورثان.

انفسخ البيع ولا يرجع البائع على المشتري بشيء من الثمن لأنه يحمل تبعة الهلاك قبل القبض. وإن هلك المبيع وهو في يد المشتري، فهلاكه عليه لأنه قد قبضه، ولكنه يرجع على البائع بنقصان الثمن بسبب العيب.

نقصان المبيع:

إذا نقص المبيع^(١) قبل القبض، وكان النقصان بغير فعل المشتري أو فعل أجنبي، أي بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بأفة سماوية، فهذا وما لم يكن به عيب سواء. ويكون للمشتري الخيار، إن شاء أخذ المبيع وطرح قدر النقصان، وإن شاء ترك، كما إذا لم يجد بالمبيع عيباً. ذلك أن له الخيار في الرد حتى لو لم يكن بالمبيع عيب، فلا يحتاج إلى خيار آخر. وإن كان النقصان بفعل المشتري، كان للمشتري أن يرضى المبيع بالعيب ولا يرجع بشيء، وإن شاء رجع بنقصان العيب على البائع ولكن للبائع في هذه الحالة أن يأخذ المبيع فيسقط جميع الثمن. وإن كان النقصان بفعل أجنبي، فالمشتري بالخيار، إن شاء رضي بالمبيع بجميع الثمن واتبع الجاني بالأرض، وإن شاء ترك ويسقط عنه جميع الثمن واتبع البائع الجاني بالأرض، كما إذا لم يجد المشتري بالمبيع عيباً.

وإذا نقص المبيع بعد القبض وهو في يد المشتري، أيًا كان سبب النقص ثم وجد المشتري به عيباً، لم يكن له أن يرده بالعيب. ذلك أن شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التي كان عليها عند القبض، ولم يوجد لأن المبيع خرج عن ملك البائع معيباً بعيب واحد ويعود على ملكه معيباً بعيبين، العيب القديم والنقصان، وهو إذا كان يضمن العيب القديم، فإنه لا يضمن النقصان لأنه حدث بعد القبض والمبيع في يد المشتري. فانعدم شرط الرد، وللمشتري أن يرجع بنقصان الثمن للعيب، إلا إذا رضي البائع بأخذ المبيع ورد كل الثمن^(٢).

زيادة المبيع:

إن حدثت الزيادة قبل القبض، فإن كانت متصلة متولدة من الأصل (كالكبر والسمن)، فإنها لا تمنع الرد بالعيب، لأن هذه الزيادة تابعة للأصل فكانت مبيعة تبعاً، وما كان تبعاً في العقد يكون تبعاً في الفسخ. وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل (كالصبغ في الثوب والبناء على الأرض) فإنها تمنع الرد بالعيب، لأن هذه الزيادة ليست بتابعة بل هي أصل بنفسها، فتعذر رد

(١) وكالنقص طرؤ عيب آخر على المبيع يضاف إلى العيب الأول، فإن طرأ العيب الثاني قبل القبض، فهو قديم يضمنه البائع كما يضمن النقص قبل القبض، وإن طرأ العيب الثاني بعد القبض، فهو حديث لا يضمنه البائع كما لا يضمن النقص بعد القبض.

(٢) وفي مذهب مالك للمشتري أن يرد المبيع في هذه الحالة ويرد معه أرض النقصان، لأن حق الرد بالعيب ثبت نظراً للمشتري، فلو امتنع إنما يمتنع نظراً للبائع، والمشتري باستحقاق النظر أولى من البائع لأنه لم يدلس العيب والبائع قد دلس. قال ابن جزي: «المسقط الرابع حدوث عنده، آخر عند المشتري فهو بالخيار إن شاء رده ورد أرض العيب الحادث عنده، وإن شاء تمسك به وأخذ أرض العيب القديم، والأرض قيمة العيب. وقال الشافعي وأبو حنيفة ليس له الرد، وإنما يأخذ أرض العيب القديم»، «القوانين الفقهية» (٢٦٦).

المبيع، إذ لا يمكن رده بدون الزيادة لتعذر الفصل، ولا يمكن رده مع الزيادة لأنها ليست بتابعة في العقد فلا تكون تابعة في الفسخ. ويكون للمشتري الرجوع بنقصان الثمن. وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل (كالولد والثمر واللبن)، فإنها لا تمنع الرد بالعيب، فإن شاء المشتري ردهما جميعاً، وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن. وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل (كالغلة والكسب)، فإنها لا تمنع الرد بالعيب، لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة وإنما هي مملوكة بملك الأصل، فبالرد يفسخ العقد في الأصل وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بغير ثمن عند أبي حنيفة لكنها لا تطيب له لأنها وإن حدثت على ملكه إلا أنها ربح ما لم يضمن، وعند أبي يوسف ومحمد تكون الزيادة للبائع لكنها لا تطيب له.

وإن حدثت الزيادة بعد القبض، فإن كانت متصلة متولدة من الأصل، فإنها لا تمنع الرد بالعيب إن رضي المشتري بردها مع الأصل التي هي تابعة له، وإن أبى المشتري الرد وأراد الرجوع بنقصان الثمن كله له ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد ليس للمشتري أن يرجع بنقصان الثمن على البائع إذا أراد البائع استرداد المبيع معيباً ورد الثمن كله. وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل، فإنها لا تمنع الرد بالعيب، ويرجع المشتري على البائع بنقصان الثمن، وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل، فإنها تمنع الرد بالعيب. ويرجع المشتري بنقصان الثمن، لأن الزيادة حصلت في ضمان المشتري، فإن ردها مع الأصل كانت للبائع ربح ما لم يضمن، وإن استبقاها ورد الأصل فإنها تبقى في يده بلا ثمن وهذا تفسير الربا، وهذا بخلاف هذه الزيادة قبل القبض، فإنها تحصل في ضمان البائع، فجاز ردها مع الأصل إلى البائع لحصولها في ضمانه، ومن ثم جاز الرد بالعيب كما قدمنا. وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل، فإنها لا تمنع الرد بالعيب، ويرد الأصل على البائع، والزيادة للمشتري طيبة له لأنها حصلت في ضمانه.

إسقاط المشتري للخيار:

ويسقط خيار العيب بإسقاط المشتري له إسقاطاً مقصوداً صريحاً أو ما هو في معنى الصريح، نحو أن يقول أسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البيع أو أوجبته وما يجري هذا المجرى، لأن خيار العيب حقه فله أن ينزل عنه. وكإسقاط الخيار إبراء المشتري البائع من العيب، لأن الإبراء إسقاط وله ولاية الإسقاط، والخيار حقه والمحل قابل للسقوط.

وقد قدمنا أن خيار الرؤية، بخلاف خيار العيب، لا يسقط بالإسقاط المقصود الصريح.

رضاء المشتري بالعيب بعد العلم به:

ويسقط خيار العيب برضاء المشتري بالعيب بعد أن علم به، لأن حق الرد إنما هو لفوات السلامة المشروطة دلالة في العقد، وإذا رضي المشتري بالعيب بعد العلم به فقد دل على أنه نزل هذا الشرط أو أنه لم يشترطه ابتداءً.

والرضاء قد يكون صريحاً، كأن يقول المشتري رضيت بالعيب أو أجزت هذا البيع وما يجري هذا المجرى، وقد يكون الرضاء دلالة، كأن يصدر من المشتري بعد العلم بالعيب فعل يدل

على الرضاء به، كما إذا كان المبيع ثوباً فصبغه أو قطعه أو أرضاً فبنى عليها أو حنطة فطحنها أو لحماً فشواه. ويعتبر تصرف المشتري في المبيع بعد العلم بالعيب رضاء بالعيب دلالة، فإذا باع المبيع أو وهبه وسلمه أو أعتقه أو كاتبه أو دبره، كان في الإقدام على هذه التصرفات مع العلم بالعيب دليل الرضاء بالعيب.

تصرف المشتري في المبيع قبل العلم بالعيب:

وإذا تصرف المشتري في المبيع بأن أخرجه عن ملكه، حتى قبل علمه بالعيب، سقط خياره، لتعذر رد المبيع إلى البائع. فإذا باع المبيع أو وهبه وسلمه وهو غير عالم بالعيب، سقط خياره، ولكن لو فسخ تصرفه، ورد إليه المبيع بخيار شرط أو بخيار رؤية مثلاً، عاد حق خيار العيب للمشتري، وجاز له رد المبيع للبائع.

الفرع الثالث

مقارنة الفقه الإسلامي بالفقه الغربي في نظرية البطلان

مسائل ثلاث:

بعد أن فرغنا من بسط نظرية البطلان في الفقه الغربي وفي الفقه الإسلامي، نعقد مقارنة سريعة بين الفقهين في هذه النظرية. فنقارن بينهما في مراتب البطلان، وفي أحكام البطلان، ثم نبين في خلاصة وجيزة أين ارتقت الصناعة الفنية في الفقه الإسلامي وأين وقفت، وكيف أخذ التقنين المدني العراقي نظرية البطلان عن الفقه الإسلامي لا عن الفقه الغربي.

المبحث الأول

مراتب البطلان

أركان العقد وشروطه - العقد الباطل:

يبدأ كل من الفقهين بتحديد أركان العقد وشروطه، فيرسم بهذا التحديد منطقة العقد الباطل، ويميز بينه وبين العقد غير الباطل، فالعقد الذي لم يستوف جميع أركانه وشروطه، فنقص فيه ركن أو اختل فيه شرط يكون عقداً باطلاً. أما العقد الذي جمع كل الأركان والشروط، فهذا عقد غير باطل.

ويكاد الفقه الغربي يكون متفقاً مع فقه الإسلام في تحديد أركان العقد وشروطه. ففي الفقه الغربي أركان العقد، كما قدمنا، ثلاثة: التراضي والمحل والسبب. وللتراضي شرائط انعقاد هي التمييز ومطابقة القبول للإيجاب. وللمحل شرائط هي أن يكون ممكناً، ومعيناً أو قابلاً للتعيين، وصالحاً للتعامل فيه. وللسبب شرط واحد هو المشروعية.

وكذلك الفقه الإسلامي ركن العقد عنده هو الإيجاب والقبول. والإيجاب والقبول يفرضان بداهة وجود المحل. ويمكن القول بأن الفقه الإسلامي يعرف في بعض مذاهبه نظرية السبب. ثم

إن شرائط الانعقاد في العقد موافقة القبول للإيجاب واتحاد المجلس، وفي العاقد العقل والتعدد، وفي المعقود عليه أن يكون ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين وصالحاً للتعامل فيه.

فالأركان والشرائط في الفقهاء واحدة مع اختلاف يسير في التعبير لا خطر له. ومن ثم تتوحد منطقة العقد الباطل في كل من الفقهاء الإسلامي والغربي.

أوصاف العقد - العقد الفاسد:

ويعرف الفقه الحنفي، إلى جانب أركان العقد وشرائطه، أوصاف العقد، ومن ثم يعرف إلى جانب العقد الباطل العقد الفاسد، فإذا سلمت للعقد أركانه وشرائطه واختل وصف من أوصافه، فالعقد منعقد، ولكنه يكون فاسداً غير صحيح. وأوصاف العقد يتصل أكثرها بالمحل، فالغرر والربا والشروط الفاسدة والضرر في تسليم المعقود عليه، هذه هي أهم أسباب الفساد. يضاف إليها سبب يتصل بالإرادة هو الإكراه عند الإمام وصاحبيه.

ومهما يكن من قوة الصناعة الفنية التي اشتهر بها المذهب الحنفي في ابتداعه لفكرة العقد الفاسد - وسنرى ذلك فيما يلي - فإن أسباب الفساد لا يقرها الفقه الغربي، فهو لا يخشى الغرر خشية الفقه الإسلامي له، ويبيح الربا بقيود معينة ولا يأبى أن يقترن العقد بشرط، والضرر في تسليم المعقود عليه ليس له حكم خاص بل هو يخضع للقواعد العامة، أما الإكراه فيضعه مع نظائره من عيوب الإرادة - الغلط والتدليس - في صف واحد ويوحد الجزاء فيها فيجعله قابلية العقد للإبطال.

ومن ثم لا محل في الفقه الغربي للعقد الفاسد، إذ هو لا يستجيب لحاجة.

نقص الأهلية وانعدام الملك - العقد الموقوف:

ويربط الفقه الإسلامي بين العاقد والعقد والمعقود عليه بأن يشترط أن يكون العاقد ولاية على كل من العقد والمعقود عليه. فولاية العاقد على العقد هي الأهلية، وولايته على المعقود عليه هي الملك الخالص، فإذا اختلت الولاية على العقد بأن كان العاقد ناقص الأهلية، أو اختلت الولاية على المعقود عليه بأن كان المحل غير مملوك للعاقد أو كان مملوكاً له ولكن تعلق به حق الغير، كان العقد موقوفاً.

ويفرق الفقه الغربي بين نقص الأهلية وانعدام الملك، فيجعل الجزاء على نقص الأهلية قابلية العقد للإبطال، والجزاء على انعدام الملك عدم سريان العقد في حق المالك وقابلية العقد للإبطال في حق المشتري.

والفقه الإسلامي أكثر إحكاماً في صناعته. فقد صاغ فكرة العقد الموقوف صياغة موفقة، واجه بها العقد الصادر من ناقص الأهلية والعقد الصادر من غير المالك. هذا إلى أن الفقه الغربي في بيع ملك الغير - وهو بيع الفضولي - اضطرب اضطراباً واضحاً في صناعته، فلم يستطع أن يواجه هذا العقد بجزاء واحد بل عدد الجزاء، فجعل العقد قابلاً للإبطال من جانب المشتري وغير سار في حق المالك. ثم خرج على قواعد صناعته، بأن جعل للمالك وهو غير العاقد الذي تقرر

الإبطال لمصلحته حق إجازة العقد. وهذا ما جعل الفقهاء في الفقه الغربي في حيرة من أمر بطلان بيع ملك الغير، يختلفون ويضطربون، ولا يصلون فيه إلى حل واحد. وليس في الفقه الإسلامي اضطراب في هذه المسألة، فالقعد الموقوف يواجه في دقة عقد الفضولي، ويتسع له من جميع النواحي.

عيوب الإرادة - العقد القابل للإبطال:

ويبقى بعد ما قدمناه عيوب الإرادة، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال وهذه جمعها الفقه الغربي في صعيد واحد، وجعل الجزاء عليها واحداً، هو كما قدمنا، قابلية العقد للإبطال. فمن شاب إرادته عيب له أن يطلب إبطال العقد، شأنه في ذلك شأن ناقص الأهلية.

أما الفقه الإسلامي فقد شتت هذه العيوب في نواح متفرقة، يستقصيها الباحث في غير قليل من المشقة. فالإكراه رأيناه حائراً في المذاهب المختلفة بين أن يكون جزاؤه البطلان كما هو الأمر في مذهب الشافعي وفي رواية في مذهب أحمد، أو الفساد كما هو الأمر في مذهب أبي حنيفة عند الإمام وصاحبيه، أو الوقف كما هو الأمر عند زفر، أو عدم اللزوم كما هو الأمر في مذهب مالك وفي رواية أخرى في مذهب أحمد. والتدليس يعرفه مذهب مالك في تردد وحذر، ويجعل جزاءه خيار التدليس. والاستغلال جزاؤه في المذاهب المختلفة خيار الغبن. أما غلط فقد تشتت أكثر من غيره من عيوب الإرادة، ولا تستطيع أن تجمع أطرافه في الفقه الإسلامي إلا إذا ضمنت إلى خيار الوصف أو الخلف في الوصف خيار الرؤية ثم خيار العيب، وقد تلمح من بعيد في مذهب مالك ما يدعى في بعض الأحوال بخيار الغلط. وعليك أن تجمع هذه الأحجار المتناثرة، وترصها جميعاً جنباً إلى جنب، لتشيد منها بناء متماسك الأطراف يقرب إلى أن يكون نظرية عامة للغلط في الفقه الإسلامي.

والسبب في تشتت عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي في صعوبة استخلاص نظرية عامة تنظم هذه العيوب يرجع في رأينا، إلى النزعة الموضوعية المتغلبة في الفقه الإسلامي. فعيوب الإرادة في أساسها تقوم على اعتبارات ذاتية، والإرادة المعيبة التي يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال هي الإرادة الباطنة التي تختلج في النفس لا الإرادة الظاهرة التي يقف عادة عندها الفقه الإسلامي. ولعل العيب الذي حفل به أكثر من غيره هو عيب الإكراه، وذلك لأن له مظهراً مادياً أكثر وضوحاً يجعل من السير إخضاعه لضوابط موضوعية، ثم هو بعد ذلك عيب تضاربت المذاهب المختلفة في تعيين الجزاء المترتب عليه كما سبق القول.

ومزية الفقه الغربي أنه جمع كما قدمنا بين عيوب الإرادة، ووضع لها نظرية عامة عالجهها في استفاضة. ولكنه واجه هذه العيوب بفكرة العقد القابل للإبطال. ولعل فكرة العقد الموقوف، لو استعيرت من الفقه الإسلامي تكون أكثر توفيقاً، فهي أكثر ملاءمة لعيوب الإرادة، ثم هي تبرز الصلة الوثيقة بين هذه العيوب وبين نقص الأهلية، فالعقد في جميع هذه الأحوال يكون موقوفاً لاعتبارات ترجع كلها إلى وجوب كمال التمييز في العاقد حتى ينتج العقد أثره. وكان زفر في رأينا موقفاً عندما جعل عقد المكره موقوفاً.

مقابلات في الصناعة الفنية بين الفقهاء:

والى هنا يمكن التقريب بين الفقهاء. ثم تتفاوت بعد ذلك الصناعة في كل منهما، إلى حد لا يستطيع معه الباحث إلا أن يشير إلى بعض مقابلات بينهما.

فقد رأينا الفقه الغربي يميز بين العقد القابل للإبطال والعقد الذي لا يسري في حق الغير، ويطبق عدم السريان في حق الغير في بيع ملك الغير وفي مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة وفي بيع المريض مرض الموت، أما في الفقه الإسلامي فيواجه كل ذلك بفكرة العقد الموقوف.

ورأينا الفقه الغربي يميز بين البطلان والفسخ. أما الفقه الإسلامي فالفسخ عنده ليس نظرية عامة مستقلة بل هو يندرج تحت نظرية البطلان، ولا يعم العقود الملزمة للجانبين إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فيها، بل يقتصر على حالات معينة كما في خيار العيب وفي خيار النقد.

ورأينا الفقه الغربي يميز بين البطلان وبين الشرط الفاسخ والشرط الواقف. أما الفقه الإسلامي فيأبى في التمليكات التعليق على الشرط كقاعدة عامة، ولكنه يقترب من الشرط الواقف في خيار الشرط، ومن الشرط الفاسخ في خيار الرؤية والعيب.

ويعرف الفقه الإسلامي خيار التعيين، ويواجهه الفقه الغربي بالالتزام التخييري.

أما نظرية الفساد فيتولى بها الفقه الحنفي حماية الغير، على غرار نظام الشهر العقاري في الفقه الغربي، ويمنع الفقه الإسلامي مشتري المنقول من التصرف فيه قبل قبضه، فيقارب بذلك القاعدة التي تقضي في الفقه الغربي بأن الحيابة في المنقول سند الملكية.

مقابلة الفقه الإسلامي بالفقه الغربي في تعدد مراتب البطلان:

فإذا تركنا هذه المقابلات المتناثرة في نواح مختلفة، واقتصرننا على تعدد مراتب البطلان، والصحة في العقد، وجدنا الفقه الإسلامي أكثر تدرجاً من الفقه الغربي في ذلك.

فعنده العقد الباطل: ويقابله في الفقه الغربي العقد الباطل أيضاً، وهما سواء.

وعنده العقد الفاسد: ولا يقابله نظير في الفقه الغربي.

وعنده العقد الموقوف: ولا نظير له في الفقه الغربي، وأقرب شبه به هو العقد القابل للإبطال وإن كان يقصر دونه.

وعنده العقد غير اللازم: ونظيره في الفقه الغربي العقود غير اللازمة، ثم يأتي العقد القابل للإبطال مرة أخرى ليقابل العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي فيما يخص الغلط.

المبحث الثاني

أحكام البطلان

١ - العقد الباطل

العقد الباطل لا ينتج أثراً كتصرف قانوني:

رأينا أن العقد الباطل في الفقه الإسلامي يماثل في حالاته العقد الباطل في الفقه الغربي، وهو يماثله أيضاً في أحكامه.

فالعقد الباطل في الفقهين لا وجود له إلا من حيث الصورة، فليس له وجود قانوني، ولا ينتج أثراً كتصرف شرعي. ومن ثم لا يملك أحد العاقدين أن يجبر الآخر على تنفيذ عقد باطل، وإذا نفذه العاقد باختياره، علم بالبطلان أو لم يعلم، كان له أن يسترد ما نفذه. ولو تسلم المشتري بعقد باطل المبيع وباعه من آخر، فإن تصرف المشتري لا يمنع البائع من استرداد المبيع من يد المشتري الثاني.

ولما كان العقد الباطل في الفقهين غير موجود شرعاً، فلا يتصور أن تلحقه الإجازة، أو أن يرد عليه التقادم. وكل ما يمكن عمله هو أن يعاد العقد من جديد، والفرق واضح بين إجازة العقد وعمل العقد من جديد ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان: كلا العاقدين والوارث والغير وممن له مصلحة. بل يجوز للقاضي أن يعلن بطلان العقد من تلقاء نفسه، ولو لم يطلب أحد ذلك.

الآثار التي يمكن أن تترتب على العقد الباطل:

وقد يترتب على العقد الباطل آثار في كل من الفقهين:

من ذلك الزواج الباطل، فهو كتصرف شرعي لا ينتج أثراً كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث، ولكنه كواقعة مادية ينتج بعض الآثار كوجوب العدة ووجوب المهر وثبوت النسب وسقوط الحد، وقد تقدم بيان ذلك..

وإذا سلم البائع بعقد باطل المبيع إلى المشتري، فإن الضمان ينتقل إليه في الفقه الإسلامي، فإذا هلك في يده أدى للبائع القيمة أو المثل. وهذا أثر من آثار العقد الباطل باعتباره واقعة مادية، كما سبق القول. أما في الفقه الغربي فتختلف أحكام الضمان، وليس هنا مكان بحثها، ولكن يمكن القول في خصوص المسألة التي نحن بصددتها إن المبيع بعقد باطل إذا هلك في يد المشتري يهلك على مالكة، أي على البائع لا على المشتري.

ومن الآثار التي تترتب على العقد الباطل في الفقه الغربي انتقاص العقد وتحوله، فنستعرض في الفقه الإسلامي كلا من هاتين المسألتين.

انتقاص العقد:

رأينا في الفقه الغربي أن العقد إذا كان في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال

فيبطل العقد كله، وهذه هي نظرية انتقاص العقد. فقسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك تقع باطلاً فيما يتعلق بالموقوف، وتبقى صحيحة فيما يتعلق بالمملوك، وهذا ما لم يثبت من يطعن في القسمة كلها أنها ما كانت لتتم في المملوك دون الموقوف.

ورأينا أن نظرية انتقاص العقد معروفة في الفقه الإسلامي، ولكن المعيار فيها موضوعي، بخلاف الفقه الغربي فالمعيار فيه ذاتي. ذلك أننا في الفقه الغربي نبحت في نية العاقلين لعرف هل كانا يريدان أن العقد يتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو كانا لا يريدان ذلك، ففي الحالة الأولى ينتقص العقد، وفي الحالة الثانية يبطل العقد كله. فالمسألة إذن مردها، كما نرى إلى نية العاقلين، وهذا معيار ذاتي.

أما الفقه الإسلامي فالمعيار فيه موضوعي، سواء كان شق العقد الذي يراد انتقاصه باطلاً أو فاسداً أو موقوفاً.

ففي حالة ما إذا كان شق من العقد صحيحاً وشق منه باطلاً، كبيع عبد وحر أو بيع فاكهة وخمر، يبطل العقد كله في المذهب الحنفي، لأن بقاء الشق الصحيح وحده يكون بيعاً بالحصّة من الثمن ابتداءً، وهذا لا يجوز. ويبطل العقد كله أيضاً في مذهب أحمد وفي قول في مذهب الشافعي، لجهالة العوض، لأن العوض هنا لا ينقسم على المحل بالأجزاء فالمعيار إذن موضوعي.

وفي حالة ما إذا كان شق من العقد صحيحاً وشق منه فاسداً، كما إذا كان الفساد راجعاً إلى الربا أو إلى جهالة الأجل أو إلى وجود شرط فاسد، ينتقص العقد بنزول صاحب المصلحة من العاقلين عن الجزء المفسد. فالمعيار هنا أيضاً موضوعي.

وفي حالة ما إذا شق من العقد صحيحاً وشق منه موقوفاً، فهنا أيضاً يتخذ الفقه الحنفي معياراً موضوعياً. فإذا باع شخص ملكه وملك غيره بعقد واحد، فالعقد فيما يخص ملكه نافذ وهو موقوف فيما يخص ملك الغير. ولكن المبيع كله يدخل في العقد إذ ينعقد البيع في الشقين، فإذا سقط الشق الموقوف لعدم إجازته بقي الشق النافذ بحصته من الثمن، وهذا جائز لجواز البيع بالحصّة من الثمن بقاء لا ابتداءً، وقد تقدم بيان ذلك.

تحول العقد:

وقد يصعب القول بأن الفقه الإسلامي يعرف نظرية تحول العقد على النحو الذي بسطناه في الفقه الجرمانى. ولكنه مع ذلك لا يخلو من بعض تطبيقات يمكن تقريبها من فكرة التحول. ونقتصر هنا على الإشارة إلى بعض هذه التطبيقات:

١ - إذا قصد العاقدان إبرام عقد معين، ولم يصح، جاز في بعض الحالات أن يتحول العقد المقصود إلى عقد آخر. ومن ذلك أن يشترط في عقد الكفالة براءة الأصيل، فتتحول الكفالة إلى حوالة. ومن ذلك أيضاً أن يشترط في عقد الحوالة عدم براءة المحيل، فتتحول الحوالة إلى كفالة.

٢ - إذا انطوت المضاربة على شرط يفسدها، تحولت إلى عقد آخر. فلو شرط كل الربح للمضارب، كان العقد قرضاً. ولو شرط كل الربح لرب المال، كان العقد بضاعة. ولو شرط قدر

محدد من الربح لرب المال أو لعمل المضارب، دون أن يكون قدراً شائعاً في الربح، كان المضارب أجيراً في المال وأميناً عليه، فيستحق أجر مثله، ربح أو لم يربح، ولا يستحق المسمى لفساد التسمية بفساد العقد. انظر أيضاً في المزارعة الفاسدة المادة (٧١٨) من «مرشد الحيران».

٣ - إذا اشترى الفضولي لغيره، ولم يصف العقد إلى من اشترى له، تحول العقد شراء للفضولي نفسه، إذ وجد العقد نفاذاً عليه فنفذ، وهذا في المذهب الحنفي، أما في مذهب مالك فشراء الفضولي لا يتحول، بل ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة من اشترى الفضولي له. فإن امتنع هذا عن إجازة الشراء، تحول العقد شراء للفضولي نفسه، إلا أن يكون الفضولي أشهد عند الشراء أنه إنما يشتري لغيره بعلم من البائع، أو صدق البائع الفضولي فيما ادعاه من ذلك^(١).

٤ - جاء في «الأشباه والنظائر» للسيوطي (١١١ - ١١٣): «لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول، فهو إقالة بلفظ المبيع... ثم رأيت التخريج للقاضي حسين قال: إن اعتبرنا اللفظ لم يصح، وإن اعتبرنا المعنى إقالة». والأصل في ذلك أن بيع المشتري للمبيع قبل قبضه فاسد في مذهبي أبي حنيفة والشافعي وفي رواية في مذهب أحمد. وهنا باع المشتري المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول، فهو بيع فاسد لأنه وقع على المبيع قبل أن يقبض. ولكنه مع ذلك يتحول إلى إقالة صحيحة، إذ ينطوي العقد على جميع عناصر الإقالة^(٢).

٢ - العقد الفاسد

كثرة أسباب الفساد وتنوعها:

قدمنا أن هناك أسباباً كثيرة في الفقه الإسلامي من شأنها أن تجعل العقد منحللاً أو تضعف من

(١) وهذا المثل قريب من التحول وإن لم يكن تحولاً في معناه الدقيق. فالعقد لا يزال شراء لم يتغير وصفه، وإنما تغير العاقد، وهذا عنصر جديد يجعل تغير العقد أقرب إلى التصحيح منه إلى التحول.

(٢) وإذا تصرف الموصي بعد الوصية في العين الموصى بها تصرفاً باطلاً أو فاسداً، كان هذا التصرف الباطل أو الفاسد نقضاً للوصية، ولكن نظرية تحول العقد - كما رأيناها في الفقه الجرمانى - لا تعتبر أن التصرف قد تحول هنا، بل هو قد انطوى على إرادة حقيقية - لا على إرادة احتمالية - في نقض الوصية. ومثل ذلك البائع بخيار الشرط «لو اشترى بالثمن شيئاً من غيره - كما جاء في «البدائع» (٥/٢٦٧)، لم يصح الشراء وكان إجازة. أما عدم صحة الشراء فلأنه شراء بالدين من غير من عليه الدين، وأما كونه إجازة البيع فلأن الشراء به من غيره، وإن لم يصح لكنه قصد التملك وذا دليل الإجازة». وقد قدمنا أنه لو باع المؤجر العين المؤجرة من المستأجر بعقد فاسد، انفسخت الإجازة بهذا البيع الفاسد، إذ ينطوي البيع على إرادة حقيقية في فسخ الإجازة. ومثل ذلك لو باع المشتري العين المبيعة من بائعه بعد القبض وكان البيع الثاني فاسداً، فإن هذا البيع الفاسد يفسخ البيع الصحيح الأول. وقد يقال هنا أن البيع الفاسد قد انطوى على إرادة احتمالية - لا على إرادة حقيقية - في فسخ البيع الأول، فتحول من بيع فاسد إلى فسخ صحيح للبيع الأول. وهذا ما جاء في «البحر» (٩٤/٦) في هذه المسألة وقد سبق أن أوردناه «وفي البرازية» باع منه صحيحاً ثم باعه فاسداً منه، انفسخ الأول لأن الثاني لو كان صحيحاً يفسخ الأول به، فكذا لو كان فاسداً لأنه يلحق بالصحيح، الكثير من الأحكام وكذا لو باع المؤجر المستأجر من المستأجر فاسداً، تنفسخ الإجازة كما إذا باعه صحيحاً».

قوة الإلزام فيه. من ذلك أسباب الفساد المختلفة، فالغرر في أوسع معانيه سبب لفساد العقد، والربا وشبهة الربا، واقتران العقد بشرط نافع ويسمى بالشرط الفاسد، ونحو ذلك مما سبق لنا تفصيله.

ولا يوجد في الفقه الغربي ما يقابل ذلك، ومن ثم سلمت قوة العقد الملزمة فيه من الضعف. على أن الصناعة في الفقه الحنفي كان لها أثر بعيد في الحد من نتائج إضعاف القوة الملزمة للعقد. ونبادر إلى استبعاد الإكراه من بين أسباب الفساد، فقد بينا أن الأولى الأخذ فيه برأي زفر وجعل بيع المكره موقوفاً، وسبق أن رجحنا فيه الوقف على الفساد باستقراء أصول الصناعة الفقهية نفسها.

كذلك نستبعد الضرر من تسليم المحل، فسبب الفساد فيه يزول بالتسليم كما سبق القول.

ويبقى من أسباب الفساد أهمها وهي ثلاثة: الغرر والربا والشروط الفاسدة.

وهنا نرى الصناعة في الفقه الحنفي تعمل كثيراً للتخفيف من آثار الفساد وذلك:

(١) عن طريق ابتداء فكرة العقد الفاسد ذاتها. (٢) وجعل العقد الفاسد ينتج آثاراً هامة لحماية الغير وحماية العاقد نفسه، بل وتصحيح العقد ذاته بإزالة المفسد. (٣) وظهور تيار يزيد في إبعاد العقد الفاسد عن العقد الباطل.

وهذه الصناعة الرائعة أريد بها، كما قدمنا، التخفيف من الأسباب الكثيرة التي تضعف من قوة العقد. وإذا كان الفقه الغربي ليس في حاجة إلى العقد الفاسد لأنه خطأ مراحل في قوة العقد الملزمة استبعد فيها الأسباب الكثيرة التي تضعف من هذه القوة، فأجاز اقتران العقد بالشرط وضيق من نطاق الغرر إلى حد كبير، إلا أن فكرة العقد الفاسد تبقى فكرة رائعة في الصناعة الفقهية لتدل كيف يخطو الفقه خطوة خطوة في مراحل التطور عن طريق الصناعة الفنية.

لذلك نتعقب في إيجاز الطرق الثلاثة التي سارت فيها صناعة الفقه الحنفي.

ابتداء فكرة العقد الفاسد ذاتها:

رأينا أن الفقه الحنفي انفرد بفكرة العقد الفاسد، وبسطنا الحجج التي استند إليها في تمييزه بين العقد الباطل والعقد الفاسد، والحجج التي استندت إليها المذاهب الأخرى في عدم الأخذ بهذا التمييز.

ولكننا وراء هذا كله نلمح فكرة جوهرية. ذلك أن الفقه الحنفي أراد في الواقع من الأمر أن يعزل جملة من الأسباب عن أن تكون أسباباً لبطلان العقد، فهو بتمييزه بين الأصل والوصف، جمع تحت الوصف الغرر والربا والشرط الفاسد، وعزلها عن أصل العقد، وجعل حكمها غير حكم الأركان والشروط. فميز بذلك بين ما عده أصلاً في العقد إذ جعل أي خلل فيه يصيب العقد بالبطلان، وبين ما عده وصفاً فأنزله منزلة أقل شأنًا من منزلة الأصل. وبذلك أضعف الأثر الذي يترتب على الغرر والربا والشرط الفاسد تحت ستار العقد الفاسد، فهذه أسباب لا تعتبر كالأصل أسباباً ثابتة، بل هي أسباب متطورة، تطورت فعلاً، وكانت في سبيلها إلى التطور، وكان من

الممكن بفضل فكرة العقد الفاسد أن تواصل سيرها في التطور.

فإيجاد مرتبة من البطلان هي مرتبة العقد الفاسد، متميزة كل التميز عن مرتبة العقد الباطل، هو في ذاته كسب كبير في الصناعة الفقهية. وإذا كانت هذه المرتبة لا يحتاج الآن إليها الفقه الغربي بعد تطوره، فلا ننسى أنها في ذاتها عامل من العوامل الهامة في تطور أي فقه، والاستغناء عنها بعد أن تؤدي مهمتها لا يدل إلا على خطر هذه المهمة.

ولم تتابع المذاهب الأخرى الفقه الحنفي في تمييز العقد الفاسد عن العقد الباطل، بل خلطت بين النوعين، فأصبح الغرر والربا والشرط كلها أسباباً لبطلان العقد، ولا يتميز في البطلان عقد باشره مجنون وعقد اقترن بشرط نافع لأحد العاقلين.

على أنه إنصافاً للمذهب المالكي، وهو أيضاً لا يميز بين العقد الباطل والعقد الفاسد، نقول: إنه يميز في البيع الباطل أو الفاسد بين المحرم والمكروه. فالمحرم إذا فات مضي بالقيمة، أما المكروه فإذا فات انقلب صحيحاً. وربما انقلب صحيحاً بالقبض أيضاً لخفة الكراهة فيه «بداية المجتهد» (١٦١/٢). فيكون المذهب المالكي، بعد أن خلط بين العقد الباطل والعقد الفاسد، رجع إلى هذا التمييز في صورة أخرى، تحت اسم البيع المحرم والبيع المكروه. وهذا تمييز يسمح بالتخفف من بعض أسباب الفساد كالغرر والشروط الفاسدة، ولعلنا لو عزلنا الربا - وهو محرم - عن أسباب الفساد الأخرى وألحقناه بأسباب البطلان، لخلص لنا في المذهب المالكي تمييز بين العقد المحرم والعقد المكروه ينوب عن التمييز الذي يقول به الفقه الحنفي بين العقد الباطل والعقد الفاسد.

حماية الغير وحماية العاقد نفسه في العقد الفاسد وتصحيح العقد بإزالة المفسد:

بالرغم من أن العقد الفاسد في المذهب الحنفي لا ينتج في الأصل أثراً، وبالرغم من أن وجوده كتصرف شرعي وجود على خطر الزوال إذ هو مستحق الفسخ وبالرغم من أن الملك الذي يفيد بالقبض هو ملك مستحق الفسخ ومضمون بالقيمة لا بالمسمى ولا يفيد إلا انطلاق التصرف دون الانتفاع بعين المملوك، بالرغم من ذلك كله يقوم العقد الفاسد بدور هام في حماية الغير وفي حماية العاقد نفسه. فهو بعيد عن أن يكون عقداً باطلاً لا أثر له، والمشتري الذي يشوب سند ملكيته غرر أو رباً أو شرط فاسد ليس كالمشتري الذي يشوب سند ملكيته عيب في أصل العقد كأن يكون محل العقد غير مال أو مالا غير متقوم أو أن يكون العاقد فاقد التمييز. فهذه الأسباب الأخيرة ترجع إلى أصل العقد وهي أخطر بكثير من الأسباب التي ترجع إلى وصف العقد من غرر أو رباً أو شرط فاسد.

قلنا: إن العقد الفاسد يحمي الغير. وقد رأينا أن المشتري بعقد فاسد إذا تصرف في العين المشتراة بعد قبضها، كان الغير الذي تصرف له المشتري آمناً أن تسترد العين من يده، وفي هذا حماية كبيرة للغير، لا سيما عندما لا تكون هناك وسائل للشهر تنبه الغير الذي يعامل المشتري بعقد فاسد إلى فساد عقده على كثرة أسباب الفساد وتنوعها. وقد اقتضت الصناعة الفقهية لتحقيق هذا الغرض، افتراض ملكية تنتقل إلى المشتري بعقد فاسد، ولكنها ملكية لا تبيح للمشتري أن ينتفع

بعين المملوك، بل هي ملكية الغرض منها تصحيح التصرف الذي يصدر من المشتري إلى الغير. فتنقل إلى المشتري من المشتري ملكية صحيحة تمنع استرداد العين من تحت يده، وذلك بفضل هذه الملكية «الخيثة» التي انتقلت من البائع إلى المشتري بالعقد الفاسد.

وقلنا: إن العقد الفاسد يحمي العاقد نفسه، وقد رأينا أنه يحمي المشتري إذا زاد المبيع في يده بعد قبضه زيادة غير متولدة من المبيع ولكنها متصلة به، فيمنع على البائع حق الفسخ. كذلك يحمي العقد الفاسد المشتري إذا غير من صورة المبيع تغييراً يخرج عنه صورته الأولى. ففي هاتين الحالتين تستقر ملكية المشتري وتصبح ملكية باثة غير مهددة بالفسخ، ولو أنها انتقلت إليه بعقد فاسد.

فالعقد الفاسد إذن بعيد عن أن يكون كالعقد الباطل، بل هو عقد يسبغ حماية إضافية لا على الغير فحسب بل أيضاً على العاقد نفسه، هذا إلى أن العقد الفاسد يفارق العقد الباطل في أمر جوهري آخر، فإنه إذا أزيل منه المفسد انقلب صحيحاً وأنتج أثره، لا كواقعة مادية بل كتصرف شرعي.

تياران في الفقه الحنفي في شأن العقد الفاسد:

على أن هذه القوة التي جعلت للعقد الفاسد، لحماية الغير ولحماية العاقد نفسه بل لانقلابه صحيحاً بإزالة المفسد، لا تمثل إلا أحد تيارين في الفقه الحنفي. فهناك تيار آخر يرمي إلى التأكيد في هذه القوة والتمكين لها والتثبيت منها. فيبعد بذلك العقد الفاسد عن القعد الباطل مدى أكبر. فهو يقرر، على ما رأينا، أن المشتري بعقد فاسد بعد القبض لا يملك التصرف في العين فحسب، بل هو يملك أيضاً العين نفسها كما يملك التصرف فيها. وإذا كان لا يحل له الانتفاع بعين المملوك، فسبب ذلك إنما يرجع إلى أن الانتفاع به إغراض عن الرد وهو واجب شرعاً. كذلك لا يعترض بأن المشتري إنما يتصرف بتسليط المالك، فالمشتري بالعقد الصحيح يتصرف هو أيضاً بتسليط البائع. وفي هذا يقول «الزيلعي» (٦٢/٤): «وإنما لم تحل له التصرفات من الوطء والأكل، لأن الاشتغال بالوطء ونحوه إغراض عن الرد وهو واجب شرعاً». وما ذكره محمد رحمه الله من التسليط لا يدل على أنه لا يملكه، إذ المشتري يتصرف في المبيع بتسليط البائع. بسبب تملكه إياه». ويبين ابن نجيم في «البحر» (٩٢/٦ - ٩٣)، كما رأينا أن للمشتري بعقد فاسد ثمرات الملك، فهو إذا أعتق العبد الذي اشتراه بعقد فاسد بعد قبضه صح عتقه وكان الولاء له، ولو باعه كان الثمن له، ولو بيعت دار مجاورة للدار التي اشتراها بعقد فاسد فالشفعة له ولو أعتق العبد بائه بعقد فاسد لم يعتق، ولو سرقه البائع من المشتري بعد قبضه قطع، فهذه كلها ثمرات الملك. وأما ما استدل به من عدم حل أكل المبيع لو كان طعاماً، وعدم حل لبسه لو كان قميصاً، وعدم وجوب الشفعة في البيع الفاسد، فلا دليل فيه، لأن عدم الحل لا يدل على عدم الملك، بدليل أن ربح ما لم يضمن مملوك ولا يحل، والأخت رضاعاً إذا ملكها لا يحل له وطؤها، وإنما لم تجب الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع عنها هي إنما تجب بانقطاع حقه لا بملك المشتري.

ويبدو أن هذا التيار الآخر يزيد في إبعاد العقد الفاسد عن العقد الباطل ويقربه من العقد

الصحيح من حيث إفادة الملك . فهو يجعل العقد الفاسد يفيد ملكاً كاملاً ينتفع به المالك ، ولكنه يجهل هذا الانتفاع محرماً أو مكروهاً ، وترجع الحرمة أو الكراهة في الغالب إلى اعتبارات دينية . وهو يتخفف من أسباب الفساد عن طريق الانتقاص من آثارها ، وعن طريق التقريب بين العقد الفاسد والعقد الصحيح النافذ فكلاهما نافذ يفيد الملك الكامل ، وعن طريق جعل العقد الفاسد أقرب إلى العقد المكروه منه إلى العقد الباطل ، واعتبار أن أسباب الفساد هي أسباب دينية توجب الكراهة ولكنها لا توجب البطلان .

وأهمية هذا التيار الآخر أنه يعالج ما يعتور العقد في الفقه الإسلامي من أسباب فساد متعددة، تضع قيوداً خطيرة على حرية التعاقد . فيسير الفقه عن طريق صناعة محكمة، في سبيل التطور، وينسخ المجال لتوطيد مبدأ سلطان الإرادة .

٣ - العقد الموقوف

العقد الموقوف يقابل العقد القابل للإبطال:

رأينا أن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي يقابل العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي ، فكلاهما يواجه نفس الحالات : الولاية على التصرف والولاية على المحل ، أي عقد ناقص الأهلية والتصرف في ملك الغير . أما عيوب الإرادة فيواجهها في الفقه الغربي العقد القابل للإبطال أيضاً ، ولكن العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي هو الأقرب إلى مواجهتها ، ومن ثم نرجى بحثها إلى حين الكلام في العقد غير اللازم .

فعقد ناقص الأهلية موقوف في الفقه الإسلامي وقابل للإبطال في الفقه الغربي .

وبيع الفضولي أو بيع ملك الغير موقوف في الفقه الإسلامي وقابل للإبطال في الفقه الغربي .

مقارنة العقد الموقوف بالعقد القابل للإبطال - رجحان العقد الموقوف:

والعقد الموقوف هو صورة عكسية من العقد القابل للإبطال .

فالعقد الموقوف هو باطل حتى ينفذ بالإجازة .

أما العقد القابل للإبطال فهو نافذ حتى يبطل بعدم الإجازة .

والواقع من الأمر أن العقد الذي يتردد بين مرتبتي البطلان والصحة يتصور فيه أحد أمرين : (١) إما أن يجعل باطلاً حتى يصح ، وهذا ما اختاره الفقه الإسلامي . (٢) وإما أن يجعل صحيحاً حتى يبطل ، وهذا ما اختاره الفقه الغربي .

وللمفاضلة بين النظامين ينبغي أن ننظر إلى الحالات التي يكون فيها العقد موقوفاً في الفقه الإسلامي ، أو قابلاً للإبطال في الفقه الغربي .

أولى هذه الحالات هي عقد ناقص الأهلية ، فإذا تصرف صبي مميز في دار مملوكة له بالبيع ، فهل الأولى أن يقف عقده حتى يجيزه وليه أو حتى يجيزه هو عند بلوغه سن الرشد كما هو الأمر في الفقه الإسلامي ، أم الأولى أن ينفذ عقده حتى يطالب وليه أو يطالب هو عند بلوغه سن

الرشد بإبطاله كما هو الأمر في الفقه الغربي؟ واضح أن الأولى - والصبي غير كامل التمييز ومظنة الضرر المحتمل لحقوقه به من التصرف مظنة راجحة - أن يقف عقده حتى يتبين وليه نفع هذا العقد، أو حتى يتبين هو ذلك بعد بلوغه سن الرشد. فالفقه الإسلامي في صناعته هنا أرقى من الفقه الغربي.

وثانية هذه الحالات هي تصرف الشخص في ملك غيره. فإذا تصرف الفضولي في ملك غيره، فهل الأولى إبطال التصرف حتى يجاز كما يفعل الفقه الإسلامي، أو نفاذه حتى يبطل كما يفعل الفقه الغربي؟ واضح هنا أيضاً - والفضولي يتصرف في مال لا ولاية له عليه - أن الأولى هو وقف التصرف حتى يجاز. فالفقه الإسلامي هنا أيضاً أرقى في صناعته من الفقه الغربي.

وسنرى في عيوب الإرادة كذلك - وهي التي يجعل الفقه الغربي العقد فيها قابلاً للإبطال - أن الأولى بهذا الفقه أن يستعير من الفقه الإسلامي فكرة العقد الموقوف، فيجعل العقد المشوب بالغلط أو التدليس أو الإكراه موقوفاً لا قابلاً للإبطال.

وهناك سبب آخر لرجحان العقد الموقوف على العقد القابل للإبطال. ففي بيع ملك الغير أو تصرف الفضولي رأينا أن الفقه الغربي يجعل العقد نافذاً حتى يبطل. ولما كان جعل العقد نافذاً في حق المالك الذي لم يشترك فيه غير معقول، لذلك اضطر الفقه الغربي أن يستعين بفكرة أخرى ضمها إلى فكرة العقد القابل للإبطال، فجعل العقد، إلى جانب كونه قابلاً للإبطال، غير نافذ في حق المالك الحقيقي، فلجأ إلى فكرة الوقف في حق المالك. أما الفقه الإسلامي فعنده العقد موقوف، فهو موقوف في حق البائع وفي حق المشتري وفي حق المالك جميعاً. فلم يكن في حاجة إلى فكرة عدم السريان، التي احتاج إليها الفقه الغربي لما جعل العقد نافذاً. وبذلك يرجح العقد الموقوف العقد القابل للإبطال، لشموله واستغنائه بذاته عن أي شيء آخر. فإذا قلنا عقد الفضولي في الفقه الإسلامي موقوف، فقد قلنا: كل شيء. أما إذا قلنا: بيع ملك الغير في الفقه الغربي عقد قابل للإبطال، وجب أن نقول إلى جانب ذلك أنه أيضاً عقد غير سار في حق المالك الحقيقي. فهو عقد قابل للإبطال في حق المشتري وحده، والمشتري هو الذي يملك إبطال العقد لأن البطلان تقرر لمصلحته هو، ولا يملك البائع ذلك، ولما كان المشتري يملك إبطاله، فإنه يملك أيضاً إجازته. وسواء أبطله أو أجازته، فإنه لا ينفذ في حق المالك الحقيقي إلا إذا أجازته هذا المالك. فإذا ما أجازته، فقد سرى في حقه وصح في حق المشتري في وقت واحد. وفي هذا خروج على الصناعة القانونية، فإن المعهود في العقد القابل للإبطال أن الذي يبطل أو يجيز هو وحده العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته، وهنا يملك غير العاقد - المالك - إجازة العقد فيصح في حق المشتري نفسه. ومن ثم كان حكم بيع ملك الغير - ولا يزال - مشكلة تحير الباحثين في الفقه الغربي، ولو استعار هذا الفقه من الفقه الإسلامي فكرة العقد الموقوف وواجه بها بيع ملك الغير، لأفاد كثيراً من ذلك. فيكون العقد موقوفاً، لا في حق المشتري وحده. ولا في حق البائع وحده، بل أيضاً في حق المالك. ولكانت إجازة العقد تقتصر على المالك، فلا يملك المشتري إجازته. وكل هذه أحكام أكثر ملاءمة لحالة العقد، وهي أحكام تستمد من نظام العقد الموقوف ولا تستمد

من نظام العقد القابل للإبطال .

أين وقف تطور العقد الموقوف وكيف ينبغي أن يستكمل تطوره:

على أن العقد الموقوف، على رقي الصناعة فيه، قد وقف تطوره في مواضع ثلاثة كان ينبغي أن يستكمل تطوره فيها .

أولاً: يبقى العقد موقوفاً في بيع الفضولي، إذا سكت المالك لا يجوز البيع ولا يردده . فليس هناك وقت معين، إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزاً أو غير مجيز . وهذا من شأنه أن يطيل أمد توقف العقد، ويجعل التعامل مزعزجاً مضطرباً مدة غير محددة . وقد عالج الفقه الحنفي هذه الحالة، بأن جعل لكل من الفضولي والمشتري الحق في فسخ العقد فيخلص بالفسخ من هذه الحالة غير المستقرة . ولكن هذا لعلاج ناقص، لأنه ينتهي إلى فسخ العقد، أما إذا أريد بقاء العقد فليس هناك من سبيل للعاقدين إلا التبرص انتظاراً لإجازة المالك، وليس لهذه الإجازة وقت معلوم . وعنوان تطور الفقه الإسلامي في هذه المسألة هو مذهب مالك، فقد رأينا أن الفضولي في هذا المذهب إذا باع بحضرة المالك، وسكت هذا، اعتبر سكوته إجازة، وإن باع بغير حضرته، وبلغه، فسكت عاماً من وقت علمه، اعتبر سكوته إجازة .

ثانياً: غلبت مقتضيات الصناعة الفقهية عند تحديد شروط الإجازة، فقد رأينا أنه يجب لصحة الإجازة قيام الأطراف الثلاثة وقيام المبيع وقت صدور التصرف ووقت صدور الإجازة . ذلك أن الإجازة في الفقه الإسلامي لها حكم الاستناد من وجه ومن ثم يجب توافر الشرط وقت صدور التصرف وهو الوقت الذي تستند إليه الإجازة، ولها حكم الإنشاء من وجه ومن ثم يجب أيضاً توافر الشرط وقت صدورهما ففي هذا الوقت بدأ وجودها . ولكن هذه النظرة الصناعية المحضة نظرة ضيقة، فهي لا تسمح بإجازة العقد لو مات أحد الأطراف الثلاثة وحل ورثته محله، ولا تسمح بإجازة العقد بعد هلاك المحل . وقد تدعو الحاجة إلى إجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد هلاك المحل، فتقف الصناعة الفقهية دون ذلك من غير مبرر . وكان الأولى أن يجعل للإجازة حكم الاستناد دون حكم الإنشاء، فيكتفي باشتراط قيام الأطراف الثلاثة وقيام المحل وقت صدور التصرف دون وقت صدور الإجازة .

ثالثاً: غلب على الفقه الإسلامي في هذا الموضوع قاعدة للصناعة فيها أثر واضح، وهي تقضي بأن المالك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله . وقد رأينا تطبيقات لهذه القاعدة الصناعية المحضة يضيق بها التعامل، وكان الأولى ألا تتحكم الصناعة إلا بالقدر الذي يستجيب للحاجات العملية . فقد رأينا أن الفضولي إذا أصبح مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه، فإنه يبيعه بطل، ولا يستطيع بعد أن أصبح مالكا أن ينقل الملك للمشتري بإجازة العقد الذي صدر منه، ولا يستطيع ذلك إلا بعقد مبتدأ . ذلك أن ملك الفضولي قد أصبح باتاً بصيرورته مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه، وقد طرأ على ملك المشتري منه وهو ملك موقوف، والملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله كما تقضي بذلك القاعدة السالفة الذكر . والمذهب المالكي هنا أيضاً هو الذي سار في التطور خطوات أبعد . ففيه، كما رأينا، إذا ملك الفضولي المبيع بسبب غير الميراث

صح البيع الصادر منه للمشتري ولا يجوز له نقضه. ولكن الفقه المالكي لا يزال قاصراً فيما إذا انتقل الملك للفضولي بالميراث، ففي هذه الحالة ينتقل إلى الفضولي ما كان لمورثه فيصح له أن ينقض البيع الصادر منه قبل انتقال الملك إليه بالميراث، وكان الأولى أن يقال هنا إن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.

كذلك إذا باع المشتري من الفضولي المبيع إلى مشتر ثانٍ، وأجاز المالك البيع الأول الصادر من الفضولي، نفذ هذا البيع الأول وبطل البيع الثاني. ذلك أن ملك المشتري الأول أصبح بائناً بالإجازة، وقد طرأ على ملك المشتري الثاني الموقوف فأبطله. وكان الأولى أن يقال: إن إجازة البيع الأول تستند إلى وقت صدور هذا البيع، فيكون ملك المشتري الأول بائناً من هذا الوقت فلا يبطل الملك الموقوف لأنه لم يطرأ عليه، بل يجعله نافذاً، إذ يعتبر المشتري الأول بفضل استناد الإجازة مالكا للمبيع ملكية باتة وقت أن صدر منه البيع الثاني.

٤ - العقد غير اللازم

عيوب الإرادة وكيف عولجت في الفقهين - مواجهتها بالعقد غير اللازم في الفقه الإسلامي وبالعقد القابل للإبطال في الفقه الغربي:

قدمنا أن الفقه الغربي يعالج عيوب الإرادة كلها - الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال - علاجاً واحداً، ويضعها جميعاً في صعيد واحد، وأن هذه العيوب مشتتة متناثرة في الفقه الإسلامي لغلبة النزعة الموضوعية فيه وتناثرها مع الأساس الذي تقوم عليه هذه العيوب.

ففي الفقه الإسلامي لا نجد نظرية عامة للغلط، ويجب أن نتلمس أثر الغلط في جملة من الخيارات، أهمها خيار الوصف وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الغلط، وقد بسطنا ذلك تفصيلاً في الجزء الثاني من مصادر الحق في الفقه الإسلامي ونجد نظرية للتدليس في المذهب المالكي بنوع خاص فيما يسمى بخيار التدليس، ونظرية للاستغلال فيما يسمى بخيار الغبن. أما الإكراه ففيه نظرية كاملة، ولكن المذاهب الفقهية اختلفت في ترتيب الجزاء عليه كما سبق القول.

أما الفقه الغربي فيواجه هذه العيوب جميعاً بجزاء واحد كما قدمنا، فيجعل العقد المشوب بغلط أو بتدليس أو بإكراه عقداً قابلاً للإبطال لمصلحة العاقد الذي شاب إرادته عيب.

ولعل المذهب المالكي هو أقرب المذاهب إلى الفقه الغربي في توحيد الجزاء الذي يترتب على عيوب الإرادة، ففيها جميعاً كون العقد غير لازم، فيه خيار للغلط أو للتدليس أو للغبن أو للإكراه، والعقد غير اللازم هنا هو الذي يقابل العقد القابل للإبطال لعيب في الإرادة في الفقه الغربي.

وقد رأينا أن الذي يقابل في الفقه الإسلامي العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي، فيما يتعلق بالولاية على التصرف والولاية على المحل، ليس هو العقد الموقوف. فيكون العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي يقابل في الفقه الإسلامي العقد الموقوف من ناحية والعقد غير اللازم من ناحية أخرى.

وفي رأينا أن العقد الموقوف أكثر ملاءمة لمواجهة عيوب الإرادة من العقد القابل للإبطال، كما أسلفنا القول. فالعقد الذي يداخله غلط أو تدليس أو إكراه، فيصدر عن إرادة ضالة أو مضللة أو غير مختارة، أولى به أن يوقف حتى يجاز من أن ينفذ حتى يحكم بإبطاله.

ولو أن الفقه الإسلامي سار في تطوره، وتخفف شيئاً من نزعته الموضوعية، فجعل لعيوب الإرادة المحل اللائق بها، وجمعها كلها في مكان واحد كما فعل الفقه الغربي، لكان له وهو يجمعها أن يواجهها هي أيضاً بالعقد الموقوف، فهو أكثر ملاءمة من العقد غير اللازم ومن العقد القابل للإبطال. وقد كان هذا فعلاً رأي زفر فيما يتعلق بالإكراه، فعنده أن بيع المكره موقوف كما سبق القول.

نطاق العقد غير اللازم - ما يقابله في الفقه الغربي:

ولا يتسع فحسب نطاق العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي لعيوب الإرادة، بل هو يقابل أيضاً في الفقه الغربي نظاماً أخرى متعددة، منها:

- ١ - العقود غير اللازمة في الفقه الغربي. كالوكالة والشركة والوديعة والعارية.
- ٢ - نظرية فسخ العقد وانفساخه في الفقه الغربي. على أن نظرية فسخ العقد في الفقه الإسلامي ليست نظرية شاملة، ولا يتقرر الفسخ كأصل عام كما يتقرر في الفقه الغربي في العقود الملزمة للجانبين.
- ٣ - الشرط الواقف في الفقه الغربي ويتمثل في خيار الشرط في الفقه الإسلامي - والشرط الفاسخ في الفقه الغربي ويتمثل في خيار العيب قبل القبض في الفقه الإسلامي.
- ٤ - نظم أخرى متفرقة في الفقه الغربي، فبيع التجربة وبيع المذاق يقابلان خيار الشرط من وجه، والالتزام التخيري يقابل خيار التعيين.

الخيارات الأربعة:

وإذا اقتصرنا في العقد غير اللازم على الخيارات الأربعة المعروفة، خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب، وجدنا الصناعة في الفقه الإسلامي قد وصلت إلى حد بعيد من الرقي.

وحتى ندرك روعة هذه الصناعة، نضع إلى جانب الخيارات الأربعة العقد الموقوف، ونعقد مقارنة بين الوقف وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب، لنلاحظ التدرج المحكم من النواحي الآتية: (١) نفاذ العقد (٢) كيفية الرجوع في العقد (٣) إسقاط الخيار (٤) انتقال الخيار بالميراث. فهذه النواحي الأربع متصلة بعضها ببعض أوثق الاتصال، وتجري فيها جميعاً صناعة متسقة منسجمة.

فالعقد الموقوف منعقد في حق العلة، ولكن يمنع من نفاذه عدم تمام العلة، وذلك إلى أن تلحقه الإجازة. ولما كان العقد الموقوف غير تام العلة فالصفقة إذن لم تتم. فلا يحتاج نقضه إلى تراض أو تقاض، ويكفي في نقضه محض إرادة من له حق النقض وهي إرادة منفردة. ويفارق

العقد الموقوف العقد المقترن بخيار، فلا يرد فيه إسقاط الخيار ولا انتقاله بالميراث، بل إنه إذا مات من له حق إجازة العقد الموقوف قبل الإجازة بطل العقد.

والعقد المقترن بخيار الشرط يزيد على العقد الموقوف بأن العلة فيه قد تمت، ولكنه غير منعقد في حق الحكم. وخيار الشرط أقرب إلى أن يكون شرطاً واقفاً في معنى للفقه الغربي. ولما كان العقد المقترن بخيار الشرط غير منعقد في حق الحكم، فإن الصفقة لم تتم. فلا يحتاج صاحب الشرط في نقضه إلى تراض أو تقاض، بل تكفي إرادته المنفردة، ولما كان خيار الشرط من حق العبد، فإنه يجوز إسقاطه قصداً بصريح الإسقاط. ولا ينتقل خيار الشرط بالميراث، لأنه متصل بالمشيئة لا بالعين، فإذا مات صاحبه لزم العقد، ولم يبطل كما رأينا في العقد الموقوف.

والعقد المقترن بخيار التعيين ينطوي في الوقت ذاته على خيار الشرط كما رأينا، فإذا جردنا من خيار الشرط واقتصرنا على خيار التعيين، رأينا العقد موقوف الحكم إلى أن يتعين المحل، فهو يفيد الملك في أحد الأشياء غير عين، فلا ينتقل الملك في عين بالذات إلا بعد التعيين، ويتم التعيين بالإرادة المنفردة لمن له حق التعيين، المشتري أو البائع، دون حاجة إلى تراض أو تقاض. ولا يتصور فيه إسقاط الخيار، لأن من له الخيار يجب عليه التعيين، وإن كان يستطيع إسقاط خيار الشرط المنطوي في خيار التعيين. وينتقل خيار التعيين بالميراث، لأنه متصل بالعين أكثر من اتصاله بالمشيئة.

وخيار الرؤية يفارق خيار الشرط وخيار التعيين في أنه لا يمنع من الانعقاد في حق الحكم، ولكنه يمنع تمام الحكم حتى بعد القبض. فالصفقة إذن لم تتم، فيستطيع من له الخيار نقض العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض. ولما كان خيار الرؤية من حق الشرع لا من حق العبد، فلا يجوز إسقاطه قصداً بصريح الإسقاط، وإنما يسقط ضمناً بإجازة العقد. ولا ينتقل خيار الرؤية بالميراث، لأنه متصل بالمشيئة لا بالعين، فإذا مات من له الخيار لزم العقد.

وخيار العيب لا يمنع تمام الحكم كما يمنعه خيار الرؤية فيما قدمنا، ولكنه يمنع لزوم الحكم قبل القبض. فالصفقة إذن لم تتم قبل القبض، وتتم بعد القبض. فيستطيع من له الخيار، قبل القبض، نقض العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض. أما بعد القبض، وقد تمت الصفقة، فلا يستطيع من له الخيار إلا فسخ العقد. ولا بد للفسخ من التراضي أو التقاضي، ولما كان خيار العيب من حق العبد لا من حق الشارع، فإنه يجوز إسقاطه مقصوداً بصريح الإسقاط. وينتقل خيار العيب بالميراث، لأنه متصل بالعين أكثر من اتصاله بالمشيئة.

وروعة الصناعة الفقهية هنا تتجلى في هذا التدرج المحكم، وفي رد الأحكام إلى أصول منطقية ثابتة، على الوجه الآتي:

أولاً: من حيث نفاذ العقد: نرى الوقف يمنع من تمام العلة، ويمنع كل من خيار الشرط وخيار التعيين من انعقاد الحكم، ويمنع خيار الرؤية من تمام الحكم، ويمنع خيار العيب من لزوم الحكم قبل القبض وتتم الصفقة بعد القبض.

ثانياً: من حيث كيفية الرجوع في العقد: نرى العقد الموقوف يبطل إذا لم تلحقه الإجازة،

لأن العلة فيه لم تتم. أما الخيارات الأربعة، فما لم تتم فيه الصفقة تكفي في نقضه الإرادة المنفردة لصاحب الخيار، وما تمت فيه الصفقة لا بد في فسخه من التراضي أو التقاضي، فلا يحتاج في فسخه إلى التراضي أو التقاضي إلا العقد الذي فيه خيار العيب بعد القبض. أما خيار العيب قبل القبض وفي كل من خيار الرؤية وخيار الشرط، فإنه يكفي في نقض العقد إرادة صاحب الخيار. وإذا لم ينقض العقد أو يفسخ، أصبح لازماً، لتتمام العلة منذ صدور العقد، ولتمام الحكم والصفقة بعدم النقص أو الفسخ.

ثالثاً: من حيث الإسقاط الصريح: في هذا يميز الفقه الإسلامي بين حق العبد وحق الشرع. فخيار الرؤية وحده من حق الشرع، فلا يجوز إسقاطه مقصوداً بصريح الإسقاط. أما الخيارات الأخرى فمن حق العبد، فيجوز فيها هذا الإسقاط المقصود.

رابعاً: من حيث الانتقال بالميراث: ما يتصل من الخيارات بالعين أكثر من اتصال بالمشيئة يورث مع العين، فيورث خيار التعيين وخيار العيب. وما يتصل بالمشيئة أكثر من اتصاله بالعين لا يورث لأن المشيئة لا تنتقل من المورث إلى الوارث، فلا يورث خيار الشرط ولا خيار الرؤية.

ولعل الفقه الغربي في هذه المسائل لم يصل إلى هذا الحد من الدقة والإحكام. ويعرف الفقه الغربي الشرط الواقف والشرط الفاسخ، ولا يعرف بينهما مرتبة وسطى. أما الفقه الإسلامي فيعرف هذه المرتبة الوسطى، فخيار الرؤية عنده مرتبة وسطى. بين خيار الشرط وخيار العيب. ذلك أن خيار الشرط كالشرط الواقف يمنع انعقاد الحكم، وخيار العيب كالشرط الفاسخ يمنع لزوم الحكم. أما خيار الرؤية فلا يمنع انعقاد الحكم فهو فوق الشرط الواقف، ويمنع تمام الحكم فهو دون الشرط الفاسخ، ومن ثم كان مرتبة وسطى بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ.

وكما أن العقد الذي فيه خيار الرؤية هو فوق العقد المقترن بخيار الشرط (أو بالشرط الواقف). فإن العقد الموقوف هو دون العقد المقترن بهذا الشرط. ذلك أن الوقف يمنع تمام العلة، أما الشرط فلا يمنع تمامها ولكن يمنع انعقاد الحكم. فهناك إذن، في الفقه الإسلامي، مرتبتان إلى جانب مرتبتي الشرط الواقف والشرط الفاسخ: العقد الموقوف وهو دون الشرط الواقف، والعقد الذي فيه خيار الرؤية وهو فوق الشرط الواقف ودون الشرط الفاسخ، وليس لهذا التدرج نظير في الفقه الغربي.

المبحث الثالث

أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي وأين وقفت؟

وكيف أخذ التقنين المدني العراقي بالفقه الإسلامي في نظرية البطلان؟

١ - أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي وأين وقفت؟

أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي:

ونستطيع الآن أن نبين أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي:

فهي قد ارتقت في هذا التدرج المحكم في مراتب البطلان، فمن عقد باطل إلى عقد فاسد إلى عقد موقوف إلى عقد نافذ إلى عقد لازم.

وارتقت في ابتداء فكرة العقد الفاسد

وارتقت في تصويرها الفني للعقد الموقوف، فهو أرقى في الصناعة كما رأينا. من العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي.

وارتقت في تدرجها الدقيق في الخيارات، من منع انعقاد الحكم، ثم من منع تمامه، ثم من منع لزومه. وهي في ذلك تلبس كل حالة الثوب الذي يلائمها: فتارة يكون الرجوع في العقد بإرادة منفردة وطوراً يكون بالتراضي أو بالتقاضي، وتارة يجوز الإسقاط مقصوداً وطوراً لا يجوز، وتارة ينتقل الخيار بالميراث وطوراً لا ينتقل.

أين وقفت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي:

وقفت نظرية البطلان، كما رأينا، في عيوب الإرادة، فلم تجمعها كلها في صعيد واحد حتى تجعل لها حكماً واحداً، وهذا يرجع كما قدمنا إلى تغلغل النزعة الموضوعية.

ووقفت، فيما يتعلق بالعقد الموقوف، في عدم تحديد وقت معلوم للإجازة، وفيما تشترطه للإجازة من شروط لتواجه فكرتي الإنشاء والاستناد، وفي تغلب الصناعة في بعض الحالات القليلة على مقتضيات الحاجات العملية كما رأينا في القاعدة التي تقضي بأن الملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله.

ولكن نظرية البطلان في الفقه الإسلامي، بالرغم من ذلك، تعتبر أرقى في الصناعة من نظيرتها في الفقه الغربي. ولذلك أخذ بها التقنين المدني العراقي بعد أن استكمل ما وقفت عنده.

٢ - كيف أخذ التقنين المدني العراقي بالفقه الإسلامي في نظرية البطلان؟

نظرة عامة:

عرض التقنين المدني العراقي في نصوصه للعقد الباطل. وأغفل العقد الفاسد، حتى يغفل بإغفاله أسباب الفساد، فيصل في التطور إلى غايته. وأهم ما استحدث هذا التقنين هو التوسع في منطقة العقد الموقوف، فجعلها تشمل نقص الأهلية وعيوب الإرادة وانعدام الولاية على المحل في وقت واحد، ثم استكمل ما وقف عنده الفقه الإسلامي من أحكام العقد الموقوف. ويعيننا أن ننقل هنا النصوص المتعلقة بالعقد الموقوف.

النصوص المتعلقة بالعقد الموقوف في التقنين المدني العراقي:

يشمل العقد الموقوف، كما قدمنا، عقد ناقص الأهلية والعقد الذي شابه عيب في الإرادة والعقد الصادر من غير المالك.

ففي خصوص العقد الموقوف لنقص الأهلية (أي للحجر) أو لعيب في الإرادة، نصت المادة

(١٣٤) من التقنين المدني العراقي على ما يأتي:

١ - إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير، جاز للعاقِد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير، كما أن له أن يجيزه. فإذا نقضه، كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين. وأن يستردها حيث وجدها وإن تداولتها الأيدي، فإن هلكت العين في يد من انتقلت إليه، ضمن قيمتها».

٢ - وللعاقِد المكره أو المغرور الخيار، إن شاء ضمن العاقِد الآخر، وإن شاء ضمن المجرر أو الغار. فإن ضمن المجرر أو الغار، فلهما الرجوع بما ضمناه على العاقِد الآخر. ولا ضمان على العاقِد المكره أو المغرور، إن قبض البذل مكرهاً أو مغروراً. وهلك في يده بعد تعد منه».

وفي خصوص العقد الصادر من غير المالك نصت المادة (١٣٥) من التقنين ذاته على ما يأتي:

١ - «من تصرف في ملك غيره بدون إذنه، انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك».

٢ - «إذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً، ويطالب الفضولي بالبذل إن كان قد قبضه من العاقِد الآخر».

٣ - «وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي، بطل التصرف. وإذا كان العاقِد الآخر قد أدى للفضول البذل، فله الرجوع عليه به. فإن هلك البذل في يد الفضولي بدون تعد منه، وكان العاقِد الآخر قد أداه عالماً أنه فضولي، فلا رجوع له عليه بشيء منه».

٤ - «وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقِد معه؛ فهلكت العين في يده بدون تعد منه، فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء. فإذا اختار تضمين أحدهما، سقط حقه في تضمين الآخر».

وفي خصوص إجازة العقد الموقوف نصت المادة (١٣٦) على ما يأتي:

١ - «إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة، وتستند إلى الوقت الذي ثم فيه العقد، ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد، ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة».

٢ - «ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً».

٣ - «ويبدأ سريان المدة، إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية، من الوقت الذي يزول في هذا السبب، أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد. وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التغرير، فمن الوقت الذي يرتفع فيه الإكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التغرير. وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه، فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد».

وقد اختار المشرع العراقي تقصير مدة استعمال الخيار إلى ثلاثة أشهر، لأن العقد الموقوف، بخلاف العقد القابل للإبطال، غير نافذ، فلم يرد أن يبقى التعامل موقوفاً غير مستقر مدة طويلة.

محتوى الجزء الرابع

الفصل الثالث

السبب

الفرع الأول

نظرية السبب في الفقه الغربي الحديث

٧ الفقه اللاتيني والفقه الجرمانى

المبحث الأول

نظرية السبب في الفقه اللاتيني

٧ تمهيد

المطلب الأول

كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت

٨ التطور التاريخى لنظرية السبب

١ - نظرية السبب في القانون الرومانى

٩ العهد القديم - لم يكن هناك محل للسبب لتغلب الشكلية

٩ العهد المدرسى - ظهور السبب فى العقود غير الشكلية

١٠ موقف القانون الرومانى من نظرية السبب

٢ - نظرية السبب فى القانون الفرنسى القديم

١٠ عهدان

١٠ نظرية السبب فى العهد الذى سبق دوما - فكرة السبب عند الفقهاء الكنسيين

١٢ نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التقنين المدنى الفرنسى

المطلب الثاني

نظرية السبب في القانون الحديث

١ - النظرية التقليدية في السبب

- ١٣ تحديد معنى السبب في النظرية التقليدية
- ١٣ السبب في الطوائف المختلفة من العقود
- ١٤ الشروط الواجب توافرها في السبب
- ١٧ انتقاد النظرية التقليدية في السبب

٢ - النظرية الحديثة في السبب

- ١٩ السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد
- ١٩ مرونة الباعث وكيف ينضبط
- اعتناق التقنين المدني المصري والتقنيات المدنية العربية الأخرى للنظرية الحديث في السبب
- ٢١ السبب
- ٢٢ تطبيقات القضاء في مصر وفي فرنسا للنظرية الحديث في السبب

المبحث الثاني

نظرية السبب في القانون الألماني

- ٢٤ القانون الألماني نزعت موضوعية لا ذاتية

المطلب الأول

العبرة في القانون الألماني بالإرادة الظاهرة

- ٢٤ الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة
- ٢٦ التعبير عن الإدارة
- ٢٧ كيف يكون تفسير التعبير عن الإرادة

المطلب الثاني

السبب جزء من التعبير عن الإرادة في القانون الألماني

- ٣٠ ليس للسبب وجود مستقل عن التعبير
- ٣٠ مشروعية السبب في القانون الألماني
- ٣١ عدم المشروعية في القانون الألماني هو الإخلال بالآداب العامة

٣١	 ما هي الآداب العامة
٣٢	 تطبيقات مختلفة للتصرفات المخلة بالآداب العامة في القانون الألماني
٣٣	 التصرف المجرد في القانون الألماني
٣٥	 وفي القانون الألماني نوعان من التصرفات

الفرع الثاني

نظرية السبب في الفقه الإسلامي

٣٦	 تمهيد
٣٦	 عاملان متعارضان يتنازعان الفقه الإسلامي تجاه نظرية السبب
٣٦	 اختلاف مذاهب الفقه الإسلامي في نظرية السبب
	ضمور نظرية السبب في المذهبين الحنفي والشافعي وظهورها في المذهبين المالكي والحنبلي
٣٨	

المبحث الأول

نظرية السبب في الفقه الحنفي وفقه الشافعي

٣٨	 مبدآن جوهريان
----	---------------------

المطلب الأول

السبب يجب أن يكون داخلاً في صيغة العقد يتضمنه التعبير عن الإرادة

٣٩	 المبدأ العام بشقيه
----	--------------------------

١ - يعتد بالسبب إذا تضمنته صيغة العقد

٤٠	 كيف تتضمن صيغة العقد السبب أي الباعث
٤٠	 الحالة الأولى - السبب مذكور صراحة في صيغة العقد
٤١	 الحالة الثانية - السبب مستخلص من طبيعة المحل
٤١	 الحالة الثالثة - تميز السبب عن المحل

٢ - لا يعتد بالسبب إذا لم تتضمنه صيغة العقد

٤٣	 العقد المجرد
٤٤	 عقود لم تتضمن ذكر السبب فلا يعتد

المطلب الثاني

فكرة المشروعية واختلاف النظر فيها وتطورها

٤٦	 فكرة المشروعية فكرة غير ثابتة
٤٦	 حالات تختلف فيها الأنظار في المشروعية
٤٩	 تطور فكرة المشروعية

المبحث الثاني

نظرية السبب في الفقه الحنبلي وفي الفقه المالكي وفي مذاهب أخرى

٥١	 يعتد بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر في العقد
٥٢	 وجوب علم الطرف الآخر بالسبب غير المذكور في العقد
٥٥	 يكفي في علم الطرف الآخر بالسبب أن تكون الظروف بحيث ينبغي أن يعلم
٥٦	 مذاهب أخرى غير مذاهب أهل السنة

الفصل الرابع

نظرية البطلان

الفرع الأول

نظرية البطلان في الفقه الغربي

المبحث الأول

البطلان بوجه عام

٦١	 مسائل ثلاث
----	------------------

المطلب الأول

تقسيم البطلان بحسب مراتبه (أنواع البطلان)

٦١	 أركان العقد وشروطه
٦٢	 مراتب البطلان - النظرية التقليدية (التقسيم الثلاثي)
٦٣	 انتقاد النظرية التقليدية - التقسيم الثنائي والبطلان المتدرج
٦٤	 رد البطلان إلى مرتبة واحدة
٦٤	 تأصيل البطلان - الرجوع إلى التقسيم الثنائي

المطلب الثاني

تمييز البطلان مما يقاربه من النظم

٦٦	 النظم القانونية المقاربة للبطلان
٦٧	 جواز الرجوع في العقد بإرادة أحد العاقلين
٦٩	 عدم سريان العقد في حق الغير
٧٠	 فسخ العقد وانفساخه
٧٠	 الشرط الفاسخ والشرط الراقف

المطلب الثالث

الآثار التي قد تترتب على العقد المتسم بالبطلان

٧١	 الآثار العرضية والآثار الأصلية
----	--------------------------------------

١ - الآثار العرضية للعقد الباطل

٧٢	 استعراض بعض الآثار العرضية
٧٢	 انتقاص العقد
٧٣	 تحول العقد

٢ - الآثار الأصلية للعقد الباطل

٧٧	 ما الذي يبرر أن يترتب على العقد الباطل آثاره الأصلية
٧٨	 أمثلة من عقود باطلة ترتب آثارها الأصلية

المبحث الثاني

أحكام العقود المتسمة بالبطلان

٧٨	 العقد الباطل والعقد القابل للإبطال
----	--

المطلب الأول

أحكام العقد الباطل

٧٩	 الإجازة والتقدم وتقرير البطلان
----	--------------------------------------

١ - الإجازة

٧٩	 العقد الباطل لا تلحقه الإجازة
٧٩	 ولكن يجوز عمله من جديد

٢ - التقادم

- ٨٠ دعوى البطلان تسقط بالتقادم
٨٠ ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم

٣ - تقرير البطلان

- ٨١ من الذي يتمسك بالبطلان
٨١ متى يجوز التمسك بالبطلان
٨٢ كيف يتقرر البطلان
٨٢ أثر تقرير البطلان

المطلب الثاني

أحكام العقد القابل للإبطال

- ٨٣ مخالفة أحكام العقد القابل للإبطال لأحكام العقد الباطل

١ - الإجازة

- ٨٣ العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة
٨٤ أثر الإجازة

٢ - التقادم

- ٨٤ الدعوى والدفع يسقطان بالتقادم
٨٥ مدة التقادم

٣ - تقرير البطلان

- ٨٦ من الذي يتمسك ببطلان العقد
٨٧ متى يجوز التمسك بالبطلان
٨٧ كيف يتقرر البطلان
٨٧ أثر تقرير البطلان

الفرع الثاني

نظرية البطلان في الفقه الإسلامي

تمهيد - أقسام العقد من حيث الصحة والبطلان

- ٨٨ تدرج العقد من البطلان إلى الصحة

٨٩	العقد الباطل
٩٠	العقد الفاسد
٩١	العقد الموقوف
٩٢	العقد النافذ غير اللازم

المبحث الأول

حكم العقد الباطل

٩٤	ليس له وجود شرعي فلا ينتج أثراً
٩٥	وإذا نفذ وجب الرد وإعادة الحال إلى ما كانت عليه
٩٥	ولا ترد عليه الإجازة ويتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة
٩٦	ولكن العقد الباطل قد ينتج أثراً كواقعة مادية لا كتصرف شرعي
٩٩	انتقاص العقد في حالة البطلان

المبحث الثاني

حكم العقد الفاسد

١٠٣	تمييز العقد الفاسد في المذهب الحنفي
-----	-------------------------------------

المطلب الأول

التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد في المذهب الحنفي

١٠٣	أساس التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد
١٠٤	ما يحتاج به المذاهب الأخرى في عدم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد
١٠٤	ما تحتاج به الحنفية في التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد
١٠٦	بعض النصوص الفقهية في العقد الباطل والعقد الفاسد

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على العقد الفاسد

١٠٩	مسائل ثلاث
-----	------------

١ - العقد الفاسد قبل القبض

١٠٩	الأصل في العقد الفاسد أنه لا ينتج أثراً
١٠٩	ولكن العقد الفاسد منعقد
١١٠	وجوب فسخ العقد الفاسد إلا إذا زال المفسد

٢ - العقد الفاسد بعد القبض

- يجب أن يكون القبض بإذن العاقد ١١١
- يبقى العقد الفاسد بعد القبض قابلاً للفسخ ١١٢
- ولكن يثبت نوع الملك بالقبض في العقد الفاسد ١١٣
- تصرف المشتري في البيع المقبوض بعقد فاسد ١١٤
- تغير المبيع المقبوض بعقد فاسد ١١٦
- تأصيل المصدر الذي تترتب عليه آثار البيع الفاسد بعد القبض ١١٩

٣ - خصوصية الفساد المترتب على الإكراه

- اختلاف المذاهب في حكم بيع المكره ١٢٢
- نصوص المذهب الحنفي في فساد بيع المكره ١٢٢
- أين يختلف بيع المكره عن البيع الفاسد ويوافق البيع الموقوف ١٢٣
- أين يتفق بيع المكره مع البيع الفاسد ويخالف البيع الموقوف ١٢٤
- ترجيح الوقف على الفساد في بيع المكره ١٢٤

المبحث الثالث

حكم العقد الموقوف

- متى يكون العقد موقوفاً وفي أي المذاهب ١٢٥

المطلب الأول

حكم العقد الموقوف لنقص الأهلية

- ترتيب الولاية على القاصر والمحجور ١٢٦
- مدى ولاية الولي في التصرف في مال الصغير أو المحجور ١٢٦
- مدى أهلية الصغير والمحجور في التصرف ١٢٧
- تصرفات ناقص الأهلية قبل الإجازة ١٢٧
- الإجازة - تحققها أو تخلفها ١٢٨

المطلب الثاني

حكم العقد الموقوف لتعلق حق الغير بالمحل

- صور مختلفة ١٢٩

١ - تصرف الفضولي

١٢٩	من هو الفضولي
١٣٠	بيع الفضول قبل الإجازة
١٣٣	بيع الفضولي قبل الإجازة قابل للفسخ من الطرفين
١٣٤	شراء الفضولي
١٣٥	إجازة تصرف الفضولي - شروط صحتها
١٣٦	كيف تكون الإجازة
١٣٦	تحقيق الإجازة وتخلفها

٢ - بيع المرهون والمستأجر وتصرف المريض مرض الموت

١٣٨	بيع المرهون
١٣٨	بيع المستأجر
١٣٩	بيع المريض مرض الموت

المبحث الرابع

حكم العقد النافذ غير اللازم

١٤٠	متى يكون العقد نافذاً غير لازم - الخيارات الأربعة
-----	---

المطلب الأول

خيار الشرط

١٤٠	قيام الخيار وأحكامه
-----	---------------------

١ - قيام خيار الشرط

١٤٠	ما هو خيار الشرط
١٤٢	مصدر خيار الشرط
١٤٢	لمن يكون الخيار
١٤٣	مدة الخيار

٢ - حكم خيار الشرط

أولاً - أثناء مدة الخيار وقبل استعماله

١٤٤	ملكية المبيع
-----	--------------

١٤٤	حق التصرف في المبيع
٢٤٥	ضمان المبيع
١٤٥	النصوص

ثانياً - بعد انقضاء مدة الخيار أو بعد استعماله

١٤٦	كيف تنقضي مدة الخيار
١٤٧	كيف يستعمل حق الخيار
١٤٧	الأثر المترتب على استعمال حق الخيار
١٤٧	النصوص

المطلب الثاني

خيار التعيين

١٥١	خيار التعيين متفرع من خيار الشرط
-----	----------------------------------

١ - قيام خيار التعيين

١٥١	ما هو خيار التعيين وما هو مصدره
١٥٢	لمن يكون خيار التعيين
١٥٢	مدة الخيار

٢ - حكم خيار التعيين

١٥٣	العقد غير لازم إلى وقت أعمال الخيار
-----	-------------------------------------

أولاً - الخيار للمشتري

١٥٤	ثبوت الملك
١٥٤	عدم لزوم العقد
١٥٥	الهلاك

ثانياً - الخيار للبائع

١٥٥	ثبوت الملك
١٥٥	عدم لزوم العقد
١٥٦	الهلاك
١٥٦	النصوص

المطلب الثالث

خيار الرؤية

اختلاف المذاهب ١٥٩

١ - خيار الرؤية في المذهب الحنفي

متى يثبت خيار الرؤية ١٦٠

حكم العقد حال قيام الخيار ١٦٢

ما يسقط به خيار الرؤية ١٦٣

٢ - خيار الرؤية في المذاهب الثلاثة الأخرى

مذهب مالك ١٦٦

مذهب الشافعي ١٦٨

مذهب أحمد بن حنبل ١٧٠

المطلب الرابع

خيار العيب

مسائل ثلاث ١٧٢

متى يثبت خيار العيب

خيار العيب كخيار الرؤية يثبت دون شرط في العقود التي تحتل الفسخ ١٧٣

الشروط الواجب توافرها في العيب ليثبت به الخيار ١٧٥

٢ - حكم العقد حال قيام خيار العيب

العقد نافذ غير لازم ١٧٨

عدم لزوم العقد قائم على اختلال الرضا لفوات شرط السلامة من العيب ١٧٩

كيف يكون الرد بخيار العيب ١٨٠

ما الذي يترتب على الرد بخيار العيب ١٨٠

٣ - ما يسقط به خيار العيب

أسباب مختلفة ١٨٢

هلاك المبيع ١٨٢

نقصان المبيع ١٨٣

١٨٣	زيادة المبيع
١٨٤	إسقاط المشتري للخيار
١٨٤	رضاء المشتري بالعيب بعد العلم به
١٨٥	تصرف المشتري في المبيع قبل العلم بالعيب

الفرع الثالث

مقارنة الفقه الإسلامي بالفقه الغربي في نظرية البطلان

المبحث الأول

مراتب البطلان

١٨٥	أركان العقد وشروطه - العقد الباطل
١٨٦	أوصاف العقد - العقد الفاسد
١٨٦	نقص الأهلية وانعدام الملك - العقد الموقوف
١٨٧	عيوب الإرادة - العقد القابل للإبطال
١٨٨	مقابلات في الصناعة الفنية بين الفقهاء
١٨٨	مقابلة الفقه الإسلامي بالفقه الغربي في تعدد مراتب البطلان

المبحث الثاني

أحكام البطلان

١ - العقد الباطل

١٨٩	العقد الباطل لا ينتج أثراً كتصرف قانوني
١٨٩	الآثار التي يمكن أن تترتب على العقد الباطل
١٨٩	انتقاص العقد
١٩٠	تحول العقد

٢ - العقد الفاسد

١٩١	كثرة أسباب الفساد وتنوعها
١٩٢	ابتداع فكرة العقد الفاسد ذاتها
١٩٣	حماية الغير وحماية العاقد نفسه في العقد الفاسد وتصحيح العقد بإزالة المفسد
١٩٤	تياران في الفقه الحنفي في شأن العقد الفاسد

٣ - العقد الموقوف

- العقد الموقوف يقابل العقد القابل للإبطال ١٩٥
- مقارنة العقد الموقوف بالعقد القابل للإبطال - رجحان العقد الموقوف ١٩٥
- أين وقف تطور العقد الموقوف وكيف ينبغي أن يستكمل تطوره ١٩٧

٤ - العقد غير اللازم

- عيوب الإرادة وكيف عولجت في الفقهين - مواجهتها بالعقد غير اللازم في الفقه الإسلامي وبالعقد القابل للإبطال في الفقه الغربي ١٩٨
- نطلق العقد غير اللازم - ما يقابله في الفقه الغربي ١٩٩
- الخيارات الأربعة ١٩٩

المبحث الثالث

أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي وأين وقفت؟
وكيف أخذ التقنين المدني العراقي بالفقه الإسلامي في نظرية البطلان؟

١ - أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي وأين وقفت

- أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي ٢٠١
- أين وقفت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي ٢٠٢

٢ - كيف أخذ التقنين المدني العراقي بالفقه الإسلامي في نظرية البطلان؟

- نظرة عامة ٢٠٢
- النصوص المتعلقة بالعقد الموقوف في التقنين المدني العراقي ٢٠٢

مصادر الحق
في
الفقه الإسلامي
(٥)

مصائر الحق في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالفقه الغربي
الجزء الخامس

أثر العقد بالنسبة إلى الأشخاص

الخلف العام والخلف الخاص - الدعوى البولصية والإعسار
التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير - النيابة في التعاقد
ألقاها

الدكتور عبد الرزاق السنهوري

(توفي عام ١٩٧١ م)

(على طلبة قسم الدراسات القانونية)

١٩٥٣ - ١٩٥٤

طبعة بهرية منقحة وصممة بشمير

مكتب التحقيق بدراميل والنزاع العربي

دار إحياء التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي

بيروت - لبنان

حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الأولى

DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI

Publishing & Distributing

دار إحياء التراث العربي

للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف: ٢٧٢٦٥٢ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٧٨٢ - ٢٧٢٧٨٣ فاكس: ٨٥٠٧١٧ - ٨٥٠٦٢٣ ص.ب: ٧٩٥٧/١١

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box; 7957/11

الباب الثاني

آثار العقد

الفصل الأول آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص

العائد أصيل بنفسه أو نائب عن غيره:

يبرم العائد العقد إما أصيلاً بنفسه، وإما نائباً عن غيره، ويختلف الحكم في كل من الحالتين.

الفرع الأول العائد أصيل بنفسه المبحث الأول الفقه الغربي

طوائف ثلاث:

ينصرف أثر العقد إلى العاقدين بالذات، فهما اللذان تعاقدتا، وهما اللذان أرادتا أن ينصرف أثر العقد إليهما. ويجب التوسع في مفهوم كلمة «العاقدين»، فالمقصود بالعائد هنا العائد نفسه وخلفه العام وخلفه الخاص.

وينصرف أثر العقد أيضاً إلى الدائنين لكل من العاقدين، وذلك بفضل القاعدة التي تقضي بأن جميع أموال المدين ضماناً لدائنيه، فإذا تصرف المدين فزاد في ماله أو أنقصه، انصرف أثر هذا التصرف إلى الدائنين.

وقد ينصرف أثر العقد أخيراً إلى الغير دون أن يكون طرفاً فيه، ولا يكون ذلك إلا عن طريق أن يكسبه العقد حقاً. وهذا ما يعرف بالاشتراط لمصلحة الغير ولا يجوز أن يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، وهذا ما يعرف بالتعهد عن الغير.

فنعندنا إذن طوائف ثلاث ينصرف إليها أثر العقد:

١ - الخلف العام والخلف الخاص.

٢ - الدائنون.

٣ - الغير في الاشتراط لمصلحة الغير لا في التعهد عن الغير.

المطلب الأول

الخلف العام والخلف الخاص

الفرق بين الخلف العام والخلف الخاص:

الخلف العام (ayant --- cause à titre universel) هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات، أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال فالوارث خلف عام للمورث، لأنه يخلفه في مجموع أمواله إذا كان هو الوارث الوحيد، أو في جزء من هذا المجموع إذا تعددت الورثة. والموصى له بجزء من مجموع التركة، كالثالث أو الربع، خلف عام للموصى، لأنه يخلف في جزء من مجموع ماله. فالعبرة في الخلف العام أنه يخلف السلف في مجموع من المال.

أما إذا خلفه في عين معينة بالذات، دار أو أرض أو سيارة أو نحو ذلك، فهو خلف خاص (ayant --- cause à titre particulier). والخلف العام لا يخلف سلفه في مجموع المال إلا عن طريق الميراث أو عن طريق الوصية. أما الخلف الخاص فيخلف سلفه في عين معينة بالذات لأسباب كثيرة، ليس من بينها الميراث، إذ الميراث ينقل مجموع المال إلى الوارث لا عيناً بالذات فيه ولكن قد تنتقل العين المعينة بالذات من السلف إلى الخلف بالوصية، فمن أوصى لشخص بدار أو أرض أو سيارة أو أي عين أخرى، فقد جعل منه خلفاً خاصاً في هذه العين. وقد تنتقل العين بالعقد، فمن باع أو وهب عيناً لشخص فقد جعل من المشتري أو الموهوب له خلفاً خاصاً في العين المبيعة أو الموهوبة. وقد تنتقل العين بالشفعة، فمن أخذ داراً بالشفعة فهو خلف خاص للبائع، أو بالحيازة أو بالتقادم، فمن ملك منقولاً بالحيازة مع حسن النية أو ملك عيناً بالتقادم فهو خلف خاص للمالك السابق في العين التي تملكها بالحيازة أو بالتقادم.

١. الخلف العام

انصراف أثر العقد إلى الخلف العام:

تنص المادة ١٤٥ من التقنين المدني المصري على ما يأتي: «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام».

ويتبين من هذا النص أن العقد ينصرف أثره إلى الخلف العام، أي الوارث أو الموصى له بجزء من مجموع التركة، إلا في استثناءات معينة.

فإذا باع شخص عيناً بضمن مؤجل، ثم مات قبل أن يقبض الثمن، فإن الحق في الثمن المتولد من عقد البيع ينتقل إلى وارثه، ويكون للوارث أن يطالب المشتري بهذا الثمن عند حلول الأجل كما كان المورث يطالبه به حال حياته، إذ هو قد خلفه فيه. ويكون له أيضاً، تبعاً لذلك، أن يحبس العين المبيعة حتى يستوفي الثمن إذا كانت العين لا تزال باقية في التركة ولم تسلم إلى المشتري، بل وله أن يفسخ البيع وأن يسترد العين إذا لم يقيم المشتري بوفاء التزامه.

أما إذا فرضنا أن الذي مات هو المشتري ولا يزال الثمن ديناً في ذمته، فإن هذا الدين يبقى

في تركته ولا ينتقل إلى ذمة وارثه، وذلك وفقاً لقاعدة معروفة في الفقه الإسلامي تقضي بأن لا تركة إلا بعد سداد الدين، وهي القاعدة التي يشير إليها النص المتقدم الذكر في عبارته «دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث». وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في الفقه الإسلامي في هذه المسألة.

ويتربط على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد، فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد حتى يكون هذا التاريخ حجة له أو عليه، وفي الصورية يسري في حقه العقد الحقيقي دون العقد الصوري.

وقد أشرنا إلى أن هناك استثناءات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام. وهذه الاستثناءات على قسمين.

١ - استثناءات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفاً.

٢ - واستثناءات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام لأنه أصبح من الغير.

استثناءات لا ينصرف فيها العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفاً:

لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام، مع بقاءه خلفاً، في الأحوال الثلاث المبينة في المادة ١٤٥ مدني السابق ذكرها، وهي:

أولاً: إذا اتفق المتعاقدان على ذلك. فإذا أراد أن حقاً أو التزاماً ناشئاً عن العقد لا ينتقل إلى الوارث بل يقتصر أثره على شخص المتعاقد، جاز لهما أن يتفقا على ذلك ما دام هذا الاتفاق لا يخالف النظام العام ولا الآداب، فيجوز الاتفاق مثلاً بين البائع والمشتري على أن يكون للبائع الحق في استئجار العين المبيعة بأجرة معينة لمدة معينة، على ألا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع. كما يجوز أن يلزم المؤجر نفسه نحو المستأجر بوعده ببيع العين المؤجرة خلال مدة الإيجار للمستأجر، على ألا ينتقل هذا الحق إلى وارث المستأجر إذا مات هذا قبل انقضاء هذه المدة.

ثانياً: إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ عن العقد تأبى أن ينتقل من العاقد إلى خلفه العام. فإذا حصل شخص على حق انتفاع بموجب عقد فإن طبيعة هذا الحق تأبى أن ينتقل الحق إلى ورثته من بعده، لأن حق الانتفاع ينقضي حتماً بموت صاحبه. وكذلك إذا حصل شخص بموجب عقد على إيراد مرتب طول الحياة، فهذا الإيراد لا ينتقل إلى ورثته، لأنه ينقضي حتماً بموت صاحب الإيراد. وإذا تعاقد شخص مع جراح أو فنان معين، ومات الجراح أو الفنان، فإن الالتزام ينقضي لأنه قد لوحظ فيه شخصية الملزم وتأبى طبيعته أن ينتقل منه إلى وارثه.

ثالثاً: إذا كان هناك نص في القانون يقضي ألا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام. من ذلك ما نصت عليه المادة ٥٢٨ مدني من أن الشركة تنقضي بموت أحد الشركاء، وما قضت به المادة ٦٠٢ مدني من أن الإيجار ينقضي بموت المستأجر إذا لم يعقد إلا بسبب حرفته أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه، وما قضت به المادة ٦٢٦ مدني من أن المزارعة تنقضي بموت المزارع، وما قضت به المادة ٧١٤ مدني من أن الوكالة تنقضي بموت الموكل أو الوكيل. هذا وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ مدني على أنه «يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في

هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء». وسري ما يقابل ذلك في الفقه الإسلامي من مدى انتقال حق المقذوف إلى وارثه.

استثناءات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام لأنه أصبح من الغير:

إذا كان الوارث لا يعتبر من الغير في تصرفات مورثه، فتسري في حقه هذه التصرفات كما تسري في حق المورث، فإن هذا هو الأصل، ولكن القانون - والقانون هنا هو الشريعة الإسلامية فهي التي تسري أحكامها في هذه المسألة - يدخل استثناء على هذا الأصل، ويجعل الوارث من الغير في بعض تصرفات مورثه، فلا تسري في حقه هذه التصرفات. ذلك أن للوارث حقاً شخصياً في تركه مورثه، لا يستمده من المورث، بل يعطيه إياه القانون، هو أن يأخذ من التركة ثلثها فلا يستطيع المورث أن يمس هذا المقدار بالوصية أو بما هو في حكمها من التصرفات. للمورث أن يتصرف في ماله وهو في غير مرض موته بجميع التصرفات، معاوضة أو تبرعاً، ويستطيع أن يستغرق بتصرفاته هذه كل ماله ما دام التصرف ينتج أثره حال حياته. ويكفي ضابطاً لتصرفاته في هذه الحالة أنه لا يحرم ورثته فحسب، بل هو أيضاً يحرم نفسه، فإن التصرف يجرده من ماله وهو حي. أما أن يتصرف تصرفاً لا ينتج أثره إلا بعد موته، أي أنه يحرم ورثته دون أن يحرم نفسه، فهذا هو الذي يتولى القانون حماية الورثة من عواقبه، لأن المورث في هذه الحالة لا يتصرف في ماله وإنما هو ينظم وراثته هذا المال، فلم يجز له القانون أن يتصرف بالوصية - ويلحق بها كل التبرعات التي تصدر منه في مرض الموت - إلا في حدود ثلث التركة. فإذا جاوز هذه الحدود، كان التصرف فيما جاوز فيه غير سار في حق الوارث، ويصبح الوارث من الغير في هذا التصرف.

فإذا باع المورث في مرض موته داراً تجاوز قيمتها ثلث تركته، فإن القانون يفرض أن هذا البيع وقد صدر في مرض الموت إنما هو تبرع، فيأخذ حكم الوصية، ولا يسري في حق الورثة فيما جاوز ثلث التركة. وقد تكفلت المادة ٩١٦ مدني ببيان هذه الأحكام فقالت:

١ - كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيّاً كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف.

٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.

٣ - وإذا أثبتت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه».

وإيضاحاً لهذا النص نفرض أن المورث باع في مرض موته أرضاً تعدل ثلثي تركته. ونبادر إلى القول إنه، طبقاً للتشريع المصري والتشريع العراقي، يستوي في هذه الحالة أن يكون البيع صادراً لوarith أو لغير وارث، ففي الفرضين ينفذ التصرف في حدود ثلث التركة، ولا يسري في

حق سائر الورثة فيما يجاوز الثلث . ثم تعرض بعد ذلك مسألتان .

المسألة الأولى: إن التاريخ العرفي للبيع الصادر في مرض الموت يكون حجة على الوارث ، لأنه لا يعتبر من الغير في هذا التاريخ ، بل يحتج عليه بالتاريخ العرفي كما يحتج به على مورثه . ولكنه يستطيع كمورثه أن يثبت أن هذا التاريخ قد قدم . وهذا ما يحصل عادة - إخفاء لكون البيع قد صدر في مرض الموت . ويستطيع الوارث أن يثبت تقديم التاريخ بجميع طرق الإثبات ، لأنه يثبت غشاً وجه للإضرار بحقه .

المسألة الثانية: متى أثبت الوارث ، بأي طريق من طرق الإثبات ولو بالبينة أو بالقرائن ، تقديم التاريخ وأن البيع إنما صدر في تاريخ متأخر وأن هذا التاريخ المتأخر يوافق الوقت الذي كان فيه المورث مريضاً مرض الموت ، فإن الوارث حينئذ يصبح من الغير فلا يسري البيع في حقه . وله عند ذلك أن يتمسك بأن البيع ، وقد صدر في مرض الموت ، يعتبر صادراً على سبيل التبرع . ولمن صدر له التصرف أن يثبت العكس وأنه دفع ثمناً للدار يعدل قيمتها على الأقل ، ولكن عبء الإثبات هنا يقع على المشتري لا على الوارث . فإذا عجز المشتري عن هذا الإثبات اعتبر البيع تبرعاً وسرى عليه حكم الوصية . فلا يسري في حق الورث فيما يجاوز ثلث التركة إلا إذا أجاز الوارث التصرف ، فإن لم يجزه بطل البيع فيما جاوز هذا الحد .

٢ - الخلف الخاص

تحديد منطقة الخلف الخاص:

قدمنا أن الخلف الخاص هو من يخلف سلفه في عين معينة بالذات لا في مجموع من المال ، والآن نحدد تحديداً دقيقاً منطقة الخلف الخاص .

فمن يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيء يكون خلفاً خاصاً له . والشيء المعين بالذات الذي يتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته حقاً عينياً كما هو الغالب ، وقد يكون حقاً شخصياً . فالمشتري خلف خاص للبائع في الشيء المبيع ، وهذا استخلاف في ملكية عين معينة . وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق ، وهذا استخلاف في حق عيني واقع على عين معينة . والمحال له خلف للمحيل في الحق المحال به ، وهذا استخلاف في ملكية حق شخصي . والمرتهن لدين خلف لصاحب هذا الدين الذي رهنه ، وهذا استخلاف في حق عيني واقع على حق شخصي . فالخلف الخاص إذن هو من يتلقى شيئاً معيناً - سواء كان هذا الشيء حقاً عينياً أو حقاً شخصياً - أو يتلقى حقاً عينياً على هذا الشيء .

أما من يترتب له حق في ذمة شخص آخر ، فلا يكون خلفاً خاصاً له ، بل يكون دائناً . فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر ، بل هو دائن له . والمستأجر من الباطن ليس بخلف للمستأجر الأصلي ، وإنما خلف المستأجر الأصلي هو المتنازل له عن الإيجار لأنه تلقى عنه ملكية حق شخصي ولم يقتصر كالمستأجر من الباطن على أن يترتب له في ذمته حق شخصي . ولا يعتبر البائع الذي يسترد العين من المشتري بعد فسخ البيع أو إبطاله خلفاً خاصاً للمشتري ، لأن كلاً من الفسخ

والإبطال له أثر رجعي، فلا يكون البائع متلقياً للملكية من المشتري، بل تعتبر الملكية لم تنتقل منه أصلاً إلى المشتري حتى تعود إليه.

وقد يقال إن انتقال الشيء إلى الخلف الخاص يكون بأي سبب من أسباب انتقال الملك كالعقد والوصية والتقادم، ولكن لا ينصرف أثر العقد من السلف إلى الخلف الخاص إلا إذا كان انتقال الشيء بعمل إرادي - وصية أو عقد - فهو وحده الذي يتمشى مع فكرة حوالة الحق أو حوالة الدين وهي الفكرة التي يؤسس عليها عادة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص.

والمثل المألوف للخلف الخاص هو من يتلقى ملكية عين من سلفه، كالمشتري يخلف البائع في العين المبيعة.

فإذا كان السلف - البائع مثلاً - قد أبرم عقداً بشأن العين المبيعة قبل بيعها، ثم باع العين، فهل ينصرف أثر هذا العقد، من حقوق والتزامات، إلى الخلف الخاص وهو المشتري؟.

الواضح أنه حتى يمكن أن يوضع هذا السؤال لا بد من توافر أمرين:

١ - أن يكون السلف قد أبرم عقداً بشأن العين التي انتقلت إلى الخلف، ولا يكفي أن يبرم السلف عقداً بل يجب أن ينصب العقد على العين. فإذا كان البائع قد افترض قبل البيع، لم ينصرف أثر عقد القرض إلى المشتري، ولو أن دين القرض قد أثقل الضمان العام للمقترض وتدخل فيه العين المبيعة. وذلك لأن القرض لم يعقد بشأن العين المبيعة بالذات. ويختلف الحكم لو أن العين المبيعة كانت قد ارتهنت ضماناً للقرض، فعند ذلك يكون عقد الرهن - لا عقد القرض - قد عقد بشأن العين المبيعة، ويصح عندئذ التساؤل ما إذا كان عقد الرهن ينصرف أثره إلى الخلف الخاص وهو المشتري.

٢ - أن يكون العقد الذي أبرمه السلف سابقاً في التاريخ الثابت على العقد الذي نقل الشيء إلى الخلف الخاص. فلو أبرم البائع عقداً بشأن العين المبيعة بعد بيعها لم يكن هناك محل للتساؤل ما إذا كان أثر هذا العقد ينصرف إلى المشتري، فقد أبرم العقد بعد أن انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري فأصبح هذا من الغير ولا ينصرف إليه أثر العقد.

متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص؟:

تنص المادة ١٤٦ من التقنين المدني المصري على أنه: «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه».

وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكتملة له، كما تعبر الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة له. يبرر ذلك أن الحقوق المكتملة للشيء تعتبر من توابعه، والتابع ينتقل مع الأصل. أما الالتزامات التي تحدد الشيء فيجب أن تنتقل هي أيضاً معه، لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك وفاقد الشيء لا يعطيه.

الحقوق المكملّة للشيء:

فمن الحقوق التي تعتبر مكملّة للشيء، فتنقل معه إلى الخلف الخاص، ما يأتي:

١ - الحقوق العينية التي ترتبت لمصلحة الشيء، كحق ارتفاق رتب بعقد لمصلحة العين فإن هذا الحق ينتقل مع العين إلى الخلف الخاص.

٢ - الحقوق التي تعتبر تأميناً للشيء، لأن التأمين يعتبر مكملّاً للشيء إذ هو يحفظه ويقويه. فإذا حول الدائن حقه، انتقل للمحال له مع هذا الحق تأميناته من كفالة ورهن وما إلى ذلك. وتنقل كذلك دعاوى الفسخ دون دعاوى الإبطال، لأن الأولى تؤكد الحق والأخرى تنافيه. وينتقل السند التنفيذي بالدين المحال به.

٣ - وينتقل أيضاً إلى الخلف الخاص الحقوق الشخصية التي يكون الغرض منها وقاية الشيء، إذ هي تحفظ الشيء كالتأمينات. فإذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق، ثم باع المنزل، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل مع المنزل إلى المشتري، وينتقل تبعاً لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين، ومثل ذلك أيضاً انتقال حق البائع قبل البائع له، في ضمان الشيء ضمان استحقاق أو ضمان عيب، إلى المشتري، وللمشتري أن يرجع بدعوى مباشرة على البائع لبائعه بضمان الاستحقاق أو بضمان العيب أو بأي ضمان اشترطه البائع لنفسه. ويترتب على ذلك أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان فإن هذا لا يمنع المشتري من الرجوع بالضمان على البائع للبائع. كذلك حق بائع المتجر في عدم منافسة شخص آخر للمتجر أو في تقييد موظف فني قديم بحيث يمتنع من المنافسة، هذه حقوق كسبها صاحب المتجر ليدراً خطر المنافسة عن متجره فهي مكملّة للمتجر، وتنقل معه إلى المشتري.

ولا يعتبر الحق مكملّاً للشيء، فلا ينتقل معه إلى الخلف الخاص، في فروض منها الفرضان الآتيان:

١ - إذا لم يكن من شأن الحق تقوية الشيء أو درء الخطر عنه. فإذا كان السلف قد تعاقد مع مقاول لإقامة بناء على الأرض التي انتقلت إلى الخلف، لم ينتقل حق السلف قبل المقاول إلى الخلف. ومثل هذا حق صاحب السيارة إذا استأجر «جراجاً» تأوي إليه السيارة. ثم باع السيارة، فإن هذا الحق في استئجار الجراج لا ينتقل إلى المشتري.

٢ - حق السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته. فإذا اشترى طبيب أرضاً يقيم عليها مستشفى منتقلاً وتعاقد مع بعض المعامل على توريد أدوية معينة في أوقات محددة لهذا المستشفى، فحقه قبل هذه المعامل لا ينتقل إلى المشتري للأرض بعد نقل المستشفى لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستشفى لا بالأرض التي بيعت. وإذا باع شخص جزءاً من قطعة أرض، وبنى المشتري على هذا الجزء مصنعاً لتوليد الكهرباء، واشترط البائع على المشتري أن يورد الكهرباء لبقية الأرض بسعر مخفض، فإن هذا الشرط لا ينتفع به المشتري لبقية الأرض لأنه شرط خاص بشخص البائع.

الالتزامات المحددة للشيء:

وينتقل الالتزام مع الشيء إلى الخلف الخاص إذا كان محدداً له . ويتحقق ذلك في الفروض الآتية :

١ - الارتفاقات العينية التي ترتبت على الشيء إذا كانت قد شهرت ، فتنقل العين إلى الخلف الخاص مثقلة بهذه الارتفاقات .

٢ - الالتزام الذي يقيد من استعمال ملكية العين ويكيف هذا الاستعمال ينتقل مع العين إلى الخلف الخاص . فإذا كان السلف قد التزم بعقد ألا يستعمل المنزل الذي يملكه في حي للسكنى مقهى أو مطعماً ، انتقل هذا الالتزام إلى الخلف : كذلك إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء كيف شاء ، كأن تمنعه من مجاوزة حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته ، فإن هذه القيود - سواء اعتبرت التزامات شخصية أو ارتفاقات عينية - تنتقل إلى المشتري بموجب هذه القاعدة أو بموجب القاعدة السابقة .

٣ - التزام السلف الذي يغل يده عن بعض حقوق المالك ينتقل إلى الخلف الخاص . مثل ذلك . من اشترى أرضاً من شركة تعمل في استخراج المعادن ، فاشتترط عليه الشركة ألا يرجع عليها بتعويض إذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال ، فإن هذا الشرط ينصرف أثره إلى خلف المشتري . ومثل ذلك أيضاً صاحب المتجر يلتزم أن يمتنع عن التجارة في جهة معينة كفاً للمنافسة ، فإن هذا الالتزام ينتقل إلى خلف صاحب المتجر . ومثل ذلك أخيراً أن تباع الحكومة أرضاً ، وتشترط على المشتري أنها إذا نزع ملكيتها للمصلحة العامة في خلاف مدة معينة لم تلتزم إلا برد الثمن فقط ، فإذا باع المشتري الأرض لمشتري ثان التزم المشتري الثاني بهذا الشرط باعتباره خلفاً خاصاً للمشتري الأول .

ولا يعتبر الالتزام محدداً للشيء ، فلا ينتقل إلى الخلف الخاص ، في فروض منها الفرضان الآتيان :

١ - التزام السلف إذا كان لا يثقل العين أو يكيف من استعمالها أو يقيد بعض حقوق المالك . فالتزام بائع الأرض الذي اتفق مع مقاول على البناء لا ينتقل إلى مشتري الأرض ، والتزام بائع السيارة نحو مؤجر الجراج لا ينتقل إلى من اشترى السيارة ، وقد رأينا فيما تقدم أن الحق أيضاً لا ينتقل في هاتين الحالتين . ولا ينتقل إلى المشتري الالتزام الذي نشأ عن وعد بالبيع صدر من البائع الأجنبي قبل أن يبيع العين للمشتري .

٢ - التزام السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته . فإذا وهب شخص داراً لآخر على أن يقوم بالنفقة عليه ، ثم باع الموهوب له الدار ، لم ينتقل التزامه بالنفقة إلى المشتري .

وجوب علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات حتى تنتقل إليه :

ولا ينتقل إلى الخلف الخاص حق أو التزام إلا إذا كان عالماً به علماً حقيقياً ، ولا يكفي مجرد إمكان العلم ، وتظهر أهمية ذلك بوجه خاص في انتقال الالتزام ، لأنه قيد يرد على حقوق

الخلف، فلا ينبغي أن ينتقل إليه دون أن يكون عالماً به. ويغني عن العلم التسجيل أو القيد في الحقوق العينية التي يجب شهرها.

المطلب الثاني

الدائنون

كيف ينصرف إلى الدائن أثر العقد الذي يبرمه المدين:

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري على أن «أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه». وهذا الضمان العام هو الذي يجعل الدائن ينصرف إليه في الأصل أثر العقد الذي يبرمه المدين. ذلك أن المدين إذا تصرف في عين مملوكة له فأخرجها عن ملكه، فإن هذه العين التي كانت قبل التصرف داخلة في مجموع ماله، وكانت تبعاً لذلك ضامنة لدين الدائن، خرجت بالعقد الذي أبرمه عن ملكه، فخرجت تبعاً لذلك من الضمان العام لدين الدائن. ومن هذا الطريق ينصرف أثر العقد الذي أبرمه المدين إلى الدائن: يخرج من ضمان الدائن. وينصرف أثر العقد إلى الدائن أيضاً بطريق عكسي لو أن المدين أبرم عقداً أدخل بموجبه عيناً في ملكه كأن اشتراها مثلاً، فإن هذا العقد ينصرف أثره إلى الدائن هنا لا عن طريق نقص الضمان العام بخروج عين من ملك المدين، بل عن طريق زيادته بدخول عين في ملك المدين.

وهذا الذي نقرره هو إحدى نتائج نظرية الذمة المالية (patrimoine)، إذ الذمة المالية هي مجموع الحقوق الموجودة أو التي قد توجد والالتزامات الموجودة أو التي قد توجد لشخص معين. فالذمة المالية إذن هي مجموع من المال، ويكون للدائنين حق ضمان عام على هذا المجموع لا على مال معين بالذات. وهذا هو الذي يفسر أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال للمدين لم يكن ملكاً له وقت نشوء الدين، فلما دخل في ملكه اندمج في المجموع وأصبح أحد عناصره ويفسر كذلك أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال كان ملك المدين وقت نشوء الدين وخرج عن ملكه وقت التنفيذ، لأن هذا المال قد انفصل من المجموع فلم يعد محسوباً ضمن عناصره.

وقد حمل ذلك بعض الفقهاء - جوسران (٦٤٩/٢) وانظر أيضاً تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٨ وانظر عكس ذلك كولان وكابيتان (٤٢٢/٢) على القول بأن الدائن يعتبر خلفاً للمدين، ما دام تصرف المدين ينقص أو يزيد الضمان. والصحيح أن الدائن لا يعتبر خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصاً للمدين، وإنما هو ممن يسري في حقهم تصرف المدين باعتبار أن هذا التصرف هو واقعة مادية أنقصت أو زادت في ضمانه العام، لا باعتبار أنه تصرف قانوني أنشأ حقاً أو التزاماً في جانبه. وإذا كان الخلف يسري في حقه تصرف السلف، فليس كل شخص يسري تصرف الغير في حقه يعتبر خلفاً له، وإنما الخلف هو أحد الطوائف المتعددة التي يسري تصرف الغير في حقها. وكما يسري التصرف باعتباره تصرفاً قانونياً في حق الخلف، يسري باعتباره كذلك تصرفاً قانونياً في حق الأصيل إذا تعاقد بطريق نائب عنه، وفي حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير، ويسري

باعتباره واقعة مادية في حق الدائن، دون أن يعتبر الأصيل أو المتفع أو الدائن خلفاً.

متى يعتبر الدائن غيراً في تصرفات المدين:

على أن القانون يأتي لحماية الدائن، كما أتى لحماية الوارث، فيجعل الدائن كما جعل الوارث «غيراً» في تصرفات مدينه في بعض حالات معينة. ففي الوصية والتصرفات التي تلحق بها يحمي القانون الدائن بأكثر مما يحمي الوارث، فلا تسري وصايا المدين والتصرفات الملحقة بالوصايا في حق الدائن، لا في حدود ثلث التركة ولا في أقل من ذلك، فهي لا تسري أصلاً إذ يقدم الدين على الوصية. وفي التصرفات ما بين الأحياء، لا يسري تصرف المدين في حق الدائن، لا فحسب إذا كان هذا التصرف تبرعاً في مرض الموت، بل أيضاً إذا كان التصرف معاوضة وفي غير مرض الموت ما دام قد قصد به المدين الإضرار بحقوق دائنه. والسبب في إثارة الدائن على الوارث بهذه الحماية ظاهر، فالوارث يأخذ تركة مورثه بغير عوض، أما الدائن فله حق ثابت في ذمة مدينه فهو لا يأخذ منه شيئاً بغير عوض، ومن ثم استحق هذه الحماية.

والأصل أن المدين حر في التصرف في ماله ولو تبرعاً، ما دام تصرفه لم يصدر في مرض الموت، وتصرفه يسري في حق دائنه. إلا أنه إذا تصرف ولو معاوضة بقصد الإضرار بدائنه، فهنا يصبح الدائن من الغير ولا يسري هذا التصرف في حقه. ويستطيع الدائن في هذه الحالة أن يطعن في تصرف مدينه بالدعوى البولصية.

ولم يكتف التقنين المصري الجديد بالدعوى البولصية لحماية الدائن، بل حماه أيضاً في حالة إعسار المدين فنظم إجراءات شهر هذا الإعسار، وغل يد المدين عن التصرف حتى إذا تصرف لم يسر التصرف في حق الدائن.

فعدنا إذن مسألتان:

١ - الدعوى البولصية.

٢ - إعسار المدين.

١ - الدعوى البولصية

(Action Paulienne)

الأساس الذي قامت عليه الدعوى البولصية وعدم الدقة في تسميتها دعوى إبطال التصرفات - أصلها في القانون الروماني:

قدمنا أن الدعوى البولصية وجدت لحماية الدائن من تصرفات مدينه، فإذا تصرف المدين في ماله تصرفاً قصد به الإضرار بحق دائنه، أعطى القانون للدائن سلاحاً يطعن به هذا التصرف الضار فيهدمه فيما يتعلق به، ولا ينصرف أثره إليه. فالأساس الذي قامت عليه الدعوى البولصية إذن هو حماية الدائن من غش مدينه عن طريق جعل تصرف هذا المدين، غير نافذ في حق الدائن. فهي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين لا دعوى إبطال هذا التصرف، وكان الفقه المصري قديماً يطلق عليها خطأ اسم «دعوى إبطال التصرفات». ذلك أن الدائن لا يبطل تصرف المدين بل هو يطلب

عدم نفاذ هذا التصرف في حقه. فإذا أجب إلى طلبه لم يسر التصرف في حقه، ولكنه يبقى قائماً بين المدين ومن صدر له التصرف.

ولا مانع من أن نستبقي للدعوى تسميتها التقليدية بالدعوى البولصية. والمعروف أن هذه التسمية اشتقت من اسم البريطور (Préteur) أي القاضي الروماني الذي كان أول من أدخلها في القانون الروماني، وإن كانت صحة هذه التسمية وأنها كانت تسمية مستعملة في القانون الروماني أصبحت الآن محل شك كبير. ويبدو أن البريطور «بولص» هذا ليس إلا شخصاً خيالياً اخترعه بعض شراح القانون الروماني في العصور الوسطى. ولم تكن الدعوى البولصية في عهد القانون الروماني المدرسي دعوى واحدة، بل كانت دعاوى متعددة أعطيت لحماية الدائنين في حالات مختلفة. ولم تتوحد في دعوى واحدة إلا في عهد جستنيان. وكان لهذه الدعاوى في إجراءات القانون الروماني الطابع الجماعي، إذ كانت لا تعطي ضد المدين المفلس إلا لجماعة الدائنين في شخص ممثل لهم هو الذي يوكل إليه تصفية أموال المدين، فكانت فائدتها تعود على جماعة الدائنين لا تختص بواحد منهم دون الآخرين. وقد انقلبت الدعوى البولصية في القانون الحديث من دعوى جماعية إلى دعوى فردية كما سنرى.

ونبحث الآن تفصيلات الدعوى البولصية فتتکلم:

١ - في شروط هذه الدعوى.

٢ - وفي الآثار التي تترتب عليها.

١ - شروط الدعوى البولصية

أولاً: الشروط التي ترجع إلى الدائن:

يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء:

حتى يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية، يجب أن يكون حقه مستحق الأداء. ومتى وجب أن يكون الحق مستحق الأداء، وجب بالأولى أن يكون خالياً من النزاع، لأن الحق لا يستحق الوفاء به إلا إذا خلا من المنازعة.

فلا يستطيع إذن استعمال الدعوى البولصية الدائن الذي يكون حقه متنازعا فيه، وإذا كان حق الدائن غير خال من النزاع ثم صدر حكم ابتدائي يحسم النزاع لصالحه، واستأنف المدين الحكم، فإن الدعوى البولصية توقف حتى يبت في الاستئناف الذي يتوقف عليه مصير الحق، ولا يستطيع استعمال الدعوى البولصية الدائن الذي يكون حقه معلقاً على شرط واقف، لأن الحق هنا إذا خلا من النزاع فهو مع ذلك غير مستحق الأداء، كذلك لا يستطيع استعمالها الدائن الذي يكون حقه مقترناً بأجل واقف، ولا يتعارض ذلك مع شرط إعسار المدين - وسنرى أنه يشترط أن يكون المدين معسراً - لسببين:

أولهما: أن الأجل لا يسقط بمجرد الإعسار، بل يجب لسقوطه أن يصدر حكم بشهر

الإعسار فجاز أن يكون المدين معسراً دون أن يسقط الأجل. والسبب الثاني أن للإعسار في الدعوى البولصية معنى عملياً ينطوي على كثير من المرونة سنبسطه فيما يلي، فجاز ألا يسقط الأجل وإن توافر شرط الإعسار في معنى الدعوى البولصية، فلا يصح عندئذ للدائن رفعها لأن حقه غير مستحق الأداء.

وأي دائن حقه خال من النزاع مستحق الأداء يستطيع استعمال الدعوى البولصية. فيجوز أن يستعملها دائن حقه معلق على شرط أو مقترن بأجل فاسخ، لأن الشرط والأجل الفاسخين لا يمنعان الحق من أن يكون مستحق الأداء. ويجوز أن يستعملها دائن شخصي ودائن مرتتهن ودائن له حق امتياز، إذ لا يجوز أن يكون الرهن أو الامتياز الذي أريد به تقوية حق الدائن سبباً في إضعاف هذا الحق وحرمان الدائن مما هو ثابت لسائر الدائنين، ولكن يشترط إذا تصرف المدين في غير الشيء الذي ترتب عليه التأمين العيني أن يكون الشيء الذي ترتب عليه هذا التأمين غير واف بالدين حتى يتحقق الضرر من التصرف المطعون فيه. ويجوز أن يستعمل الدعوى البولصية دائن حقه غير مقدر ما دام مستحق الأداء، فيستطيع المضرور في العمل غير المشروع، حتى قبل أن يقدر التعويض المستحق له، أن يستعمل الدعوى البولصية فيقطع في تصرف صدر من مدينه المسؤول عن العمل غير المشروع بقصد «تهريب» ماله حتى لا ينفذ عليها الدائن بالتعويض المستحق له.

ثانياً: الشروط التي ترجع إلى التصرف المطعون فيه

شروطه ثلاثة:

يشترط فيما يطعن فيه الدائن من أعمال المدين أن يكون:

١ - تصرفاً قانونياً.

٢ - مفقراً.

٣ - تالياً في الوجود لحق الدائن.

تصرف قانوني:

يجب أن يكون العمل الصادر من المدين ويطعن فيه الدائن بالدعوى البولصية تصرفاً قانونياً (acte juridique)، فإذا كان عملاً مادياً لم يتصور الطعن فيه. فلا يتصور الطعن في عمل غير مشروع قام به المدين فأصاب شخصاً بضرر ووجب عليه به مقدار من التعويض جعله معسراً أو زاد في إعساره، كما لا يتصور الطعن في ترك المدين عيناً له في يد شخص آخر حتى ملكها بالتقادم وإنما يتصور في هذه الحالة أن يقطع الدائن التقادم ويسترد العين باسم المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة.

فالعمل الذي يطعن فيه بالدعوى البولصية يجب إذن أن يكون تصرفاً قانونياً. ويستوي أن يكون تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد كالوقف والإبراء ورد الإبراء ورد الاشتراط لمصلحة

الغير ورد الوصية، أو صادراً من الجانبين تبرعاً أو معاوضة كالهبة والبيع والحوالة والقرض والشركة.

تصرف مفقر:

التصرف المفقر في معنى الدعوى البولصية هو التصرف الذي ينقص من حقوق المدين، عينية كانت هذه الحقوق أو شخصية، أو التصرف الذي يزيد في التزاماته، مثل التصرف الذي ينقص من حقوق المدين الهبة والبيع والوقف وهذه تنقص الحقوق العينية، والحوالة والإبراء ورد الاشتراط لمصلحة الغير وهذه تنقص الحقوق الشخصية. ومثل التصرف الذي يزيد في التزامات المدين القرض والشركة ورد الإبراء. وقد كانت تقاليد الدعوى البولصية تقضي بأن التصرف المفقر هو التصرف الذي ينقص من الحقوق دون التصرف الذي يزيد في الالتزامات، وعلى هذه التقاليد سار التقنين المدني المصري السابق، ولكن التقنين المدني المصري الجديد عدل عنها وجعل التصرف الذي يزيد في الالتزامات مفقراً كالتصرف الذي ينقص من الحقوق.

أما التصرف المانع من الاغتناء، كأن يرفض المدين قبول هبة فيمتنع من زيادة حقوقه، فإنه لا يكون تصرفاً مفقراً، ولا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية.

وإعطاء المدين أحد دائنيه تأميناً يجعله يتقدم على سائر الدائنين يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية، وكذلك وفاء المدين أحد دائنيه ديناً مؤجلاً قبل حلول الأجل ولو لم يكن هناك تواطؤ بين الاثنين أو وفاؤه الدين عند حلول الأجل بشرط أن يكون الوفاء قد تم نتيجة تواطؤ بينهما، كل هذا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية. ولما كان هذه الحالات محل نزاع في عهد التقنين المدني السابق، فقد ورد نص صريح في التقنين المدني الجديد يجيز الطعن فيها جميعاً بالدعوى البولصية، فحسم النص النزاع.

واستثناء مما قدمناه نص القانون على أنه يجوز للدائن الطعن في نزول مدينه عن التمسك بالتقادم المسقط أو المكسب، مع أن النزول عن التقادم المسقط ليس إلا امتناعاً عن إنقاص الالتزامات والنزول عن التقادم المكسب ليس إلا امتناعاً عن زيادة الحقوق.

تصرف تال في الوجود لحق الدائن:

ويجب أن يكون التصرف القانوني المفقر المطعون فيه بالدعوى البولصية تالياً في الوجود لحق الدائن، ذلك أن حق الدائن إذا كان متأخراً عن هذا التصرف فليس للدائن أن يشكو من تصرف تم قبل أن يصبح هو دائناً. ومن ثم يجب أن يكون تصرف المدين صادراً بعد أن ثبت حق الدائن، حتى يمكن القول إن المدين إنما تصرف غشاً وإضراراً بحق الدائن، فلو لم يوجد حق الدائن قبل صدور تصرفه لما أمكن تصور الإضرار بحق غير موجود. ولو أمكن تصور ذلك - كما لو باع شخص داراً له أو وقفها ثم اقترض وقد قصد من البيع أو الوقف السابق أن يتهرب من دائنه في المستقبل - لصحت الدعوى البولصية. ونرى من ذلك أن شرط أن يكون تصرف المدين تالياً لوجود حق الدائن إنما هو فرع من شرط أعم، سيأتي الكلام فيه، وهو شرط غش المدين. فالأصل أن غش المدين لا يتصور في العادة إلا إذا كان تصرفه تالياً لحق الدائن، فإذا أمكن تصور

الغش بينما يكون حق الدائن تالياً لتصرف المدين، جاز الطعن بالدعوى البولصية. فالعبرة إذن بتوافر غش المدين، سواء كان تصرفه لاحقاً أم سابقاً.

وإذا قلنا إن الأصل أن يكون تصرف المدين تالياً لحق الدائن، فإنما نعتد في التصرف بتاريخ صدوره لا بتاريخ شهره إن كان من التصرفات الواجب شهرها، ويعتد في حق الدائن بتاريخ وجوده لا بتاريخ استحقاقه إن كان تاريخ الاستحقاق تالياً لتاريخ الوجود. فلو باع المدين داراً وقبل تسجيل البيع استدان، لم يستطع المقرض أن يطعن في البيع بالدعوى البولصية، لأن البيع قد صدر قبل وجود حق الدائن وإن كان قد سجل بعد ذلك. ولو كان الدين الذي في ذمة المدين ديناً معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل، ثم تصرف المدين في مال له إضراراً بحق الدائن، جاز للدائن الطعن بالدعوى البولصية، لأن حقه موجود قبل التصرف وإن كان لم يستحق - أي لم يتحقق الشرط أو يحل الأجل - إلا بعد صدور التصرف. كذلك لو كان الدين الذي في ذمة المدين متنازعا فيه ورفع الدائن الدعوى بالدين، وتصرف المدين أثناء نظر النزاع في مال له توقعاً لصدور حكم عليه بالدين، جاز للدائن عند صدور الحكم أن يطعن في التصرف بالدعوى البولصية، لأن حقه كان موجوداً قبل صدور التصرف وإن لم يصبح خالياً من النزاع بحكم نهائي إلا بعد صدور التصرف.

ثالثاً: الشروط التي ترجع إلى المدين

شرطان:

أما الشروط التي ترجع إلى المدين فترد إلى شرطين رئيسين:

١ - الإعسار.

٢ - الغش والتواطؤ.

الإعسار:

يجب أن يكون تصرف المدين قد تسبب في إعساره إذا كان غير معسر قبل التصرف، أو تسبب في زيادة إعساره إذا كان معسراً قبل التصرف. فلو أن التصرف لم يسبب الإعسار، بل بقي المدين موسراً بعده، ولكن طرأ بعد ذلك ما جعله معسراً، فلا يجوز الطعن في التصرف، ما لم يكن هذا التصرف حلقة في سلسلة متصلة من التصرفات مجموعها قد أدى إلى إعساره، فيجوز للدائن في هذه الحالة أن يطعن في هذه التصرفات كلها ولا يجترىء بالتصرف الأخير الذي سبب مباشرة إعسار المدين. وإذا كان المدين معسراً من بادئ الأمر، ثم تصرف تصرفاً بعوض كاف بحيث لم يكن هذا التصرف سبباً في زيادة إعساره، فإن التصرف لا يكون قابلاً للطعن فيه بالدعوى البولصية.

والمقصود بالإعسار هو الإعسار الفعلي بأن تزيد ديون المدين على حقوقه، لا الإعسار القانوني الذي ستركلم فيه فيما يلي وهو الذي يستلزم حكماً بشهره بشروط وإجراءات معينة. على أن للإعسار في الدعوى البولصية فوق ذلك معنى خاصاً ينطوي على كثير من المرونة. وذلك أن الدائن يكلف أولاً بإثبات مقدار ما على المدين من الديون، وعند ذلك ينتقل عبء الإثبات إلى

المدين، وعليه أن يثبت أن له أموالاً ظاهرة لا يتعذر التنفيذ عليها تكفي لوفاء جميع الديون، وإلا اعتبر معسراً. ومن هذا يتبين كيف أن التصرف الصادر من المدين قد يكون معاوضة ومع ذلك يسبب إعساره. ويكفي لتحقيق ذلك أن يكون المدين قد باع عيناً مملوكة له بضمن بخص، أو باعها بضمن معادل لقيمتها ولكنه أخفى النقود أو بددها بحيث يتعذر على الدائن التنفيذ عليها بحقه.

وإذا فرض أن حق الدائن يتركز في عين مملوكة للمدين، كما إذا كان موعوداً ببيع عين أو كان دائناً في وعد برهن أو كان دائناً مرتهناً، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها إلى شخص آخر إضراراً بحق الدائن، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين، أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر إلى تحمل إجراءات التطهير، ففي مثل هذه الأحوال يعتبر المدين في حال إعسار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية ما دام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها التي تركز فيها حقه، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفي بتعويض الدائن بعد فوات العين. ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين في العين الموعود ببيعها أو برهنها أو في تصرفه في العين المرهونة، فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها. يؤدي ذلك أن الدائن له أن يطالب بالتنفيذ العيني دون التعويض إذا شاء، وهنا هو يطالب بالتنفيذ العيني ويحول دون هذا التنفيذ تصرف صدر من المدين غشاً فيجعله الدائن غير سار في حقه بالدعوى البولصية. ويترتب على ما تقدم أنه إذا باع شخص عقاراً ولم يسجل المشتري، ثم باعه ثانية من مشتر آخر وبادر المشتري الثاني إلى التسجيل متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول، أمكن لهذا الأخير أن يطعن في البيع الثاني بالدعوى البولصية، إذ أن حقه قد تركز في العقار المبيع. وهذا على خلاف ما تقضي به محكمة النقض من أنه إذا بادر المشتري الثاني إلى تسجيل عقده قبل تسجيل عقد المشتري الأول فقد خلصت له ملكية المبيع، حتى لو كان المتصرف والمتصرف إليه الثاني سيء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة. ولكن محكمة النقض تقدم المشتري الأول الذي لم يسجل عقده على المشتري الثاني الذي سجل عقده في حالة ما إذا طعن المشتري الأول في العقد الثاني، لا بالدعوى البولصية، بل بدعوى الصورية.

ويجب أن يبقى المدين معسراً إلى وقت رفع الدعوى البولصية، فلو أن تصرفه سبب إعساراً أو زاد في إعساره، ثم انقلب قبل رفع الدعوى موسراً لزيادة طرأت في ماله، كما إذا كان قد تلقى ميراثاً أو وصية أو عقد صفقة رابحة، فلا يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين إذ لم تعد له مصلحة في ذلك.

الغش والتواطؤ:

يجب التمييز هنا بين ما إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعاً.

فإذا كان التصرف معاوضة، وجب أن يكون منظوياً على غش المدين وتواطؤ من صدر له التصرف. والدائن هو الذي يحمل عبء الإثبات. ولكن يكفي لإثبات غش المدين أن يثبت الدائن

أن المدين وقت أن صدر منه التصرف كان يعلم أنه يسبب إعساره أو يزيد في إعساره، فيكون هذا قرينة على غش المدين، ولكنها قرينة غير قاطعة، للمدين أن ينقضها بأن يثبت أنه بالرغم من علمه بإعساره إلا أنه لم يقصد إلحاق الضرر بالدائن، بل كان الدافع له على التصرف مثلاً تلبية لنداء واجب أدبي، أو حصوله على ما يقوم بحاجات المعيشة مع وثوقه أن إعساره لا يلبث أن يزول حتى لو أخلفت الأيام ظنه، أو أن التعاقد الذي أدى إلى إعساره سيكون سبباً فيما بعد في ترويح أعماله وعودته إلى اليسار. ويكفي لإثبات تواطؤ من صدر له التصرف أن يثبت الدائن أنه كان يعلم وقت التصرف له أن هذا التصرف يسبب إعسار المدين أو يزيد في إعساره، ولمن صدر له التصرف أن ينقض القرينة بأن يثبت مثلاً أنه بالرغم من هذا العلم كان يعتقد أن المدين يتصرف بحسن نية تصرفاً مألوفاً تقتضيه صيانة تجارته. ويخلص مما قدمناه أن الدائن يبدأ بإثبات أن المدين قد تصرف وهو عالم بأن هذا التصرف يؤدي إلى إعساره وأن من صدر له التصرف يعلم ذلك أيضاً، وعند ذلك نفرض الغش في جانب الاثنين حتى يثبت أي منهما أنه لم تكن عنده نية الإضرار بالدائن. والإثبات من جانب الثلاثة يكون بجميع الطرق، ومن القرائن على الغش أن يبيع مدين أملاكه لأولاده ويدعي أنه قبض الثمن من أهمهم، وأن يبيع عقاراً لزوجته ولا يستطيع أن يثبت من أين أتت بالثمن، وأن يبيع لزوجته كافة ما يمتلكه ثم تبقى الأعيان المبيعة في حيازة المدين بعد البيع.

وإذا كان التصرف المطعون فيه تبرعاً، لم يشترط لا غش المدين ولا تواطؤ المتبرع له، بل يكفي أن يثبت الدائن أن التبرع قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره، سواء كان المدين يعلم ذلك أو لا يعلم، وسواء كان المتبرع له يعلم هو أيضاً أو لا يعلم. ويبرر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع مدينه إذا بقي هذا التبرع قائماً، أما الموهوب له فلا يشكو إلا من فوات كسب عليه إذا أجزنا للدائن الطعن في التبرع. والفرق واضح بين من يتوقى ضرراً ومن يبتغي كسباً، فالأول أي الدائن هو الأجدر بالرعاية. أما في المعاولات فالمفاضلة بين الدائن والمشتري غيرها بين الدائن والموهوب له، إذ المشتري إنما يتوقى ضرراً كالدائن فقد دفع مقابلاً للمدين، فإن كان حسن النية وجب أن يفضل على الدائن ما دام هذا لم يحتط لنفسه فيحصل على ضمان خاص لاستيفاء حقه وإن كان المشتري سيء النية فضل عليه الدائن،

وقد يتصرف خلف المدين في الشيء لخلف ثان تبرعاً، ففي هذا الغرض لا يشترط سوء نية الخلف الثاني لأنه إنما يبتغي كسباً ولا يتوقى ضرراً كما قدمنا، فإذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف هو الآخر تبرعاً، فلا يشترط سوء نيته ولا غش المدين كما سبق القول. أما إذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف معاوضة، فيشترط غش كل من المدين وهذا الخلف الأول على النحو الذي قدمناه، دون إثبات سوء نية لخلف الثاني المتبرع له كما مر. بقي أن نفرض أن الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان معاوضة. فإذا كان المدين قد تصرف معاوضة أيضاً للخلف الأول فلا يكفي أن يثبت الدائن غش كل من المدين والخلف الأول، بل يجب أيضاً أن يثبت غش الخلف الثاني. وإذا كان المدين قد تصرف تبرعاً للخلف الأول، فقد قدمنا أن الدائن ليس مكلفاً بإثبات سوء نية المدين ولا سوء نية الخلف الأول، ولكن ما دام الخلف

الأول قد تصرف معاوضة للخلف الثاني فإنه يجب على الدائن أن يثبت علم هذا الخلف الثاني بإعسار المدين .

ب - الآثار التي تترتب على الدعوى البولصية

أولاً: أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن

عدم مضي الدائن في الدعوى إذا استوفى حقه:

إذا استوفى الدائن حقه، فإنه لا يستطيع الاستمرار في الدعوى أو في التنفيذ بعد الحصول على حكم في الدعوى، إذ لم تعد له مصلحة في ذلك بعد أن استوفى حقه. ويغلب في العمل أن يكون الذي يوفي الدائن حقه هو من صدر له التصرف المطعون فيه. ولهذا أن يودع الثمن الذي اشترى به - أو ثمن المثل إذا كان قد اشترى بأقل من ذلك - خزانة المحكمة على ذمة الدائن، فيتخلص من الدعوى أو من التنفيذ، فإن الدائن متى خلص له مقابل معادل للحق الذي خرج من ضمانه لم تعد له مصلحة في الاستمرار في الدعوى أو في التنفيذ.

عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن:

فإذا لم يستوف الدائن حقه على النحو الذي قدمناه، استمر في الدعوى حتى يحصل على حكم يقضي بعدم نفاذ تصرف المدين بالنسبة إليه، فلا يسري في حقه أثر هذا التصرف إذ يعتبر فيه من الغير، ويترتب على ذلك أن المال الذي تصرف فيه المدين يعتبر أنه لم يخرج من ضمان الدائن، فينفذ هذا عليه ويتخذ في ذلك إجراءات تنفيذ متميزة عن إجراءات الدعوى البولصية وإن كانت تقترن بها.

ومن ذلك نرى:

أ - أن دخول المال في ضمان الدائن يكون بأثر رجعي، إذ يعتبر أنه لم يخرج من هذا الضمان كما قدمنا. ويترتب على ذلك أنه إذا باع المدين عقاراً لمشتري وكانا سييء النية، وأخذ شفيع العقار بالشفعة، فالدائن يعتبر العقار لم يخرج من مال المدين، فيسقط الأخذ بالشفعة دون حاجة إلى إثبات سوء نية الشفيع، فهو ليس بمشتري من المشتري بل هو مشتري من البائع رأساً.

ب - أن الدائن ينفذ على كل العين التي تصرف فيها المدين، ولكن مع ملاحظة ما يأتي:

١ - يستنزل من العين ما عسى أن يكون الدائن قد أفاده من تصرف المدين. فقد يكون المدين باع العين وبقي الثمن ديناً في ذمة المشتري، أو يكون المشتري دفع الثمن وسدد المدين به. بعض ديونه، فيستفيد الدائن إما على اعتبار أن حقوق المدين زادت بمقدار الثمن الذي بقي ديناً في ذمة المشتري، وإما على اعتبار أن بعض ديون مدينه قد وفيت فقل إعسار المدين بذلك. فيجب إذن أن تكون هذه الفائدة محل اعتبار، فلا ينفذ الدائن على العين المبيعة إلا بقدر زيادة قيمة هذه العين على الفائدة التي عادت على الدائن. فإذا لم تعد على الدائن فائدة أصلاً، بأن كان الثمن الذي قبضه المدين مالاً غير ظاهر لا يستطيع الدائن التنفيذ عليه كما هو الغالب في الدعوى

البولصية، كان للدائن أن ينفذ بحقه على العين بكل قيمتها.

٢ - قد يضطر الدائن إلى التنفيذ على العين منقوصة أيضاً، كما إذا كانت العين تحت يد موهوب له حسن النية فيملك الثمرات بالقبض، فينقص من العين ثمراتها.

٣ - قد يضطر الدائن إلى التنفيذ على مال آخر حل محل المال الذي تصرف فيه المدين، كما إذا كانت العين تحت يد مشتر ثان حسن النية، فإن الدائن في هذه الحالة لا ينفذ إلا على الثمن المستحق في ذمة المشتري الثاني للمشتري الأول أو على قيمة العين إذا كانت أكبر الثمن. وإذا فرضنا موهوباً له حسن النية بدلاً من المشتري الأول، وقد باع العين الموهوبة لمشتري حسن النية، فإن الدائن لا يرجع على الموهوب له حسن النية إلا بمقدار ما استفاده، فإن كان قد باع للعين بأقل من قيمتها رجع عليه الدائن بالثمن دون القيمة.

استفادة جميع الدائنين الذين أضر التصرف إضراراً بهم من الدعوى البولصية:

كانت القاعدة في التقنين المدني السابق - كما هي الآن في التقنين المدني الفرنسي - أن الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية هو الذي يستأثر بفائدتها - هو ومن ينضم إليه في الدعوى - دون سائر الدائنين. ولكن التقنين المدني الجديد، حتى لا يخل بالمساواة بين الدائنين، جعل الدعوى تفيد جميع الدائنين الذين أضر بهم التصرف، أي الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البولصية بالنسبة إلى التصرف المطعون فيه ولو لم يتدخلوا في الدعوى نفسها. فالعين ترجع إلى ملك المدين بالنسبة إلى هؤلاء الدائنين جميعاً. ولهم أن ينفذوا عليها بحقوقهم.

ثانياً: أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين:

بقاء التصرف المطعون فيه قائماً:

يبقى التصرف المطعون فيه قائماً نافذ الأثر بين الطرفين لأن الدعوى البولصية لا تبطل التصرف وإنما تجعله غير نافذ في حق الدائن وحده. فإذا كان التصرف بيعاً، بقي المبيع ملكاً للمشتري وبقي المشتري ملتزماً بدفع الثمن، فإذا نفذ الدائن على المبيع وبقي شيء من الثمن فهو ملك المشتري. ولو ترتب على البيع أن أخذ العين شفع ثم استوفى الدائن حقه من العين المشفوع فيها. رجع ما بقي من العين أو من ثمنها للشفيع، وإذا كان التصرف وقفاً. فما بقي من الثمن بعد تنفيذ الدائن يكون وقفاً. وتشتري به عين أخرى تحل محل الأولى عن طريق الاستبدال دون حاجة إلى وقفها من جديد مع بقاء الجهة الموقوف عليها وشروط الوقف ونظارته لا تتغير.

وينصرف أثر التصرف إلى ورثة كل من الطرفين. فورثة المدين لا يرثون الباقي من العين التي تصرف فيها مورثهم بعد تنفيذ الدائن عليها. ويرث ذلك ورثة المشتري.

وينصرف أثر التصرف إلى الدائنين فيما عدا الذين استوفوا شروط الدعوى البولصية، فهؤلاء يستوفون حقوقهم من العين، وما بقي منها لا ينفذ عليه الدائنون الذين لم يستوفوا شروط الدعوى البولصية بأن كان التصرف المطعون فيه سابقاً على حقوقهم، وإنما ينفذ عليه دائنو المشتري.

تعارض مبدأ قيام التصرف مع مبدأ عدم نفاذه في حق الدائن..

على أنه لا يمكن تفادي تعارض المبدأين اللذين قدمناهما: قيام التصرف فيما بين الطرفين من جهة، وعدم نفاذ هذا التصرف في حق الدائن من جهة أخرى فلا يبقى إلا تطبيق القواعد العامة للتوفيق بين المبدأين.

وتطبيق هذه القواعد يؤدي إلى أن الدائن يستوفي حقه من العين المبيعة لأن البيع غير نافذ في حقه. ثم لما كان البيع لا يزال قائماً فيما بين المدين والمشتري، فإن المشتري يرجع على المدين بضمان الاستحقاق، وله أيضاً أن يطلب فسخ البيع، فيتحلل من دفع الثمن، ويرد إلى المدين ما بقي من العين في يده بعد تنفيذ الدائن عليها. وله أخيراً أن يرجع على المدين بما استوفاه الدائن عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب. فللمشتري إذن دعويان:

١ - دعوى عقد البيع بضمان الاستحقاق أو بالفسخ يرفعها على البائع.

٢ - ودعوى الإثراء بلا سبب يرفعها على المدين. فإذا كان البائع هو المدين، فالمشتري بالخيار في الرجوع عليه بإحدى الدعويتين ولكن قد يكون البائع غير المدين، كما إذا كان المدين قد تصرف في العين لآخر وهذا باعها للمشتري، ففي هذه الحالة تتفرق الدعويان على شخصين مختلفين: دعوى الاستحقاق أو دعوى الفسخ ترفع ضد البائع، ودعوى الإثراء بلا سبب ترفع ضد المدين، وللمشتري أن يختار إحدى الدعويتين.

٢ - الإعسار

تمهيد:

الإفلاس التجاري ومقوماته:

إذا توقف التاجر عن دفع دين مستحق الأداء، جاز شهر إفلاسه. وشهر الإفلاس أعنف طريق ينفذ به الدائن على أموال مدينه، ولذلك اختص به التجار لما للاتمان في المعاملات التجارية من أهمية خاصة، ولأن التاجر دائنوه في العادة كثيرون ومتفرقون، فمن المصلحة أن يتحدوا في جماعة تصفي أموال مدينهم تصفية جماعية فتتحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين.

ومن ثم كان للإفلاس التجاري مقومات ثلاثة:

١ - تغل يد المدين عن التصرف في أمواله منذ شهر إفلاسه، بل تقيد تصرفاته حتى قبل شهر الإفلاس، ففي فترة الرتبة - من اليوم الذي تحدده المحكمة ميعاداً لتوقفه عن الدفع وعشرة أيام قبله - تكون بعض تصرفاته باطلة وبعضها قابلاً للإبطال.

٢ - لا ينفرد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين، بل يشتركون فيه جميعاً شركة الغرماء، إلا إذا كان لأحدهم حق تأمين خاص كرهن أو امتياز.

٣ - تصفى أموال المدين تصفية جماعية، والتصفية الجماعية هي المميز الجوهرى للإفلاس التجاري. ومعناها أولاً أن ترفع يد المدين عن أمواله فتنتقل حيازة هذه الأموال وحراستها إلى

«سنديك» يمثل كلاً من الدائنين والمدين. ومعناها ثانياً ألا يباشر أي دائن إجراء فردياً للتنفيذ على أموال المدين، بل تكون إجراءات التصفية والتنفيذ إجراءات جماعية يتخذها السنديك باسم جميع الدائنين، إذ يندمج هؤلاء في اتحاد (masse, union) تخلع عليه الشخصية المعنوية. ومن هنا تتحقق المساواة الفعلية التامة بين جميع الدائنين. فتصفى أموال مدينهم وتباع لحسابهم جميعاً، ويتقاسمون الثمن فيما بينهم قسمة الغرماء.

الإفلاس التجاري والدعوى البولصية:

الآن وقد ذكرنا مقومات الإفلاس التجاري نقارن بينه وبين الدعوى البولصية. ففي الدعوى البولصية يوجه الدائن همه إلى مال للمدين سبق لهذا أن تصرف فيه إضراراً بحقوق الدائنين، وذلك حتى يجعل هذا التصرف غير سار في حق هؤلاء الدائنين تمهيداً للتنفيذ على المال الذي سبق التصرف فيه. والدائن في التقنين المدني الجديد لا ينفرد دون باقي الدائنين بالاستئثار بهذا المال، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء. وفي هذا تتفق الدعوى البولصية مع الإفلاس التجاري. وقد كانت في التقنين المدني السابق يستأثر فيها الدائن بالتنفيذ على المال، فكانت لا تتفق مع الإفلاس التجاري حتى في هذه الخصيصة الأولى. وتختلف الدعوى البولصية عن الإفلاس التجاري في الخصيصتين الأخريين: فالمدين في الدعوى البولصية لم تغل يده عن التصرف في ماله بل هو قد تصرف فيه فعلاً، والتنفيذ في الدعوى البولصية يكون بإجراءات فردية لا بإجراءات جماعية فمن لم يساهم من الدائنين بنفسه في هذه الإجراءات لا ينال شيئاً من المال الذي يجري التنفيذ عليه.

الإفلاس التجاري والإعسار المدني:

أما الإعسار المدني - كما نظمه التقنين المدني المصري الجديد - فيتقدم خطوة على الدعوى البولصية، ويشترك مع الإفلاس التجاري في مقومين من مقوماته الثلاثة، ويقصر عنه في المقوم الثالث وحده.

يتفق الإعسار المدني مع الإفلاس التجاري في أن يد المدين تغل عن التصرف في أمواله منذ شهر الإعسار، وفي أن أحد الدائنين لا ينفرد دون الباقي في الاستئثار بمال المدين.

ولكن يختلف الإعسار المدني عن الإفلاس التجاري في المقوم الثالث، وهو المقوم الجوهري كما قدمنا، فلا يوجد في الإعسار المدني تصفية جماعية يقوم بها السنديك ممثلاً لاتحاد الدائنين كما هو الأمر في الإفلاس التجاري، بل يبقى أمر التنفيذ موكولاً إلى إجراءات فردية من الدائنين كل دائن باسمه خاصة، ومن لا يساهم فيها لا يناله شيء.

تنظيم الإعسار المدني في التشريعات الحديثة:

لم ينظم التقنين المدني المصري السابق الإعسار المدني، بل تركه إعساراً فعلياً وقد سائر في ذلك نهج التقنين المدني الفرنسي، فأطلق يد المعسر في التصرف ولم يقيد من هذا الإطلاق إلا بقدر ما تسمح به الدعوى البولصية.

أما موقف التشريعات الحديثة من تنظيم الإعسار فيختلف. فبعض هذه التشريعات - كما في ألمانيا وفي إنجلترا - لا تميز بين الإفلاس التجاري والإعسار المدني، فتجعل المدين المعسر، التاجر وغير التاجر، خاضعاً لنظام واحد وهو نظام الإفلاس التجاري. وعيب هذا النظام أنه يأخذ المدين المعسر بما يأخذ به التاجر المفلس من إجراءات لها ما يبررها في التعامل التجاري ولكنها في المعاملات المدنية تعتبر قاسية في غير ضرورة. وفي سويسرا نظم الإفلاس التجاري وترك الإعسار المدني دون تنظيم موكولاً إلى إجراءات الحجز العادية، ولكن بعض طوائف المدينين المعسرين أخضعت لنظام الإفلاس التجاري على سبيل الإجبار وجعل للآخرين أن يختاروا هذا النظام، فمن يشاء منهم ذلك يقيد اسمه في سجل خاص. وعيب هذا النظام أنه لا يزال يترك الإعسار المدني دون تنظيم. ولعل النظام الأسباني هو خير هذه النظم جميعاً، فهو ينظم الإعسار المدني مستقلاً عن الإعسار التجاري، ويسير في كل نظام وفقاً لمقتضياته. على أنه لا يفرق كثيراً بين النظامين من حيث التصفية الجماعية، مع ما في التصفية الجماعية من رفع يد المدين عن ماله وتعيين سنديك وفي غير ذلك من تعقيدات ومصروفات وهذا من شأنه أن يربك المدين في الإعسار المدني في غير حاجة.

تنظيم الإعسار في التقنين المدني المصري الجديد - الإعسار الفعلي والإعسار القانوني:

وهذا ما توقعه التقنين المدني المصري الجديد، فقد نظم الإعسار المدني واقتصر فيه على الإجراءات الفردية دون أن يقحم التصفية الجماعية. وبعد تنظيم الإعسار المدني أصبح الإعسار القانوني - وهو الإعسار المدني المنظم - يختلف عن الإعسار الفعلي.

فالإعسار الفعلي (insolvabilité) حالة واقعية تنشأ من زيادة ديون المدين، ولو كانت غير مستحقة الأداء، على أمواله. أما الإعسار القانوني (déconfiture) فحالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على أمواله، ولا بد من شهرها بحكم قضائي يجعل المدين في حالة إعسار. فالإعسار القانوني - كما نرى - أشد إمعاناً في الاستغراق بالدين من الإعسار الفعلي.

والآثار التي يترتبها القانون على الإعسار القانوني لا يترتبها على الإعسار الفعلي: فمنع المدين من التصرف في ماله وتعريضه لعقوبة التبديد وجواز إعطائه نفقة من إيراداته المحجوزة وسقوط آجال الديون وعدم جواز الاحتجاج بحقوق الاختصاص فيما بين الدائنين، إنما يترتب ذلك كله على الإعسار القانوني لا على مجرد الإعسار الفعلي أما انتهاء الشركة بإعسار أحد الشركاء وجواز انتهاء العارية إذا أعسر المستعير والدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية، فكل ذلك يترتب على الإعسار الفعلي دون حاجة إلى أن يكون الإعسار قانونياً.

وقد ينتهي الإعسار القانوني قبل أن ينتهي الإعسار الفعلي، إذ الإعسار القانوني ينتهي حتماً بقوة القانون إذا انقضت خمس سنوات على شهر الإعسار. فيتبين من ذلك أن الإعسار القانوني قد ينتهي ومع ذلك تبقى ديون المدين أكثر من أمواله فيكون معسراً فعلاً، وهكذا قد يتناوب المدين إعسار فعلي ينتقل منه إلى إعسار قانوني ليعود بعد ذلك إلى إعسار فعلي.

ونبحث الآن، بعد هذا التمهيد، أحكام تنظيم الإعسار القانوني فنستعرض:

١ - شهر حالة الإعسار.

٢ - الآثار التي تترتب على حالة الإعسار.

٣ - انتهاء حالة الإعسار.

ونقصد، إذا أطلقنا لفظ الإعسار، الإعسار القانوني.

١ - شهر حالة الإعسار

متى يجوز شهر الإعسار:

رأينا أن الإفلاس التجاري يجوز شهره إذا توقف التاجر عن دفع دين تجاري مستحق الأداء. ومجرد توقف التاجر عن دفع دينه يجيز شهر إفلاسه ولو كان هذا التاجر غير معسر إعساراً قانونياً بأن أوفت أمواله بديونه المستحقة الأداء، بل لو كان غير معسر إعساراً فعلياً بأن أوفت أمواله على ديونه جميعاً المستحق الأداء منها وغير المستحق. وقد يتوقف التاجر عن دفع دينه المستحق الأداء، مع أن أمواله توفي بديونه جميعاً، إذا كانت هذه الأموال حقوقاً في ذمة الغير لم يستوفها منهم أو كانت عقارات أو منقولات يتعذر بيعها فوراً لوفاء الدين من ثمنها.

فإذا كانت حالة المدين غير التاجر أسوأ من ذلك، وكانت ديونه الحالة والمؤجلة تربى على أمواله، فهذا هو الإعسار الفعلي كما سبق القول.

فإذا وصلت حالة المدين غير التاجر من سوء غايتها، وكانت ديونه الحالة وحدها تربى على أمواله، جاز شهر إعساره القانوني بحكم من القضاء فلو أن أموال المدين كانت كافية للوفاء بالديون الحالة لم يجز شهر إعساره؛ حتى لو توقف عن دفع دين حال، وحتى لو كانت أمواله غير كافية للوفاء بجميع الديون الحالة والمؤجلة. ونرى من ذلك أن الإعسار القانوني حالة أسوأ من الإفلاس التجاري. بل هي أسوأ من الإعسار الفعلي فإن المعسر إعساراً فعلياً لا يكون بالضرورة معسراً إعساراً قانونياً أما المعسر إعساراً قانونياً فلا بد أن يكون معسراً إعساراً فعلياً.

سلطة المحكمة التقديرية في شهر الإعسار:

ولا بد في شهر الإعسار القانوني من حكم يقضي بذلك. وليست المحكمة ملزمة بشهر إعسار المدين، حتى لو ثبت لها أن ديونه الحالة تزيد على أمواله، فإن لها سلطة تقديرية واسعة. وتراعى في تقديرها. قبل شهر إعسار المدين، جميع الظروف التي أحاطت به، سواء كانت هذه الظروف عامة أو خاصة. فالظروف العامة مثلها أزمة اقتصادية طاحنة، أو حرب نشبت. أو ثورة اندلعت، أو فيضان استثنائي، أو نحو ذلك من الظروف التي تعم جميع الناس. والظروف الخاصة بالمدين أما أن ترجع إلى الماضي كمسؤوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره وهل كان حسن النية عاثر الحظ أو كان مبذراً متلافاً. وإما أن ترجع إلى الحاضر، مثل ذلك مصالح دائنيه المشروعة أو رعونته وعدم خبرته، فقد يستدعي شيء من هذا شهر إعساره، وإما أن ترجع إلى المستقبل، مثل ذلك موارد المدين المستقبلية فقد، ينتظر لها الزواج، ومثل ذلك مقدرة الشخصية

فقد يكون طبيباً ماهراً أو مهندساً حاذقاً.

من يطلب شهر الإعسار:

يغلب أن يكون طالب شهر الإعسار هو أحد الدائنين، ومصلحته في ذلك واضحة. فقد يخشى أن يبدد المدين ماله أو يتصرف فيه إضراراً بحقوق الدائن، فيغل يده عن هذه التصرفات. بل إن المدين بعد شهر إعساره يتعرض لعقوبة التبديد في بعض الحالات. وقد يخشى الدائن لا من المدين، بل من الدائنين الآخرين، إذ قد يبادر أحد هؤلاء إلى أخذ حق اختصاص فيتقدم عليه فإذا ما شهر إعسار المدين لم يعد مستطاعاً الاحتجاج فيما بين الدائنين بحقوق الاختصاص.

وقد يطلب شهر الإعسار المدين نفسه، فقد يرى أن الظروف التي تحيط به تشفع له في أن يطلب، بعد شهر إعساره، الحصول على منحه آجالاً للديون الحالية أو مد الآجال بالنسبة إلى الديون المؤجلة، وقد يكون غارقاً في الديون تنهال عليه الحجوز من كل جانب، وقد حجزت إيراداته فمنع مورد رزقه، فيعتمد إلى طلب شهر إعساره حتى يستطيع الحصول على نفقة تقوم بأوده.

أما المحكمة فلا يجوز لها - لا من تلقاء نفسها ولا بناء على طلب النيابة - أن تشهر إعسار المدين كما تستطيع ذلك في شهر إفلاس التاجر.

إجراءات دعوى الإعسار:

المحكمة المختصة بالحكم بشهر الإعسار هي المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين المعسر. وتنظر الدعوى على وجه السرعة. والحكم الصادر بشهر الإعسار حكم منشيء لحالة قانونية جديدة، فهو حجة على كافة، والمدين الذي شهر الحكم إعساره يعتبر معسراً لا بالنسبة إلى الدائن الذي رفع دعوى شهر الإعسار وحده بل أيضاً بالنسبة إلى سائر الدائنين وبالنسبة إلى الغير ممن يتصرف له المدين فلا ينفذ تصرفه.

وعلى كاتب المحكمة، في اليوم الذي تقيد فيه دعوى الإعسار، أن يسجل صحيفتها في سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين. وعليه أن يؤشر في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه، وذلك كله يوم صدور الحكم. وعلى الكاتب أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأثيرات لإثباتها في سجل عام.

ب - الآثار التي تترتب على حالة الإعسار

بالنسبة إلى المدين:

من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا تنفذ تصرفات المدين في حق دائنيه وهذه ميزة من أهم مزايا شهر إعسار المدين. فقد كان المدينون. قبل شهر إعسار مدينهم موكولين إلى الدعوى البولصية لا يستطيعون أن يجعلوا تصرفات المدين غير سارية في حقهم إلا بعد أن يثبتوا أن المدين المعسر قد تصرف غشاً وأن المتصرف له كان متواطئاً معه إذا كان التصرف معاوضة. أما

بعد شهر إعسار المدين فكل تصرف يصدر من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى يكون غير سار في حق الدائنين دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بشهر الإعسار. ودون حاجة إلى إثبات الغش والتواطؤ ولو كان التصرف معاوضة. وهذه الوقاية تفضل العلاج الذي تقدمه الدعوى البولصية. وعدم نفاذ التصرف في حق الدائنين لا يمنع من أن يبقى التصرف قائماً فيما بين المدين والمتصرف له، فلهذا أن يرجع بالضمان على المدين. على أنه يجوز أنه يبيع المدين ماله بثمن المثل، ويودع الثمن خزانة المحكمة على ذمة الدائنين، فينفذ البيع في حقهم.

ويعاقب المعسر بعقوبة التبديد في حالتين:

١ - إذا رفعت عليه دعوى بدين، فتعمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه، وانتهت الدعوى بصدر حكم عليه بالدين وشهر إعساره.

٢ - إذا كان، بعد الحكم بشهر إعساره، أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها، وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه.

وإذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات المدين، كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار أن يقرر للمدين، بناء على عريضة منه، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة.

بالنسبة إلى الدائنين:

لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ المدينين لإجراءات فردية ضد المدين، وهنا يتجلى المقوم الأساسي للإعسار المدني، فهو ليس كالإفلاس التجاري يؤدي إلى إجراءات جماعية. فلا ترفع يد المدين المعسر عن ماله، ولا يعين سنديك، ولا يجتمع الدائنون في اتحاد. ويقوم كل دائن على مصلحته بنفسه، فيتخذ باسمه خاصة من الإجراءات الفردية ما يسمح به القانون. وإذا هو حجز على مال المدين فقد يسبق سائر الدائنين إلى إجراءات التنفيس فإذا لم يتمكن الدائنون الآخرون من اللحاق به ومزاحمته عند التوزيع، فقد يستوفي حقه كاملاً دونهم. فالمساواة إذن بين الدائنين إنما هي مساواة قانونية لا مساواة فعلية.

على أن القانون كفل للدائنين المساواة الفعلية في حالتين:

الحالة الأولى: حالة أصحاب الديون المؤجلة وحلول هذه الآجال. ذلك أن شهر إعسار المدين إشعار للدائنين أن يبادروا إلى التنفيذ على ماله. فيكون صاحب الدين المؤجل في مركز جد دقيق. فهو لا يستطيع التنفيذ لأن حقه لم يحل أجله. والانتظار إلى أن يحل الأجل ضار به إذ قد تستنفد الديون الحالة جميع أموال المدين. من أجل ذلك رتب القانون على الحكم بشهر الإعسار حلول ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة، ويخصم من هذه ديون الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل. هذه هي القاعدة. ولكن يصح أن تكون ظروف المدين بحيث تستوجب الرفق به. بل يصح أن يكون من مصلحة الدائنين أنفسهم ألا يبادروا إلى التنفيذ في ظروف غير مناسبة، وأن يكون من الخير التبرص لفرصة موالية تباع فيها أموال المدين بثمن أعلى. وعندئذ يجوز للمدين، بعد أن سقطت آجال الديون، أن يطلب من القاضي إبقاءها كما كانت، بل يجوز له أن يطلب مدها، وأن يطلب منحه أجلاً في الديون الحالة ذاتها. وليس في

هذا إلا تطبيق النظرة الميسرة الممنوحة من القاضي .

والحالة الثانية: حالة عدم الاحتجاج بحقوق الاختصاص فيما بين الدائنين ، وهذه وسيلة أخرى أبعد أثراً في تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين . فقد قضى القانون بأنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل فإذا بادر دائن بيده حكم واجب التنفيذ إلى أخذ حق اختصاص ، فإن حق الاختصاص هذا لا يكون نافذاً في حق الدائنين ذوي التواريخ الثابتة السابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، أما إذا كان حق الاختصاص سابقاً على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فإنه ينفذ بطبيعة الحال في حق جميع الدائنين .

ح . انتهاء حالة الإعسار

كيف تنتهي حالة الإعسار:

تنتهي حالة الإعسار إما بموجب حكم قضائي وإما بقوة القانون .

فتنتهي بموجب حكم قضائي ، ويؤثر بالحكم يوم صدوره على هامش تسجيل دعوى الإعسار ، في أحد فرضين .

١ - إذا أصبحت أموال المدين تفي بجميع ديونه . ما كان حالاً منها وقت إعساره وما حل بسقوط الأجل بسبب شهر الإعسار . ويتحقق ذلك فعلاً إذا تلقى المدين المعسر ميراثاً أو وصية أو هبة ، أو قبل بعض الدائنين إبراء المدين من بعض ديونه فأصبح الباقي من الديون لا يزيد على ما عنده من المال .

٢ - إذا وفى المدين فعلاً جميع ديونه التي كانت حالة وقت طلب إنهاء حالة الإعسار ، سواء كانت حالة منذ شهر الإعسار أو حلت بعد ذلك بانقضاء أجلها . أما الديون التي اعتبرت حالة عن طريق إسقاط أجلها بسبب شهر الإعسار ولم يكن هذا الأجل قد انقضى وقت طلب إنهاء حالة الإعسار ، فإنها لا تدخل في هذا الحساب بل يعود إليها الأجل الذي سقط . ولا يكفي أن يكون عند المدين مال يفي بهذه الديون بل يجب أن يكون قد وفاها فعلاً كما قدمنا . وفي هذا يختلف الفرض الثاني عن الفرض الأول ، ففي الفرض الأول يكفي أن تكون أموال المدين قد أصبحت تفي بجميع ديونه دون حاجة إلى وفاء هذه الديون بالفعل .

وتنتهي حالة الإعسار بقوة القانون بانقضاء خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار . وقد أعطى القانون الدائنين هذه المهلة لتصفية أموال مدينهم واستيفاء حقوقهم منها ، وهي مدة كافية لا يجوز أن يبقى المدين بعدها في حالة الإعسار التي لحقتها ، فإن هذه الحالة قد غلت يده عن التصرف في أمواله ، فوجب التوفيق بين مصلحته ومصلحة دائنيه . وانقضاء خمس سنوات كاف لإنهاء حالة الإعسار ، دون حاجة إلى حكم ، ولا إلى تأشير على هامش التسجيل .

ما يترتب على زوال حالة الإعسار:

يترتب على زوال حالة الإعسار :

أولاً: زوال الآثار التي ترتبت على الحكم بإعسار، فيعود للمدين حق التصرف في ماله، ولا يبقى للدائنين إلا الدعوى البولصية كما سيأتي، ولا يصبح المدين معرضاً لعقوبة التبديد حتى لو أخفى ماله أو اصطنع ديوناً، وتنقطع النفقة التي قد تكون قررت له، وتصبح حقوق الاختصاص نافذة في حق الدائنين الذين استجدوا بعد انتهاء حالة الإعسار.

ثانياً: وترجع للديون آجالها التي سقطت على التفصيل الآتي: إن زال الإعسار بحكم قضائي بسبب قيام المدين بوفاء ديونه التي حلت. فإن الديون الباقية التي لم توف والتي كانت آجالها قد سقطت بشهر الإعسار تعود إلى آجالها السابقة دون طلب من المدين. وإن زال الإعسار بحكم قضائي بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بجميع ديونه، فما حل من هذه الديون بانقضاء أجله إنقضاء طبيعياً يكون مستحق الأداء، فإذا وفاه المدين فعلاً كان له أن يطلب إعادة الديون الأخرى إلى آجالها السابقة. وإن زال الإعسار بقوة القانون، وأدى المدين فعلاً ما حل من الديون حلولاً طبيعياً، كان له أن يطلب إعادة الديون الأخرى إلى آجالها السابقة.

ثالثاً: إذا بقي المدين بعد زوال حالة الإعسار القانوني معسراً إعساراً فعلياً، فإن للدائنين الطعن في تصرفاته بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها.

ويخلص من ذلك أن المدين قد تتعاقب عليه حالتا الإعسار القانوني والإعسار الفعلي. فإن كان في حالة إعسار قانوني، كان خاضعاً لنظام الإعسار الذي بسطنا تفصيلاته فيما تقدم. أما إذا كان معسراً إعساراً فعلياً، فإنه لا يكون خاضعاً لهذا النظام الخاص، بل يخضع لنظام عام يتركز في الدعوى البولصية.

المطلب الثالث

الغير

من هو الغير؟:

لا نقصد بالغير هنا الخلف العام عندما يصبح «غيراً» في تبرعات الوارث في مرض الموت. ولا الخلف الخاص عندما يصبح «غيراً» في عقد أبرمه الخلف الخاص ولم تتوافر فيه الشروط المطلوبة بأن أبرم العقد بعد انتقال الشيء أو كان الحق أو الالتزام الناشئ من العقد ليس من مستلزمات الشيء. كذلك لا نقصد بالغير الدائن عندما يصبح «غيراً» في تصرفات مدينه المعسر أو في تصرفات المدين الواقعة إضراراً بحقوقه ويستطيع أن يطعن فيها بالدعوى البولصية.

وإنما نقصد بالغير هنا شخصاً أجنبياً تماماً عن العقد (penitus extreni) فليس هو طرفاً فيه، ولا خلفاً عاماً أو خاصاً لأحد العاقلين، ولا دائناً لأيهما.

لا يسري العقد في حق الغير:

والأصل أن العقد لا ينصرف أثره إلى هذا الغير الأجنبي تماماً عن العقد، فالصلح الذي يقع بين الدائنين وأحد الورثة لا يسري في حق بقية الورثة. والعقد الذي يصدر من أحد الشركاء في الشروع لا يقيد بقية الشركاء. وبيع ملك الغير لا يسري في حق المالك الحقيقي الذي لم يكن طرفاً

في العقد .

على أن اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل قد تقضي استثناء بانصراف أثر العقد إلى الغير . فالعدالة قد تقضي بأن يكون للغير دعوى مباشرة في عقد لم يكن طرفاً فيه، ولا يكون ذلك إلا بنص خاص في القانون، وذلك كالمؤجر يرجع بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن (م ٥٩٦ مدني) والمقاول من الباطن والعمال يرجعون بدعوى مباشرة على رب العمل (م ٦٦٢ مدني). واستقرار التعامل قد يقضي بأن ينصرف أثر العقد لمن لم يكن طرفاً فيه، فالتصرف الصادر من الوارث الظاهر يسري في حق الوارث الحقيقي، والإيجار الصادر دون غش لمستأجر حسن النية يسري في حق المالك الحقيقي في بعض الأحوال .

التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير:

ولكن الأثر الذي انصرف إلى الغير في الأحوال المتقدمة أثر غير مقصود، لم يردده المتعاقدان وقت التعاقد، فهو مبني على اعتبارات لا دخل للإرادة فيها. أما أن العقد ينتج أثراً ينصرف إلى الغير، ويكون أثراً مقصوداً أرادته المتعاقدان، فذلك ما لا يجوز إذا أريد أن ينشئ العقد التزاماً في ذمة الغير، وذلك ما يجوز إذا أريد أن يكسب العقد حقاً للغير. وقد نصت المادة ١٥٢ مدني على هذا الحكم إذ تقول: «لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً».

فالتعهد عن الغير لا ينصرف أثره إلى الغير، ولا يرتب في ذمته التزاماً، والاشتراط لمصلحة الغير ينصرف أثره إلى الغير، ويكسبه حقاً. ونبحث كلاً من هاتين المسألتين:

١ - التعهد عن الغير .

٢ - الاشتراط لمصلحة الغير .

١ - التعهد عن الغير

الصور العملية للتعهد عن الغير:

يراد عادة بالتعهد عن الغير علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضا ذي الشأن، فيلتزم عنه غيره، مثل ذلك شركاء في الشبوع يتصرفون في الشيء الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب الإجراءات القضائية، أو كان أحدهم غير حاضر وقت العقد ولا يستطيع انتظاره خوف ضياع الصفقة، أو كانوا يقتسمون الشيء الشائع وفيهم من هو ناقص الأهلية ويريدون تجنب إجراءات القسمة القضائية، في مثل هذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد دون الذين لا يستطيعون ذلك، ويتعاقد الأولون عن أنفسهم وملزمين عن الآخرين. وكذلك الوكيل إذا رأى أن يجاوز حدود الوكالة ولم يتمكن من أن يحصل على إذن من الموكل؛ ولم يتيسر له أن يعمل كفضولي، يستطيع فيما يجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهداً عن الموكل .

فمقومات التعهد عن الغير إذن ثلاثة:

١ - أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير، وهذا هو الفرق بين التعهد عن الغير من جهة وبين الوكيل والفضولي من جهة أخرى.

٢ - أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير . فلو أنه أراد إلزام الغير لكان التعاقد باطلاً لاستحالة المحل ، إذ لا يمكن قانوناً أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن الملتزم طرفاً فيه ، أما في الاشتراط لمصلحة الغير ، فسنرى أن المتعاقد يريد أن يجعل للغير حقاً مباشراً يكسبه من العقد الذي لم يكن طرفاً فيه .

٣ - أن يكون التزام المتعهد هو القيام بحمل الغير على قبول التعهد ، وهذا التزام بعمل شيء . أما التعهد الذي يراد حمل الغير على قبوله فقد يكون التزاماً بعمل كمقاول يراد حمله على التعهد ببناء منزل ، وقد يكون التزاماً بالامتناع عن عمل كتاجر يراد حمله على التعهد بعدم المنافسة ، وقد يكون التزاماً بنقل حق عيني كشريك في الشروع يراد حمله على بيع حصته في الشيء الشائع . والتزام المتعهد التزام بتحقيق غاية لا يبذل عناية ، فلا يكفي أن يبذل المتعهد جهده لحمل الغير على قبول التعهد ، بل يجب أن يصل إلى تحقيق هذه الغاية فيتعهد الغير فعلاً . ولكن إذا قبل الغير التعهد ، فإن المتعهد لا يكفله في تنفيذه وفي هذا يخالف الكفيل .

للغير أن يقبل التعهد أو يرفضه:

وقد نصت المادة ١٥٣ مدني على ما يأتي :

١ - إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ، فلا يلزم الغير بتعده ، فإذا رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه . ويجوز مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به .

٢ - أما إذا قبل الغير التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد .

فالغير إذن حر في قبول التعهد أو رفضه ، لأنه أجنبي عن العقد فلا يلزمه العقد بشيء . ويبقى أن نستعرض حالة قبول الغير للتعهد وحالة رفضه إياه .

قبول الغير للتعهد:

يعتبر التعهد وهو عقد بين المتعهد والمتعاقد معه - بمثابة إيجاب معروض على الغير من جانب المتعاقد مع المتعهد . فإذا قبل الغير التعهد ، فقد قبل هذا الإيجاب ، وتم عقد جديد بينه وبين المتعاقد مع المتعهد ، يختلف عن عقد المتعهد من حيث أطراف التعاقد ومن حيث محل العقد ومن حيث الوقت الذي يتم فيه .

أما من حيث أطراف التعاقد ، فعقد التعهد طرفاه المتعهد والمتعاقد معه والعقد الجديد طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير .

وأما من حيث محل العقد ، فعقد التعهد ينشئ التزاماً بعمل شيء كما قدمنا ، والعقد الجديد ينشئ التزاماً في جانب الغير محله قد يكون نقل حق عيني أو عملاً أو امتناعاً عن عمل كما سبق القول ، ومن ثم ليس التعهد عن الغير إلا محض تطبيق للقواعد العامة ، فإن الغير لم يلتزم بالعقد الأول الذي كان أجنبياً عنه ، بل التزم بالعقد الجديد الذي كان طرفاً فيه .

وأما من حيث وقت تمام العقد، فعقد التعهد يتم عند تلاقي الإيجاب والقبول من المتعهد والمتعاقد معه، والعقد الجديد لا يتم إلا عند صدور القبول من الغير. فليس للقبول أثر رجعي، إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد. فإذا تعاقد شركاء في الشيوع متعهدين عن قاصر فيهم، وقبل القاصر التعهد بعد بلوغه سن الرشد، فالمفهوم ضمناً أن القاصر قصد أن يكون لقبوله أثر رجعي.

رفض الغير للتعهد:

وإذا رفض الغير التعهد فلا مسؤولية عليه، لأنه لم يكن طرفاً فيه، فلا يلتزم به. ولكن المتعهد يبقى مسؤولاً بموجب عقد التعهد، وعليه أن يعرض المتعاقد معه عن الأضرار التي أصابته من جراء رفض الغير للتعهد.

ولا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ التعهد الذي كان يراد من الغير أن يقبله، لأنه لم يلتزم إلا بحمل الغير على قبول هذا التعهد، وهو التزام بعمل كما قدمنا، ولكن يجوز للمتعهد، إن شاء، أن يقوم بتنفيذ التعهد إذا كان تنفيذه ممكناً ولم يكن متصلاً بشخص الغير. فالتزام المتعهد بتنفيذ هذا التعهد هو إذن التزام بدلي، إذ التزامه الأصلي هو دفع التعويض ولكن يستطيع أن يبرئ ذمته من التعويض بأن ينفذ التعهد المشار إليه.

٢ - الاشتراط لمصلحة الغير

كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وما وصلت إليه في تطبيقاتها العملية:

لو أننا سرنا في الاشتراط لمصلحة الغير على مقتضى القواعد العامة كما فعلنا في التعهد عن الغير، لوجب أن يتكون الاشتراط لمصلحة الغير من عقدين، العقد الأول ما بين المشتري والمتعهد. يلتزم فيها المتعهد أن يتعاقد مع المنتفع والعقد الثاني ما بين المتعهد والمنتفع، يلتزم فيه المتعهد نحو المنتفع. ويكون الأساس القانوني واحداً في الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير؛ في كليهما يكسب الغير حقاً أو يترتب في ذمته التزام لا بموجب العقد الذي لم يكن طرفاً فيه بل بموجب عقد جديد كان هو أحد طرفيه.

ولكن الأساس القانوني في الاشتراط لمصلحة الغير يختلف عنه في التعهد عن الغير، فالاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن عقدين، بل هو لا يشتمل إلا على عقد واحد تم بين المشتري والمتعهد. والمنتفع أي الغير، إنما يكسب حقه من هذا العقد بالذات، أي من عقد لم يكن هو طرفاً فيه. وهذا هو وجه الخروج على القواعد التقليدية التي تقضي بأن أثر العقد لا ينصرف إلى الغير، فإن أثر العقد هنا - متمثلاً في حق اشتراط لمصلحة المنتفع - انصرف إلى المنتفع مع أنه ليس طرفاً في العقد.

ولم يدخل هذا الاستثناء على القواعد التقليدية، ويبرز ليصبح هو نفسه قاعدة قائمة بذاتها، إلا بعد تطور طويل. فقد كان القانون الروماني لا يجيز أن ينصرف أثر العقد - التزاماً أو حقاً - إلى

الغير، ووصل في ذلك إلى حد أن منع النيابة في التعاقد. ثم تطور تحت ضغط الضرورات العملية، فبدأ بأن جعل المشتراط لمصلحة الغير يصطنع لنفسه حقاً شخصياً في العقد، بأن يضع شرطاً جزائياً يطالب به المتعهد إذا لم يقم هذا بما تعهد به لمصلحة المنتفع. ثم انقلب الشرط الجزائي الصريح إلى شرط جزائي مفروض، ولكن الذي يرجع بالتعويض هو المشتراط، فلم يكن للمنتفع حق مباشر يكسبه من الاشتراط لمصلحته. ثم أعطى القانون الروماني للمنتفع حقاً مباشراً في حالات استثنائية معينة أهمها الهبة إذا اشترط فيها الواهب على الموهوب له حقاً لمصلحة الغير. وورث القانون الفرنسي القديم هذه القواعد من القانون الروماني، وأضاف استثناء آخر هو اشتراط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لشخص ثالث كدائن للبائع فيكون للشخص الثالث وهو المنتفع حق مباشر قبل المشتري. وسار التقنين المدني الفرنسي على هذا النحو، فلم يجز الاشتراط لمصلحة الغير إلا في حالتين:

١ - الهبة بشرط، وهي التي تقدم ذكرها.

٢ - إذا صدر من المشتراط عقد معاوضة اشترط فيه أولاً حقاً لنفسه، ثم قرن ذلك بأن اشترط حقاً للغير.

واستمر التطور في الفقه والقضاء طوال القرن التاسع عشر، لمواجهة الحاجات العملية المتجددة، وبخاصة ما تقتضيه عقود التأمين التي كان لها أكبر الأثر في تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ففسر الفقه والقضاء في فرنسا كلمة «اشترط» بمعنى تعاقد سواء كان المتعاقد مشروطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً في ذمته. ففي عقد التأمين نرى المتعاقد لمصلحة الغير لم يشترط لنفسه حقاً، ولكنه رتب في ذمته التزاماً هو دفع أقساط التأمين. ثم تطور الفقه والقضاء، فأصبح يكفي أن يكون للمشتراط مصلحة مادية أو أدبية في الاشتراط لمصلحة المنتفع، وليس من الضروري أن يشترط لنفسه أو أن يلتزم عن نفسه. فإذا اشترطت أم على والد ابنها نفقة لابن جاز هذا الاشتراط، دون أن تشترط الأم لنفسها شيئاً أو تلتزم عن نفسها بشيء. وكفي أن يكون لها مصلحة أدبية في أن توفر لابنها نفقة تعوله. بل إن القضاء والفقه وصلا في التطور إلى حد أن أجازا الاشتراط لمصلحة شخص غير معين، بل لمصلحة شخص غير موجود. وكثيراً ما يؤمن رب العمل من مخاطر العمل لمصلحة عماله من غير تعيين، فالمنتفع هنا أشخاص غير معينين ولكن تعيينهم مستطاع وقت أن ينتج العقد أثره. وكثيراً ما يؤمن الشخص لمصلحة أولاده الموجودين ومن سيوجد منهم، بل قد لا يكون له أولاد أصلاً ومع ذلك يؤمن لمصلحة من عسى أن يوجد له من أولاد في المستقبل. فالمنتفع هنا أشخاص غير موجودين وقت إبرام عقد التأمين ولكنهم لا ينالون حقاً إلا إذا وجدوا معينين بالذات وقت أن ينتج عقد التأمين أثره.

هذا هو التطور الذي وصلت إليه قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، فانقلبت من استثناء محدود إلى قاعدة عامة. وهذا هو ما عبر عنه التقنين المصري الجديد في عبارة صريحة، فقال في المادة ١٥٢ إن العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً.

وهناك تطبيقات عملية كثيرة لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير على النحو الذي تطورت إليه

أخيراً. من ذلك الهبة أو البيع مع اشتراط الواهب أو البائع على الموهوب له أو المشتري ترتيب إيراد أو أي حق آخر لمصلحة الغير. ومنها بيع العين المرهونة مع اشتراط البائع على المشتري أن يدفع الثمن إلى الدائن المرتهن. كذلك قد يشترط صاحب المتجر عند بيع متجره لمصلحة العمال والمستخدمين، فيأخذ على المشتري عهداً أن يبقوهم في العمل أو ألا ينقص من أجورهم. وعقد التأمين على الحياة هو خير مثل للاشتراط لمصلحة الغير، والمتعاقد تارة يؤمن لمصلحته ولمصلحة ورثته من بعده، وطوراً يؤمن لمصلحة أقارب له معينين أو قابلين للتعين. وقد يؤمن المستحق في وقف، عندما كان الوقف الأهلي قائماً، على حياته لمصلحة دائنه. وعدا التأمين على الحياة توجد عقود تأمين أخرى يشترط فيها المؤمن لمصلحة الغير، فكثيراً ما يؤمن رب العمل لمصلحة عماله كما رأينا، وقد يؤمن عامل النقل لمصلحة مرسل البضاعة وقد يؤمن المدين الراهن على المنزل المرهون من الحريق لمصلحة الدائن المرتهن، وإذا حصلت شركة على احتكار تلتزم به مرفقاً عامّاً، كال مياه والنور والغاز والنقل، فإن مانح الاحتكار يشترط عادة على المحتكر شروطاً لمصلحة المتفاعين من الجمهور، كحد معين من الأجور، وكثيراً ما يفرض رب العمل في عقود المقاولات على المقاول شروطاً لمصلحة العمال: حدّاً معيناً من حيث الأجور، وشروطاً معينة من حيث ساعات العمل ومن حيث التعويض عن الإصابات.

وننتقل الآن إلى بيان شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، ثم إلى بيان أحكام هذا الاشتراط.

شروط تحقيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير:

الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود أشخاص ثلاثة: المشتري والمتعهد والمنتفع. ولكي يتحقق يجب أن تتوافر الشروط الثلاثة الآتية:

١ - أن يشترط المشتري على المتعهد حقّاً مباشراً للمنتفع.

٢ - أن يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع.

٣ - أن يكون للمشتري من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية.

فيجب أولاً أن يشترط المشتري حقّاً مباشراً للمنتفع. أما إن اشترط لنفسه هو، فإن هذا لا يكون اشتراطاً لمصلحة الغير وإن عادت منه فائدة على الغير. مثل ذلك أن يؤمن شخص على مسؤوليته عما ينجم من الضرر للغير، فإن الغير هنا يستفيد من التعويض الذي تدفعه شركة التأمين إذ يستطيع أن يستوفي منه حقه. ولكن ليس له حق مباشر إذ أن المؤمن له قد اشترط لنفسه لا للمصاب، ومن ثم لا يرجع المصاب على شركة التأمين إلا بطريق الدعوى غير المباشرة فيستعمل دعوى المدين ويزاحمه سائر دائني هذا المدين، كذلك لا يكفي إعطاء حق للمنتفع إذا لم ينشأ هذا الحق مباشرة من عقد الاشتراط الذي تم ما بين المشتري والمتعهد. فإذا اشترط المشتري الحق لنفسه ثم حوله للغير، لم يكن في هذا اشتراط لمصلحة الغير لأن الغير قد استمد الحق من عقد الحوالة لا من عقد الاشتراط. وكما لا يستمد المنتفع حقه من عقد بينه وبين المشتري، كذلك لا يستمد هذا الحق من عقد بينه وبين المتعهد، وإنما يستمد الحق مباشرة من عقد الاشتراط بين

المشترط والمتنفع كما قدمنا.

ويجب ثانياً أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المتنفع. وهذا الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة، فالنائب، وكيلاً أو ولياً أو وصياً أو فضولياً أو غير ذلك، يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه، والأصيل لا النائب هو الطرف في العقد. أما المشترط فيتعاقد باسمه لا باسم المتنفع، وهو نفسه الطرف في العقد وليس المتنفع، ويتبين من ذلك أن المشترط ليس فضولياً يتعاقد بالنيابة عن المتنفع. فهذا رأي قديم تبين الآن فسادُه. فالفضولي يعمل لحساب رب العمل ويلتزم بالمضي فيما بدأ فيه، أما المشترط فيعمل لحسابه، ولا يلتزم بالمضي في عمله بل له أن ينقض الاشتراط للمتنفع ويضيف الحق لنفسه أو لشخص آخر كما سنرى.

ويجب ثالثاً أن يكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط للغير. وهذا فرق آخر بينه وبين الفضولي، فالفضولي يقوم بمصلحة ضرورية عاجلة لرب العمل دون أن تكون له أية مصلحة شخصية في ذلك، أما المشترط فيقوم للمتنفع بمصلحة ضرورية أو غير ضرورية وله في ذلك مصلحة شخصية مادية أو أدبية، ويكفي أن يكون للمشترط مصلحة شخصية، وليس من الضروري أن يكون له دور شخصي في العقد، فقد رأينا الأم وهي تشترط على والد ابنها النفقة للابن لا تقوم بعمل الفضولي لأن لها مصلحة شخصية في الاشتراط فهي مدفوعة بعامل الأمومة لا بعامل المروءة، وهي في الوقت ذاته ليس لها دور شخصي في التعاقد فهي لم تلتزم شخصياً ولم يترتب لها شخصياً أي حق.

أحكام الاشتراط لمصلحة الغير:

أثر الاشتراط لمصلحة الغير يظهر في العلاقة ما بين الأشخاص الثلاثة بعضهم ببعض: في علاقة المشترط بالمتعهد، وفي علاقة المشترط بالمتنفع، وفي علاقة المتعهد بالمتنفع.

أما علاقة المشترط بالمتعهد، فهذه يحددها عقد الاشتراط الذي تم فيما بينهما. فإذا كان هذا العقد عقد بيع مثلاً اشترط فيه البائع على المشتري دفع الثمن لدائن البائع، التزم المشتري (البائع) نحو المتعهد (المشتري) بأن ينقل إليه ملكية المبيع ويتسلمه إياه، والتزم أيضاً بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وغير ذلك من التزامات البائع. والتزام المتعهد نحو المشتري بتسليم المبيع ودفع مصروفات البيع، والتزم في الوقت ذاته نحو دائن المشتري بدفع الثمن. ولكل من المشتري والمتعهد أن يتمسك قبل الآخر بأوجه الدفع المستمدة من عقد البيع من نحو أوجه بطلان أو أسباب انقضاء. وللمشترط فوق ذلك أن يطالب المتعهد بأن ينفذ التزامه نحو الدائن فيدفع له الثمن، ويطالبه بتنفيذ هذا الالتزام باسمه لا باسم الدائن، لأن له مصلحة شخصية فيه وقد بنينا قيام الاشتراط لمصلحة الغير على هذه المصلحة الشخصية.

وأما علاقة المشترط بالمتنفع، فقد تكون علاقة تبرع وقد تكون علاقة معاوضة، فإذا كان المشتري أراد التبرع للمتنفع، فلا يشترط شكل الهبة لأنها هنا هبة غير مباشرة. ولكن الأحكام الموضوعية للهبة تسري. فيجب توافر أهلية التبرع في المشتري، ويجوز الطعن في الهبة بالدعوى البولصية ولا يشترط أن يكون أي من المشتري والمتنفع سيء النية. ويلاحظ أن المقدار الموهوب

ليس هو ما التزم به المتعهد نحو المنتفع، بل هو مقدار ما دفعه المشتري للمتعهد بشرط ألا يزيد عما التزم به المتعهد نحو المنتفع. فإذا أعطى شخص آخر شيئاً قيمته ألف واشترط عليه التزاماً لمصلحة الغير قيمته خمسمائة، فإن المقدار الذي وهبه المشتري للمنتفع هو خمسمائة لا ألف. وإذا كان المشتري لم يرد التبرع، فالعلاقة بينه وبين المنتفع يحددها موقف الأول من الثاني بحسب الأحوال. فقد يكون المشتري مديناً للمنتفع واشترط لمصلحته وفاء للدين، وقد يكون أراد إقراض المنتفع من طريق الاشتراط لمنفعته وقد يكون أراد توكيل المنتفع في شراء شيء واشترط لمصلحته حتى يهيء له ثمن المبيع.

بقيت علاقة المتعهد بالمنتفع، وهي أخص ما في الاشتراط لمصلحة الغير من طابع يتميز به عن غيره من ضروب التعاقد. فالمنتفع كما قدمنا يكسب من عقد الاشتراط الذي لم يكن طرفاً فيه حقاً مباشراً يطالب به التعهد. وإذا قيل كيف ينشئ العقد حقاً للغير، قلنا ولهذا قامت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير. ثم لماذا لا ينشئ العقد حقاً للغير، إذا كان هذا الحق لا يصبح باتاً إلا برضاء الغير كما سنرى؟ ليس في المنطق القانوني ما يجعل هذا متعذراً، وإنما هي القاعدة الرومانية العتيقة التي كانت تقضي بأن العقد يقتصر أثره على المتعاقدين نزولاً على اعتبارات ترجع للصياغة القانونية عند الرومان، ولا معنى لبقاء هذه القاعدة بعد زوال مقتضياتها. بل ليس في المنطق القانوني ما يستعصى على أن يكون التعهد عن الغير - عندما تقوم الحاجة العملية إلى ذلك ولم تقم بعد - على غرار الاشتراط لمصلحة الغير، فيترتب في ذمة الغير التزام من عقد لم يكن طرفاً فيه، ما دام هذا الالتزام لا يصبح باتاً إلا برضاء الغير. ومع وضوح ذلك نرى الفقهاء يعقدون عادة بحثاً تقليدياً يتساءلون فيه أين مصدر الحق الذي ثبت للمنتفع؟ لعله يكون في عقد جديد تم بين المشتري والمنتفع، أو بين المتعهد والمنتفع، أو لعل الحق قد نشأ من عمل المشتري على أساس أنه فضولي يعمل لمصلحة المنتفع، أو لعله يكون هو حق المشتري كسبه من العقد وحوله بعد ذلك للمنتفع! وقد سبق أن فندنا كل هذا، والواقع من الأمر أن الفقهاء يناقضون أنفسهم عندما يقررون أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتفق مع القاعدة القديمة التي كانت تقضي بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير، ثم إذا وصلوا إلى المكان الذي يبحثون فيه عن مصدر حق المنتفع نسوا ما قرروه من قبل، وحاولوا أن يخضعوا حق المنتفع لهذه القاعدة القديمة ذاتها التي سبق لهم أن أنكروها! فلا يجروا فقيه على أن يرجع هذا الحق إلى عقد الاشتراط ذاته، خوفاً من أن يصطدم بهذه القاعدة! أما نحن فلا نتردد في القول بأن حق المنتفع هو حق مباشر مصدره عقد الاشتراط ذاته، ولكل من هاتين الخاصيتين نتائج عملية هامة.

أما النتائج التي تترتب على أن حق المنتفع حق مباشر لا يتلقاه من المشتري، فمنها:

١ - لا شأن لدائني المشتري بهذا الحق بعد موته، بل يخلص الحق للمنتفع وحده لأنه لم يتلقه من المشتري، ولو كان قد تلقاه منه بطريق الميراث لتلقاه مثقلاً بديون التركة. وأهم تطبيق لهذه النتيجة عقد التأمين على الحياة، فإذا تعاقد المؤمن له مشروطاً لمصلحة أولاده ثم مات، فإن الأولاد لا يتلقون الحق في تركة أبيهم، بل هو حقهم المباشر قبل شركة التأمين، فلا يثقل هذا

الحق بديون التركة ولا يأخذ الدائنون منه شيئاً.

٢ - ولما كان المنتفع، بموجب حقه المباشر، أصبح دائناً للمتعهد، فدائنو المتعهد وقد أصبح المنتفع واحداً منهم يشتركون معه شركة غرماء في استيفاء حقوقهم من مال المتعهد. فالمنتفع، ولا شأن له كما رأينا بدائني المشتراط، يتحمل على العكس من ذلك مزاحمة دائني المنتفع.

وأما النتائج التي تترتب على أن حق المنتفع المباشر مصدره عقد الاشتراط ذاته، فمنها:

١ - لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط، فإن هذا الحق يوجد منذ صدور العقد لا من وقت إعلان المنتفع إرادته في الاستفادة من الاشتراط أي وقت إقراره للحق. ويترتب على ذلك أنه إذا فقد المتعهد أهليته في الفترة ما بين صدور العقد وصدور إقرار المنتفع لحقه، لم يكن هذا مانعاً للمنتفع من أن يصدر إقراره ويترتب على ذلك أيضاً أن المنتفع إذا رفض الاشتراط، جاز الطعن في رفضه بالدعوى البولصية، لأنه يكسب الحق منذ صدور عقد الاشتراط، فرفضه إياه بعد ذلك يعتبر إنقاصاً من حقوقه.

٢ - لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط، فإن المتعهد يستطيع أن يتمسك قبل المنتفع بجميع الدفعات الجائزة في هذا العقد، فله أن يطعن فيه بأي وجه من وجوه البطلان، وله أن يتمسك بفسخه إذا تحقق ما يوجب الفسخ.

وحق المنتفع المباشر الذي يكسبه من عقد الاشتراط قابل للنقض إلى أن يصدر منه إقرار لهذا الحق. والذي يثبت له حق النقص هو المشتراط. وهو حق شخصي لا ينتقل إلى الورثة. وبوجه المشتراط النقص إلى المنتفع أو إلى المتعهد، ولكن يجب إعلان المتعهد دائماً بالنقص حتى يمتنع عن تنفيذ التزامه نحو المنتفع. وليس للنقص شكل مخصوص وكما يقع صريحاً يصح أن يكون ضمناً وإذا نقض المشتراط حق المنتفع جاز له أن يعين منتفعاً آخر يحل محل المنتفع الأول ويثبت له الحق من وقت العقد كذلك فلا يتلقاه من المنتفع الأول، ويجوز للمشتراط أن يضيف الحق إلى نفسه، وهو على كل حال إذا لم يعين بعد النقص منتفعاً آخر أصبح حق المنتفع له هو، وانقلب الاشتراط لمصلحة الغير في هذه الحالة عقداً عادياً.

ولا ينقطع حق النقص إلا إذا صدر إقرار المنتفع للاشتراط. وإقرار المنتفع هو تثبيت لحقه، وليس قبولاً لإيجاب معروض عليه من المتعهد أو من المشتراط، ولا بد من صدور هذا الإقرار من المنتفع كي لا يثبت له حق دون رضاه، فإذا صدر الإقرار تثبت الحق من وقت العقد لا من وقت الإقرار كما سبق القول، ويستطيع المنتفع أن يصدر إقراره في أي وقت شاء ما دام المشتراط لم ينقض الحق، ولا بد من إعلان المتعهد بالإقرار حتى يسري في حقه. فإذا صدر الإقرار، أصبح الحق غير قابل للنقص، وكان المدين بهذا الحق هو المتعهد أو ورثته. وقد يرفض المنتفع الحق الذي اشترط لمصلحته، وفي هذه الحالة ينصرف الحق إلى المشتراط أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض. ويجوز للمشتراط، عند رفض المنتفع أن يعين منتفعاً آخر يحل محل المنتفع الذي رفض، ويثبت حق هذا المنتفع الآخر من وقت العقد لا من وقت تعيين المشتراط إياه.

البحث الثاني

آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص في الفقه الإسلامي

انصراف أثر العقد إلى العاقد:

الأصل في الفقه الإسلامي، كما هو الأصل في الفقه الغربي، أن أثر العقد ينصرف إلى العاقد نفسه، ولا يجاوزه إلى غيره ممن لم يكن طرفاً في العقد. فالعاقد إذا باشر العقد بنفسه لنفسه، انصرف إليه وحده أثر العقد من حكم وحقوق. والفقه الإسلامي يميز بين حكم العقد وهو الأثر الأصلي للعقد والغرض الذي قصد إليه العاقدان من إنشائه، وحقوق العقد وهي ما يستتبعه العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتحفظه وتكمله^(١).

وقد أكد هذا الأصل في الفقه الإسلامي صاحب «مرشد الحيران» في أكثر من موضع. فنص في المادة ٢٧٨ على ما يأتي: «يجوز للحر العاقل البالغ غير المحجور عليه أن يباشر أي عقد كان بنفسه أو يوكل به غيره. فمن باشر عقداً من العقود بنفسه لنفسه، فهو الملزوم دون غيره بما يترتب عليه من الحقوق والأحكام». ونص في الفقرة الأولى من المادة ٣٠٦ على أنه «إنما تجري أحكام العقود في حق العاقدين، ولا يلتزم بها غيرهما».

الطوائف الثلاث:

وقد رأينا في الفقه الغربي أن أثر العقد قد ينصرف أيضاً إلى طوائف ثلاث:

١ - الخلف العام والخلف الخاص.

٢ - الدائنين.

٣ - الغير.

فنبحث هنا هل ينصرف أثر العقد في الفقه الإسلامي أيضاً إلى هذه الطوائف الثلاث، وإلى أي مدى ينصرف.

(١) فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع إلى المشتري، ونقل ملكية الثمن إلى البائع، وحقوقه إلزام البائع بتسليم المبيع وقبوله إذا رد إليه بسبب العيب، وثبوت حقه في المطالبة بالثمن، وإلزام المشتري بأداء الثمن وثبوت حقه في المطالبة بتسليم المبيع ورد المبيع إذا وجده معيباً وغير ذلك من الحقوق التي تثبت لكل عاقد قبل صاحبه تكميلاً لأثر العقد ومحافظة عليه توفيراً لكمال الانتفاع به (الأستاذ علي الخفيف في «أحكام المعاملات الشرعية» (٣٤٦ - ٣٤٧).

المطلب الأول

الخلف العام والخلف الخاص

نص التقنين المدني العراقي:

عرض التقنين المدني العراقي - ومن مصادره الأساسية الفقه الإسلامي - لانصراف أثر العقد إلى كل من الخلف العام والخلف الخاص، فنص في المادة ١٤٢ على ما يأتي:

١ - «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يثبت من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام».

٢ - «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص؛ فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه».

وظاهر أن هذا النص قد أخذ حرفياً من نص المادتين ١٤٥ و ١٤٦ من التقنين المدني المصري، ويشعر هذا باتفاق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي في جواز انصراف أثر العقد إلى كل من الخلف العام والخلف الخاص. فنبحث الآن إلى أي مدى ينصرف أثر العقد في الفقه الإسلامي إلى كل من الخلفين.

١ - الخلف العام

التمييز بين الحقوق الناشئة من العقد والديون المترتبة على العقد:

يجب أن نميز في الفقه الإسلامي، في صدد ما نحن فيه، بين الحقوق الناشئة من العقد والديون المترتبة عليه. ونستعمل هنا كلمة «الحقوق» بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي، لا بالمعنى الذي يقابل بين حقوق العقد وحكمه في الفقه الإسلامي.

فالأصل أن الحقوق الناشئة من العقد تنصرف إلى الوارث بعد موت المورث، لأن الوارث خلف المورث في الحقوق. ولا تنتقل الديون المترتبة على العقد من المورث إلى الوارث بل تبقى في التركة، لأن خلافة الوارث للمورث إنما تكون في الحقوق لا في الديون. وكالوارث الموصى له بجزء من مجموع التركة.

١ - حقوق التركة

انتقال الحقوق الناشئة من العقد من المورث إلى الوارث:

إذا أبرم المورث عقداً نشأت له حقوق منه، فإن هذه الحقوق تنتقل بذواتها إلى الوارث بعد موت المورث. فإذا باع شخص عيناً مملوكة له بثمن مؤجل، ونشأ من عقد البيع حق للبائع، في هذا الثمن، ومات البائع قبل أن يحل الأجل أو بعد أن حل ولكن قبل أن يقبض الثمن، فإن هذا الحق الناشئ من عقد البيع ينتقل بذاته - مؤجلاً أو حل أجله - إلى الوارث. وإذا فرض أن البائع

كان قد أخذ بالثمن رهناً، فإن حق الرهن المترتب على عقد الرهن ينتقل هو أيضاً مع حق الثمن من المورث إلى الوارث. كذلك إذا اشترى المورث عيناً وأصبح له حق بموجب عقد البيع في قبضها، ومات قبل القبض، فإن الحق في قبض العين ينتقل من المورث إلى الوارث، ويستطيع الوارث أن يطالب البائع بتسليم العين، بل يستطيع أيضاً أن يحبس الثمن الذي هو دين في التركة حتى يتم التسليم.

ومن الحقوق التي يكسبها المورث بالعقد فتنتقل منه إلى الوارث حقوق الارتفاق وحق التعلي وحق قبول الوصية.

فحقوق الارتفاق، كحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور، تتعلق بأعيان مالية وهي الأرض التي تقررت عليها هذه الحقوق فتغلب فيها معنى المالية، فتنتقل إلى الوارث مع العين صاحبة الارتفاق أي العين المرتفعة. فإذا مات شخص عن أرض لها حق شرب أو مجرى أو مسيل أو مرور على أرض أخرى، انتقلت الأرض المرتفعة بما لها من حقوق ارتفاق إلى الوارث. بل إن الفقه الإسلامي، خلافاً للفقه الغربي، يتصور جواز انفصال حقوق الارتفاق عن العقار المرتفق، كما إذا باع صاحب العقار المرتفق عقاره دون أن ينص على دخول حقوق الارتفاق في البيع، فيملك المشتري العقار مجرداً من حقوق الارتفاق وتبقى هذه الحقوق للبائع مستقلة عن العقار. وحتى في هذه الحالة تنتقل من المورث إلى الوارث، ففي الفرض الذي قدمناه تنتقل حقوق الارتفاق التي بقيت للبائع منه إلى وارثه.

وحق التعلي هو حق قيام بناء حجر، فالعلو له حق التعلي على السفلى. وهو في حكم المال، فينتقل بالميراث تبعاً للماء المستعلى أو مستقلاً عنه. فإذا مات صاحب العلو وعلوه قائم على السفلى، انتقل العلو بما يتبعه من حق التعلي إلى الوارث. وإذا مات صاحب العلو بعد أن انهدم علوه ولم يبق له إلا حق التعلي مستقلاً، انتقل هذا الحق إلى الوارث فيكون له حق البناء على السفلى. وإذا كان لا يجوز بيع حق التعلي مستقلاً عند الحنفية، فإنه مع ذلك يجري التوارث فيه مستقلاً عندهم. أما عند المالكية والحنابلة فيجوز بيع حق التعلي مستقلاً، بل يجوز بيعه مستقلاً قبل بناء السفلى، فيباع الهواء فوق ما سبيني من البناء إذا وصف كل من البناء الأسفل والبناء الأعلى وصفاً نافياً للجهالة، ومن باب أولى يجري التوارث فيه.

وحق قبول الوصية ينتقل من الموصى له، إذا مات قبل قبول الوصية، إلى وارثه، وهذا بإجماع المذاهب الأربعة على خلاف بينها فيما ينتقل. أما عند الحنفية فالذي ينتقل إلى الوارث هو الشيء الموصى به ذاته، لأن الوصية عندهم تتم بالإيجاب مع اليأس من أن يردها الموصى له. فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد، فقد تحقق اليأس من الرد، واعتبر الموصى به ملكاً للموصى له ودخل في تركته، فينتقل مع سائر حقوق التركة إلى الوارث. وأما عند المالكية والشافعية والحنابلة فالذي ينتقل لورثة الموصى له هو حق قبول الوصية، إذ الوصية عندهم لا تتم إلا بقبولها من الموصى له بعد موت الموصى، فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل الوصية انتقل حق القبول إلى ورثته. ومن ثم نرى حق قبول الوصية، في هذه المذاهب الثلاثة، قد تغلبت فيه الناحية المالية

لأنه تعلق بعين مالية هي العين الموصى بها^(١).

الاستثناءات: ما لا ينتقل من الحقوق إلى الوارث:

وإذا كان الأصل في الفقه الإسلامي، كما في الفقه الغربي، أن حقوق التركة تنتقل إلى الوارث، فهناك استثناءات ترد على هذا الأصل، ترجع، كما في الفقه الغربي أيضاً، إلى طبيعة الحق.

فما كان من الحقوق ليس حقاً مالياً، وما كان حقاً مالياً ولكنه متصل بشخص المورث، وما اتصل بمشيئة المورث لا بماله، كل هذا لا ينتقل إلى الوارث، لأن طبيعة الحق تستعصي على هذا الانتقال، وتأبى إلا بقاء الحق مع صاحبه الأصلي وزواله بموته، فنستعرض أمثلة من هذه الأنواع الثلاثة من الحقوق.

الحقوق غير المالية:

لا تنتقل حقوق المورث غير المالية إلى الوارث بداهة. فحق الحضانة، وحق الولاية على النفس، وحق الولاية على المال، كل هذه ليست بحقوق مالية فلا تنتقل إلى الوارث. هذا إلى أن هذه الحقوق لم يكسبها المورث بالعقد لبحث هل ينصرف أثر العقد إلى الوارث، بل أكسبها إياه الشرع. وما يكسبه المورث من هذه الحقوق غير المالية بالإرادة، كما لو كان وصى الأب أو وصى الجد، لا ينتقل أيضاً إلى الوارث.

كذلك حق المطالبة بحد القذف - ويذكرنا هذا الحق وإن كان غير مالي بحق التعويض المالي عن الضرر الأدبي الذي مر بنا في الفقه الغربي - لا يجري فيه الإرث ولا ينتقل إلى ورثة المقتوف، لأن الإرث إنما يجري فيما يترك من مال. وهذا ما ذهبت إليه الحنفية. وذهب أحمد بن حنبل في أشهر الروايتين إلى أنه يسقط بموت المقتوف إذا مات قبل أن يطالب به، فإن طالب به ثم توفي لم يسقط، وثبت لعصبته لا لورثته حتى استيفائه، وذهب مالك والشافعي وأحمد في رواية أخرى إلى أنه لا يسقط بالموت، لأن المعرفة تلحق المقتوف وأقاربه. ولكنهم اختلفوا فيمن يكون له حق المطالبة بإقامة الحد بعد موت المقتوف، فذهب الشافعي إلى أنه يثبت للورثة على حسب ترتيبهم في الميراث، ولكن يثبت لكل وارث على التمام وإن لم يستقل بكل التركة. فإذا عفا أحدهم عن حقه فلمن يأتي بعده من الورثة أن يطالب به ويستوفيه كله. وقيل في مذهب الشافعي إنه يثبت للورثة بقدر نصيبهم في الميراث، فإذا عفا أحدهم سقط من الحد بقدر ما يخصه. وذهب مالك إلى أن حق المطالبة بإقامة الحد يثبت لكل قريب قام به سبب الإرث وإن لم يرث فعلاً لما لحقه من العار، فيثبت للأبعد مع وجود الأقرب كابن الابن مع وجود الابن، وثبوته لهؤلاء إنما هو ثبوت ابتداء لا بطريق الوراثة من المقتوف. ويتبين مما قدمناه أن الغالب في الفقه الإسلامي أن

(١) انظر في انتقال حقوق الارتفاق وحق التعلي وحق قبول الوصية، بحثاً للأستاذ علي الخفيف في تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته، نشر في «مجلة القانون والاقتصاد»، السنة العاشرة، في العدد الخامس والسادس.

حق المطالبة بحد القذف لا ينتقل إلى الوارث بطريق الميراث، فهو إما لا ينتقل أصلاً كما في المذهب الحنفي، أو يثبت ابتداء لعصبة المقدوف وأقاربه باعتبارهم مجتنباً عليهم قد لحقهم عار شخصي من القذف لا باعتبارهم ورثة انتقل إليهم هذا الحق من المورث. ولا يوجد إلا قول مرجوح في مذهب الشافعي هو الذي يجعل الحق ينتقل إلى الورثة بالميراث، وبقدر نصيبهم فيه، فإذا عفا أحدهم سقط من الحد بقدر ما يخصه.

الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث:

وما كان من الحقوق مالياً ولكنه متصل بشخص المورث لا ينتقل إلى الوارث، فدين النفقة، سواء كان الدائن زوجة أو قريباً، لا ينتقل إلى الوارث بعد موت الدائن، وذلك ما لم يأذن القاضي للدائن بالاستدانة ويستند فعلاً. وحق الانتفاع لا يثبت لشخص إلا مدة معينة لا تتجاوز مدة حياته، فلا ينتقل إلى وارث المنتفع بعد الموت. وحق رجوع الواهب في الهبة حين يجوز الرجوع حق متصل بشخص الواهب، فلا ينتقل منه إلى وارثه، بل يسقط بموته.

ولا ينتقل بالموت إلى الوارث حق المالك في إجازة تصرف الفضولي. ويرجع ذلك غالباً إلى أن الإجازة تستند من جهة، وتكون إنشاء من جهة أخرى، فوجب أن يكون المالك موجوداً وقت صدور التصرف مراعاة لحق الاستناد، ووقت الإجازة مراعاة لحق الإنشاء. فإذا مات بين الوقتين لم تعد الإجازة ممكنة، فلا يتصور انتقالها إلى الوارث (انظر في تعليل آخر يستند إلى قاعدة معروفة في الفقه الإسلامي تقضي بأن الملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله، مقال الأستاذ علي الخفيف في تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته (٣١ - ٣٢)).

وحق الأجل في الدين حق متصل بشخص المدين في الفقه الإسلامي، فقد نظر الدائن فيه إلى شخص المدين لأمانته أو لملاءمته أو للشفقة عليه أو للرغبة في إسداء الجميل إليه، وهذه كلها اعتبارات شخصية لا تورث. فإذا مات المدين قبل أن يحل أجل دينه، لم ينتفع الوارث بالأجل، بل يحل الدين بموت المدين. أما إذا مات الدائن قبل حلول الأجل بقي الأجل على حاله ولم يحل الدين ووجب على ورثة الدائن أن يترصبوا حتى ينتهي الأجل ليطالبوا بحق مورثهم. وهناك اعتبارات أخرى غير ما قدمناه، تذكر في الفقه الإسلامي، لتبرير حلول الدين بموت المدين. من ذلك ما جاء في «الأم» للشافعي: «وإذا مات الرجل وله على الناس ديون إلى أجل، فهي إلى أجلها لا تحل بموته، ولو كانت الديون على الميت إلى أجل، فلم أعلم خالفاً حفظت عنه، ممن لقيت في أنها حالة يتحاص فيها الغرماء، فإن فضل فضل، كان لأهل الميراث والوصايا إن كانت له. قال ويشبه أن يكون من حجة من قال هذا القول، مع متابعتهم عليه، أن يقولوا: لما كان غرماء الميت أحق بماله في حياته، كانوا أحق بماله بعد وفاته من ورثته. فلو تركنا ديونهم إلى حلولها كما ندعها في الحياة، كنا منعنا الميت أن تبرأ ذمته، ومنعنا الوارث أن يأخذ الفضل عن دين غريم أبيه، ولعل من حجتهم أن يقولوا إن رسول الله ﷺ قال: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضي عنه دينه».

وهذا بخلاف الفقه الغربي، فإن الأجل في الدين متصل بالدين ذاته لا بشخص المدين، بل هو وصف في الدين، فإذا مات الدائن أو المدين لم يحل الدين إذا كان الأجل لم ينقض، ولم

يخل الفقه الإسلامي من أقوال تذهب إلى ما ذهب إليه الفقه الغربي من عدم حلول الدين المؤجل بموت المدين. فمالك يشترط لسقوط الأجل بالموت شرطين، أحدهما ألا يكون الدائن قد تسبب في موت المدين، فإن استعجل موته قبل أوانه عوقب بحرمانه من سقوط الأجل فيبقى الدين مؤجلاً على ما كان. والشرط الثاني ألا يكون المدين قد اتفق مع الدائن على عدم سقوط الأجل بموت المدين، فإن اشترط المدين بقاء الدين مؤجلاً بعد موته إلى أن ينقضي الأجل، صح هذا الشرط ولم يسقط الأجل بموت المدين^(١). وفي المذهب الحنبلي روايتان، إحداهما أن الديون المؤجلة لا تحل بالموت إذا وثقها الورثة، والرواية الأخرى أنها تحل بالموت. . . جاء في «المغني» (٤/ ٤٨٥ - ٤٨٧)، «وإن مات وعليه ديون مؤجلة، فهل تحل بالموت؟ فيه روايتان. إحداهما لا تحل إذا وثق الورثة؛ وهو قول ابن سيرين وعبد الله بن الحسن وإسحاق وأبي عبيد، وقال طاووس وأبو بكر بن محمد والزهرى وسعيد بن إبراهيم الدين إلى أجله، وحكي ذلك عن الحسن. والرواية الأخرى أنه يحل بالموت، وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي. لأنه لا يخلو إما أن يبقى في ذمة الميت، أو الورثة، أو يتعلق بالمال. لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت، لخرابها وتعذر مطالبتها بها. ولا في ذمة الورثة، لأنهم لا يلتزموها، ولا رضي صاحب الدين بذممهم وهي مختلفة متباينة. ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله، لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه. أما الميت فلأن النبي ﷺ قال: «الميت مرتين بدينه حتى يقضى عنه». وأما صاحبه فيتأخر حقه، وقد تلف العين فيسقط حقه. وأما الورثة فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا يتصرفون فيها، وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حق الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم. ولنا. . . أن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق، وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة. وقد قال النبي ﷺ: «من ترك حقاً أو مالاً فلورثته». فعلى هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان. ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه. فإن أحب الورثة أداء الدين والتزامه للغريم ويتصرفون في المال، لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغريم أو يوثقوا الحق بضمين ملىء أو رهن يثق به لوفاء حقه. فإنهم قد لا يكونون أملياء ولم يرض بهم الغريم، فيؤدي إلى فوات الحق. وذكر القاضي أن الحق ينتقل إلى ذمم الورثة بموت مورثهم، من غير أن يشترط التزامهم له. ولا ينبغي أن يلزم الإنسان دين لم يلتزمه ولم يتعاط سببه، ولو لزمهم ذلك لموت مورثهم للزمهم وإن لم يخلف وفاء. . . وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل وبعضها حال، قلنا المؤجل يحل بالموت، تساوا في التركة فاقسموها على قدر ديونهم. وإن قلنا لا يحل بالموت، نظرنا، فإن وثق الورثة صاحب المؤجل احتص أصحاب الحال بالتركة، وإن امتنع الورثة من التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال لثلا يقضي إلى إسقاط دين بالكلمة».

الحقوق المالية التي تتصل بمشيئة المورث لا بماله:

وهناك حقوق مالية تتصل بمشيئة المورث لا بماله، وهذه أيضاً لا تنتقل إلى الورثة، لأن

(١) انظر مقال الأستاذ علي الخفيف في تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته (٢٣)، وانظر أيضاً الأستاذ محمد أبو زهرة في «أحكام التركات والموارث» (٣٨ - ٣٩).

المشيئة لا تورث. نذكر من ذلك الخيارات وحق الأخذ بالشفعة.

وأهم الخيارات هي خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف. ويذهب الحنفية إلى أن هذه الخيارات لا تورث، إذ هي متصلة بشخص صاحب الخيار، وليست إلا اتجاهاً لإرادته ومظهراً من مظاهر مشيئته. وليس للإرادة أو المشيئة بقاء بعد الموت، فتنتهي به ولا تنتقل إلى الوارث. إلا أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت للوارث بعد موت المورث ابتداءً، لا بطريق الوراثة والخلافة، لأن هذه الخيارات إنما تثبت لعلل تحققت في العين ذاتها. فخيار التعيين يثبت نتيجة لاختلاط المال، وكل من خيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت لضياح بعض المال أو نقصه، وهذه العلل تبقى قائمة حتى بعد انتقال العين إلى الوارث فيثبت الخيار للوارث ابتداءً لقيام العلة، لا لأن الخيار انتقل إليه من وارثه. ويذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار الوصف ينتقل بالميراث، لأنها حقوق مالية تنتقل إلى الوارث كسائر الحقوق، وإذا كان انتقال العين نفسها إلى الوارث بطريق الإرث والخلافة فكذلك يكون انتقال الخيار المتعلق بها. وكذلك الحكم في خيار الشرط عند الشافعي ومالك إذ هو حق مالي يقوم الوارث فيه مقام مورثه، خلافاً لأحمد فقد ذهب إلى أنه لا يورث إلا إذا اختار من له الخيار قبل موته، أما إذا لم يختار قبل الموت فلا يورث الخيار.

أما حق الشفعة فيذهب الحنفية إلى أنه لا يورث كما لا يورث خيار الشرط، لأن كلا منهما مشيئة والمشيئة لا تورث. وهذه رواية عن أحمد، وفي رواية أخرى عنه حق الشفعة يورث إذا كان الشفيع لم يمت إلا بعد أن طلب الأخذ بالشفعة وذهب مالك والشافعي إلى أن حق الشفعة يورث، لأنه حق متعلق بالمال ومفوض إلى تملكه. وأما ما تقوله الحنفية من أنه إرادة ومشيئة، فالإرادة تتعلق هنا بشيء له وجود سابق، إذ الشفيع لا يستطيع المطالبة بأخذ أي عقار بالشفعة، بل يأخذ عقاراً معيناً بالذات لأنه أولى به من مشتريه، فإذا مات الشفيع قبل أن يطلب لم تتغير حال العقار المبيع، فيكون الوارث أحق به من مشتريه لقيام الوارث مقام المورث. جاء في «البدائع» وهو من كتب الفقه الحنفي: «وأما الضروري (فيما يبطل به حق الشفعة) فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة، فتبطل شفيعته. وهذا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله لا تبطل لوارثه حق الأخذ، ولقب المسألة أن خيار الشفعة هل يورث؟ عندنا لا يورث، وعنده يورث. والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام في خيار الشرط» (٢٢/٥). وجاء في «بداية المجتهد» وهو من كتب الفقه المالكي: «فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة، فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع، وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز إلى أنها موروثة قياساً على الأموال» (٢١٨/٢). وجاء في «المهذب» وهو من كتب الفقه الشافعي: «وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ، انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته، لأنه قبض ما استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب»^(١). (٣٨٣/١). وجاء في

(١) ويرد الزيلعي من فقهاء الحنفية على مذهب الشافعي بما يأتي: «وقال الشافعي لا تبطل بموت الشفيع أيضاً، =

«المغني» وهو من كتب الفقه الحنبلي: «والشفعة لا تورث، إلا أن يكون الميت طالب بها. وجملة ذلك: أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها، لم يخل من حالين. أحدهما أن يموت قبل الطلب بها، فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة. وقال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء: الشفعة، والحد إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة، هذه الثلاثة الأشياء إنما هي بالطلب، فإذا لم يطلب فليس تجب، إلا أن يشهد أي على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته. فإن مات بعده، كان لوارثه الطلب به. وروى سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي، وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي، وقال مالك والشافعي والعنبري يورث، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب، ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة، ولأنه نوع خيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول. فأما خيار الرد بالعيب، فإنه لاستدراك جزء فات من المبيع. الحال الثاني إذا طالب بالشفعة ثم مات، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً، ذكره أبو الخطاب وقد ذكرنا نص أحمد عليه. لأن الحق يتقرر بالطلب، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده، وقبله يسقط وقال القاضي يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة، وقد ذكرنا أن الصحيح غير هذا، فإنه لو كان ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الأخذ بها. فإذا ثبت هذا، فإن الحق ينتقل إلى جميع الورثة على حسب موارثتهم، لأنه حق مالي موروث. . فإن ترك بعض الورثة حقه توافر الحق على سائر الورثة، ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفيعته، لأننا لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع تبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه» (٥ طبعة ثالثة ٣٤٦ - ٣٤٧).

وإذا كنا قد تبسطنا في الكلام في انتقال حق الشفعة وبيان اختلاف المذاهب فيه، فذلك لأن هذه المسألة الهامة لا تزال محلاً للخلاف أمام القضاء المصري، ومرجع القضاء في ذلك هو الفقه الإسلامي إذ هو مصدر حق الشفعة. وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري الجديد

= لأن هذا حق معتبر في الشرع كالقصاص وحق الرد بالعيب. ولنا أنه مجرد حق وهو حق التملك، وأنه مجرد رأي، وهو صفته فلا يورث عنه. بخلاف القصاص، لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص، ولهذا جاز أخذ العوض عنه، وملك العين يبقى بعد الموت فأمكن إرثه. بخلاف الشفعة، لأنها مجرد حق إذ هي مجرد الرأي والمشينة، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها، وكذا لا يمكن إرثها، ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها، ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع، وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع، إلى الأخذ بالشفعة شرط ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ. وإنما لا تبطل بموت المشتري لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه، وإنما حصل الانتقال إلى الورثة في الدار المشفوعة، وذلك حقه، كما إذا انتقل إلى غيره بسبب آخر فينقضه وبأخذها بالشفعة، كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف، وكذا لو باعها القاضي بعد موته أو باعها وصيه كان له نقضه، («الزبلي» ٢٥٧/٥ - ٢٥٨).

يشتمل على نص في هذا الصدد يحسم الخلاف، ويقضي بأن حق الشفعة ينتقل بالميراث، إذ كانت الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتي: «الحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة، وإنما ينتقل بالميراث، وهو حق لا يتجزأ في استعماله». وقد عدل هذا النص في لجنة المراجعة، فأصبح يقضي بأن «الحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث». ثم أعيدت مناقشة هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ، واستقر الرأي بعد مناقشة طويلة على حذفه أصلاً، وترك الحكم فيما إذا كان حق الشفعة ينتقل بالميراث أو لا ينتقل لاجتهاد القضاء. وعلى هذا النحو صدر التقنين المدني المصري الجديد خالياً من النص الذي كان يراد به حسم خلاف محتدم في القضاء المصري. فقد كان بعض المحاكم، في عهد التقنين السابق، يقضي بانتقال حق الشفعة بالميراث، وبعض آخر يقضي بعدم انتقاله. ثم رفع الأمر إلى محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة، فقضت في ٣ مايو سنة ١٩٣٠ بأن حق الشفعة لا ينتقل بالميراث ولكن عندما أنشئت محكمة النقض، رفع إليها الأمر، فقضت في ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ بعكس ما قضت به الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف وبأن حق الشفعة ينتقل بالميراث. وقد جاء في أسباب حكمها ما يأتي: «وحيث إن الأصل في القوانين الوضعية أن من ترك ماله فلورثته. . . ولهذا خلت القوانين الوضعية من النص فيها على ما ينتقل للورثة من الخيارات المختلفة، لأن الأصل فيها جميعاً الانتقال للورثة، إلا ما كان خاصاً بذات صاحب الخيار فيسقط بالموت. وكما خلا القانون المصري من حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثي وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه، كذلك خلا قانون الشفعة من النص على حكم خيار الشفع أينتقل للورثة أو لا ينتقل. فالقول الفصل فيها جميعاً أنها تنتقل قانوناً إلى ورثة صاحب الخيار، لأنها حقوق مالية يجري فيها التوارث مجرى الأصل. وحيث إن الأصل كذلك في الشريعة الإسلامية - على مذهب جمهور الفقهاء - هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال. أما الحنفية منهم، فالأصل عندهم أن يورث المال دون الحقوق، لأن الذي ثبت عن الشارع هو قوله ﷺ: «من ترك ماله فلورثته». إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال. فموضع الخلاف بين الأئمة هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا. فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له ما كان للمورث من الخيارات في خيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وخيار التعيين وخيارات أخرى، لا على اعتبار أن الذي ينتقل للورثة حق من الحقوق، بل على اعتبار أن المنتقل إليهم عين التصقت بها حقوق. ففي خيار العيب وخيار فوات الوصف السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائماً قبله. أما خيار الشفعة، فليس متعلقاً بالعين المشفوع فيها ولاصقاً بها، بل هو راجع لمحض إرادة الشفع فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا في معنى المال. أما جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد، فأصلهم أن الحقوق والاختصاصات والخيارات تورث كما تورث الأموال إلا ما كان صفة خاصة بذوي الخيار كخيار الأب في رد هبته، فلا يورث لأنه خيار راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة. فسبب اختلافهم إذن في خيار خيار، على ما يقوله الإمام ابن رشد، أنه من انقذح له في شيء منها

أنه صفة للعقد ورثه، ومن انقذ له أنه صفة خاصة لذي الخيار لم يورثه. وحيث إن مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة في انتقال الخيارات انتقال الأموال والحقوق إلى الورثة هو الذي يلائم مذهب القانون المصري فيما جرى به من توريث الأموال والحقوق المتعلقة بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمزاعم والدعاوى وآجال الديون. فمن مات وعليه دين مؤجل، فلا يحل أجل الدين بموته لأنه حق استفاده المدين حال حياته، فينتقل بعد موته إلى ورثته ميراثاً عنه. والمنافع المملوكة لشخص إذا مات قبل استيفائها: يخلفه ورثته فيما بقي منها، ولهذا لا تنسخ الإجارة بموت المستأجر أو المؤجر في أثناء المدة ومن أعطيت له أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة فحجرها ولم يباشر فيها عمل الإحياء وكان ذلك قبل مضي ثلاث سنين حل وارثه محله في اختصاصه بها وأولويته بإحيائها. وإذا مات الدائن المرتهن انتقلت العين المرهونة إلى يد وارثه، وانتقل معها حق حبسها حتى يستوفي الدين. وهذا كله صحيح في مذهب القانون وجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة، وغير صحيح في مذهب أبي حنيفة. والخلاصة أن حكم القانون في خيار الشفعة هو انتقاله إلى الورثة. كرأي جمهور أولئك الفقهاء والأئمة، وحيث إنه ينتج من ذلك أن محكمة الاستئناف، إذ قضت بسقوط حق الشفيع بموته قبل القضاء معتمدة في ذلك على مذهب أبي حنيفة وعلى خلو القانون من نص صريح يخالف المعتمد في هذا المذهب، تكون قد خالفت حكم القانون المدني فيما استنبطته هذه المحكمة من فقهه كما سبق الذكر. (نقض مدني ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٩ - ٥٧٥ - انظر نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ - ٨٠). ولا شك في أنه ما دام أن النص الذي كان مشروع التقنين المدني الجديد يشتمل عليه لحسم الخلاف قد حذف، وترك الأمر لاجتهاد القضاء، ولم ير المشرع أن يضيف إلى سلسلة القيود التي أحاط بها الشفعة تخفيفاً من أثرها في تقييد حرية التعامل قيداً جديداً بالنص صراحة على أن حق الشفعة لا ينتقل بالميراث، فلا مناص من الرجوع إلى أحكام القضاء في هذه المسألة. ويبدو أن محكمة النقض في حكمها المتقدم الذكر، وفيما استند إليه هذا الحكم من أسباب وجيهة، قد حسمت الخلاف، إذ قضت بأن حق الشفعة هو حق مالي ينتقل بالميراث كسائر الحقوق المالية^(١).

بعض النصوص الفقهية الهامة فيما ينتقل من الحقوق إلى الورثة وما لا ينتقل:

وننقل هنا بعضاً من النصوص الفقهية التي تتناول تعيين ما ينتقل من الحقوق إلى الورثة وما لا ينتقل.

جاء في «الفروق» للقرافي (٢٧٥/٣ - ٢٧٩) وهو من كتب الفقه المالكي: «اعلم أنه يروى عن رسول الله ﷺ أنه قال من مات عن حق فلورثته. وهذا اللفظ ليس على عمومته، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل. فمن حق الإنسان أن يلاعن عند سبب اللعان، وأن

(١) انظر أيضاً أن الحقوق المستمدة من الإجارة لا تنتقل لا إلى ورثة المؤجر ولا إلى ورثة المستأجر في المذهب الحنفي، وتنتقل إلى الورثة في المذاهب الأخرى إلى الدكتور صبحي محمصاني في «النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية». (٣٣٩/٢).

يفيء بعد الإيلاء، وأن يعود بعد الظهار، وأن يختار من نسوة إذا أسلم عليهن وهن أكثر من أربع، وأن يختار إحدى الأختين إذا أسلم عليهما، وإذا جعل المتبايعان له الخيار، فمن حقه أن يملك إمضاء البيع عليهما وفسخه. ومن حقه ما فوض إليه من الولايات والمناصب، كالقصاص والإمامة والخطابة وغيرها، وكالأمانة والوكالة. فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شيء، وإن كانت ثابتة للمورث. بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال، أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه. وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهوته لا ينتقل للوارث والسر في الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تبعاً، ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه فلا يرثون ما يتعلق بذلك، وما لا يورث لا يرثون ما يتعلق به فاللعان يرجع إلى أمر يعتقد لا يشاركه فيه غيره غالباً والاعتقادات ليست من باب المال، والفيئة شهوته، والعود إرادته، واختيار الأختين والنسوة أربه وميله، وقضاؤه على المتبايعين وعقله وفكرته ورأيه، ومناصبه وولاياته واجتهاداته وأفعاله الدينية فهو دينه. ولا ينتقل شيء من ذلك للوارث، لأنه لم يرث مستنده وأصله. وانتقل للوارث خيار الشرط في البيعات، وقاله الشافعي رحمه الله تعالى، وقال أبو حنيفة وأحمد بن حنبل لا ينتقل إليه. وينتقل للوارث خيار الشفعة عندنا، وخيار التعيين إذا اشترى موروثه عبداً من عبيدين على أن يختار، وخيار الوصية إذا مات الموصى له بعد موت الموصي، وخيار الإقالة والقبول إذا أوجب البيع لزيد فلوارثه القبول والرد، وقال ابن المواز إذا قال من جاءني بعشرة فغلامي له فمتى جاء أحد بذلك إلى شهرين لزمه، وخيار الهبة وفيه خلاف. ومنع أبو حنيفة خيار الشفعة. وسلم خيار الرد بالعيب وخيار تعدد الصفقة وحق القصاص وحق الرهن وحبس المبيع وخيار ما وجد من أموال المسلمين في الغنيمة فمات ربه قبل أن يختار أخذه بعد القسمة. ووافقناه نحن على خيار الهبة في الأب للابن بالاعتصار وخيار العتق واللعان والكتابة والطلاق بأن يقول طلقت امرأتي متى شئت فيموت المقول له. وسلم الشافعي جميع ما سلمناه، وسلم خيار الإقالة والقبول. ومدارك المسألة على أن الخيار عندنا صفة للعقد فينتقل مع العقد، فإن آثار العقد انتقلت للوارث. وعند أبي حنيفة صفة للعقد لأنها مشيئة واختياره، فتبطل بموته. كما تبطل سائر صفاته، ولأن الرجل في الثمن لا يورث فكذلك في الخيار، ولأن البائع رضي بخيار واحد وأتم تثبتونه لجماعة لم يرض بهم وهم الورثة فوجب ألا يتعدى الخيار من اشترط له كما لا يتعدى الأجل من اشترط له. والجواب عن الأول أن اختياره صفته، ولكن صفة متعلقة بالمال فينتقل، كاختياره الأكل والشرب وأنواع الانتفاع في المال فإن جميع ذلك ينتقل تبعاً للمال. وعن الثاني أن الأجل معناه تأخير المطالبة، والوارث لا مطالبة عليه... وعن الثالث أنه ينتقض بخيار التعيين وبشرط الخيار للأجنبي وقد أثبتوه للوارث، وبما إذا جنى فإنه ينتقل إلى الولي ما لم يرض به البائع. فهذا تلخيص مدرك الخلاف. وبعضنا في موطن الخلاف قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢]، وهو عام في الحقوق فيتناول صورة النزاع، ولم يخرج عن حقوق الأموال إلا صورتان فيما علمت: حد القذف، وقصاص الأطراف والجرح والمنافع في الأعضاء. فإن هاتين الصورتين تنتقلان للورثة وهما ليستا بمال، لأجل شفاه غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه والجناية عليه. وأما قصاص النفس فإنه لا يورث، فإنه لم يثبت للمجنى

عليه قبل موته وإنما ثبت للوارث ابتداءً، لأن استحقاقه فرع زهوق النفس فلا يقع إلا للوارث بعد موت الموروث... فهذا تلخيص هذا الفرق، ببيان سره ومداركه والخلاف فيه.

وجاء في «القواعد» لابن رجب (٣١٥ - ٣١٨) وهو من كتب الفقه الحنبلي: «فيما يقوم فيه الورثة مقام موروثهم من الحقوق، وهو نوعان: حق له وحق عليه. فأما النوع الأول، فما كان من حقوقه يجب بموته، كالدية والقصاص في النفس، فلا ريب في أن لهم استبقاءه، وسواء قلنا إنه ثابت لهم ابتداءً أو منتقل لهم عن موروثهم، ولا يؤثر مطالبة المقتول بذلك شيئاً على المعروف من المذهب. ومال الشيخ تقي الدين إلى أن مطالبة بالقصاص توجب تحتمه، فلا يتمكنون بعدها من العفو، وما كان واجباً له في حياته إن كان قد طالب به أو هو في يده، ثبت لهم إرثه. فمنه الشفعة إذا طالب بها، نص عليها أحمد في أكثر الروايات، وتوقف في رواية ابن القاسم وقال هو موضع نظر. ومنه حد القذف، ونص عليه أيضاً، ويستوفيه الوارث لنفسه بحكم الإرث عند القاضي، وقال ابن عقيل فيما قرأته بخطه إنما يستوفى للميت بمطالبته منه ولا ينتقل، وكذا الشفعة فيه فإن ملك الوارث وإن كان طارئاً على البيع إلا أنه مبني على ملك مورثه. ومنه خيار الشرط، ونص عليه أحمد أيضاً. ومنه خيار الرجوع في الهبة إذا طالب به، ذكره القاضي في خلافه... وأما إن لم يكن يطالب به فهو ضربان.

أحدهما: حقوق التملكات والحقوق التي ليست بمالية كالقصاص وحد القذف، ففيه قولان في المذهب أشهرهما أنه لا يورث. ويندرج في ذلك صور، منها الشفعة فلا تورث مطالبة على المذهب، وله مأخذان أشار إليهما أحمد. أحدهما أنه حق له فلا يثبت بدون مطالبة به... .

والثاني: أن حقه فيها سقط بتركه وإعراضه لا سيما على قولنا إنها على الفور... ومنها حق الفسخ بخيار الشرط، فلا يورث بغير مطالبة... ومنها الفسخ الثابت بالرجوع في الهبة، فلا يثبت بدون المطالبة أيضاً... وعن أحمد في الهبة المخصص بها بعض الولد إذا مات الوهاب قبل التعديل والرجوع هل للورثة الرجوع أم لا؟ روايتان، ومأخذهما أن رجوع الوالد في هذه الهبة هل هو من باب الرجوع في الهبة الثابتة للوالد دون غيره فلا يقوم غيره فيه مقامه، أو هو ثابت لاستدراك الظلم والجور، وعلى هذا هل هو مأمور به لحق نفسه حيث ظلم واعتدى فأمر بالتعديل، فإذا لم يفعله سقط، أو هو مأمور به لحق بقية الأولاد المظلومين فيثبت لهم الرد إذا تعذر الرد من جهته؟ ومنها حد القذف، فلا يورث بدون المطالبة أيضاً... ومنها خيار قبول الوصية، المنصوص عن أحمد أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل وصولها إليه... وقال الخرقي يثبت الخيار بين القبول والرد لورثة الموصى له، لأن الوصية لزمّت بموت الموصي فهي كالمملوكة....

الضرب الثاني: حقوق أملاك ثابتة متعلقة بالأملاك الموروثة، فينتقل إلى الورثة بانتقال الأموال المتعلقة بها بدون المطالبة، بخلاف الضرب الأول فإن الحقوق فيه من حقوق المالكين لا من حقوق الأملاك... ومن صور ذلك الرهن، فإذا مات وله دين برهن انتقل برهنه إلى الورثة. ومنها الكفيل وهو كالرهن... ومنها الأجل، فلا يحل الدين المؤجل إذا أوثقه الورثة برهن أو كفيل

في أشهر الروايتين. ومنها الرد بالعيب، وقد تردد القاضي في خلافه هل هو ثابت للورثة ابتداءً أو بطريق الإرث، والمشهور أنه إرث لأن الرد إنما يثبت لمن كان العقد له. والخيار الثابت لفوات الصفة المشروطة في العقد مثله. وذكر القاضي في كتاب «التخريج» أن من باع سلعة إلى أجل، ثم مات المشتري فاشتراها البائع من مورثه بأقل من الثمن لم يجز، لأن الوارث يملكها على حكم ملك الميت، بدليل أنه يرد على بائعها بالعيب، فصار الشراء منه كالشراء من المورث. وهذا غريب، وهو يشبه الوجه الذي حكاه ابن عقيل في بناء الوارث على حول المورث في الزكاة. النوع الثاني الحقوق التي هي على الموروث...».

انتقال الحق إلى الوارث وموقف الفقه الإسلامي من انتقال الحقوق والديون:

ويخلص مما تقدم أن الأصل في الفقه الإسلامي أن الحق ينتقل إلى الوارث إلا إذا استعصت طبيعة الحق على هذا الانتقال، وهذا هو أيضاً الفقه الغربي كما سبق القول.

وإذا كان الفقه الإسلامي سلم انتقال الحق إلى الوارث، فذلك بفضل فكرة خلافة الوارث للمورث. فكرة الخلافة هذه تقضي بأن الوارث يقوم مقام المورث ويخلفه، فيجب إذن أن يخلفه جملة واحدة في مجموع الحقوق لا في حق معين بالذات، فينتقل إلى الوارث هذا المجموع من الحقوق. بل لعل الأدق أن يقال إن الوارث هو الذي ينتقل ليحل محل مورثه في مجموع حقوقه، فيقوم مقامه في هذه الحقوق ويخلفه عليها^(١). ومثل الوارث الموصى له بجزء من مجموع الحقوق، فإن نظرية الخلافة تتسع له كما اتسعت للوارث، إذ أن كليهما يخلف الميت في مجموع الحقوق لا في حق معين بالذات. ولم يمد الفقه الإسلامي نظرية الخلافة هذه إلى مجموع الديون، فلا يخلف الوارث المورث في مجموع ديونه. بل تبقى هذه الديون في التركة كما سيأتي.

وهذا بخلاف انتقال حق معين بالذات بعقد مثلاً من الدائن إلى غيره، أو انتقال دين معين بالذات من المدين إلى غيره، فإن نظرية الخلافة لا تتسع لهاتين الصورتين إذ هي لا تقوم إلا في مجموع من المال، بل هي لا تقوم إلا في مجموع من الحقوق لا في مجموع من الديون كما قدمنا. فالجائز في الفقه الإسلامي هو أن ينتقل الحق بطريق الميراث، لأنه ينتقل ضمن عناصر مجموع الحقوق. وغير الجائز أن ينتقل حق معين بالذات، بطريق العقد مثلاً، من الدائن الأصلي

(١) ويقتضي ذلك أن يكون ملك الوارث هو نفس ملك المورث لم يتغير. ويؤيد هذا النظر ما يرد في بعض المواطن من أقوال الفقهاء، ونعيد هنا ما سبق أن نقلناه عن القواعد لابن رجب «وذكر القاضي في كتابه «التخريج» أن من باع سلعة إلى أجل، ثم مات المشتري فاشتراها البائع من مورثه بأقل من الثمن، لم يجز، لأن الوارث يملكها على حكم ملك الميت، بدليل أنه يردها على بائعها بالغيب، فصار الشراء منه كالشراء من المورث وهذا غريب، وهو يشبه الوجه الذي حكاه ابن عقيل في بناء الوارث على حول المورث في الزكاة». «القواعد» لابن رجب ٣١٨. ويؤيد ذلك أيضاً ما ذهب إليه الحنفية من أن حق المستعلى مستقلاً عن البناء المستعلى ينتقل بالميراث ولا ينتقل بالبيع. وذلك أن انتقاله بالميراث لا يكون باعتباره حقاً معيناً بالذات، بل باعتباره عنصراً داخلاً في مجموع المال الذي خلف عليه الورث المورث. أما انتقاله بالبيع فلا يجوز، لأن البيع لا ينتقل إلا حقاً معيناً بالذات، ولا يكون حق التعلّي حقاً معيناً بالذات إلا إذا كان تابعاً للبناء المستعلى.

إلى مدين جديد. وكذلك لا يجوز أن ينتقل دين معين بالذات بطريق العقد من المدين الأصلي إلى مدين جديد، بل لا يجوز أن ينتقل مجموع الديون بطريق الميراث إلى الوارث كما سبق القول.

إذا صح ذلك، فكيف صحت حوالة الدين في مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة وصحت حوالة الحق في مذهب مالك؟.

يفاجأ الباحث حقاً، إذا أخذ بظاهر العبارات أن يجد المذاهب الأخرى في الفقه الإسلامي غير مذهب مالك لا تجيز حوالة الحق وتجزيز حوالة الدين، مع أن حوالة الحق تسبق عادة في تطور النظم القانونية حوالة الدين، بل إن هناك قوانين كالقانون الفرنسي عرفت حوالة الحق ولا تعرف حتى اليوم حوالة الدين! ويفاجأ الباحث أيضاً أن يرى الفقه الإسلامي يجيز حوالة الدين بالعقد ولا يجيزها بالميراث، مع أن انتقال الدين بالميراث يسبق عادة انتقاله بالعقد، بل إن القانون الروماني في أعلى مراحل تقدمه لم يجز انتقال الدين بالعقد بالرغم من أنه أجاز انتقاله بالميراث!.

على أن البحث الدقيق في نصوص الفقه الإسلامي يزيل هذا العجب، ويبعد عن الفقه الإسلامي شبهة هذا الشذوذ. فليس صحيحاً أن الفقه الإسلامي عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق، وإلا كان هذا بدعاً في تطور القانون. ومن غير الطبيعي أن يعرف نظام قانوني حوالة الدين قبل أن يعرف حوالة الحق، كما أنه من غير الطبيعي أن يسلم نظام قانوني بانتقال الدين بين الأحياء وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت. لقد كان الفقه الإسلامي في تطوره طبيعياً كسائر النظم القانونية: لم يعرف حوالة الدين، لا بسبب الموت إذ الدين لا ينتقل إلى الورثة بل يبقى في التركة حتى تقوم بسداده كما سنرى، ولا بين الأحياء إلا في صورة من صور الكفالة أو التجديد. وعرف حوالة الحق بسبب الموت إذ حقوق المورث تنتقل إلى الوارث كما رأينا، وبين الأحياء بقيود معينة وفي مذهب واحد هو المذهب المالكي.

أما ما يسمى في الفقه الإسلامي بحوالة الدين، فهو في الفقه الحنفي غيره في فقه المذاهب الثلاثة الأخرى، وهو في المذاهب الأربعة جميعاً ليس «حوالة» دين بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي^(١).

(١) ذلك أن حوالة الدين في الفقه الحنفي، عند زفر، حيث لا ينتقل الدين ولا المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه، بل تضم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين في المطالبة، لا تعدو أن تكون كفالة محضة، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف، حيث تنتقل المطالبة والدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه، فإن الدين الأصلي ينقضي، ومما يقطع في انقضائه انقضاء التأمينات التي كانت تكفله، ويحل محل الدين الأصلي دين جديد في ذمة المحال عليه، وتكون حوالة الدين إذن ليست إلا تجديداً بتغيير المدين، فإذا توى الدين عند المحال عليه فسخ التجديد وعاد الدين إلى ذمة المدين الأصلي. وعند محمد، حيث لا ينتقل الدين إلى ذمة المحال عليه وإنما تنتقل المطالبة وحدها، وحيث لا تنقضي التأمينات بل تبقى على حالها، فإن حوالة الدين أقرب إلى أن تكون كفالة محورة، ووجه التحوير فيها أن الدائن يرجع على الكفيل «المحال عليه» أولاً، فإن توى الدين عند الكفيل رجع على الدين الأصلي، أما في الكفالة العادية فالدائن بالخيار إن شاء طالب المدين الأصلي أولاً وإن شاء طالب الكفيل لأن المطالبة بقيت عند المدين وإنما ضمت فيها إلى ذمته ذمة الكفيل.

ب - ديون التركة

عدم انتقال الديون المترتبة على العقد من المورث إلى الوارث:

أما إذا أبرم المورث عقداً رتب في ذمته ديناً، ومات قبل الوفاء بالدين، فإن الدين لا ينتقل إلى ذمة وارثه بل يبقى في التركة^(١)، وتصبح التركة هي المسؤولة عنه إلى أن يسدد. ثم تسدد بعد ذلك وصايا المورث في حدود ثلث التركة بعد وفاء الديون. .

وبعد سداد الديون والوصايا يكون الباقي من التركة نصيب الورثة ينتقل إليهم بالميراث، ويوزع بينهم كل بقدر حصته^(٢).

= وحوالة الدين في المذاهب الثلاثة الأخرى يستوقف النظر فيها أنها لا تكون إلا حيث يكون المدين دائناً في الوقت ذاته للمحال عليه بجنس ما عليه وبمقداره. فهي إذن وفاء دين بحق عن طريق إسقاط كل من الدين والحق، فتنتهي إلى تجديد بتغيير الدائن بالنسبة إلى استيفاء الحق، وإلى تجديد بتغيير المدين بالنسبة إلى الوفاء بالدين. أما الحوالة حيث لا يكون للمدين دين في ذمة المحال عليه، فهذه ليست حوالة أصلاً بل هي محض كفالة.

ويخلص من كل ذلك أن الفقه الإسلامي لم يقر حوالة الدين بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي في أي مذهب من مذاهبه. وقد أقر حوالة الحق بشروط معينة في أحد مذاهبه، وهو مذهب مالك، دون المذاهب الأخرى. فسار الفقه الإسلامي بذلك على السنن المألوفة في التطور، إذ بدأ بإقرار حوالة الحق بسبب الموت، ثم بإقرار هذه الحوالة بين الأحياء ولكن في مذهب واحد من مذاهبه. ثم وقف تطوره عند ذلك فلم يقر حوالة الحق بين الأحياء ولكن في مذهب واحد من مذاهبه. ثم وقف تطوره عند ذلك فلم يقر حوالة الحق بين الأحياء في المذاهب الأخرى، ولم يقر حوالة الدين أصلاً لا بسبب الموت ولا بين الأحياء. (انظر «الوسيط» للمؤلف (٢٤٠/٣) وانظر أيضاً رسالة في هذا الموضوع للأستاذ محمد الحسيني عبد الغفار).

(١) أما في القانون الفرنسي، فإن الدين ينتقل إلى ذمة الوارث، ولدائني التركة أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية، إلا إذا رفض الوارث الميراث أو قبله بشرط التجنب.

(٢) والحقوق التي تترتب على التركة هي: «أولاً» حق الميت في تجهيزه وتكفينه ودفنه. «ثانياً» حق الدائنين، «ثالثاً» حق الموصى لهم، «رابعاً» حق الورثة، وذلك على الترتيب المتقدم. جاء في «المبسوط» (١٣٦/٢٩). «إذا مات ابن آدم.. فأول ما يبدأ به تجهيزه وتكفينه ودفنه بالمعروف.. ثم بعد الكفن يقدم الدين على الوصية والميراث، لحديث علي رضي الله عنه قال إنكم تقرأون الوصية قبل الدين، وقد شهدت رسول الله ﷺ بدأ بالدين قبل الوصية. وقيل لابن عباس رضي الله عنه إنك تأمر بالعمرة قبل الحج وقد بدأ الله تعالى بالحج فقال وأنموا الحج والعمرة لله، فقال كيف تقرأون آية الدين، فقالوا من بعد وصية يوصي بها أو دين، فقال بماذا يبدأ، فقالوا بالدين، قال هو ذلك. ولأن قضاء الدين من أصول حوائجه فإنه يفك به رهانه، وتنفيذ الوصية ليس من أصول حوائجه. ثم قضاء الدين مستحق عليه، والوصية لم تكن مستحقة عليه. وصاحب الدين ليس يملك ما يأخذ عليه ابتداء ولكنه في الحكم يأخذ ما كان له، ولهذا ينفرد به إذا ظفر بجنس حقه، والموصى له يملك ابتداء بطريق التبرع. وأيد هذا كله ما روي أن رجلاً أعتق عبداً في مرضه وعليه دين، فاستساعه رسول الله ﷺ في قيمته، وإنما فعل ذلك لأنه قدم الدين على الوصية.. ثم بعد قضاء الدين تقدم الوصية في محلها على الميراث، ومحل الوصية الثلث».

فإذا اشترى المورث داراً وبقي ثمنها ديناً في ذمته إلى أن مات، فالثمن يبقى في التركة ولا ينتقل إلى ذمة الورثة. وإذا كان مؤجلاً ولم يكن قد حل أجله، فإن موت المدين يسقط الأجل ويجعل الثمن واجب الدفع في الحال كما سبق القول. وعلى التركة أن تسدد الثمن للبائع، وللبيع أن يحبس المبيع إذا كان لم يسلمه حتى يقبض الثمن. فإذا ما قبض البائع الثمن من التركة، واستوفيت سائر الديون والوصايا، كان الباقي من التركة ملكاً للورثة كما قدمنا.

ويلاحظ أن كل تصرف من المورث في مرض الموت يفرض فيه أنه تصرف تبرعي إلى أن يقوم الدليل على العكس، ويأخذ حكم الوصية، فلا ينفذ من غير إجازة الورثة إلا في حدود ثلث التركة. وهذا قيد على تصرفات المالك وهو في مرض الموت سبقت الإشارة إليه.

ويبقى الآن أن نعرف - ما دام الدين لا ينتقل إلى ذمة الورثة بعد موت المدين - في ذمة من يكون الدين؟ ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الدين يبقى في ذمة المدين حتى بعد موته، فهم يفترضون بقاء الذمة بعد الموت بشرط أن تتقوى الذمة بتركة أو كفيل، فإن لم يترك المدين تركة أو كفلاً بالدين خربت الذمة وسقط الدين وذهب المالكية إلى أن الذمة لا تبقى بعد الموت لأنها صفة من صفات الحياة فتزول بزوالها، والدين يتعلق بالتركة لا بذمة الميت، فإذا توفي المدين ولم يترك مالا سقط دينه لانعدام محله. أما الحنابلة، فمنهم من ذهب مذهب الحنفية والشافعية فقال إن محل الدين ذمة الميت بافتراض وجودها بعد موته، ومنهم من ذهب مذهب المالكية فقال إن محل الدين هو تركة الميت، ومنهم من ذهب إلى أن محل الدين هو ذمة الورثة ولكن في حدود ما يتركه الميت من أموال، وهذا الرأي الأخير أقرب إلى المعمول به في القوانين اللاتينية إذا قبل الوارث الميراث بشرط التجنيب.

وأياً كان اختلاف المذاهب في هذه المسألة - وليس لهذا الاختلاف آثار عملية - فقد اتفقت على أن الدين يتعلق بما يتركه المدين من أموال، فتصبح تركة الميت هي المسؤلة عن سداد ديونه. والدين يتعلق بمالية التركة لا بذوات أعيانها، إذ حق الدائن هو أن يستوفي دينه من مالية التركة لا من عين بالذات^(١).

متى تنتقل ملكية أعيان التركة إلى الورثة:

ليس الغرض من تحديد وقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة القول بأنهم يستطيعون التصرف في هذه الأعيان من هذا الوقت، فإن ملكية الأعيان قد تنتقل إليهم والديون متعلقة بالتركة فلا يستطيعون التصرف فيها كما سنرى^(٢): ولكن هناك نتائج أخرى تتوقف على تحديد هذا الوقت، وهل يكون وقت موت المورث أو تبقى التركة على ملك الميت حتى تسدد الديون؟

(١) انظر مقالاً للأستاذ علي الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة - «مجلة القانون والاقتصاد» السنة الثانية عشرة (١٥٣ - ١٥٦).

(٢) انظر في هذه النتائج مقال الأستاذ علي الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة «وهو المقال السابق الإشارة إليه» (١٧٤ - ١٧٧).

ونذكر من هذه النتائج ما يأتي:

١ - نماء أعيان التركة بزيادتها زيادة متولدة متصلة أو منفصلة، كالشجرة والسمن والولد والريح، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت، يكون ملكاً للميت فتقضى من هذه الزيادة ديونه وتنفذ وصاياه. وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث، فإذا هذه الزيادة تكون ملكاً للورثة، فلا تقضى منها ديون الميت ولا تنفذ منها وصاياه.

٢ - نفقات أعيان التركة، كنفقة الحفظ والصيانة وكمصروفات الحمل والخزن وكطعام الحيوان، تكون على التركة فيما إذا بقيت على ملك الميت. أما إذا انتقلت إلى الورثة بمجرد موت المورث، فإن هذه النفقات تكون على الورثة، حتى إذا بيعت أعيان التركة في ديون الميت لم يكن للورثة الرجوع بما أنفقوا، ويكون عليهم أن يتخلصوا من هذه النفقات بالمبادرة إلى بيع الأعيان لسداد الديون، وكما أن لهم نماء الأعيان يكون عليهم نفقاتها، والغرم بالغنم.

٣ - إذا كان في أعيان التركة عقار يشفع به في عقار آخر، وبيع العقار الآخر بعد موت المورث، فإن كان الورثة يمتلكون العقار المشفوع به من وقت موت المورث ثبت لهم حق الشفعة ابتداء لا عن طريق الوراثة، وإلا لم يثبت أصلاً عند من يقول بانتقال حق الشفعة بالميراث.

وقد اختلفت المذاهب في تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة، فمنها ما ذهب إلى بقاء التركة على ملك الميت، ومنها ما ذهب إلى انتقالها فوراً إلى ملك الورثة، ومنها ما ميز بين حالة وحالة.

فعند المالكية تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين، سواء كان الدين مستغرقاً للتركة أو لم يكن مستغرقاً لها.

وعند الشافعية (في المذهب الجديد) والحنابلة (في أشهر الروايتين) تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث، مع تعلق الدين بها على النحو الذي قدمناه سواء كان الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق لها.

وعند الحنفية يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة أو كان غير مستغرق لها. فإن كان الدين مستغرقاً، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة. وأما إن كان الدين غير مستغرق، فالرأي الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال. وهناك رأي ثان يذهب إلى أن الأموال لا تنتقل في هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين، وهذا الرأي يتفق مع مذهب المالكية. وهناك رأي ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميت من الأعيان ما يكفي لسداد الدين وتنتقل بقية الأموال إلى الورثة^(١).

تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون:

اختلفت المذاهب في صحة هذا التصرف، ولكن اختلافها هنا لا يتفرع حتماً على اختلافها

(١) انظر عرضاً مفصلاً لهذه المذاهب وللأدلة التي يحتج بها كل من الشافعية والمالكية في مقال الأستاذ علي الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة، «مجلة القانون والإقتصاد»، السنة الثانية عشرة (١٥٨ - ١٧٤).

في الوقت الذي تنتقل فيه التركة إلى ملك الورثة، وإلا لوجب أن يقول من يذهب إلى انتقالها إلى ملك الوارث بمجرد موت المورث بصحة تصرف الوارث قبل سداد الدين، وأن يقول من يذهب إلى بقائها على ملك الميت بعدم صحة هذا التصرف، وسنرى بعد عرض المذاهب في هذه المسألة أن هذا ليس مطرداً.

المذهب المالكي:

فعند المالكية، وهم القائلون ببقاء أموال التركة على ملك الميت حتى يسدد الدين، يقتضي منطق هذا القول أن يكون تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين باطلاً سواء كان الدين مستغرقاً أو غير مستغرق، ولكن هذا هو أحد رأيين في المذهب، وليس مبنياً على انعدام ملك الورثة بل على حماية حق الدائن فهو مقدم على حق الورثة.

والرأي الآخر يذهب إلى أن تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم يمس حق الدائن ولم يتضرر هذا به، كأن يأذن فيه قبل أن يباشره الوارث، أو ينزل عن دينه، أو يبقى من التركة بعد التصرف ما يكفي لسداد الدين. لا فرق في ذلك كله بين أن يكون الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق. وإذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم إلا من المبيع، فلذلك حالتان: الأولى أن يكون الوارث عالماً بالدين وقت تصرفه أو أن يكون الميت مشهوراً بأنه مدين، وعند ذلك يفسخ البيع إلا إذا دفع المشتري قيمة المبيع يوم قبضه، فإذا دفعها لزم البيع ورجع المشتري على بائعه من الورثة بما غرم من قيمته. والحالة الثانية أن يكون الوارث غير عالم بالدين ولم يكن الميت مشهوراً بأنه مدين، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه، ويرجع الدائنون على الوارث بقدر الثمن سواء كان فيه وفاء بالدين أو لا، ولا رجوع لهم على المشتري بشيء إلا إذا حابه الوارث في البيع فيرجع الدائنون بقدر المحاباة فقط.

ويتساوى الدائنون في اقتضاء حقوقهم من التركة. فإن ظهر بعد ذلك دائن لم يقتض حقه، رجع على الورثة بما في أيديهم من أموال التركة. فإن لم تكف هذه الأموال لوفاء دينه، رجع على الدائنين بما فاته من حصته.

جاء في «المدونة الكبرى» (٥٧/١٣ - ٥٩): «قلت أرأيت لو أن رجلاً هلك وترك ديوناً، فباع الورثة ماله وقضوا أهل دينه، وفضلت في يد الورثة فضلة من تركته فاقسموها، فقدم رجل فأقام البينة على الميت بدين له عليه... أ يكون له أن يتبع الغرماء الذين أخذوا دينهم من الورثة في قول مالك؟ قال قال مالك ليس له أن يتبع الغرماء ولكن يتبع الورثة إذا كان الذي بقي من تركة الميت في يد الورثة كفافاً لدينه، وإن كان دينه أكثر مما بقي في يدي الورثة رجع على الغرماء بما يصير له عندهم أن لو كان حاضراً فحاصهم. وتفسير ذلك أن يكون على الميت دين ثلثمائة دينار لثلاثة رجال، وتركه الميت مائتان وخمسون ديناراً، فقاضى الورثة غريمين مائتين ولم يعلموا بالآخر، وبقيت في يد الورثة خمسون. فهو يحاص الغرماء بجميع دينه، فيصير لكل واحد من الغرماء ثلاث وثمانون وثلث. فالخمسون التي في يد الورثة هي للغريم الذي أحيا دينه يتبع الورثة بها، ويتبع اللذين اقتضيا مائة مائة يتبع كل واحد بسبعة عشر إلا ثلثاً، فذلك ثلاث وثلثون وثلث.

فيصير له ثلاث وثمانون وثلاث بالخمسين التي في يد الورثة، ويصير لكل واحد من الغرماء ثلاثة وثمانون وثلاث لأنه رجع على كل واحد بسبعة عشر إلا ثلثاً. قلت فإن لم يترك إلا مقدار الدين الذي أخذته الغرماء من تركة الميت الذي دفعه إليهم الورثة، قال قال مالك يرجع إلى الغرماء فيحاصهم بمقدار دينه. قلت ولا يرجع على الورثة بشيء من ذلك إن أصاب الغرماء عدماً، قال إذا قضت الورثة الغرماء دينهم وهم لا يعلمون بدين هذا الرجل الذي طرأ عليهم، فليس عليهم شيء. وإن كانوا يعلمون بدينه، فإذا أصاب الغرماء عدماً لا مال عندهم، كان له أن يرجع على الورثة بحصته من الدين ويتبع الورثة الغرماء الأولين بمقدار ما غرموا لهذا الغريم الذي طرأ. قلت وهذا قول مالك، قال هذا رأيي لأنهم أتلّفوا حقه وهم يعلمون بذلك. قلت أرأيت إن باع الورثة تركة الميت فأكلوها واستهلكوها، ثم قدم قوم فأقاموا البيّنة على دين لهم على الميت؟ قال مالك إن كان الرجل الميت معروفاً بالدين، فبأدر الورثة الغرماء فأخذوا ماله فباعوه واقتسموه وأكلوه، كان للغرماء أن يأخذوا مال الميت حيثما وجدوه، ولا يجوز بيع الورثة، واتبع الذين اشتروا الورثة. وإن كان الرجل الميت لا يعرف بالدين، فباعوا على مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم، اتبع الغرماء الورثة، ولم يكن لهم على من اشترى منهم سبيل، ولا يأخذون من الذين اشتروا ما في أيديهم. قال ابن القاسم أخبرني بهذا عن مالك غير واحد من أصحابنا، وهو رأيي. سحنون عن ابن وهب قال مالك في الرجل يهلك وهو مديان أو غير مديان معروف كلاهما على حاله، ثم يبيع الورثة أمواله فيقسمونها، ثم يأتي دين على هذا الميت، فيوجد المال بأيدي الناس الذين اشتروا. قال أما الذي يعرف بالدين ولا يجهل أمره، فإن الغرماء يأخذون ما وجدوا بأيدي الناس الذين اشتروا، ويتبع الذين اشتروا الورثة بأموالهم. وأما الذي لا يعرف بالدين ولا يظن به الدين، فإنما يتبع غرماؤه الورثة بضمن ما باعوا، كان فيه وفاؤهم أو لم يكن».

مذهب الشافعي:

وعند الشافعية، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث، لا يجوز مع ذلك للوارث أن يتصرف في أموال التركة المدينة، ولو كان الدين غير مستغرق للتركة. ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقلة بالدين، فيتعلق الدين بها كما يتعلق الرهن، والرهن عند الشافعية مانع من بيع العين المرهونة. وفي مذهب الشافعي رواية أخرى تقضي بأنه يصح تصرف الوارث في التركة المدينة، لأن الدين حق تعلق بالمال من غير رضا المالك، فلم يمنع التصرف كمال المريض، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه وإن لم يقضه فسخ الصرف.

ويتساوى الدائنون في اقتضاء حقوقهم من التركة، فإن ظهر دائن لم يكن معروفاً وقت أن اقتسم الدائنون التركة، رجع عليه وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه.

جاء في «المهذب» (٣٢٧/١): «ومن مات وعليه ديون، تعلقت الديون بماله كما تتعلق بالحجر في حياته.. فإن تصرف الوارث في التركة قبل مضي الدين، ففيه وجهان: أحدهما لا يصح، لأنه مال تعلق به دين، فلا يصح التصرف من غير رضا من له الحق كالمرهون.

والثاني: يصح، لأنه حق تعلق بالمال من غير رضا المالك، فلم يمنع التصرف كمال

المريض. وإن قلنا إنه يصح، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه، وإن لم يقض فسحنا... وإذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء، ثم ظهر غريم آخر، رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه، لأننا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر أنه لا غريم له غيرهم، فإذا بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة، كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه.

المذهب الحنبلي:

وقد رأينا أن في المذهب الحنبلي روايتين: أشهرهما أن أموال التركة تنتقل إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث، مع تعلق الدين بها، فإن تصرف الورثة في التركة قبل سداد الدين، صح تصرفهم، ولزمهم أداء الدين، فإن أدوه نفذ التصرف، وإن لم يؤدوه فسخ. والرواية الثانية تقضي بأن أموال التركة لا تنتقل إلى ملك الورثة إلا بعد سداد الدين. فإن تصرف الورثة في مال للتركة قبل سداد الدين، لم يصح التصرف، لأنهم يكونون قد تصرفوا في غير ملكهم.

جاء في «المغني» (٤/٤٨٧): «حكى بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين، هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة؟ روايتين: إحداهما لا يمنعه... لأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس، فلم يمنع نقله. فإن تصرف الورثة في التركة ببيع أو نحوه، صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين. فإن تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم، كما لو باع السيد عبده الجاني أو النصاب الذي وجبت فيه الزكاة. والرواية الثانية يمنع نقل التركة إليهم، لقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١] فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية، فلا يثبت لهم الملك قبلهما، فعلى هذا لو تصرف الورثة، لم يصح تصرفهم، لأنهم تصرفوا في غير ملكهم».

المذهب الحنفي:

وقد رأينا أن الحنفية يميزون بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة أو كان غير مستغرق لها. فإن استغرق الدين أموال التركة، تبقى هذه الأموال على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة. ويكون أي تصرف للوارث في مال التركة باطلاً في هذه الحالة.

ولا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الديون، ولا يكفي أن يدفعوا قيمة التركة، وهذا على الرأي المشهور في المذهب الحنفي، وفي قول آخر يكفي لاستخلاص أموال التركة أن يدفع الورثة للدائنين قيمة هذه الأموال لا جميع الديون. ويستثنى من أن أموال التركة لا تنتقل إلى الورثة إذا كانت التركة مستغرقة بالدين حالة ما إذا كان الدائن الوحيد للتركة هو الوارث لها، فعند ذلك لا يوجد ما يمنع من أن ينزل الوارث عن دينه فينتقل إليه أموال التركة خالصة من الدين.

وإن لم يستغرق الدين أموال التركة، فبالرغم من أن هناك قولاً بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة، لا يجوز مع ذلك للوارث التصرف في هذه الأموال، فإن تصرف كان تصرفه باطلاً. وهناك من فقهاء الحنفية من يذهب إلى أن تصرف الوارث في هذه الحالة يكون صحيحاً نافذاً ما بقي في التركة ما يفي بسداد الدين أو أجاز الدائن التصرف.

جاء في «المبسوط» (١٣٧/٢٩ - ١٣٨): «الدين إذا كان محيطاً بالتركة، يمنع ملك الوارث في التركة. وإن لم يكن محيطاً فكذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الأول، وفي قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال لأنه يخلف الموروث في المال، والمال كان مملوكاً للميت في حال حياته مع اشتغاله بالدين كالمرهون، فكذلك يكون ملكاً للوارث. وحجتنا في ذلك قوله تعالى ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١]؛ فقد جعل الله تعالى أوان الميراث ما بعد قضاء الدين، والحكم لا يسبق أوانه. فيكون حال الدين كحال حياة المورث في المعنى، ثم الوارث يخلفه فيما يفضل من حاجته، فأما المشغول بحاجته لا يخلفه وارثه فيه. وإذا كان الدين محيطاً بتركته فالمال مشغول بحاجته. وقيام الأصل يمنع ظهور حكم الخلف. ولا يقال يبقى مملوكاً بغير مالك، تبقى مالكية المديون في ماله حكماً لبقاء حاجته».

وجاء في «الزيلعي» (٢١٣/٥ - ٢١٤): «إن استغرق الدين يمنع ملك الوارث في التركة. وإن كان غير مستغرق، ففي قول أبي حنيفة رحمه الله الأول كذلك، وفي قوله الآخر يملك الوارث جميع التركة... وبعد موت المريض الغرماء أحق بالمالية، والورثة أحق بالعين حتى كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة. وحق الغرماء في الموضعين لم يتعلق إلا بالمالية، حتى لا يكون لهم الاستخلاص بالقيمة أصلاً». وجاء في مكان آخر (٢١٤/٦): «إن الدين يجب في الذمة... ولا ينتقل بالموت من الذمة إلى التركة. ألا ترى أن التركة لو هلك لا يسقط الدين، وأن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر... بخلاف الوصية، فإن حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة، وليس للوارث أن يستخلص التركة ويعطيه من محل آخر. لأبي يوسف رحمه الله أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة، ولهذا لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها إذا كانت مستغرقة بالدين». وجاء في «حاشية الشلبي» (٢١٤/٦) تعقيباً على ما تقدم: «إذا كانت التركة مستغرقة بالدين، فأراد الوارث استخلاص التركة ونقد المال، يجبر رب الدين على القبول. لأن عند استغراق التركة بالدين، وإن كان لا ملك لهم، ولكن لهم حق استخلاص التركة. أما لو قالوا نحن نؤدي الدين ولم يكن المال نقداً، كان للقاضي أن يبيع التركة ويقضي حق الغرماء. والأجنبي لو نقد الدين لا يجبر رب الدين على القبول، لأنه ليس له ولاية استخلاص التركة بخلاف الورثة. والدين إذا كان زائداً على التركة، فللورثة ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الدين لا بقدر التركة، كالعبد الجاني إذا فداه مولاه فداه بأرشه».

ما يخلص من اختلاف الرأي في هذه المسألة:

ويخلص مما قدمناه في اختلاف المذاهب أن منع الورثة من التصرف في أعيان التركة قبل سداد الدين لا يرجع إلى عدم انتقال الملكية إليهم قبل هذا السداد، بل يرجع إلى حماية الدائنين. وتختلف الأنظار في الطريقة التي تتم بها هذه الحماية.

فهناك قول يذهب في الحماية إلى مدى بعيد، فيبطل تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين، سواء انتقلت ملكية هذه الأعيان إلى الوارث فوراً بموت المورث أو تراخت إلى وقت سداد الدين. وهذا القول نجده في كل من المذاهب الأربعة.

وهناك قول آخر لا يمعن في الحماية إلى هذا الحد، بل يوفق بين حق الوارث وحق الدائن، فيبيح تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين بشرط ألا يمس التصرف حق الدائن. فلا ينفذ تصرف الوارث إلا إذا أجاز الدائن هذا التصرف، أو نزل عن دينه، أو استوفى هذا الدين، أو بقي في التركة مال يكفي للوفاء به، وهذا القول الآخر نجده أيضاً في كل من المذاهب الأربعة.

انتقال التركة المدينة إلى الورثة في التقنين المدني المصري:

وقد عنى التقنين المدني المصري الجديد بتنظيم القاعدة الفقهية التي تقضي بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون، فأورد نظاماً مفصلاً لتصفية التركات المدينة، بعد أن قرر إجمالاً وجوب اتباع أحكام الفقه الإسلامي في الميراث، لا في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فحسب، بل أيضاً في كيفية انتقال أموال التركة إلى الورثة. فنصت المادة ٨٧٥ مدني على أن:

١ - تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها.

٢ - وتتبع في تصفية التركة الأحكام الآتية». وقد كانت هذه المسألة محل نقاش معروف في عهد التقنين المدني السابق إذ كان هناك خلاف هل تطبق أحكام الشريعة الإسلامية في كيفية انتقال المال بالإرث أو لا تطبق، فحسم التقنين الجديد هذا الخلاف، وصرح بوجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.

ونبين ما انطوت عليه نصوص التقنين المدني الجديد من مبادئ رئيسية في انتقال أموال التركة من المورث إلى الوارث، وفي حق الورثة في التصرف في هذه الأموال وفي حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون. وقد انطوى التقنين المدني في هذا الصدد على المبادئ الرئيسية الآتية، وهي مستقاة من مبادئ الفقه الإسلامي في مذاهب المختلفة:

أولاً: تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث، مع تعلق حقوق الدائنين بها. فتنقل هذه الأموال مثقلة بحق عيني هو أقرب إلى أن يكون حق رهن، ولكنه رهن مصدره القانون. ولا بد من شهر هذا الحق ليكون نافذاً في حق الغير ممن عسى أن يتصرف له الوارث. ويكون الشهر بأحد طريقتين:

١ - إما بتأشير الدائن بدينه في خلال سنة من وقت تسجيل المورث شهادة الإرث، ويكون التأشير أمام اسم المورث في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية. فإذا تم التأشير على هذا النحو، أو تم بعد سنة ولكن قبل تسجيل تصرف الوارث، استطاع الدائن أن ينفذ بحقه على عقارات التركة ولو كان الورثة قد تصرفوا فيها، فيتبعها في يد الغير. وهذا الطريق يتبع إذا لم تبضع التركة لنظام التصفية الذي نص عليه القانون. وقد ورد هذا الحكم في المادة ٩١٤ مدني إذ تنص على ما يأتي: «إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة، جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها أو التي رتب عليها حقوق عينية لصالح الغير إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون.

ب - وإما أن تخضع التركة لنظام التصفية المنصوص عليه في القانون، ففي هذه الحالة يقوم مقام التأشير بالدين المشار إليه سابقاً، ويكون له نفس الأثر، قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي. وقد نصت المادة ٨٧٩ مدني في هذا الصدد على ما يأتي: «على كاتب المحكمة أن يقيد يوماً فيوماً الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وبتثبيت أوصياء التركة في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية. ويجب أن يؤشر في هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل.

٢ - ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفي من الأثر في حق الغير الذي يتعامل مع الورثة في شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه في المادة ٩١٤».

ويخلص من ذلك أنه يترتب على شهر حقوق الدائنين على النحو الذي بيناه سالفاً أن يكون لهؤلاء الدائنين حق تتبع أعيان التركة في يد الغير، حتى تسدد لهم ديونهم. ويجوز أن تسدد ديونهم عن طريق التنفيذ الجبري، أو عن طريق المصفي، أو من الورثة أنفسهم، أو من الغير.

ثانياً: ولما كانت أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث، فإنه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها، ولكن تصرفهم يكون خاضعاً لحقوق الدائنين على النحو الذي بيناه. على أنه إذا خضعت التركة لنظام التصفية، لم يجز للورثة التصرف فيها ولا تقاضي الدين التي لها من مدينيتها إلا بعد أن تسلم إليهم شهادات التوريث على الوجه المبين في القانون. وفي هذا الصدد تنص المادة ٨٨٤ مدني على أنه «لا يجوز للوارث، قبل أن تسلم إليها شهادة التوريث المنصوص عليها في الماد ٩٠١، أن يتصرف في مال التركة، كما لا يجوز له أن يستوفي ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين التركة». ومع ذلك فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٠٠ مدني على ما يأتي: «يجوز للورثة، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد، المطالبة بأن يتسلموا بعضاً منها، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها». وغني عن البيان أن الوارث الذي يتسلم شيئاً من ذلك يكون له حق التصرف فيه، ولو قبل أن يتسلم شهادة التوريث.

ثالثاً: ويكون سداد الديون، إذا لم تخضع التركة لنظام التصفية، بإجراءات فردية يتولاها كل دائن لنفسه، فيتخذ من الإجراءات التنفيذية والإجراءات التحفظية لاستيفاء حقه من أموال التركة ما يقرره القانون لكل دائن، وذلك ما عن طريق الحجز على هذه الأموال وهي في يد الورثة، وإما عن طريق تتبعها والحجز في يد الغير إذا تم الشهر على النحو المبين سالفاً. ويترتب على ذلك أن حالة الدائنين بعد موت المورث، من حيث الالتجاء إلى الإجراءات الفردية، تماثل حالتهم قبل موته. فمن سبق منهم غيره إلى التنفيذ ظفر بحقه، ومن تأخر فقد يضيع عليه حقه كله أو بعضه. على أنه لا يجوز لأي دائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة (م ١٠٨٥/٢ مدني). أما إذا خضعت التركة لنظام التصفية، فلا يكون سداد الديون إلا بإجراءات جماعية يتولاها المصفي نيابة عن التركة. ومن ثم لا يجوز لأي دائن أن يتخذ إجراءات فردية لاستيفاء حقه، بل يقوم المصفي في التركة، كما يقوم السنديك في التفليسة - بجرد أموال التركة وحصر الديون التي عليها وسدادها وتوزيع ما بقي بعد السداد على الموصى لهم والورثة، وإن ضاقت التركة بوفاء

الديون، تحاص الدائنون أموال التركة، وأخذ كل منهم حصة بنسبة دينه، ولم يأخذ الموصى لهم والورثة شيئاً.

نظام تصفية التركة في التقنين المدني المصري الجديد:

بقي أن نعرف الخطوط الرئيسية في نظام تصفية التركة عندما تخضع للتصفية، ونبادر إلى القول إن كل تركة لا تخضع حتماً للتصفية، بل إن أكثر التركات لا تخضع لهذا النظام لما فيه من إجراءات معقدة ومصروفات كثيرة مما يجعل النظام غير صالح إلا للتركات الكبيرة الكثيرة الديون. ومن ثم جعل طلب إخضاع التركة لنظام التصفية رخصة لأي من ذوي الشأن - الدائن أو الموصى له أو الوارث - على أن يخضع هذا الطلب لتقدير القاضي، فإن لم ير موجباً لذلك رفض إخضاع التركة لهذا النظام^(١). وهذا كله إذا لم يعين المورث نفسه وصياً لتركته، فإن عين وصياً للتركة، وأقر القاضي هذا التعيين، فإنه يسري على وصي التركة ما يسري على المصفي من أحكام (٨٧٨ مدني). وهذا ما تنص عليه المادة ٨٧٦ مدني في خصوص جواز إخضاع التركة لنظام التصفية: «إذا لم يعين المورث وصياً لتركته، وطلب أحد ذوي الشأن تعيين مصف لها، عينت المحكمة، إذا رأت موجباً لذلك، من تجمع الورثة على اختياره. فإن لم تجمع الورثة على أحد، تولى القاضي اختيار المصفي، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء». وتنص المادة ٨٧٧ مدني على أنه:

١ - لمن عين مصفياً أن يرفض تولي هذه المهمة أو أن يتنحى عنها بعد توليها، وذلك طبقاً لأحكام الوكالة.

٢ - وللقاضي أيضاً، إذا طلب إليه أحد ذوي الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب، عزل المصفي واستبدال غيره به، متى وجدت أسباب تبرر ذلك».

ومتى وجد مصفي التركة وجب عليه:

١ - تسلم أموال التركة.

٢ - جرد ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون.

٣ - تسوية ديون التركة.

٤ - تسليم أموال التركة لأصحابها، وعند الاقتضاء قسمتها بينهم. فنتابع هذه الخطوات.

(١) ونرى من ذلك أن ما يوجهه الأستاذ محمد أبو زهرة، في كتابه «أحكام التركات والموارث» (٦٤ - ٧٤)، من الانتقاد لنظام التصفية، لما يتضمنه من مصروفات وإجراءات معقدة، غير وارد. فهو ليس بنظام إجباري، بل هو ليس بنظام اختياري يجوز لذوي الشأن أن يطبقوه متى شاءوا. وإنما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة إذا أثقلتها الديون الكثيرة وتعقدت علاقاتها، فالنظام ملائم كل الملاءمة لمثل هذه التركات. والقاضي وحده هو الذي يقدر ما إذا كان يستجيب لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك.

١ - تسلم أموال التركة:

يتسلم المصفي أموال التركة بمجرد تعيينه، ويتولى تصفيتها برقابة المحكمة، وتحمل التركة نفقات التصفية (م ٨٨٠ مدني)، وعلى المصفي أن يقوم في الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مآتمه بما يناسب حالته. وعليه أيضاً أن يستصدر أمراً من قاضي الأمور الوقفية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهي التصفية، على أن تخصم النفقة التي يستولي عليها كل وارث من نصيبه في الإرث (م ١/٨٨٢ مدني). وغني عن البيان أن هذا معناه ألا تكون التركة مستغرقة بالدين، وإلا لما وجدت أنصبة في الإرث للورثة تخصم منها النفقة.

٢ - جرد التركة:

لا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي أن يتخذ الدائنون أي إجراء، كما لا يجوز لهم أن يستمروا في أي إجراء اتخذه، إلا في مواجهة المصفي (م ١/٨٨٣ مدني). ولا يجوز للوارث. قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث، أن يتصرف في مال التركة، كما لا يجوز له أن يستوفي ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين التركة (م ٨٨٤ مدني)، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. وعلى المصفي أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، وعليه أيضاً أن ينوب عن التركة في الدعاوى وأن يستوفي مالها من ديون قد حلت (م ١/٨٨٥ مدني). وعليه أن يكلف دائني التركة ومدينها أن يقدموا بياناً بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، وأن يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال (م ٨٨٦ - ٨٨٧ مدني). ويعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شيء من مال التركة ولو كان وارثاً (م ٨٨٩ مدني). وكل منازعة في صحة الجرد، وبخاصة ما كان متعلقاً بإغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أو بإثباتها، ترفع بعريضة للمحكمة بناء على طلب كل ذي شأن. وتجري المحكمة تحقيقاً، فإذا رأت أن الشكوى جدية أصدرت أمراً بقبولها، وإن لم يكن النزاع قد سبق رفعه إلى القضاء عينت المحكمة أجلاً يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة، وتقضي فيها هذه المحكمة على وجه الاستعجال (م ٨٩٠ مدني).

٣ - تسوية ديون التركة:

وبعد انقضاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد، يقوم المصفي بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التي لم يقم في شأنها نزاع. أما الديون التي توزع فيها فتسوى بعد الفصل في النزاع نهائياً (م ٨٩١ مدني). ولكن على المصفي، في حالة إعسار التركة أو في حالة احتمال إعسارها، أن يقف تسوية أي دين، ولو لم يقم فيه نزاع، حتى يفصل نهائياً في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة (م ٨٩٢ مدني). ويقوم المصفي بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها ومما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية ومن

ثمن ما في التركة من منقول، ويدخل في ذلك أيضاً ريع أموال التركة ونماؤها^(١)، فإن لم يكن كل ذلك كافياً، فمن ثمن ما في التركة من عقار^(٢) وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلني وفقاً للأوضاع وفي المواعيد المنصوص عليها في البيوع الجبرية، إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة، فإذا كانت التركة معسرة وجب أيضاً رضا جميع الدائنين. وللورثة في جميع الأحوال أن يدخلوا في المزاد (م ٨٩٣ مدني). ويجوز للمحكمة، بناء على طلب جميع الورثة، أن تحكم بحلول الدين المؤجل الذي على التركة وبتعيين المبلغ الذي يستحقه الدائن. ويكون ذلك باستئصال الفائدة بسعرها القانوني أو الاتفاق عن المدة الباقية لحلول الأجل، بشرط أن يكون قد انقضى على الدين ستة أشهر على الأقل، وأن يتم الإعلان عن الرغبة في الرد، وأن يتم الرد فعلاً في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان مع أداء الفوائد المستحقة عن ستة أشهر التالية للإعلان (م ٨٩٤ و ١٨٣/٢ و ٥٤٤ مدني). فإذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل، لم يسقط الأجل، وكذلك لا يسقط الأجل بالموت في التركات التي لم تخضع لنظام التصفية. وتتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلاً لصافي حصته في الإرث، وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين. فإن استحال تحقيق ذلك، ولو بإضافة ضمان تكميلي يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى، رتبته المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها (م ٨٩٥، ١ و ٢ مدني). ويجوز لكل وارث، بعد توزيع الديون المؤجلة، أن يدفع القدر الذي اختص به قبل أن يحل الأجل، وفقاً لأحكام حلول الأجل التي سبق بيانها. وبعد تسوية الديون على هذا النحو، إذا ظهر دائن للتركة لم يستوف حقه لعدم ذكره في قائمة الجرد ولم تكن له تأمينات على أموال التركة، لم يجز لهذا الدائن أن يرجع على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على أموال التركة، وإنما له الرجوع على الورثة بسبب إثرانهم فإذا ما سويت الديون، تولى المصفي بعد ذلك تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف.

٤ - تسليم أموال التركة إلى الورثة وقسمة هذه الأموال:

بعد أن يقوم المصفي بتنفيذ التزامات التركة من تجهيز الميت وسداد الديون والتكاليف والوصايا وغير ذلك، يخلص ما بقي من المال للورثة كل بحسب نصيبه الشرعي، ويسلم المصفي لهم ما آل إليهم من هذه الأموال (م ٨٩٩ - ٩٠٠ مدني). وتسليم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلماً شرعياً، أو ما يقوم مقام هذا الإعلام، شهادة تقرر حقه في الإرث وتبين مقدار نصيبه منه

(١) وهذا يتفق مع رأي الكثيرين من الحنابلة، فهم يجعلون التركة ملكاً للورثة بمجرد موت المورث ويجعلون الديون مع ذلك متعلقة بنمائها لتعلقها بأصل النماء (انظر مقال الأستاذ علي الخفيف المشار إليه (٢٢٠)). والأستاذ محمد أبو زهرة في «أحكام التركات والموارث» (٢٧).

(٢) ولا تبعد أحكام الفقه الإسلامي في بيع أموال التركة لسداد الديون كثيراً عن هذه الأحكام (الأستاذ محمد أبو زهرة في «أحكام التركات والموارث» (٥٨ - ٦٠)).

وتعين ما آل إليه من أموال التركة (م ٩٠١ مدني). وهذه الشهادة هي التي يسجلها، فيشهر بذلك انتقال المال الموروث إليه، وهي التي تبيح له من وقت تسلمها التصرف في هذه الأموال كما سبق القول. ولكل وارث أن يطلب من المضي أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزاً، فيتولى المصفي إجراء القسمة بطريقة ودية على ألا تصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالإجماع، فإذا لم ينعقد إجماعهم، أو كان فيهم قاصر، فعلى المصفي أن يرفع على نفقة التركة دعوى بالقسمة وتستنزل المصروفات من أنصباء المتقاسمين (م ٩٠٢/٩٠٣ مدني)^(١).

ح - الموصى له بجزء من مجموع التركة

حكم الموصى له بجزء من مجموع التركة هو حكم الوارث:

ويعتبر خلفاً عاماً كالوارث الموصى له بجزء من مجموع التركة، كما سبق القول. أما إذا كان موصى له بعين معينة بالذات، اعتبر خلفاً خاصاً. والموصى له عندنا يكون خلفاً عاماً حكمه حكم الوارث من ناحية انصراف أثر العقد الذي أبرمه الموصى. فينصرف إليه أثر العقد فيما يتعلق بالحقوق التي تنشأ منه، وتبقى الديون التي ترتبت على العقد في التركة مع جميع الديون الأخرى، وهي مقدمة على الوصية. فلا يأخذ الموصى له الجزء الموصى به من التركة إلا بعد سداد هذه الديون، شأنه في ذلك شأن الوارث لا يأخذ نصيبه في الإرث إلا بعد سداد ديون التركة.

تطبيق عملي:

ونورد تطبيقاً عملياً لما تقدم: امرأة أوصت لابن بنتها بثلاث تركتها وتركت ورثة لها زوجاً وأخاً، فابن البنت الموصى له يأخذ ثلث التركة بالوصية، والثلثان الباقيان يأخذ الزوج منهما النصف أي ثلث التركة بالميراث، والثلث الباقي يأخذه الأخ بالميراث أيضاً. وينتج من ذلك أن كلا من الوارثين والموصى له يأخذ ثلث التركة، ويتساوى الجميع لا في الأنصبة فحسب، بل أيضاً في تحمل الحقوق والديون المترتبة على عقد أبرمته المورثة في حياتها. فلو فرضنا أن المورثة كانت قد باعت داراً وبقي ثمنها ديناً على المشتري، انتقل هذا الحق الذي للتركة إلى الموصى له والوارثين كل بقدر الثلث فيكون للموصى له الثلث من ثمن الدار الثابت في ذمة المشتري، وبذلك ينصرف إليه أثر العقد الذي أبرمته الموصية حال حياتها مع المشتري. ولو فرضنا أن الموصية قد اشترت داراً حال حياتها وبقي الثمن ديناً في ذمتها، فإن هذا الدين يبقى في التركة ولا ينتقل إلى ذمة الموصى له والوارثين ويسدد الدين أولاً من أموال التركة، على النحو الذي بيناه فيما تقدم. ومتى سدد الدين أصبحت الدار ملكاً خالصاً للموصى له والوارثين، يتقاسمونها كل بقدر الثلث. ومن ثم لا ينصرف أثر العقد الذي أبرمته الموصية، من حيث الديون المترتبة على هذا العقد، في حق الموصى له.

ونرى من ذلك أن جميع ما قررناه في شأن الوارث، في صدد انصراف أثر العقد إليه من

(١) انظر في أحكام هذه القسمة المواد (٩٠٤ - ٩٠٧ مدني). وانظر في قسمة المورث المواد (٩٠٨ - ٩١٣ مدني).

حيث الحقوق وعدم انصراف أثر العقد إليه من حيث الديون صحيح أيضاً في شأن الموصى له بجزء من مجموع التركة. فيرجع في ذلك إلى ما قدمناه.

٢ - الخلف الخاص

الموصى له بعين معينة:

قدمنا أن الموصى له بعين معينة يعتبر خلقاً خاصاً للموصى في هذه العين. فهل يتحمل، كما هو الأمر في الفقه الغربي، أثر العقد الذي أبرمه الموصى في شأن هذه العين من حقوق تعتبر مكملة للعين والتزامات تعتبر محددة لها؟ حتى نجيب على هذا السؤال نفرض الفروض المختلفة الآتية:

١ - اشترى شخص داراً ثم أوصى بها - في حدود ثلث التركة - إلى شخص آخر. فإذا انتقلت الدار إلى الموصى له بعد موت الموصى، فهل يرجع الموصى له على البائع بضمان العيب وبضمان الاستحقاق وبضمان الهلاك إذا كانت العين لا تزال في يد البائع، كما كان يرجع الموصى لو كان حياً؟ الظاهر أنه يرجع، فيكون الخلف الخاص قد انصرف إليه أثر عقد البيع الذي أبرمه السلف في شأن العين التي انتقلت إلى الخلف من حيث الحقوق التي تعتبر مكملة للعين، كما هو الحكم في الفقه الغربي.

٢ - اشترى شخص داراً ولم يقبضها ولم يدفع ثمنها، فبقي الثمن ديناً في ذمته، ثم أوصى بها إلى شخص آخر. لا شك في أنه عند موت الموصي يبقى الثمن ديناً في التركة ولا ينتقل إلى ذمة أحد من الورثة ولا إلى ذمة الموصى له من باب أولى، وهذا لأن الديون لا تنتقل في الفقه الإسلامي من ذمة المدين الأصلي ولو بسبب الموت، بل تبقى في التركة. ولا شك أيضاً في أن الدار لا تخلص للموصى له إلا إذا كانت لا تزيد على ثلث التركة بعد استئصال ثمن الدار كسائر الديون، إذ أن التركة تصبح مدينة بالثمن كما قدمنا، وسداد الديون مقدم على تنفيذ الوصية. فإذا سددت جميع ديون التركة ومنها ثمن الدار، وكان ما بقي من أموال الدار الموصى بها. بعد سداد الديون لا يقل ثلثه عن قيمة هذه الدار خلصت الدار الموصى له دون أن ينصرف إليه أثر العقد من حيث ترتيب الثمن في ذمة المدين. ولكن يبقى بعد ذلك أن نتساءل هل يتحمل الموصى له حبس البائع للدار حتى يستوفي الثمن، كما كان الموصي يتحمل ذلك حال حياته؟ ولو كان للبائع خيار النقد ولم يقبض الثمن في الأيام الثلاثة المشترطة، فهل يتحمل الموصى له فسخ العقد، كما كان الموصى يتحمل ذلك حال حياته؟ لا شك في أن الموصى له يقوم مقام الموصي في كل ذلك، فيتحمل حبس الدار كما يتحمل فسخ البيع. ومن ثم ينصرف هنا إلى الخلف الخاص أثر العقد من حيث الالتزامات التي تعتبر محددة للعين، كما هو الحكم في الفقه الغربي.

٣ - باع شخص داراً ولم يقبض ثمنها فبقي الثمن ديناً له في ذمة المشتري، وأوصى بهذا الدين إلى آخر في حدود ثلث التركة. فبعد موته ينتقل هذا الحق إلى الموصى له، ويصبح هو الدائن بالثمن للمشتري. فهل يملك حبس المبيع إذا كان لا يزال في التركة حتى يستوفي الثمن؟ ولو كان للموصي خيار النقد فهل يملك الموصى له أن يفسخ العقد وفقاً لأحكام هذا الخيار؟ لا

شك في أن للموصى له حبس المبيع وله فسخ العقد بخيار النقد، كما كان الموصى يفعل لو بقي حياً، إذ الموصى له قد قام مقام الموصى في كل ذلك، ومن ثم ينصرف أثر العقد، من حيث الحقوق المكتملة للشيء، إلى الخلف الخاص الذي انتقلت إليه هذه العين، كما هو الحكم في الفقه الغربي.

٤ - أوصى شخص لآخر بدار مرهونة أو مستأجرة في حدود ثلث التركة، وعند موته انتقلت العين إلى الموصى له. فلا شك في أنها تنتقل إليه مثقلة بحق المرتهن أو بحق المستأجر كما كانت في حياة الموصى. وهذا دليل على أن أثر عقد الرهن أو عقد الإيجار ينصرف، من حيث ترتيبه للالتزامات تعتبر محددة للعين، إلى الخلف الخاص الذي انتقلت إليه هذه العين، كما هو الحكم في الفقه الغربي.

ونرى من ذلك أن حكم الموصى له كخلف خاص للموصى، من حيث انصراف أثر العقد إليه، حقاً مكماً أو التزاماً محدداً، يماثل حكم الخلف الخاص في الفقه الغربي.

المشتري لعين معينة:

وننتقل الآن إلى مثل آخر للخلف الخاص، المشتري لعين معينة، وهو خلف لا بسبب الموت كما في الموصى له، بل هو خلف بعقد فيما بين الأحياء، فنفرض في شأنه الفروض الآتية:

١ - باع شخص داراً، وكان قد اشتراها من آخر، فأصبح المشتري من البائع الثاني خلفاً خاصاً له على هذه العين. فإذا فرض أن بها عيباً يرجع به البائع الثاني على البائع الأول، أو كان للبائع الثاني خيار التعيين أو خيار فوات الوصف المرغوب فيه، فهل يستطيع المشتري باعتباره خلفاً خاصاً للبائع الثاني أن يرجع بضمان العيب على البائع الأول؟ وهل ينتقل إلى الخلف الخاص خيار التعيين أو خيار الوصف؟ ولو استحققت العين وكان للبائع الثاني أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع الأول، فهل يستطيع المشتري أن يرجع بدعوى الاستحقاق هذه على البائع الأول؟ الظاهر أنه يستطيع كل ذلك. ومن ثم تكون الحقوق المكتملة للعين قد انتقلت معها إلى الخلف الخاص، كما هو الحكم في الفقه الغربي.

٢ - اشترى شخص داراً من آخر ولم يقبضها ولم يدفع ثمنها. ثم باع الدار من مشتري، فأصبح هذا المشتري خلفاً خاصاً للبائع الثاني كما في المثل المتقدم، فهل يستطيع البائع الأول أن يحبس الدار عن المشتري حتى يستوفي الثمن كما كان يحبسها عن البائع الثاني؟ هل يستطيع أن يفسخ البيع بخيار النقد في حق المشتري كما كان يفعل في حق البائع الثاني؟ لا شك في أنه يستطيع كل ذلك. ومن ثم يتحمل الخلف الخاص أثر العقد الذي يبرمه سلفه فيما يتعلق بالالتزامات التي تعتبر محددة للعين، كما هو الحكم في الفقه الغربي.

٣ - باع شخص داراً مرهونة أو مستأجرة، فلا شك في أن المشتري - وهو خلف خاص للبائع - تنتقل إليه الدار محملة بحق المرتهن أو بحق المستأجر، بل إن البيع لا ينفذ إلا بإجازة المرتهن أو المستأجر. ومن ثم يتحمل الخلف الخاص أثر العقد من حيث الالتزامات التي تعتبر محددة كما هو الحكم في الفقه الغربي.

ويخلص من هذا كله أن الخلف الخاص في الفقه الإسلامي - على التحديد الذي عرفناه في الفقه الغربي - ينصرف إليه بوجه عام أثر العقد الذي يبرمه سلفه، من حيث الحقوق المكملة للشيء ومن حيث الالتزامات المحددة للشيء، كما هو الحكم في الفقه الغربي. ويمكن القول إذن أن أحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة تماثل في مجموعها أحكام الفقه الغربي.

المطلب الثاني

الدائنون

الأصل أن ينصرف إلى الدائن أثر العقد الذي يبرمه المدين:

في الفقه الإسلامي، كما في الفقه الغربي، ينصرف أثر العقد الذي يبرمه المدين في أمواله إلى دائنه، فلو أنه باع داراً مملوكة له، وانتقلت ملكية الدار إلى المشتري، فإن أثر هذا العقد ينصرف إلى الدائن، فتخرج الدار من ضمانه ولا يستطيع أن ينفذ عليها بحقه بعد خروجها من ملك مدينه. كذلك لو اشترى المدين داراً، فإن أثر هذا الشراء ينصرف إلى الدائن إذ يزيد ضمانه، وبدخول الدار المشتراة في ملك المدين يستطيع الدائن أن ينفذ عليها بحقه.

وهذه هي نفس الأحكام التي قررناها في الفقه الغربي:

متى يصبح الدائن «غيراً» في تصرفات المدين:

على أن الدائن في الفقه الإسلامي يصبح «غيراً» إذا تصرف المدين تبرعاً في مرض موته، إذ يأخذ هذا التبرع حكم الوصية. وحق الدائن مقدم على الوصية، فلا تسري الوصية في حق الدائن، بل يستوفي هذا حقه قبل تنفيذ الوصية. فإذا كانت التركة مستغرقة بالدين لم تنفذ الوصية أصلاً، وإلا نفذت في ثلث ما بقي من المال بعد سداد الدين.

والأصل في الفقه الإسلامي، كما هو الأصل في الفقه الغربي، أن المدين حر التصرف في ماله ولو تبرعاً، ما دام أنه ليس في مرض الموت. وتصرفه يسري في حق دائنه، فينصرف أثر التصرف إلى الدائن على النحو الذي قدمناه، إلا أنه إذا تصرف المدين، ولو معاوضة، بعد الحجر عليه للفلس، لم يسر هذا التصرف في حق دائنه. كذلك تذهب المالكية إلى أن تصرف المدين المضار بدائنه لا يسري في حق الدائن، حتى قبل الحجر عليه للفلس.

فعدنا إذن مسألتان:

١ - الحجر على المدين للفلس، وهذا يقابل الإعسار في الفقه الغربي.

٢ - عدم سريان تصرف المدين المضار بحق الدائن في مذهب مالك، وهذا يقابل في الفقه الغربي الدعوى البولصية.

١ - الحجر على المدين المفلس

اختلاف الأحكام باختلاف المذاهب:

تختلف أحكام الحجر على المدين المفلس^(١) باختلاف المذاهب. فنستعرض هذه الأحكام في المذاهب الأربعة، ثم نقارن فيما بينها، ونقارن بعد ذلك بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي فيما يتعلق بنظام الإعسار، ثم نستعرض نظام الحجر على المدين المفلس في التقنين المدني العراقي وهو مأخوذ من أحكام الفقه الإسلامي.

المذهب الحنفي:

كيف يتم الحجر:

عند أبي حنيفة لا يحجر على المدين بسبب الدين، ولو زادت ديونه على أمواله وطلب غرماؤه الحجر عليه، لأن في الحجر عليه إهداراً لآدميته. إذا طلب غرماؤه حبسه، حبس حتى يبيع ماله لقضاء دينه.

وعند الصاحبين - وعلى قولهما الفتوى - يجوز الحجر على المدين المفلس بطلب الغرماء. فيجب إذن توافر شرطين للحجر:

أولاً: أن يركب المدين دين مستغرق لماله أو يزيد، فيكون مجموع ديونه الحالة والمؤجلة أكثر من ماله. وهذا على قول من يذهب إلى أن مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالإفلاس، والإفلاس عند الصاحبين يتحقق في حال حياة المدين، ولا يتحقق عند أبي حنيفة إلا بعد موته. وهناك رأي آخر يذهب إلى أنه يجوز الحجر على المدين ولو كان غير مفلس، إذا كان مماطلاً في أداء دينه مع قدرته على الوفاء^(٢).

(١) سمي المفلس مفلساً لأنه استبدل بالذهب والفضة الفلوس، أو لأنه لا مال له إلا الفلوس، وهي أدنى أنواع الأموال («المفتي» ٤٥٥).

(٢) وبهذا الرأي أخذت «مجلة الأحكام العدلية»، فنصت المادة ٩٥٩ منها على أن «للحاكم أن يحجر المدين بطلب الغرماء»، ويقول الأستاذ سليم باز (٥٣٨): «وهل يراد بالمدين المدين مطلقاً أو المفلس فقط؟ سنحققه في شرح المادة ٩٩٩». ثم نصت المادة ٩٩٨ على أنه: «لو ظهر عند الحاكم مماطلة المدين في أداء دينه مع قدرته على الوفاء، وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه، حجره الحاكم». ونصت بعد ذلك المادة ٩٩٩ على أن «المدين المفلس، وهو من كان دينه مساوياً لماله أو أزيد منه، إذا خاف غرماؤه أن يضيع ماله بالتجارة، أو أن يخفيه أو يجعله باسم غيره، وراجعوا الحاكم طالين حجره عن التصرف في ماله أو عن إقراره بدين آخر، حجره الحاكم». ويقول الأستاذ سليم باز (٥٥٥): «مفاده إذا لم يكن المدين مفلساً لا يجوز حجره، وهذا موافق لما في «الدر المتقي» ونصه «ويشترط لصحة الحجر عندهما القضاء بالإفلاس، ثم الحجر بناء عليه اهـ. ولكن صرح في المادة السابقة بجواز الحجر على المدين ولو كان ملياً، فتنبه وبه صرح في «نتائج الأفكار».

وانظر أيضاً ما جاء في تكملة «فتح القدير» (٧/ ٣٢٧ و ٣٢٩)، ويكشف عن هذا الخلاف في المذهب الحنفي =

ثانياً: أن يطلب الغرماء الحجر على المدين، فلا يجوز الحجر بغير طلب الغرماء.

فإذا توافر هذان الشرطان، حجر القاضي على المدين. ويشترط علم المحجور عليه بالحجر حتى يصير محجوراً عليه. وإذا حبس الرجل في الدين، ينبغي للقاضي أن يشهد أنه قد حجر عليه في ماله حتى يقضي ديونه التي حبس فيها فالإشهاد، أي إعلان الحجر، ليس بشرط لصحته، وإنما يفعله القاضي خوفاً من الجحود.

جاء في «الهداية» (انظر تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٢٤ - ٣٢٨): «قال أبو حنيفة لا أحجر في الدين، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر علي لم أحجر عليه، لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص. فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم، ولكن يحبسه أبداً حتى يبيعه في دينه، إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه. وقالوا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه، حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرمااء لأن الحجر على السفه إنما جوز نظراً له، وفي هذا الحجر نظر للغرمااء لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم».

وجاء في «البحر الرائق» (٨/ ٨٣): «لا يحجر عليه بسبب الدين ولو طلب غرماؤه الحجر عليه، وهذا عند الإمام لأن في الحجر عليه إهدار أهليته وإلحاقه بالبهاائم، وذلك ضرر عظيم فلا يجوز. وعندهما يجوز الحجر عليه بسبب الدين، وعلى قولهما الفتوى، كذا في قاضيخان من باب الحيطان وفي الكافي. والكلام في الحجر بالدين في موضعين. أحدهما أن يركبه دين مستغرق لماله أو يزيد على أمواله وطلب الغرماء من القاضي أن يحجر، فيحجر عليه، ويمنع من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرمااء، وفي النوادر مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالإفلاس، والإفلاس عندهما يتحقق في حال حياته فيمكن القاضي القضاء بالإفلاس... وفي التتارخانية يشترط علم المحجور عليه حتى يصير محجوراً عليه، وفي النوادر وإذا حبس الرجل في الدين ينبغي للقاضي أن يشهد أنه قد حجر عليه في ماله حتى يقضي ديونه التي حبس فيها».

ما يترتب على الحجر عند المذهب الحنفي:

ويترتب على الحجر على المدين:

- ١ - منعه من التصرف في ماله.
- ٢ - بيع هذا المال وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة.

١ - المنع من التصرف:

أما المنع من التصرف في المال فمقصود على مال المدين الذي كان موجوداً وقت الحجر، ولا يؤثر في المال الذي يملكه المدين بعد الحجر. وهذا بخلاف الحجر للسفه، فإنه يؤثر في

= وانظر مقالاً للدكتور محمد زكي عبد البر في الحجر على المدين في الفقه الإسلامي في «مجلة المحاماة»

المال الموجود وقت الحجر والحادث بعده. والفرق بينهما أن الحجر على المدين إنما هو لحق الغرماء وقد تعلق حقهم بماله الموجود وقت الحجر لا بما يحدث بعده لأنه لم يكن موجوداً، أما الحجر على السفية فلحق نفسه وحقه يتناول كل ماله ما وجد وما سيوجد. والحجر للمدين يؤثر في كل التصرفات المؤدية إلى إبطال حق الغرماء الذين باشروا الحجر على المدين دون غيرهم من الغرماء الذين لم يباشروا الحجر فالحجر للمدين هو إذن نسبي في آثاره، فيما يتعلق بالمال الذي يقع عليه الحجر وفيما يتعلق بالدائنين الذين ينتفعون بالحجر ومن ثم لا ينفذ حق الغرماء الذين باشروا هبة المحجور ولا صدقته ولا إبراؤه ولا وقفه. وينفذ بيعه بثمن المثل، لا بمحاباة. وإذا تزوج بأكثر من مهر المثل، لم ينفذ في حق الغرماء إلا مهر المثل، وما زاد على ذلك لا ينفذ إلا فيما يحدث من مال بعد الحجر. ولا يجوز للمدين المحجور أن يؤثر بعض الغرماء بقضاء ديونهم دون بعض. ولا ينفذ إقراره فيما كان له من مال عند الحجر عليه، وينفذ فيما يملكه من مال بعد ذلك. ويتوقف نفاذ التصرفات الموقوفة على إجازة الدائنين أو استيفائهم لحقوقهم أو إبرائهم للمدين. على أنه إذا استهلك المدين المحجور مال إنسان وثبت ذلك بغير إقراره. لزمه ضمانه من ماله الموجود وقت الحجر، إذ لا حجر في الفعل وهو مشاهد فتنتفى التهمة، وإنما الحجر في التصرفات القولية. ولا تحل الديون المؤجلة بالحجر، بخلاف الموت فيحل به الدين المؤجل.

جاء في «حاشية الشلبي» على «الزيلعي» (١٩٩/٥): «ولا يعمل الحجر فيما يحدث من المال، بخلاف الحجر بسبب السفه حيث يعم الموجود والحادث».

وجاء في «الهداية» (انظر «تكملة فتح القدير» ٣٢٨/٧): «ومنع من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء لأن الحجر على السفية إنما جوازه نظراً له، وفي هذا الحجر نظراً للغرماء، لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم. ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل، أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء، والمنع لحقهم فلا يمنع منه... فإن أقر في حالة الحجر بإقرار لزمه بعد قضاء الديون، لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لا مرد له. ولو استفاد مالاً آخر نفذ إقراره فيه، لأن حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر».

وجاء في «البحر الرائق» (٨٣/٨): «ويمنع من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء... وفي العناية وإذا قضى بالحجر بسبب الدين، يختص بالمال الموجود في الحال دون ما يحدث من الكسب أو غيره، حتى لو تصرف في الحادث نفذ. وإذا صح الحجر بسبب الدين، صار حال هذا المحجور عليه كحال مريض عليه ديون الصحة. وكل تصرف يؤدي إلى إبطال حق الغرماء، فالحجر يؤثر فيه».

وجاء في «الفتاوي الهندية» (٦٣/٤): «ولو حجر القاضي على رجل لقوم لهم ديون مختلفة، فقضى المحجور دين بعضهم، شارك الباقيون فيما قبض، يسلم له حصته، ويدفع ما زاد على حصته إلى غيره من الغرماء».

٢ - بيع مال الدين وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة - البائع أسوة الغرماء:

وبياع مال المدين عليه، ويقسم ثمنه بين الغرماء بالمحاصة. ويبدأ بما يخشى عليه التوى من عروضه. ثم بما لا يخشى عليه، ثم بالعقار. ولكن يترك للمدين لباسه الضروري وبيت سكنه، وينفق عليه وعلى من تلزمه نفقته في مدة الحجر من ماله. وبيع مال المدين عليه هو قول صاحبين، أما أبو حنيفة فكما لا يرى الحجر على المدين كذلك لا يجوز بيع ماله عليه. وإذا كان عند المدين المحجور متاع لرجل بعينه ابتاعه منه، فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه، ولا يجوز للبائع فسخ البيع واسترداد متاعه.

جاء في «المبسوط» (١٦٤/٢٤ - ١٦٦): «لا يباع على المديون ماله في قول أبي حنيفة... وقال أبو يوسف ومحمد يبيع عليه ماله فيقضي دينه بثمنه، لحديث معاذ رضي الله عنه، فإنه ركبته الديون. فباع رسول الله ﷺ ماله، وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص. وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خطبته أيها الناس إياكم والدين، فإن أوله هم وآخره حرب. وإن أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته أن يقال سبق الحاج، فأدان معرضاً. فأصبح وقد رين به. ألا إني بائع عليه ماله، فقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص، فمن كان له عليه دين فليقد. ولم ينكر عليه أحد من الصحابة، فكان هذا اتفاقاً منهم على أنه يباع على المديون ماله. والمعنى فيه أن بيع المال لقضاء الدين من ثمنه مستحق عليه، بدليل أنه يحبس إذا امتنع منه. وهو ما يجزي فيه النيابة، والأصل إن امتنع عن إيفاء حق مستحق عليه وهو مما يجزي فيه النيابة، ناب القاضي فيه منابه... وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ يَبْتَاطِلٌ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. والمعنى فيه أن بيع المال غير مستحق عليه... المستحق عليه قضاء الدين، وجهة بيع المال غير متعين لقضاء الدين، فقد يتمكن من قضاء الدين بالاستيهاب والاستقراض وسؤال الصدقة من الناس. فلا يكون للقاضي تعيين هذه الجهة عليه بمباشرة بيع ماله، والدليل عليه أنه يحبسه بالاتفاق... ولو جاز للقاضي بيع ماله لم يشتغل بحبسه، لما في الحبس من الإضرار به وبالغرماء في تأخير وصول حقهم إليهم، فلا معنى للمصير إليه بدون الحاجة، وفي اتفاق العلماء رحمهم الله على حبسه في الدين دليل على أنه ليس للقاضي ولاية بيع ماله في دينه... وأما تأويل حديث معاذ رضي الله عنه فنقول: إنما باع رسول الله ﷺ ماله بسؤاله، لأنه لم يكن في ماله وفاء بدينه، فسأل رسول الله ﷺ أن يتولى بيع ماله لينال ماله بركة رسول الله ﷺ فيصير فيه وفاء بدينه، وهذا لأن عندهما يأمر القاضي المديون ببيع ماله أولاً، فإذا امتنع فحينئذ يبيع ماله، ولا يظن بمعاذ رضي الله عنه أنه كان يأبى أمر رسول الله ﷺ إياه ببيع ماله حتى يحتج ببيعه عليه بغير رضاه، فإنه كان سمحاً جواداً لا يمنع أحداً شيئاً ولأجله ركبته الديون، فكيف يمتنع من قضاء دينه بماله بعد أمر رسول الله ﷺ! والمشهور في حديث أسيفع رضي الله عنه أن عمر رضي الله عنه قال: إني قاسم ماله بين غرماءه، فيحمل على أنه كان ماله من جنس الدين. وإن ثبت البيع فإنما كان ذلك برضاه، ألا ترى أن عندهما القاضي لا يبيعه إلا عند طلب الغرماء ولم ينقل أن الغرماء طالبوه بذلك، وإنما المنقول أنه ابتدأهم بذلك وأمرهم أن يقدوا إليه، فدل أنه كان ذلك برضاه».

وجاء في «الزيلعي» (٢٠٠/٥): «يبدأ القاضي ببيع النقود، لأنها معدة للتقلب ولا ينتفع بعينها، فيكون يبيعها أهون على المدين، فإن فضل شيء من الدين، باع العروض، لأنها قد تعد للتقلب والاسترباح، فلا يلحقه كبير ضرر في بيعها. فإن لم يف ثمنها بالدين، باع العقار، لأن العقار يعد للاقتناء؛ فيلحقه ضرر ببيعه، فلا يبيعه إلا عند الضرورة. وقال بعضهم يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه، ثم ما لا يخشى عليه التلف منه. ثم يبيع العقار. ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لأن به كفاية، وقيل يترك له دستان لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس. وقالوا إذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكتفي بدون ذلك، فإنه يبيع ثيابه ويقضي الدين ببعض ثمنها ويشتري بما يفي ثوباً يلبسه، لأن قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التجمل. وعلى هذا إذا كان له مسكن ويمكنه أن يجتزىء بما دون ذلك، يبيع ذلك المسكن ويفضي ببعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكناً يكفيه».

وجاء في «البحر الرائق» (٨٤/٨): «وينفق على المحجور وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوي أرحامه من ماله، لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء... فإن كان المحجور أسرف في الطعام والكسوة، أمره القاضي أن ينفق بالمعروف. وفي الينابيع المحجور عليه إذا تزوج امرأة وزاد في مهر مثلها، جاز في مهر مثلها لأنه من الحوائج الأصلية وفي الذخيرة إذا باع القاضي مال المديون أو أمينه بالدين الذي ثبت عليه ببينة أو إقرار، وضاع الثمن أو استحققت العين المعينة، فالعهدة على من باع لأجله لا على القاضي وأمينه... وإن أفلس مبتاع عين فباعه أسوة الغرماء: يعني لو اشترى فأفلس والمتاع في يده، فالذي باعه المتاع أسوة الغرماء فيه، مراده بعد قبض المشتري المتاع بإذن البائع. وإن كان قبل القبض، فللبائع أن يحبس المتاع حتى يقبض الثمن. وكذا إذا قبضه بغير إذن البائع، كان له أن يسترده ويحبسه بالثمن. وقال الإمام الشافعي للبائع فسخ العقد وأخذ متاعه قبل القبض وبعده، لما أخرجه الإمام مسلم عن أبي هريرة قال: قال عليه الصلاة والسلام من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس أو عند إنسان قد أفلس، فهو أحق به من غيره. ولأن المشتري قد عجز عن تسليم أحد بدلي العقد وهو الثمن فيثبت للبائع حق الفسخ كما إذا عجز عن تسليم المبيع، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة فيقتضي المساواة. ولنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، فاستحق النظر إلى ميسرة بالآية فليس له المطالبة قبلها، ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن. والجواب عن الحديث أنه قال من وجد ماله، وهذا مال المشتري لا مال البائع وإنما يصلح أن يكون حجة أن لو قال فأصاب رجل عين مال قد كان باعه من الذي وجدته في يده ولم يقبض ثمنه فهو أحق به من كل الغرماء، وهو نظير ما روي عن سمرة أنه عليه الصلاة والسلام قال من سرق ماله أو ضاع له متاع فوجده في يد رجل بعينه فهو أحق به ويرجع المشتري على بائعه بالثمن. رواه الطحاوي».

وجاء في «الفتاوي الهندية» (٦٤/٥): «ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه، فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه، صورته رجل اشترى من رجل شيئاً وقبضه، فلم يؤد ثمنه حتى أفلس وليس له غير هذا الشيء، فادعى البائع بأنه أحق من سائر الغرماء، وادعى الغرماء التسوية في ثمنه. فإنه يباع ويقسم الثمن بينهم بالحصص إن كانت الديون كلها حالة، وإن كان بعضها مؤجلاً

وبعضها حالاً يقسم الثمن بين الغرماء الذين حلت ديونهم، ثم إذا حل الأجل شاركهم أصحاب الديون المؤجلة فيما قبضوا بالحصص. وأما إذا لم يقبض المبيع ثم أفلس، فصاحب المتاع أولى بثمنه من سائر الغرماء، كذا في الينابيع.

المذهب المالكي:

كيف يتم الحجر:

في المذهب المالكي لمن أحاط الدين ماله ثلاث أحوال:

الحالة الأولى: قبل التفليس، فيمنع من التصرف في ماله بغير عوض لما في ذلك من الإضرار بدائنيه، إذ الدين محيط بماله.

الحالة الثانية: تفليس عام، وهو قيام الغرماء عليه دون حكم القاضي، ولهم سجنه ومنعه من البيع والتعليل.

والحالة الثالثة: تفليس خاص، وهو خلع ماله لغرمائه بعد حكم القاضي بتفليس المدين والحجر عليه. أما الحالتان الأولىان - حالة ما قبل التفليس وحالة التفليس العام - وهما حالتان لا يحتاجان إلى حكم القاضي، فالكلام فيهما يأتي في عدم سريان تصرف المدين الضار بحقوق الدائن، وهو ما يقابل الدعوى البولصية في الفقه الغربي. والذي يعنينا هنا، هو الحالة الثالثة، أي حالة التفليس الخاص، وهي الحالة التي تقابل في الفقه الغربي شهر إعسار المدين. ويشترط في التفليس الخاص شروط ثلاثة:

أولاً: أن يحيط الدين بمال المدين، وأن يحل الدين كلا أو بعضاً فلا يفلس من لم يحل عليه شيء وأن يزيد الدين الحال على ماله المدين الذي بيده فلا يفلس من كان ماله أكثر اتفاقاً، ولا إن ساوى في المذهب. ولا يفلس في الديون المؤجلة على خلاف في الرأي، وإذا أتى بحميل فإن إتيانه بالحميل يمنع من حلول الديون المؤجلة.

ثانياً: أن يلد المدين ويماطل بعد حلول الأجل في دفع ما عليه، فإن دفع للدائنين جميع ما بيده ولم يهتم بإخفاء شيء لم يفلس هذا التفليس الخاص.

ثالثاً: أن يرفع الدائنون كلهم أو بعضهم أمر المدين إلى الحاكم، ليحكم بتفليسه والحجر عليه. ولو أتى تفليسه بعض الدائنين وطلب بعض آخر تفليسه، فإنه يفلس لحق من طلب من الدائنين التفليس، سواء كان الدين الحال كله لطالب تفليسه أو بعضه له وبعضه لغيره من الدائنين الذين لم يطلبوا التفليس، خلافاً لما قيل من أن المدين لا يفلس إلا إذا كان الدين الحال لطالب التفليس زائداً على مال المدين^(١) وإذا فلس أو سجن لحق بعض الدائنين. كان للباقي إذا شاؤوا أن يحاصوا الدائنين الذين طلبوا السجن و التفليس^(٢). فإذا لم يطلب أحد من الغرماء تفليس المدين،

(١) الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٦٥).

(٢) جاء في «المدونة الكبرى» (١٣/٨٠): «قلت رأيت إن قال بعضهم نحن نسجنه، وقال بعضهم لا نسجنه =

لم يفلس. وليس للمدين أن يفلس نفسه، بأن يرفع الأمر للحاكم ويثبت عدم نفسه ويفلسه الحاكم من غير طلب الغرماء ذلك^(١).

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة، حكم الحاكم بتفليس المدين وحجر عليه وخلع ماله لغرمائه، حضر المدين أو غاب، فلا يتوقف الحكم على حضوره.

جاء في «الخرشي» (٥/ ٢٦٥ - ٢٦٦): «من أحاط الدين بماله يفلس بشروط ثلاثة: الأول أن يطلبه أرباب الديون بديونهم الحالة، كلهم أو بعضهم ويأبى البعض. وإذا فلس البعض، فلآخرين محاصة القائم، لأن تفليسه لواحد تفليس للجميع. الشرط الثاني أن يكون الدين المطلوب تفليسه به قد حل أصالة أو لانتهاه أجله، إذ لا حجر بدين مؤجل. الشرط الثالث أن يكون الدين الحال زائداً على مال المفلس إذ لا حجر بالدين المساوي، أو بقي من ماله بعد وفاء الحال ما لا يفي بالدين المؤجل. مثلاً عليه مائتان مائة حالة ومائة مؤجلة، ومعه مائة وخمسون، فالباقى بعد وفاء المائة الحالة لا يفي بالدين المؤجل، فيفلس ولو أتى بجميل، وأحرى إن لم يبق للمؤجل شيء. وبقي شرط، وهو أن يكون الغريم ملداً، وبعبارة وإنما يفلس بطلب بعض الغرماء إذا تبين لده، نقله الطخيشي عن المدونة. فإن قلت الغائب لا يتصور فيه ذلك، قلت الغائب حيث لم يعلم ملاؤه مظنة اللدد». وجاء في «حاشية العدوى» (على «الخرشي» ٥/ ٢٦٥ - ٢٦٦) تعقيباً على ما تقدم: «قوله فالباقى إلخ، هذه طريقة اللخمي. وطريقة المازري إذا كانت مؤجلة لم يفلس بها، ففي هذه الصورة. لا تفليس. والحاصل أن المازري يقول إذا حل بعض الدين واستغرق ما بيد المدين، وبقي ما لا يفي بالمؤجل، فلا يفلس. ويؤخذ منه الحال، ويبقى المؤجل حتى يحل يخلص من الباقي إن وجد. قال المواق فانظر ما للمازري مع كلام خليل، أي انظر لم تبع اللخمي دون المازري... وبقي شرط آخر، وهو ألا يدفع لطالب التفليس حميلاً بمال وإلا لم يفلس^(٢)».

= ولكننا نخلية بطلب الفضل حتى يقضينا حقوقنا. قال إذا تبين الإلواء للسلطان وطلب واحد من الغرماء أن يسجنه، له سجنه - فإن شاء أولئك الذين لم يريدوا أن يسجنوه أن يقوموا على حقوقهم فيحاصوا هذا الغريم الذي سجنه في مال المسجون المطلوب، فذلك لهم».

(١) جاء في «الحطاب» (٥/ ٣٨): «وفهم من قوله فليس بطلب الغريم إنه لا يكون للقاضي تفليس المدين إلا بطلب الغريم، وأنه لو أراد المدين تفليس نفسه لم يكن له ذلك. وقد اختلفت الشافعية هل له ذلك أم لا».

(٢) وجاء في «حاشية الدسوقي» على «الشرح الكبير» (٣/ ٢٦٥ - ٢٦٦): «قوله فلا يفلس بمساو: أي إذا كان ما بيده مساوياً للدين الذي عليه الحال، فإنه لا يفلس ولا تهتك حرمة، وهذا لا ينافي أنه يمنع من التبرعات كما مر. قوله فيفلس على المذهب: وقيل يفلس في هذه الحالة، لأن الديون المؤجلة لا يفلس بها. والقول الأول للخمي، والثاني للمازري. قوله فيفلس ولو أتى بحميل: ظاهره أنه يفلس في هذه الحالة ولو كانت الفضلة الباقية بيده يعامله الناس بسببها ويرجي من تنميته لها ما يقضي به الدين المؤجل. وقال ابن محرز إنه لا يفلس. وظاهر كلام ابن عرفة أن هذا التقييد هو المذهب، فيحمل القول بتفليس على ما إذا كان لا يرجي بتحريكه الفضلة وفاء المؤجل. فقول المصنف لا يكفي أي ولو بواسطة التحريك، فوافق ما لابن محرز».

ما يترتب على الحجر عند المذهب المالكي:

ويترتب على التفليس الخاص الذي بسطنا شروطه فيما تقدم النتائج الآتية:

- ١ - الحجر على المدين ومنعه من التصرف في ماله.
- ٢ - بيع مال المدين وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة.
- ٣ - حلول الديون المؤجلة.
- ٤ - استرداد من باع عيناً للمدين ولم يقبض ثمنها لهذه العين ذاتها.

١ - الحجر على المدين ومنعه من التصرف في ماله:

المذهب المالكي كالمذهب الحنفي في أن الحجر لا يتناول إلا المال الموجود وقت الحجر، كما سنرى. ويدرّب على الحجر أن يمنع المدين من التصرف في هذا المال، تبرعاً أو معاوضة، بمحابة أو بغير محابة. فلا تنفذ الهبة أو الصدقة أو الإبراء أو الوقف، كما لا ينفذ البيع أو الشراء أو الكراء أو الإكتراء. ولا يكون للمدين أن يتزوج ولو بما لا يزيد على أجر المثل في المال الذي فلس فيه، ولا يقبل منه إقراره في هذا المال ولكن يقبل منه تعيينه القراض الذي تحت يده لغيره والوديعة بأن يقول هذا المال قراض تحت يدي أو وديعة لفلان إن قامت بينة بأصله ويتوقف نفاذ التصرفات الموقوفة على إجازة الدائنين أو استيفائهم لحقوقهم أو إبرائهم للمدين. ولا يجوز للمدين المحجور أن يؤثر بعض الغرماء بقضاء ديونهم دون بعض بل يتحاصون جميعاً في ماله. وله أن يستدين، على أن يوفى الدين من مال يطرأ له لا من المال الذي فلس فيه.

جاء في «الشرح الكبير» للدردير (انظر «حاشية الدسوقي» ٢٦٦/٣): «فمنع المفلس بالمعنى الأخص من تصرف مالي، كبيع وشراء وكراء واكتراء ولو بغير محابة خلافاً لمن قيده بالمحابة لأنها من التبرع وهو يمنع منه بمجرد الإحاطة كما تقدم. فإن وقع التصرف المالي لم يبطل، بل يوقف على نظر الحاكم أو الغرماء. لا إن التزم شيئاً في ذمته لغير رب الدين إن ملكه، فلا يمنع منه، إلا أن يملكه ودينهم باق عليه فلهم منعه حتى يوفيه دينهم». وجاء في «حاشية الدسوقي» (٢٦٦/٣) تعقياً على ما تقدم: «قوله على نظر الحاكم: أي عند عدم اتفاق الغرماء واختلافهم في رده وإمضائه. وقوله أو الغرماء: أي عند اتفاقهم. وبهذا حصل التوفيق بين قول ابن عرفة إذا حصل من المفلس تصرف مالي فلا يبطل بل يوقف على نظر الحاكم إن شاء رده وإن شاء أمضاه، وقول الجواهر بل على نظر الغرماء... قوله لا في ذمته: أي لا يمنع من التصرف في ذمته، كما لو التزم شيئاً لغير رب الدين إن ملكه، ثم ملكه، فلا يمنع من دفعه له حيث ملكه بعد وفاء دينهم».

وجاء في «الحطاب» (٣٩/٥): «إذا اشترى شيئاً، وشرط أن يقضيه من غير ما حجر عليه مما سيطراً، جاز... ولا يلزم في هذا أن يكون لأجل مجهول، فقد يؤجل بأجل معلوم يمكنه أن يتجر فيه في تلك السلعة ويربح فيها».

وجاء في «المدونة الكبرى» (٨٦/١٣): «قلت رأيت المفلس أيكون له أن يتزوج بعد ما فلسوه؟ قال أما في المال الذي فلسوه فيه فلا يكون له أن يتزوج فيه، وأما فيما يفيد بعد ذلك فله أن يتزوج فيه. قلت وهذا قول مالك؟ قال هذا رأيي».

٢ - بيع مال المدين وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة:

قدمنا أن الحجر لا يتناول إلا المال الموجود وقت الحجر، وما حدث بعد ذلك يحتاج إلى حجر جديد. فإذا اقتسم الغرماء ما تحصل من المال المحجور عليه ابتداءً أو بحجر جديد، انفك حجر المدين بلا احتياج في فكه إلى حكم من الحاكم. وللغرماء تحليف المدين إنه لم يخف عنهم ما لا عنده، فإن نكل فلا ينفك حجره. وإذا انفك حجره، وحدث له مال بعد ذلك كميراث أو وصية أو هبة، وجب تجديد الحجر على المال الحادث، لأن الحجر الأول كان في مال مخصوص وانفك حجره، فيتصرف فيما حدث إلى أن يحجر عليه فيه^(١).

ويبيع الحاكم مال المدين من عقار أو عروض أو مثليات بحضرته، لأنه أقطع لحجته. ويشمل ماله الذي يباع الدين الذي له على الغير^(٢)، إلا أن يتفق الغرماء على إبقائه حتى يقبض، وقيل إنه لا يباع ويبقى على حاله. ويعجل بيع ما يخاف بتأخيره فساد كالفواكه، أو تغييره عن حالته التي هو بها أو كساده وكذا يعجل بيع الحيوان، لأنه قد يتغير مع الاحتياج إلى مؤونته. ويستأنى بالعقار لطلب زيادة الثمن، وكذا العروض كالثياب والحديد والمعادن. ويتحرى الحاكم الاستقصاء في الثمن وعدم تقدم من يزيد، مع الخيار ثلاثة من الأيام لطلب الزيادة والاستقصاء في الثمن في كل سلعة إلا ما يفسده التأخير.

ويقسم المتحصل من البيع محاصة بين الغرماء^(٣) فإن لم يف بكل الديون، لم يلزم المفلس

(١) ولو تداين بعد ذلك وحجر عليه، لا يدخل الدائنون الأول مع الدائنين الآخرين في مال حدث عن معاملة، بخلاف مال حدث له لا عن أصل معاملة نحو إرث ووصية وهبة واستحقاق وقف وجناية وركاز فيدخل فيه الأولون والآخرين («الشرح الصغير» للدردير: انظر «حاشية الصاوي» (١٢١/٢)).

(٢) وإذا لم يكن للمدين بينة على حقه في ذمة الغير إلا شاهد واحد، ونكل أن يحلف مع شاهد اليمين المكمل للحجة، جاز للغرماء أن يحلفوا مع الشاهد فيكونوا بذلك قد استعملوا حق مدينهم في الحلف على النحو الذي نراه في استعمال الدائن لحق المدين في الفقه الغربي. جاء في «الخرشي» (٢٦٧/٥) في هذا المعنى ما يأتي: «المفلس إذا كان له حق على شخص فجحد فيه، وشهد له به شاهد واحد، ونكل المفلس أن يحلف مع شاهده اليمين المكمل للحجة، فإن الغرماء ينزلون منزلة المفلس ويحلفون مع الشاهد على ذلك الحق كما أن المفلس يحلف أن ما شهد به الشاهد حق لا على قدر حصته من ذلك الدين لحلول كل منهم محل المفلس. فإن حلفوا كلهم تقاسموا ذلك الحق، وإن نكلوا كلهم فلا شيء لهم منه، ومن حلف أخذ حصته فقط أي بمنابه في الحصص من ذلك الدين لا جميع حصته ومن نكل فلا شيء له».

(٣) ويقوم الدين الذي يخالف النقد، بأن كان الدين الذي على المدين عرضاً أو مثلياً حالاً أو مؤجلاً لأنه يحل بفلسه، يوم القسمة. ويشترى لرب الدين الخالف للنقد من جنس دينه وصفته بالشيء الذي يخصه في الحصص من مال المفلس، كأن يكون مال المفلس مائة وعليه لشخص مائة وعليه لآخر عرض قيمته يوم القسمة مائة، فيأخذ رب المائة خمسين، ويشترى بالخمسين الأخرى لرب العرض عرض من جنس عرضه وصفته. وجاز لرب الدين المخالف للنقد أخذ الثمن الخمسين الباقية، إلا لمانع كأن يكون المخالف طعام معاوضة فلا يجوز لربه أخذ الثمن لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه («الشرح الصغير» للدردير: انظر «حاشية الصاوي» (١٢١/٢ - ١٢٢)).

بتكسب لوفاء ما بقي عليه من الدين ولو كان قادراً على ذلك، لأن الدين إنما تعلق بذمته فلا يطالب به إلا عند القدرة، وإن ظهر على المفلس دين لغريم بعد قسمة ماله، أو استحق مبيع^(١) من سلعة كانت للمدين ولو بيعت لأجنبي أو لأحد الغرماء قبل فلسه، رجع الغريم الطاريء أو من استحققت من يده السلعة على كل من الغرماء بما يخصه في الحصاص.

ولا تباع آلة الصناعة التي لا بد منها للمدين حتى يكسب معاشه. ويترك به قوته والنفقة الواجبة عليه لزوج أو لولد أو لقريب، وكسوته وكسوة من تلزمه نفقته من قميص وعمامة وقلنسوة أو خمار للمرأة.

جاء في «المواق» (انظر «الخطاب» ٤٢/٥ - ٤٣): «وحجر أيضاً إن تجدد ومال.. المال المتجدد يحتاج إلى حجر ثان.. وانفك ولو بلا حكم.. إن لم يبق للمفلس مال واعترف بذلك الغرماء، انفك الحجر عنه ولا يحتاج لفك القاضي.. وبيع ماله بحضرته.. وبيع الحاكم بحضرة المفلس بالخيار ثلاثاً.. قال مالك يستأنى في بيع ربع المفلس يتسوق به الشهر والشهرين، وأما الحيوان والعروض يتسوق بها يسيراً، والحيوان أسرع بيعاً. وقال في المدونة ومن شأن بيع السلطان عندنا أن يبيع بالخيار ثلاثة أيام، قال سحنون يبيع بالخيار لعل زائداً يأتيه.. قال مالك يباع عليه سريره ومصحفه، ولا تباع الكتب في دين الميت، والوارث وغيره فيها سواء ممن هو لها أهل، إلى هذا ذهب سحنون. أبو محمد وغيره من أصحابنا يجيز بيعها، بيعت كتب ابن وهب بعد موته بثلاثمائة دينار، قال ابن عبد الحكم وأصحابه حينئذ متوافرون فما أنكروا ذلك.. قال أبو حفص الصانع إذا فلس ترك له آلة البناء إن كان بناء، وكذلك جميع الصناع تترك لهم الآلة لأنهم بما يتمعشون.. حكم بعض أصحابنا ببيعها فذكرت له فتيا أبي حفص، فقال إنما بعته لأنه ينتصب بها للناس يغرمهم بذمته، فأقطع عنهم مادته حتى يكون أجيراً تابعاً.. ولا يلزم بتكسب من المدونة، قال مالك الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن الحر إذا فلس لا يؤاجر، قال ابن القاسم ولا يستعمل لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]. قال مالك ليس لغرماء المفلس أن يجبروه على اعتصار ما وهب لولده أو نحله ولا على شفعة له فيما فضل».

(١) وكضمان الاستحقاق خيار العيب، العهدة فيه على الغرماء. وعلى الغرماء أيضاً العهدة إذا بيع مال المفلس وتلف ثمنه قبل أن يتقاسمه الغرماء، والعهدة على المفلس إذا جمع السلطان ماله لبيعه فتلف قبل أن يباع ويتحول ثمناً. جاء في «المدونة الكبرى» (١٨٤/١٠): «قلت أرأيت من اشترى عبداً من مال رجل قد فلسه السلطان، فأصاب به عيباً، على من يردّه؟ أعلى السلطان أم على الذي فلس أم على الغرماء الذين فلسوه؟ قال بلغني ممن أثق به أن مالكا قال يرد على الغرماء، ولم أسمع منه، قال مالك لأنه إنما بيع لهم وهم أخذوا المال. قال ابن القاسم ولكني قلت لمالك أرأيت إذا فلس فجمعوا متاعه وباع السلطان لهم ماله فتلف قبل أن يقسموه؟ قال قال لي مالك قد برىء الغريم منه ومصيبته من أهل الدين.. وقال ما مات من الرقيق أو سرق من المتاع أو هلك من الحيوان قبل أن يباع على الغرماء بعد ما جمعه السلطان، فهو من الذي عليه الدين مصيبته منه. فإذا باعه السلطان وصار ثمناً، فمصيبته من الذين لهم الدين».

وجاء في «الخرشي» (٢٧١/٥): «وقسم مال المفلس المجتمع من أثمان ما بيع وناضه إن كان، إما بنسبة الديون بأن ينسب كل دين لمجموع الديون، فلو كان لشخص مائة وآخر خمسون وآخر مائة وخمسون، ومال المفلس مائة وعشرون، فنسبة دين الأول لمجموع الديون ثلث فيأخذ أربعين، ونسبة الثاني سدس فيأخذ عشرين، ونسبة الثالث النصف فيأخذ ستين. ويحتمل طريقاً آخر، وهو نسبة مال المفلس لجملة الديون، وطريق ذلك أن تعلم كمية مال المفلس، ثم تعلم كمية الديون اللازمة لدمته، ثم تنسب مال المفلس إلى مجموع الديون، فبتلك النسبة يأخذ كل غريم من دينه. مثلاً لو كان جميع مال المفلس عشرين ديناراً، وجميع الديون أربعين، فنسبة العشرين إلى الأربعين النصف، فيأخذ كل واحد من الغرماء نصف دينه». ثم جاء بعد ذلك (٢٧٤): «المفلس إذا قسم الغرماء ماله، ثم طرأ عليهم غريم سواء علم الغرماء به أم لا، فإنه يرجع على كل من الغرماء بالحصصة التي تنوبه لو كان حاضراً. فلا يأخذ مليئاً عن معدم، ولا حاضراً عن غائب، ولا حياً عن ميت. فلو كان مال المفلس عشرة مثلاً، وعليه لثلاثة لكل واحد عشرة أحدهم غائب، فاقسم الحاضران ماله فأخذ كل واحد منهما خمسة، ثم قدم الغائب، فإنه يرجع على كل واحد منهما بواحد وثلثين. وكذلك إذا بيعت سلعة من مال المفلس أو الميت بعد الفس والموت أو قبلهما، ثم استحققت تلك السلعة، فإن المستحق من يده يرجع على كل واحد من الغرماء بالحصصة التي كانت تنوبه في الحصاص فقط، فلا يأخذ أحداً عن أحد. فلو كان عليه عشرون ديناراً مثلاً لاثنتين، ولم يوجد عنده إلا سلعتان، فبيعت كل سلعة بعشرة، فأخذ كل واحد من غريميه عشرة على قدر دينه، ثم استحققت إحدى السلعتين، فإن المستحق من يده يرجع على كل واحد منهما بثلث ما في يده وهو ثلاثة وثلث، لأنه غريم طرأ على الغرماء. وهذا مبنى على أنه يفلس حيث كان دينه مساوياً لما بيده، وهو خلاف ما مر. أو يحمل على ما إذا كانت قيمتها حين التفليس تنقص عن عشرين، ثم زادتا حين البيع إلى بلوغهما عشرين».

وجاء في «الشرح الكبير» للدردير (انظر «حاشية الدسوقي» ٢٦٨/٣ - ٢٦٩) «وقبل إقراره... بدين في ذمته لمن لا يتهم عليه بالمجلس الذي حجر عليه أو قامت فيه الغبراء عليه... إن ثبت دينه الذي حجر عليه به بإقرار منه به، لا إن ثبت عليه بيينة، فلا يقبل إقراره لغيرهم، وهذا إذا كانت الديون الثابتة تستغرق ما بيده ولم يعلم تقدم معاملته للمقر له، وإلا قبل إقراره. وهو أي ما أقر به ولم يقبل فيه إقراره، بأن ثبت دينه بيينة أو أقر بعد المجلس بطول لمن لا يتهم عليه، في ذمته يحاخص المقر له به فيما يتجدد له من مال لا فيما بيده... وقبل... تعيينه القراض والوديعة، بأن يقول هذا قراض أو وديعة ولو لم يعين ربهما أو كان بعد المجلس بطول، أن قاما بيينة بأصله أي بأصل ما ذكر من القراض والوديعة أن عنده ذاك أو أنه أقر به قبل إقامة الغرماء، ولو لم يعين ربه، وقبل منه تعيينه ولو لمتهم عليه. فإن لم تقم بيينة بأصله، فلا عبرة بإقراره، وتحاخصه الغرماء، ولا يكون في ذمة المفلس لأنه معين... والمختار قبول قول الصانع المفلس في تعيين ما بيده لأربابه، كهذه السلعة لفلان، مع يمين المقر له، ولو متهماً عليه، بلا بيينة بأصله لأن الشأن أن ما بيده أمتعة الناس، وليس العرف الإشهاد عليه عند الدفع ولا يعلم إلا من قوله، فلا يتهم أن يقر به لغير ربه».

وجاء في «حاشية الدسوقي» (٢٦٨/٣) تعقيباً على ما تقدم: «إقراره بعد، القيام عليه جائز إن

كانت ديون القائمين عليه بغير بينة، أو بينة وهي لا تستغرق ما بيده، أو تستغرقه وعلم تقدم معاملته لمن أقر له... خلاف مذهب المدونة، فإن مذهبها أن دين الغرماء الذين قاموا عليه متى كان ثابتاً بالبينّة فلا يقبل إقراره ولو علم تقدم معاملته لمن أقر له... ولمالك في الموازية قول ثالث أن من أقر له المفلس إن كان يعلم تقدم مديانة أو خلطة بينه وبين المقر، حلف المقر له ودخل في الحصاص مع من له بينة». وجاء في مكان آخر في «الشرح الكبير» للدردير (٢٧٨): «وترك له... من ماله قوته أي ما يقتات به مما تقوم به البينة لا ما يترفع به، والنفقة الواجبة عليه لغيره كزوجاته ووالديه وأولاده ورقيقه الذي لا يباع عليه كأم ولده ومدبره، لظن يسرته أي إلى وقت يظن بحسب الاجتهاد أنه يحصل له فيه ما يأتي به المعيشة. وهذا بخلاف مستغرق الذمة بالتبعات والمظالم، فإنه لا يترك له إلا ما يسد رمقه وحده، لأن أهل الأموال لم يعاملوه على ذلك. ويترك لهم أيضاً كسوتهم... كل واحد منهم دستاً. مقابل ثياب الزينة معتاداً، كقميص وعمامة وقلنسوة ويزاد للمرأة مقنعة وإزار، ولخوف شدة برد ما يقيه».

وجاء في «الحطاب» (٤٢/٥): «قال في المقدمات في كتاب «التفليس» ويبيع ماله من الديون إلا أن يتفق الغرماء على تركها حتى تقبض عند حلولها». انظر في هذا المعنى أيضاً «المدونة الكبرى» (٨٥/١٣) وسيأتي النص.

٣ - حلول الديون المؤجلة:

وتحل الديون المؤجلة بالتفليس الخاص، وهذا هو الفرق الرئيسي بين التفليس الخاص والحالتين اللتين قبله، ففي حالة ما قبل التفليس عند إحاطة الدين بمال المدين وفي حالة التفليس العام لا تحل الديون المؤجلة. على أنه حتى في حال التفليس الخاص إذا كان مشروطاً بعدم حلول الدين بالتفليس عمل بالشرط ولم يحل الدين وأما الديون التي للمفلس ولم تحل، فإنها لا تحل بفلسه.

جاء في «المدونة الكبرى» (٨٥/١٣ - ٨٦) «قلت رأيت المفلس إذا كانت عليه ديون إلى أجل وعليه ديون قد حلت، ففلسه الذين قد حلت ديونهم، أيكون للذين لم تحل ديونهم عليه أن يدخلوا في قول مالك؟ قال نعم، ولكن ما كان للمفلس من دين إلى أجل على الناس فهو إلى أجله. قلت وهذا قول مالك؟ قال نعم. قلت رأيت المفلس إذا كانت عليه ديون للناس إلى أجل أتحل إذا فلس في قول مالك أم لا؟ قال إذا فلس فقد حلت ديونهم عند مالك. قلت رأيت إن فلس هذا المفلس وله ديون على الناس أتباع ديونه الساعة نقداً في قول مالك؟ قال نعم، قلت أفلا ينتظر به ويتلوم له حتى يقبض دينه من مدينه؟ قال قد حل للغرماء، فذلك إلى الغرماء إن شاءوا أخروه وإن شاءوا لم يؤخروه. قال ابن وهب قال مالك من مات أو فلس فقد حل دينه وإن كان إلى أجل».

وجاء في «الخرشي» (٢٦٦/٥ - ٢٦٧): «الدين المؤجل على الشخص يحل بفلسه أو بموته على المشهور، لأن الذمة في الحالتين قد خربت والشرع قد حكم بحلوله، ولأنه لو لم يحل للزم إما تمكين الوارث من القسم أو عدمه وكلاهما باطل لقوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصَيْتِهِ يُورِثُ بِهَا أَوْ

دَيْنٍ» [النساء: ١١]، وللضرورة الحاصلة لكل بوقفه. وعلى المشهور لو طلب بعض الغرماء بقاءه مؤجلاً منع من ذلك ويستثنى من الموت من قتل مدينه، فإن دينه المؤجل لا يحل لحمله على استعجال ما أجل. وأما الدين الذي له فلا يحل بفلسه ولا بموته، ولغرمائه تأخيرته إلى أجله أو بيعه الآن. ومحل حلول الدين المؤجل بالموت أو الفلاس ما لم يشترط من عليه أنه لا يحل عليه الدين بذلك. وإلا عمل بشرطه».

٤ - استرداد من باع عيناً من المدين ولم يقبض ثمنها لهذه العين ذاتها:

الأصل أن من باع عيناً ولم يقبض ثمنها ليس له أن يفسخ البيع لعدم دفع الثمن، بل يطالب المشتري بالثمن وينفذ به على ماله. وهذا هو الحكم أيضاً حتى لو مات المشتري، فالبايع لا يستطيع أن يسترد العين من تركته، بل يرجع بالثمن على التركة. لكن إذا فلس المشتري، كان للبايع فسخ البيع، واسترداد العين المبيعة ذاتها، ولا يتحمل فيها محاصة الغرماء. ومحل استرداد البائع عين ماله إذا لم يفده الغرماء بدفع ثمنه للبايع، ولا بما لهم، فأولى بمال المفلس، فإن سلمه فليس له أخذه وكذلك لا يأخذه إن انتقل عن أصله بناقل، كحنطة طحنت أو شقة فصلت ثوباً أو حيوان ذبح. وللبايع رد بعض ثمن قبضه من المفلس قبل التفليس وأخذ عين سلعته، وله تركها والمحاصة بما بقي له.

جاء في «المدونة الكبرى» (٨٧/١٣): «قلت رأيت من مات وعليه دين، وقد اشترى سلعة وهي قائمة بعينها، أيكون الغرماء وهذا الرجل الذي باع هذه السلعة أسوة الغرماء في هذه السلعة إذا لم يدع الميت مالاً سواها؟ قال نعم، قلت وهذا قول مالك؟ قال نعم. قلت وإنما يكون أولى بسلعته إذا أدركها من الغرماء في التفليس لا في الموت في قول مالك! قال نعم. ابن وهب عن مالك والليث وعمرو ابن الحارث عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن حزم أن عمر بن عبد العزيز حدثه أن أبا بكر بن عبد الرحمن حدثه أنه سمع أبا هريرة يقول قال رسول الله ﷺ: «أيما رجل فلس فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره». قال ابن وهب وأخبرني مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً، فوجده بعينه فهو أحق به، فإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء»، قال ابن وهب وسمعت من أَرْضَى به يقول سمعت من أدركت من علمائنا يقولون من باع سلعة من رجل فأفلس المبتاع، فصاحب السلعة أحق بها إذا وجدها قائمة بعينها، إلا أن يعطي ثمن سلعته كاملاً ليس له النماء. وقال ابن وهب وسمعت الليث يقول ذلك».

وجاء في «الشرح الكبير» للدردير (انظر «حاشية الدسوقي» ٢٨٣/٣ - ٢٨٤) «وللغريم.. أخذ عين ماله الثابت له بينة أو بإقرار المفلس قبل الفلاس.. في الفلاس الواقع بعد البيع ونحوه وقبل قبض الثمن. فإن وقع قبله، بعد قبضه السلعة ليقبلها أو ليتروى في أخذها ثم عقد البيع، فلا يكون أحق به. لا لمحوز عنه في الموت، فلا يأخذه ربه لخراب ذمته، فصار بثمانه أسوة الغرماء.. وللرجوع في عين ماله شروط ثلاثة. أشار لأولها بقوله إن لم يفده غرماءؤه بثمانه الذي على المفلس، فإن فدوه ولو بمالهم، وأولى بمال المفلس، لم يأخذه وكذا لو ضمنوا له الثمن وهم

ثقات، أو أعطوه حميلاً ثقة، لم يأخذه. ولثانيتها بقوله وأمكن أخذه، لا إن لم يمكن، نحو... عصمة كمن خالعه على مال تدفعه له فخالعها ففلست فيحاصص غرماءها بما خالعها عليه ولا يرجع في العصمة التي خرجت منه، ولا في قصاص صولح فيه بمال ثم فلس الجاني لتعذر الرجوع شرعاً في القصاص بعد العفو... ولثالثها بقوله ولم ينتقل عن ماله عما كان عليه حين البيع، فإن انتقل فالحصاص... إن طحنت الحنطة فلا رجوع، وأولى لو عجنت أو بذرت، أو خلط عين ماله بغير مثل ولم يتيسر تمييزه كخلط زيت بزيت من غير نوعه أو قطع الجلد نعالاً...»

مذهب الشافعي:

كيف يتم الحجر:

في مذهب الشافعي إذا كان مال المدين يفي بديونه الحالة، لم يحجر عليه. فلا يحجر بالدين المؤجل، لأن قيام الأجل يمنع من المطالبة بالدين. فإن كان مال المدين لا يفي بديونه الحالة، ورفع الغرماء إلى الحاكم، وحجر عليه، وإن كان ماله يفي بالديون الحالة إلا أنه ظهرت عليه أمانة التفليس بأن زاد خرجه على دخله، ففيه وجهان: أحدهما لا يحجر عليه لأنه ملئ بالدين، والثاني يحجر عليه لأنه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء.

فهناك إذن شرطان لتفليس المدين والحجر عليه:

الشرط الأول: أن تركبه الديون فلا يفي ماله بديونه الحالة. وفي قول يجوز الحجر عليه كذلك حتى لو وفي ماله بديونه الحالة ولكن زاد خرجه على دخله، فظهرت عليه أمانة التفليس.

والشرط الثاني: أن يرفعه الغرماء للحاكم، فيحكم بتفليسه والحجر عليه. ولو طلب بعض الغرماء الحجر دون بعض، وكانت ديون الطالبين الحالة تزيد على مال المدين، حجر عليه، وعم الحجر فظهر أثره في حق سائر الغرماء. وإذا لم تزد الديون الحالة لمن طلبوا الحجر على مال المدين، لم يحجر عليه لأن ديونهم يمكن وفاؤها كاملة. فإن كان الدين لمحجور عليه ولم يسأل وليه الحجر، كان على الحاكم الحجر من غير سؤال لأنه ناظر لمصلحته، ومثله ما لو كان الدين لمسجد أو لجهة عامة كالفقراء والمسلمين فيمن مات وورثوه وله مال على مفلس. ويصح أن يرفع المدين نفسه أمره إلى الحاكم ليحكم بتفليسه. والمستحب أن يشهد الحاكم على الحجر، ليعلم الناس حال المفلس فلا يعاملوه إلا على بصيرة.

جاء في «المهذب» (١/ ٣٢٠ - ٣٢١): «وإن ركبته الديون ورفع الغرماء إلى الحاكم وسأله أن يحجر عليه، نظر الحاكم في ماله. فإن كان له مال يفي بالديون، لم يحجر عليه لأنه لا حاجة به إلى الحجر، بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه، فإن كان ماله لا يفي بالديون حجر عليه، وباع ماله عليه، لما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئاً، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين، فكلم النبي ﷺ غرماءه، فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا مبعاداً من أجل رسول الله ﷺ. فباع لهم رسول الله ﷺ ماله. حتى قام معاذ بغير شيء... وإن كان ماله يفي بالديون إلا أنه ظهرت عليه أمانة التفليس بأن زاد خرجه على

دخله، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يحجر عليه لأنه ملئ بالدين فلا يحجر عليه كما لو لم يظهر فيه أمانة الفلاس.
والثاني: يحجر عليه لأنه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء. والمستحب أن يشهد على الحجر ليعلم الناس حاله، فلا يعاملوه إلا على بصيرة».

وجاء في «نهاية المحتاج» للرملي (٤/ ٣٠٠ وما بعدها): «والأصل فيه ما صح أنه ﷺ حجر على معاذ، وباع ماله في دين كان عليه، وقسمه بين غرمائه فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم، فقال لهم النبي ﷺ ليس لكم إلا ذلك. ثم بعته إلى اليمن وقال له لعل الله يجبرك ويؤدي عنك دينك، فلم يزل باليمن حتى توفي النبي ﷺ. من عليه ديون لآدمي لازمة حالة زائدة على ماله يحجر عليه. . . وشمل ما إذا كان بسؤال الغرماء وما إذا كان بسؤال المفلس. . . ولا حجر بالمؤجل، لأنه لا يطالب به في الحال. . . والحاجر على المفلس الحاكم دون غيره لاحتياجه لنظر واجتهاد. . . ولا يحجر عليه بغير طلب من غرمائه أو من يخلفهم، إذ هو لمصلحتهم وهم ناظرون لأنفسهم. فإن كان الدين لمحجور عليه ولم يسأل وليه، وجب على الحاكم الحجر من غير سؤال لأنه ناظر لمصلحته. ومثله ما لو كانت لمسجد أو لجهة عامة كالفقراء والمسلمين فيمن مات وورثه وله مال على مفلس والدين مما يحجر به. . . فلو طلب بعضهم الحجر، ودينه قدر يحجر به بأن زاد على ماله، حجر لتوفر شروط الحجر، ولا يختص أثر الحجر بالملتزم بل يعمهم، وإلا بأن لم يزد الدين على ماله فلا حجر لأن دينه يمكن وفاؤه بكماله فلا ضرورة إلى طلب الحجر. . . ويحجر بطلب المفلس ولو بوكيله في الأصح، لأن له غرضاً ظاهراً وهو صرف ماله إلى ديونه، وروى أن الحجر على معاذ كان بطلبه. ومقابل الأصح لا يحجر، لأن الحق لهم في ذلك والحجر ينافي الحرية والرشد، وإنما حجر بطلب الغرماء للضرورة وأنهم لا يتمكنون من تحصيل مقصودهم إلا بالحجر خشية الضياع، بخلافه فإن غرضه الوفاء وهو متمكن منه ببيع أمواله وقسمتها على غرمائه».

ما يترتب على الحجر عند المذهب الشافعي:

فإذا حجر على المدين تعلقت ديون الغرماء بماله، وترتبت النتائج الآتية:

- ١ - يمنع المدين من التصرف في ماله.
- ٢ - يباع ماله عليه ويقسم الثمن بين الغرماء بالمحاصة، ولكن ديونه المؤجلة لا تحل.
- ٣ - يستوفى من باع عيناً للمدين ولم يقبض ثمنها هذه العين ذاتها.

١ - منع المدين من التصرف في ماله:

في مذهب الشافعي يتناول الحجر في الراجح مال المدين الموجود وقت الحجر وما يملكه بعد ذلك، بشراء أو ميراث أو وصية أو هبة أو جناية أو غير ذلك، دون حاجة إلى حجر جديد. ويترتب على الحجر أن يمنع المدين من التصرف في هذا المال، تبرعاً أو معاوضة، بمحاباة أو غير

محابة. وحكم التصرف فيه قولان: أحدهما أن التصرف صحيح موقوف لأنه حجر ثبت لحق الغرماء فلم يمنع صحة التصرف في المال كالحجر على المريض، فإن وفي مال المدين بالدين بأن زادت قيمة المال أو فتح عليه بما يقضي به الدين نفذ التصرف، وإن لم يف فسخ. والقول الثاني أن التصرف لا يصح، وهذا القول هو الصحيح، لأنه حجر ثبت بالحكم فمنع التصرف في المال كالحجر على السفه، ويخلف حجر المريض لأن الورثة لا تتعلق حقوقهم بماله إلا بعد الموت وههنا حقوق الغرماء تعلقت بماله في الحال فلم يصح تصرفه فيه كالمرهون. وإن اقترض المحجور أو اشترى في ذمته شيئاً صح، لأنه لا ضرر على الغرماء فيما يثبت في ذمته، إذ أن من أقرضه أو باعه بعد الحجر لا يشارك الغرماء في ماله، لأنه إن علم بالحجر فقد دخل على بصيرة وأن ديون الغرماء متعلقة بماله، وإن لم يعلم فقد فرط حين دخل في معاملته على غير بصيرة فلزمه الصبر إلى أن يفك عنه الحجر. وإن أقر بدين لزمه قبل الحجر، لزم الإقرار في حقه. وفي لزومه في حق الغرماء قولان:

أحدهما: لا يلزم لأنه منهم إذ ربما واطأ المقر له ليأخذ ما أقر به ويرده عليه.

والثاني: أنه يلزمهم وهو الصحيح لأنه حق يستند ثبوته إلى ما قبل الحجر فلزم في حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة. وإن جنى المحجور على رجل جناية توجب المال وجب قضاء الأرش من المال، لأنه حق لزمه بغير رضا من له الحق فوجب قضاؤه من مال المدين، وإن جنى عليه جناية توجب المال تعلق حق الغرماء بالأرش كما يتعلق بسائر أمواله.

جاء في «المنهاج للنووي» (انظر «مغني المحتاج» للشربيني ١٤٧/٢ - ١٤٩): «إذا حجر تعلق حق الغرماء بماله، وأشهد على حجره ليحذر. ولو باع أو وهب أو أعتق، ففي قول يوقف تصرفه فإن فضل ذلك عن الدين نفذ وإلا لغا، والأظهر بطلانه فلو باع ماله لغرمائه بدينهم بطل في الأصح. ولو باع سلماً أو اشترى في الذمة، فالصحيح صحته ويثبت في ذمته. . . ولو أقر بعين أو دين وجب قبل الحجر، فالأظهر قبوله في حق الغرماء. وإن أسند وجوبه إلى ما بعد الحجر بمعاملة أو مطلقاً لم يقبل في حقهم، وإن قال عن جناية قبل في الأصح. . . والأصح تعدى الحجر إلى ما حدث بعده بالاصطياد والوصية والشراء إن صححتاه» وجاء في «مغني المحتاج» للشربيني (١٤٨/٢ - ١٤٩) تعقيباً على ما تقدم: «وأشهد الحاكم ندباً، وقيل وجوباً، على حجره. . . وأشهد بالنداء عليه ليحذر من معاملته. قال العمراني: فيأمر منادياً ينادي في البلد أن الحاكم حجر على فلان ابن فلان. . . ولو تصرف تصرفاً مالياً مفوتاً في الحياة بالإنشاء مبتدأ، كأن باع أو اشترى بالعين أو وهب أو أعتق أو أجر أو وقف أو كاتب، ففي قول بوقف تصرفه المذكور فإن فضل ذلك عن الدين لارتفاع القيمة أو إبراء الغرماء أو بعضهم نفذ أي بان أنه كان نافذاً. . . وإن لم يفضل لغا أي بان أنه كان لاغياً. والأظهر بطلانه في الحال لتعلق حقهم به كالمرهون، ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم، فلا يصح تصرفه على مراغمة مقصود الحجر كالسفيه. . . فلو باع ماله كله أو بعضه لغريمه بدينه. . . من غير إذن القاضي بطل البيع في الأصح، لأن الحجر يثبت على العموم ومن الجائز أن يكون له غريم آخر. والثاني يصح لأن الأصل عدم غيرهم، وبالقياص على بيع

المرهون من المرتهن. . . أما بإذن القاضي فيصح. . . وخرج بالتصرف المالي التصرف في الذمة. . . كأن باع سلفاً. . . أو اشترى شيئاً بضمن في الذمة. . . أو اقترض أو استأجر، فالصحيح صحته ويثبت المبيع والضمن ونحوهما في ذمته إذ لا ضرر على الغرماء فيه، والثاني لا يصح كالسفيه. . . وخرج بقيد الحياة ما يتعلق بما بعد الموت وهو التدبير والوصية فيصح وخرج بقيد الإنشاء الإقرار كما قال ولو أقر بعين أو دين وجب قبل الحجر بمعاملة أو إتلاف أو نحو ذلك، فالأظهر قبوله في حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة. . . والفرق بين الإنشاء والإقرار أن مقصود الحجر منع التصرف فألغى إنشاؤه، والإقرار إخبار والحجر لا يسلب العبارة عنه. . . والثاني لا يقبل إقراره في حقهم لئلا تضرهم المزاحمة ولأنه ربما واطأ المقر له، قال الروياني في الحلية والاختيار في زماننا الفتوى به لأننا نرى مفلسين يقرون للظلمة حتى يمنعوها أصحاب الحقوق من مطالبتهم وحبسهم، وهذا في زمانه فما بالك بزماننا. . . وله أن يرد بالعيب أو الإقالة ما كان اشتراه قبل الحجر إن كانت الغبطة في الرد، وليس كما لو باع بها، لأن الفسخ ليس تصرفاً مبتدأ فيمتنع منه، وإنما هو من أحكام البيع الذي لم يشمل الحجر. . . والأصح تعدي الحجر إلى ما حدث بعده بالاصطياد والهبة والوصية والشراء في الذمة إن صححناه أي الشراء، وهو الراجح لأن مقصود الحجر وصول الحقوق إلى أهلها وذلك لا يختص بالموجود. والثاني لا يتعدى إلى ما ذكر، كما أن حجر الراهن على نفسه في العين المرهونة لا يتعدى إلى غيرها».

٢ - بيع مال المدين وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة. عدم حلول الديون المؤجلة:

وبياع مال المحجور لسداد الديون. وعندما يبيع الحاكم ما له يستحب أن يحضر البيع، لأنه أعرف بضمن ماله. فإن لم يكن من يتطوع بالنداء، استؤجر من ينادي عليه من سهم المصالح لأن ذلك من المصالح فهو كأجرة الكيال والوزان في الأسواق، فإن لم يكن سهم المصالح أكثرى من مال المفلس ويقدم على سائر الديون. وبيع كل شيء في سوقه، لأن أهل السوق أعرف بقيمة المتاع، ومن يطلب السلعة في سوقها أكثر. ويبدأ بما يسرع إليه الفساد، ثم بالحيوان لأنه يحتاج إلى علف ويخاف عليه التلف، ويتأنى بالعقار لأنه إذا تأنى به كثر من يطلبه ولا يتأنى به أكثر من ثلاثة أيام. وإن كان في المال رهن أو عبد تعلق الأرض برقبته، بيع في حق المرتهن والمجنى عليه، لأن حقهما يختص بالعين فقدم.

ويقسم ما يحصل من مال المفلس بين الغرماء، يتحاصون فيه. وإذا لم يستوف الغرماء حقوقهم كلها، وكان المدين يحسن صنعه فطلب الغرماء أن يؤجر نفسه ليكسب، لم يجبر على ذلك لأنه إجبار على التكسب فلم يجز كالإجبار على التجارة. وإذا ظهر بعد قسمة المال غريم آخر، رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه.

والديون المؤجلة التي على المحجور لا تحل بالحجر، بل تبقى على آجالها، في القول الأظهر، لأن الأجل حق المحجور فلا يفوت عليه. وفي قول آخر تحل الديون المؤجلة، لأن الحجر يوجب تعلق الدين بالمال فيسقط الأجل كالموت. ولكن أجيب على ذلك بأن الذمة تخرّب

بالموت فيحل الدين، ولا تخرب بالحجر فيبقى الأجل. ولا يدخر من مال المحجور شيء للديون المؤجلة، فإن حلت كلها أو بعضها قبل القسمة التحق ما حل منها بالديون الحالة وتحاصت معها.

وإن لم يكن للمحجور كسب، ترك له ما يحتاج إليه للنفقة إلى أن يفك الحجر عنه ويرجع إلى الكسب. ويكون الطعام على ما جرت به عادته، ويترك له ما يحتاج إليه من الكسوة من غير إسراف ولا إجحاف، فإن كان له من تلزمه نفقته من زوجة أو قريب ترك لهم ما يحتاجون إليه من النفقة والكسوة بالمعروف. ولا يترك له دار ولا خادم، لأنه يمكنه أن يكتري داراً يسكنها وخادماً يخدمه.

وإذا قسم مال المحجور بين الغرماء، زال الحجر لأن المعنى الذي لأجله حجر عليه هو حفظ المال على الغرماء، وقد نفذ المال فيزول الحجر، كالمجنون إذا فاق. وفي قول آخر لا يزول الحجر إلا بحكم الحاكم، لأنه حجر ثبت بحكم فلا يزول إلا بحكم، كالحجر على السفه.

جاء في «شرح زكريا الأنصاري على متن البهجة» (٣/ ١٠٦ - ١١٠): «ويندب البيع.. بحضرة المفلس.. وبحضرة الخصماء، لأن ذلك أنفى للتهمة وأطيب للقلوب، وليخبر المالك بصفة المتاع وبكم اشتراه فتكثر فيه الرغبة.. ويندب بيع كل شيء في سوقه، ويتعين كونه بضمن مثله حالاً من نقد بلده.. ولو رأى القاضي المصلحة في البيع بمثل حقوقهم جاز.. ويبدأ بما يخاف فساد، ثم بما تعلق به حق كزكاة وجنات، ثم بالحيوان، ثم بسائر المنقولات، ثم بالعقار، ويبدأ في كل نوع بالأهم فالأهم، فيقدم في المنقولات الثياب على النحاس، وفي العقار البناء على الأرض. قال الأذرع والظاهر أن الترتيب في غير ما يخاف فساد وغير الحيوان مستحب لا واجب، وقد تقتضي المصلحة تقديم العقار أو غيره إذا خيف عليه من ظالم ونحوه، فالأحسن تفويض الأمر إلى اجتهاد الحاكم.. وقسم القاضي على الخصماء بنسبة ديونهم الحالة مفردة إليها مجموعة ما قبضه من الأثمان، فلو كان لزيد عشرون ولعمرو عشرة وكان ما قبضه خمسة عشر، صرف إلى زيد عشرة وإلى عمرو خمسة.. والمراد بقسمة ذلك عليهم أن يقسم ما قبضه شيئاً فشيئاً، إلا أن يعسر لقلته فيؤخر ليجتمع، فإن أبوا التأخير ففي النهاية إطلاق القول بأنه يجيبهم، واختاره السبكي، قال الرافعي والظاهر خلافه، وسكت عليه النووي، وبه صرح الماوردي، فلو كان الغريم واحداً، سلمه إليه أولاً فأولاً، وهو ظاهر... وخرج بالحال المؤجل، فلا يدخر لأربابه شيئاً. ومن هنا علم أن المؤجل لا يحل بالحجر، لأن مقصود الأجل من التخفيف ليكتسب في مدته المديون غير فائت، بخلاف الموت لخراب الذمة به... ويقسم القاضي بغير حجة انحصار الغرماء في الموجودين لاشتغال الحجر، فلو كان ثم غريم لظهر. ويخالف الميراث، لأن الورثة أضبط من الغرماء، وهذه شهادة على نفي يعسر مدرکها فلا يلزم من اعتبارها في الأضبط اعتبارها في غيره. قال النووي ولأن الغريم الموجود تيقنا استحقاقه لما يخصه، وشككنا في مزاحمه وهو بتقدير وجوده لا يخرج عن استحقاقه له في الذمة، ولا يتحتم مزاحمة الغريم فإنه لو أعرض أو أبرأ أخذ الآخر الكل، والوارث بخلافه في جميع ذلك. وعاد القاضي بالحصة على الغرماء الموجودين.. ليقضي الدين الذي ظهر على المديون من بعد القسمة من غير نقض لها..»

فلو قسم ماله وهو خمسة عشر على غريمين لأحدهما عشرون ولآخر عشرة، فأخذ الأول عشرة والآخر خمسة، ثم ظهر غريم له ثلاثون، عاد على كل منهما بنصف ما أخذه، فلو أتلّف أحدهما ما أخذه وكان معسراً، كان ما أخذه الآخر كأنه كل المال. فلو كان المتلف أخذ الخمسة استرد القاضي من آخذة العشرة ثلاثة أخماسها لمن ظهر. ثم إذا أيسر المتلف، أخذ منه الآخران نصف ما أخذه وقسماه بينهما بنسبة دينهما... وينفق القاضي... على المفلس وعلى ممونه من ماله... وممونه من تلزمه مؤنته من عرسه أي زوجته المتقدمة على الحجر دون المتجددة بعده، والفرع له وإن سفل وتجدد، وفارق تجدد الزوجة بأنه لا اختيار له فيه بخلافهما ويفارق إقراره بالنسب تجديده الزوجة بأن الإقرار بالنسب واجب بخلاف التزويج، والأصل له وإن علا، وكذا مماليكه الذين يلزمه مؤنتهم كأولده... وكسوا أيضاً... بالمعروف. لا إن كان المفلس ذا كسب لائق به يفي بنفقتهم وكسوتهم واكتسب، فلا ينفق عليهم ولا يكسوهم من ماله بل من كسبه، فإن فضل منه شيء رد إلى المال أو نقص كمل من المال... ولا يترك له مركوبه وإن كان ذا مروءة ولا مسكنه ولا خادمه وإن احتاج إليهما... ويؤجر وجوباً الوقف وأم الولد... لا هو، أي المفلس، أي لا يجب أن يؤجر إذ لا حق للغرماء في نفسه، وعلم منه أنه لا يجب أن يكتسب لبقية الدين لقوله تعالى ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ فِي شَكٍّ مِنْهُ فَبِأَيِّ ذِي سُلْطَانٍ مُتَّبِعُونَ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، أمر بإنظاره ولم يأمر باكتسابه. وقاعدة الباب أنه لا يؤمر بتحصيل ما ليس بحاصل فله العفو عن القود مجاناً، وإنما يمنع من تفويت الحاصل كالعفو عن جناية موجبة للمال... وينفق الحجر عنه بعد قسمة ماله، بقاض أي يفكه عنه، لا بنفسه، لأنه لا يثبت إلا بإثباته فلا يرتفع إلا برفعه كحجر السفية، لأنه يحتاج إلى نظر واجتهاد، ولا باتفاق الغرماء على رفعه لاحتمال غريم آخر، فاعتبر نظر القاضي... وصحح البلقيني... أنه ينفك بنفسه وصوبه، قال ويوافقه قول الشافعي في «الأم» وليس بمحجور عليه بعد الحجر الأول وبيع المال لأنه لم يحجر عليه لسفه، وإنما يحجر عليه في وقت لبيع ماله، فإذا مضى فهو على غير الحجر».

٣ - استرداد من باع عيناً من المدين ولم يقبض ثمنها لهذه العين ذاتها:

ويسترد من له عين عند المدين العين ذاتها، كأن يكون في الغرماء من باع من المدين شيئاً قبل الإفلاس ولم يأخذ ثمنه، ووجد عين ماله على صفته، ولم يتعلق به حق غيره. فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن، وبين أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله. وإن وجد البائع عين ماله وهو رهن لم يرجع به، لأن حق المرتهن سابق لحقه، فإن أمكن أن يقضي حق المرتهن ببيع بعضه بيع منه بقدر حقه ويرجع البائع بالباقي لأن المنع كان لحق المرتهن وقد زال. وإن وجد عين ماله ودينه مؤجل وديون الغرماء حالة، بيع المبيع في الديون الحالة لأنها تقدم على المؤجل. وهناك قول بأن المبيع في هذه الحالة لا يباع بل يوقف إلى أن يحل الدين، فيختار البائع الفسخ أو الترك، لأن بالحجر تتعلق الديون بماله فصار المبيع كالمرهون في حقه بدين مؤجل، فلا يباع في الديون الحالة^(١).

(١) «وإذا كان المبيع شيئاً ثبت فيه الشفعة، ففيه ثلاثة أوجه:

جاء في «الوجيز» للغزالي (١/١٧٢ - ١٧٤): «الحكم الرابع الرجوع إلى عين المبيع لقوله عليه السلام أيما رجل مات أو أفلس، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه. ويتعلق الرجوع بثلاثة أركان: العوض والمعووض والمعاوضة أما العوض وهو الثمن فله شرطان:

الأول: أن يتعذر استيفاؤه بالإفلاس، فلو وفى المال به فلا رجوع. وإن قدمه الغرماء فله الرجوع. لأن فيه منة وغرر ظهور غريم آخر..

الثاني: الحلول، ولا رجوع إلا إذا كان الثمن حالاً، ولا يحل الأجل بالفلس على الأصح. وأما المعاوضة فلها شرطان:

الأول: أن يكون معاوضة محضة، فلا يثبت الفسخ في النكاح والخلع والصلح بتعذر استيفاء العوض. ويثبت في الإجازة والسلم...

الشرط الثاني: للمعاوضة أن تكون سابقة على الحجر، احترازنا به عما يجري سبب لزومه بعد الحجر كما إذا باع من المفلس المحجور.. أما المعوض فله شرطان:

الأول: أن يكون باقياً في ملكه، فلو هلك فليس له إلا المضاربة بالثمن. وكذا لو زادت القيمة على الثمن، والخروج عن ملكه كالهلاك، وتعلق حق الرهن والكتابة كزوال الملك. ولو عاد إلى ملكه بعد الزوال، رجع إليه في أظهر القولين:

الثاني: ألا يكون متغيراً، فإن تغير بطريان عيب فليس له إلا أن يقنع أو يضارب بالثمن... أما التغير بالزيادة المتصلة من كل وجه لا حكم لها بل تسلم للبائع مجاناً والمنفصلة من كل وجه كالولد لا يرجع فيه ولكن إن كان صغيراً فعليه أن يبذل قيمة الولد حذراً من التفريق.

وجاء في «المهذب» (١/٣٢٢ - ٣٢٣): «وإن كان في الغرماء من باع منه شيئاً قبل الإفلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئاً ولم يتعلق به حق غيره، فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من باع سلعة ثم أفلس صاحبها فوجدها بعينها، فهو أحق بها من الغرماء». وهل يفتقر الفسخ إلى إذن الحاكم؟ فيه وجهان: قال أبو إسحق لا يفسخ إلا بإذن الحاكم، لأنه مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم كفسخ النكاح بالإعسار بالنفقة. وقال أبو القاسم الدراكي لا يفتقر إلى الحاكم، لأنه فسخ ثبت بنص السنة فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعتق تحت العبد... وهل يكون الفسخ على الفور أو على التراخي؟ فيه وجهان:

= أحدها: أن الشفيع أحق، لأن حقه سابق فإنه يثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالحجر فقدم حق الشفيع.

والثاني: أن البائع أحق، لأنه إذا أخذ الشفيع الشقص زال العذر عنه وحده وإذا أخذه البائع زال الضرر عنهما لأن البائع يرجع إلى عين ماله والشفيع يتخلص من ضرر المشتري فيزول الضرر عنهما.

والثالث: أنه يدفع الشقص إلى الشفيع ويؤخذ منه ثمنه ويدفع إلى البائع، لأن في ذلك جمعاً بين الحقين وإذا أمكن الجمع بين الحقين لم يجز إسقاط أحدهما «المهذب» (١/٣١٣).

أحدهما: أنه على التراخي، لأنه خيار لا يسقط إلى بدل فكان على التراخي كخيار الرجوع في الهبة.

والثاني: أنه على الفور، لأنه خيار ثبت لنقص في العوض فكان على الفور كخيار الرد بالعيب... وإن قال الغرماء نحن نعطيك الثمن ولا نفسخ، لم يسقط حقه من الفسخ، لأنه ثبت له حق الفسخ فلم يسقط ببذل العوض كالمشتري إذا وجد بالسلعة عيباً وبذل له البائع الأرش. وإن كان قد باعه بعد الإفلاس ففيه وجهان:

أحدهما: أن له أن يفسخ لأنه باعه قبل وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة بفقير ثم أعسر.

والثاني: ليس له أن يفسخ لأنه باعه مع العلم بخراب ذمته فسقط خياره كما لو اشترى سلعة مع العلم بعيبيها، وإن وجد المبيع وقد قبض من الثمن بعضه، رجع بحصة ما بقي من الثمن... وإن وجد البائع عين ماله وهو رهن، لم يرجع به، لأن حق المرتهن سابق لحقه فلم يملك إسقاطه بحقه. فإن أمكن أن يقضي حق المرتهن ببیع بعضه، بيع منه بقدر حقه، ويرجع البائع بالباقي، لأن المنع كان لحق المرتهن وقد زال... وإن وجد عين ماله ودينه مؤجل، وقلنا إن الدين المؤجل لا يحل، وديون الغرماء حالة، فالمنصوص أنه يباع المبيع في الديون الحالة لأنها حقوق حالة، فقدمت على الدين المؤجل. ومن أصحابنا من قال لا يباع بل يوقف إلى أن يحل، فيختار البائع الفسخ أو الترك، وإليه أشار في الإملاء، لأن بالحجر تتعلق الديون بماله، فصار المبيع كالمرهون في حقه بدين مؤجل، فلا يباع في الديون الحالة. وإن وجد المبيع وقد باعه المشتري ورجع إليه، ففيه وجهان:

أحدهما: أن له أن يرجع فيه لأنه وجد عين ماله خالياً من حق غيره فأشبهه إذا لم يبعه.

والثاني: لا يرجع لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه فلم يملك فسخه.

المذهب الحنبلي:

كيف يتم الحجر:

في المذهب الحنبلي متى لزم الإنسان ديون حالة لا يفي ماله بها، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه، لزمته إجابتهم إلى طلبهم وحجر عليه.

ونرى من ذلك أن هناك شرطين يجب توافرها حتى يحكم الحاكم بالحجر على المدين.

أولاً: أن تكون الديون الحالة أكثر من مال المدين. فلا يحجر في الدين المؤجل أيّاً كان مقداره، لأنه لا تستحق به المطالبة. ولا يحجر في الدين الحال إذا كان مال المدين يفي به. وإذا كان بعض الديون مؤجلاً وبعضها حالاً، وكان مال المدين يفي بالحال، لم يحجر عليه أيضاً.

ثانياً: أن يسأل غرماء المدين الحاكم الحجر عليه. فلا يجوز الحجر على المدين بغير سؤال غرمائه. وإن اختلف الغرماء فطلب بعضهم الحجر على المدين ولم يطلبه بعض آخر، أجيب من طلب لأنه حق له.

ومتى توافر الشرطان سالف الذكر، لزم الحاكم إجابة الغرماء إلى طلبهم، وحجر على المدين. ويستحب أن يظهر الحاكم الحجر، حتى يتجنب الناس معاملة المحجور.

وجاء في «المغني» (٤/ ٤٨٨ - ٤٨٩): «وإذا رفع إلى الحاكم رجل عليه دين. فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه. لم يجبههم حتى تثبت ديونهم باعترافه أو بيينة. فإذا ثبتت، نظر في ماله، فإن كان وافياً بدينه، لم يحجر عليه وأمره بقضاء دينه، فإن أبى حبسه، فإن لم يقضه وصبر على الحبس قضى الحاكم دينه من ماله وإن احتاج إلى بيع ماله في قضاء دينه باعه، وإن كان ماله دون دينه وديونه مؤجلة، لم يحجر عليه، لأنه لا تستحق مطالبته بها فلا يحجر عليه من أجلها وإن كان بعضها مؤجلاً وبعضها حالاً وماله يفي بالحال. لم يحجر عليه أيضاً كذلك. وقال بعض أصحاب الشافعي إن ظهرت أمارات الفلاس لكون ماله بإزاء دينه ولا نفقة له إلا من ماله ففيه وجهان:

أحدهما: يحجر عليه لأن الظاهر أن ماله يعجز عن ديونه، فهو كما لو كان ماله ناقصاً. ولنا أن ماله واف بما يلزمه أداؤه فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفلاس، لأن الغرماء لا يمكنهم طلب حقوقهم في الحال فلا حاجة إلى الحجر. وأما إن كانت ديونه حالة يعجز ماله عن أدائها، فسأل غرماؤه الحجر عليه، لزمته إجابتهم. ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه، لأنه لا ولاية له في ذلك، وإنما يفعله لحق الغرماء فاعتبر رضاه به، وإن اختلفوا فطلب بعضهم دون بعض، أجيب من طلب لأنه حق له، وبهذا قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة ليس للحاكم الحجر عليه، فإذا أدى اجتهاده إلى الحجر عليه ثبت لأنه فصل مجتهد فيه. وليس له التصرف في ماله لأنه لا ولاية عليه إلا أن الحاكم يجبره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدونه، فإن امتنع لم يبعه. وكذلك إن امتنع الموسر من وفاء الدين لا يبيع ماله، وإنما يحبسه ليباع بنفسه، إلا أن يكون عليه أحد النقدين وماله من النقد الآخر فيدفع الدراهم عن الدينين والدنانير عن الدراهم، لأنه رشيد لا ولاية عليه، فلم يجز للحاكم بيع ماله بغير إذنه كالذي لا دين عليه. وخالفه أصحابه في ذلك».

وجاء في «الشرح الكبير» على متن المقنع (٤/ ٤٦٣): «ويستحب إظهار الحجر عليه والإشهاد عليه، لتجنب معاملته لئلا يستضر الناس بضياح أموالهم. ويشهد عليه لينتشر ذلك، وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عند الآخر فلا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان».

ما يترتب على الحجر عند المذهب الحنبلي:

ويترتب على الحجر أمور ثلاثة:

- ١ - منع المدين من التصرف في ماله.
- ٢ - بيع ماله عليه وقسمة ثمنه بين الغرماء، ولا تحل الديون المؤجلة.
- ٣ - استرداد من باع عيناً للمدين لم يقبض ثمنها للعين ذاتها.

١ - منع المدين من التصرف في ماله:

يمنع المدين من التصرف في ماله، الموجود وقت الحجر. وما سيوجد بعده دون حاجة إلى

حجر جديد. فإن تصرف ببيع أو هبة أو وقف أو أصدق امرأة مالاً أو نحو ذلك، ولو كان تصرفه بغير محاباة، لم يصح ذلك وكان التصرف باطلاً. وأما إن تصرف المفلس في ذمته، فاشترى أو اقترض أو تكفل، صح تصرفه، لأنه أهل للتصرف وإنما وجد في حقه الحجر، والحجر إنما يتعلق بماله لا بذمته ولكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء، لأنهم رضوا بذلك إذ علموا أنه مفلس وعاملوه، ومن لم يعلم فقد فرط في ذلك فإن هذا في مظنة الشهرة، ويتبع بها بعد ذلك الحجر عنه. وإن أقر بدين، لزمه بعد فك الحجر عنه. ولو كان صانعاً، كالقصار والحائك، في يديه متاع فأقر به لأربابه، لم يقبل إقراره، وتباع العين التي في يديه وتقسم بين الغرماء، وتكون قيمتها واجبة على المفلس إذا قدر عليها، لأنها صرفت في دينه بسبب من جهته، فكانت قيمتها عليه كما لو أذن في ذلك وإن توجهت على المفلس يمين فنكل عنها فقضى عليه، فحكمه حكم إقراره، يلزم في حقه ولا يحاص الغرماء، ولو جنى المفلس بعد الحجر جناية أوجبت مالا، شارك المجنى عليه الغرماء، لأن حق المجنى عليه ثبت بغير اختياره. ولو كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا صاحبها عنها إلى مال أو صالحه المفلس على مال، شارك الغرماء لأن سببه ثبت بغير اختيار صاحبه.

جاء في «الشرح الكبير» على متن المقنع (٤/٤٦٣ وما بعدها) متى حجر على المفلس لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله، فإن تصرف فيه ببيع أو هبة أو وقف أو إصداق امرأة ما لا له أو نحو ذلك، لم يصح. وبه قال مالك والشافعي في قول، وقال في آخر يقف تصرفه فإن كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء وإلا بطل. ولنا أن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالعين المرهونة، ولأنه محجور عليه بحكم حاكم فأشبهه السفیه. وإن أقر بدين لم يقبل في الحال، ويتبع به بعد فك الحجر عنه، نص عليه، وهو قول مالك ومحمد بن الحسن والثوري والشافعي في قول، وقال في الآخر يشاركونهم اختاره ابن المنذر لأنه دين ثابت مضاف إلى ما قبل الحجر فشارك صاحبه الغرماء كما لو ثبت بينة. ولنا أنه محجور عليه فلم يصح إقراره فيما حجر عليه فيه كالسفيه، ولأنه إقرار يبطل ثبوته في حق غير المقرر فلم يقبل، أو إقرار على الغرماء فلم يقبل كإقرار الراهن، ولأنه متهم في إقراره، وفارق البينة لأنه لا تهمة في حقها. فإن كان المفلس صانعاً، كالقصار والحائك، في يده متاع، فأقر به لأربابه، لم يقبل، والقول فيها كالتي قبلها. وتباع العين التي في يده وتقسم بين الغرماء، وتكون قيمتها واجبة على المفلس إذا قدر عليها، لأنها انصرفت في وفاء دينه بسبب من جهته، فكانت قيمتها عليه كما لو أذن في ذلك. وإن توجهت على المفلس يمين، فنكل عنها فقضى عليه، فحكمه حكم إقراره يلزم في حقه دون الغرماء.

٢ - بيع مال المدين وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة - عدم حلول الديون المؤجلة:

وبيع الحاكم مال المفلس حتى يفي الغرماء^(١). ويستحب أن يحضر المفلس البيع

(١) انظر «المغني» (٤/٤٩٤ - ٥٠١ و٤٨٥).

لمعان أربعة:

أحدها: ليحصى ثمنه ويضبطه.

والثاني: أنه أعرف بثمرن متاعه وجيده وورثته.

والثالث: أن تكثر الرغبة فيه فإن شراءه من صاحبه أحب إلى المشتري.

والرابع: أن ذلك أطيب لنفسه وأسكن لقلبه. ويستحب إحضار الغرماء أيضاً لأمر أربعة:

أحدها: أنه يباع لهم.

والثاني: أنهم ربما رغبوا في شراء شيء منه فزادوا في ثمنه فيكون أصلح لهم وللمفلس.

والثالث: أنه أطيب لقلوبهم وأبعد عن التهمة.

والرابع: أنه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فيأخذها. ويقام مناد ينادي على المتاع.

وتدفع أجرته من مال المفلس لأن البيع حق عليه. وقيل يدفع من بيت المال لأنه من المصالح. ويستحب بيع كل شيء في سوقه، وبيع الأمين المال بنقد البلد لأنه أوفر، وإن زاد في السلعة زائد في مدة الخيار لزمه الفسخ. ويبدأ بيع العبد الجاني، فيدفع إلى المجنى عليه أقل القيمتين من ثمنه أو أرش جنائته، وما فضل منه رده إلى الغرماء. ثم يبيع الرهن، فيدفع إلى المرتهن قدر دينه، وما فضل من ثمنه رده إلى الغرماء، وإن بقيت من دينه بقية ضرب بها مع الغرماء. ثم يبيع ما يسرع إليه الفساد. ثم يبيع الحيوان، لأنه معرض للإتلاف ويحتاج إلى مؤونة. ثم يبيع السلع والأثاث، لأنه يخاف عليه وتنااله الأيدي، ثم العقار أخيراً، لأنه لا يخاف تلفه وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابه.

ومتى باع شيئاً من ماله وكان الدين لواحد، دفعه إليه لأنه لا حاجة إلى تأخيره. وإن كان له غرماء، فأمكنك قسمته عليهم، قسم ولم يؤخر. وإن لم تمكن قسمته، أودع عند ثقة إلى أن يجتمع وتمكن قسمته، فيقسم. وإن كانت الديون من جنس الأثمان، أخذها الغرماء متحاصين فيها، وإن كان فيهم من دينه من غير جنس الأثمان فرضي أن يأخذ عوض حقه من الأثمان جاز وإن امتنع وطلب جنس حقه، ابتاع له بحصته من جنس دينه. وإذا فرق مال المفلس وبقيت عليه بقية وله صنعة، ففي إجباره على إيجار نفسه روايتان، إحداها لا يجبر على التكسب والثانية يجبر. ولا يجبر على قبول هدية ولا صدقة ولا وصية ولا قرض. وإذا انتهت قسمة مال المفلس بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر، رجع على كل من الغرماء بقسطه.

وإذا كان على المفلس دين مؤجل، لم يحل بالتفليس، وهو المذهب المشهور الأصح. ذلك أن الأجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه، ولأن التفليس لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ما عليه، ولأنه دين مؤجل على حي فلم يحل قبل أجله. وإذا سلم أن الدين يحل بالموت، فالفرق بينهما أن ذمة المدين خربت بالموت بخلاف التفليس. فلا يشارك أصحاب الديون المؤجلة غرماء الديون الحالية، بل يقسم المال الموجود بين أصحاب الديون الحالية، ويبقى المؤجل في الذمة إلى وقت حلوله، فإن لم يقتسم الغرماء حتى حل الدين، شارك صاحب الدين

المؤجل الذي حل أجله سائر الغرماء، كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته. وإن أدرك بعض المال قبل قسمه شاركهم فيه، ويضرب فيه بجميع دينه ويضرب سائر الغرماء ببقية ديونهم.

وينفق على المفلس وعلى من تلزمه نفقته بالمعروف من ماله إلى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه، إلا إذا كان ذا كسب يفي بالنفقة. وإن مات المفلس، كفن من ماله. ولا تباع داره التي لا غنى له عن سكنائها، كما لا يباع ما يلزمه من الثياب والأثاث.

وإذا فرق مال المفلس، كان في فك الحجر عنه وجهان:

أحدهما: يزول الحجر بقسمة ماله، لأنه حجر عليه لأجله، فإذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر، فزال الحجر، كزوال حجر المجنون لزوال جنونه.

والثاني: لا يزول إلا بحكم الحاكم، لأنه ثبت بحكمه فلا يزول إلا بحكمه، كالمحجور عليه لفسه. وفارق الجنون، فإنه يثبت بنفسه فزال بزواله، ولأن فراغ ماله يحتاج إلى معرفة وبحث فوق ذلك على الحاكم، بخلاف الجنون. وإذا أعيد الحجر عليه لديون تجددت، شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثاني، إلا أن الأولين يضربون ببقية ديونهم والآخرين يضربون بجميعها.

جاء في «الفروع» لأبي عبد الله بن محمد بن مفلح (٦٥٩/٢ - ٦٦٢) «يلزم الحاكم قسمة ماله على الغرماء إذا كان من حسن الدين، وإلا باعه على الفور لأن ذمته لم تخرب بخلاف الميت، بلا إذن. ولا تباع إلا بثمن مثله المستقر في وقته أو أكثر، ذكره شيخنا وغيره. ويستحب إحضاره وغرمائه، وبيع كل شيء في سوقه. وبيع أولاً أقله بقاء أكثره كلفة، ونفقته أدنى نفقة مثله وكسوته وعياله من ماله حتى يقسم، وذكر الشيخ إن لم يكن ذا كسب. ويترك له مالا بذمته كمسكن لا سعة فيه وخادم ليسا نفيسين. وفرس يحتاج ركوبها. ودابة يحتاجها. ونقل عبد الله يباع الكل إلا المسكن وما يوازيه من ثياب وخادماً يحتاجه. وأجرة المنادي ونحوه، ولا متبرع، من الثمن، وقيل من بيت المال. ويقدم المرتهن برهن لازم. ويشارك المرتهن بالفضل. ويقسم الباقي بقدر ديون غرمائه، ولا يلزمهم بيان إلا غريم سواهم، ويلزم الورثة بينة تشهد: لا نعلم له وارثاً سواهم. لئلا يأخذ أحدهم مالا حق له فيه. ثم إن ظهر غريم لم ينقض، ويرجع على كل واحد بقدر حصته. فلو كان له ألف اقتسمها غريماء نصفين ثم ظهر ثالث دينه كدين أحدهما، رجع على كل واحد بثلث ما قبضه. وإن كان أحدهما قد أ تلف ما قبضه، فظاهر المذهب أن الثالث يأخذ من الآخر ثلث ما قبضه من غير زيادة. ولا يحل دين تفليس. فيختص به الحال، وعنه يحل فيشارك به. ويلزم إجبار محترف على الكسب فيما يليق بمثله لبقية دينه كوقف وأم ولد. وعنه لا يجوز كقبول هبة وصدقة ووصية».

وجاء في «الإنصاف» للمرداوي (٣٠٦/٥ - ٣٠٧): فإن كان فيهم من له دين مؤجل لم يحل: هذه إحدى الروايات، وهو المذهب. قال الزركشي هذا المذهب المشهور. قال ابن منجا في شرحه هذا المذهب، وهو أصح. قال القاضي لا يحل الدين بالفلس رواية واحدة. قال في التلخيص لا يحل الثمن المؤجل بالفلس على الأصح. قال في الخاصة وإن كان له دين مؤجل لم

يشارك على الأصح. وقدمه «المستوعب» و«الكافي» و«المغني» و«الشرح» و«الرعايتين» و«الحاويين» و«الفروع» و«الفائق» وغيرهم. وجزم به في العمدة وغيره. وعنه يحل، ذكرها أبو الخطاب. قال ابن رزين: وليس بشيء. وأطلقهما في الهداية والمذهب. وعنه لا يحل إذا وثق برهن أو كفيل ملىء، وإلا حل: نقلها ابن منصور. فمتى قلنا يحل، فهو كبقية الديون الحالة. ومتى قلنا لا يحل، لم يوقف لربه شيء، ولا يرجع على الغرماء به إذا حل. لكن إن حل قبل القسمة شارك الغرماء، وإن حل بعد قسمة البعض شاركهم أيضاً وضرب بجميع دينه وباقي الغرماء ببقية ديونهم، قاله الزركشي وغيره من الأصحاب. وجاء في مكان آخر (٣١٧): وإن بقي على المفلس بقية وله صنعة، فهل يجبر على إيجار نفسه لقضائها؟ على روايتين. . . إحداهما يجبر، وهو الصحيح من المذهب. . . والرواية الثانية لا يجبر. . . كما لا يجبر على قبول الهدية والصدقة والقرض والهبة والوصية والخلع والتزويج. . . الصحيح من المذهب أنه يجبر على إيجار موقوف عليه وإيجار أم ولده إذا استغنى عنها. قال في الفروع ويجبر على إيجار ذلك في الأصح، وجزم به في «المغني» والشرح والقواعد في أم الولد. وقيل لا يجبر، وأطلقهما في الرعاية الكبرى.

٣ - استرداد من باع عيناً من المدين ولم يقبض ثمنها لهذه العين ذاتها:

وإن وجد أحد الغرماء عين ماله عند المفلس استرده، فهو أحق به من سائر الغرماء. فإذا باع أحد سلعة ولم يقبض ثمنها، ثم أفلس المشتري، فإن البائع بالخيار، إن شاء رجع في السلعة وفسخ البيع فاستردها بعينها، وإن شاء لم يرجع وكان أسوة الغرماء، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أقل أو أكثر، لأن الإعسار سبب جواز الفسخ فلا يوجب كالعيب والخيار. ولا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم لأنه فسخ ثبت بالنص، فلم يفتقر إلى حكم حاكم كفسخ النكاح لعنق الأمة. فإن بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ليركها، لم يلزمه القبول لاحتمال ظهور غريم آخر. وإن دفع الغرماء إلى المفلس الثمن فبذله للبائع، لم يكن له الفسخ، وفي هذه الحالة إذا ظهر غريم آخر لا يشارك البائع في الثمن.

جاء في «الإنصاف» للمرداوي (٢٨٦/٥ - ٢٨٧): «إن من وجد عنده عيناً باعها إياه، فهو أحق بها، بشرط أن يكون المفلس حياً، ولم ينقد من ثمنها شيئاً، والسلعة بحالها لم يتلف بعضها ولم تتغير صفتها بما يزيل اسمها كنسج الغزل وخبز الدقيق، ولم يتعلق بها حق من شفعة^(١) أو

(١) جاء في «المغني» (٤٨٢/٤): «وإن كان المبيع شقصاً مشفوعاً فيه، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: البائع أحق به. . . لأنه إذا رجع فيه عاد الشقص إليه فزال الضرر عن الشفع، لأنه عاد كما كان قبل البيع ولم تتحدد لشركة غيره.

والثاني: أن الشفع أحق. . . لأن حقه أسبق فكان أولى، بيانه أن حق البائع ثبت بالحجر وحق الشفع ثبت بالبيع. . . والوجه الثالث أن الشفع إن كان طالب بالشفعة فهو أحق لأن حقه تأكد هنا بالمطالبة، وإن كان لم يطالب بها فالبايع أولى. ولأصحاب الشافعي وجهان كالأولين، ولهم وجه ثالث أن الثمن يؤخذ من الشفع فيختص به البائع جمعاً بين الحقين، فإن غرض الشفع في عين الشقص المشفوع، وغرض البائع في ثمنه،^٢

جناية أو رهن ونحوه، ولم تزد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة. ذكر المصنف شروطاً منها أن يكون المفلس حياً، فلو مات كان صاحبها أسوة الغرماء.. وقال في التلخيص من الشروط أن يكون البائع حياً، إذ لا رجوع للورثة... ومنها ألا يكون نقد من ثمنها شيئاً فإن كان نقد منه شيئاً كان أسوة الغرماء، لا أعلم فيه خلافاً. ومنها أن تكون السلعة بحالها لم يتلف بعضها، وكذا لم يزل ملكه عن بعضها ببيع أو هبة أو وقف أو غير ذلك^(١).

= فيحصل ذلك بما ذكرنا. وليس هذا جيداً، لأن حق البائع إنما ثبت في العين، فإذا صار الأمر إلى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه.

(١) وفي المذاهب الأربعة يحبس المدين في الدين ولو لم يكن مفلساً، إذا ظن أن له مالاً. وهذا غير الحجر للإفلاس، فقد يحبس المدين ولا يحجر عليه، وقد يحجر عليه ولا يحبس، وقد يحجر عليه ويحبس. وإنما الحبس طريق من طرق التنفيذ، لإجبار المدين ولو كان غير مفلس على إظهار المال إذا كان قد أخفاه، وعند أبي حنيفة حتى يبيع المدين ماله بنفسه ولا يبيع عليه. وننقل هنا بعض النصوص، كل من المذاهب الأربعة، في هذا الصدد:

جاء في «البحر الرائق» (٨/ ٨٣ و ٨٤): «وحبس لبيع ماله في دينه، لأن قضاء الدين واجب عليه والمماثلة ظلم، فيحبسه الحاكم دفعاً لظلمه وإيصالاً للحق إلى مستحقه. ولا يكون ذلك إكراهاً على البيع، لأن المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأي طريق كان عند أبي حنيفة. يحبس حتى يظهر له مال، فإن لم يظهر له مال أخرجه من الحبس».

وجاء في «الخرشي» (٥/ ٢٧٦): «المديان، سواء كان مفلساً أم لا، أحاط الدين بماله أم لا، يحبس إلى أن يثبت عسره، كان ذكراً أو أنثى، حراً أو مآذوناً له في التجارة. هذا إن جهل حاله، أي لم يعلم هل هو مليء أو معدوم، لأن الناس محمولون على الملاء. وهذا مما قدم فيه الغالب على الأصل، لأن الأصل في الإنسان أن يولد فقيراً لا ملك له، والغالب من شأنه التكسب، فحمل على الغالب في هذا. أما من علم ملاؤه فيؤمر بدفع الحق الآن، ومعلوم العدم يجب إنظاره. ومحل حبس مجهول الحال ما لم يسأل التأخير بحميل بوجهه إلى غاية إثبات عسره. فإن سأل الصبر بحميل بوجهه وأولى بالمال إلى أن يثبت عسره، فإنه لا يحبس، لأن الغريم لم يثبت ملاؤه ولا أنه غيب مالاً، وإنما سجن ليتبين أمره، فإذا أعطى حميلاً إلى مدة الاستكشاف توصل به إلى ذلك كما يتوصل بالسجن».

وجاء في «الحطاب» (٥/ ٣٣): «قال في كتاب «التفليس» من المقدمات وقد كان الحكم من النبي ﷺ في أول الإسلام بيع المدين فيما عليه من الدين، على ما كان عليه من الاقتداء بشرع من قبله فيما لم ينزل عليه فيه شيء، وذكر قصصاً في ذلك. ثم قال نسخ الله ذلك من حكم رسوله بقوله: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

وجاء في «الوجيز» للغزالي (١/ ١٧٢): «الحكم الثالث حبسه إلى ثبوت إعساره وللقاضي ضربه إن ظهر عناده بإخفاء المال. فإن أقام بينة على إعساره، سمع في الحال وأنظر إلى ميسرة وليشهد من يخبر باطن حاله، فإنه شهادة على النفي قبلت للحاجة. ثم للخصم أن يحلفه مع الشهادة، فإن لمن يطلب فهل يجب على القاضي أدباً في قضائه؟ فيه خلاف. وإن لم يجد بينة وقد عهد له مال، فلا يقبل قوله. وإن لم يعهد، فقل إن القول قوله لأن الأصل عدم اليسار، وقيل لا بل الأصل في الحر الاقتدار، وقيل ينظر إن لزمه الدين باختياره فالظاهر أنه لا يلتزم إلا عن قدرة. فإن لم يقبل يمينه، فإن كان غريباً فليوكل القاضي به من يسأله عن منشأه ومتقلبه حتى يغلب على ظنه إفلاسه فليشهد كي لا يتخلد الحبس عليه».

وجاء في «المغني» (٤/ ٤٨٨): «إذا رفع إلى الحاكم رجل عليه دين، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه، لم

مقارنة فيما بين المذاهب الأربعة في الحجر على المدين المفلس:

بعد أن بسطنا المذاهب الأربعة في الحجر على المدين المفلس، نعقد في إيجاز مقارنة فيما بين هذه المذاهب، مقتصرين على الخطوط الرئيسية لنظام التفليس في الفقه الإسلامي. ونجري المقارنة في المسألتين الرئيسيتين اللتين ينطوي عليهما هذا النظام:

- ١ - كيف يتم الحجر.
- ٢ - وما يترتب على الحجر.

كيف يتم الحجر:

تتفق المذاهب جميعاً على أن الحجر يكون على مدين ديونه الحالة أكثر من ماله، وعلى أن الحجر يكون بناء على طلب الدائنين، وعلى أنه لا يكون إلا بحكم من القاضي وهو حكم يحسن الإشهاد عليه وإعلانه للناس حتى تتجنب معاملة المدين المفلس.

هذا هو الجوهر تتفق فيه المذاهب، وتختلف بعد ذلك في مسائل أهمها ما يأتي:

- ١ - أبو حنيفة في المذهب الحنفي لا يجيز الحجر للإفلاس ولا بيع مال المدين أصلاً عليه، بل إن إفلاس المدين عنده لا يمكن أن يتحقق إلا بعد الموت. ويخالفه أصحابه في كل ذلك.
- ٢ - المذهب الحنفي في قول يجيز الحجر على المدين ولو كان مليئاً إذا كان ممطلاً في دفع ديونه. وفي قول آخر لا يجيز الحجر إلا إذا كان مال المدين لا يفي بديونه الحالة والمؤجلة.
- ٣ - المذهب المالكي في قول يجيز الحجر على المدين، ليس فحسب إذا كان دينه الحال أكثر من ماله، بل أيضاً إذا كان مجموع ديونه الحال منها والمؤجل يزيد على ماله بشرط أن يكون في الديون ما هو حال.
- ٤ - يشترط المذهب المالكي في الحجر للإفلاس، فوق الشروط المتقدمة، أن يلد المدين ويماطل بعد حلول الأجل في دفع ما عليه، فإن دفع للدائنين جميع ما بيده ولم يهتم بإخفاء شيء لم يحجر عليه.
- ٥ - المذهب الشافعي في قول يجيز الحجر على المدين وإن كان ماله يفي بالديون الحالة إذا ظهرت عليه أمانة التفليس، بأن زاد خرجه على دخله.

= يجبههم حتى تثبت ديونهم باعترافه أو بيئته. فإذا ثبتت نظر في ماله، فإن كان وافياً بدينه لم يحجر عليه وأمره بقضاء دينه. فإن أبي، حبسه. فإن لم يقضه وصبر على الحبس، قضى الحاكم دينه من ماله، فإن كان وافياً بدينه لم يحجر عليه وأمره بقضاء دينه. فإن أبي، حبسه. فإن لم يقضه وصبر على الحبس، قضى الحاكم دينه من ماله، وإن احتاج إلى بيع ماله في قضاء دينه باعه».

وجاء في «الشرح الكبير» (٤/٤٥٩): «قال ابن المنذر أكثر من تحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين، منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد بن الحسن، روي عن شريح والشعبي. وكان عمر بن عبد العزيز يقول: يقسم ماله بين الغرماء ولا يحبس، وبه قال عبد الله بن أبي جعفر والليث بن سعد».

٦ - يجوز في المذهب الشافعي أن يتقدم المدين إلى الحاكم لتفليس نفسه .

ما يترتب على الحجر:

يمكن حصر النتائج التي تترتب على الحجر في المذاهب كلها في أمور أربعة:

أ - غل يد المدين المحجور عن التصرف في ماله .

ب - بيع أمواله عليه .

ح - ترك ما يحتاج إليه شفقة عليه .

د - المساواة الفعلية ما بين الدائنين عن طريق المحاصة بينهم .

أ - ففي غل يد المدين المحجور تتفق المذاهب جميعاً في أن المدين لا يجوز له أن يتصرف تصرفاً مفقراً فينقص من ماله، ببيع أو هبة أو وقف أو نحو ذلك . ولا يجوز له أن يلتزم في ماله المحجور عليه، بقرض أو شراء أو نحو ذلك من التصرفات القولية، وينفذ التزامه فيما يجد له من مال بعد زوال الحجر، أما التزامه بجناية ونحوها من التصرفات الفعلية فينفذ في ماله المحجور عليه، وإذا عرض للمدين المحجور كسب فامتنع عنه، كهبة أو وصية امتنع عن قبولها، لم يجبر على ذلك .

وتختلف المذاهب بعد ذلك في مسائل أهمها ما يأتي:

١ - عند الحنفية يجوز للمدين المحجور أن يتصرف في ماله معاوضة بغير محابة .

٢ - وعندهم لا يكون عدم نفاذ التصرفات التبرعية إلا في حق الغرماء الذين باشروا الحجر على المدين دون غيرهم من الغرماء الذين لم يباشروا الحجر .

٣ - التصرفات المحظورة الصادرة من المدين المحجور موقوفة لحق الغرماء في المذهبين الحنفي والمالكي . وهي باطلة في المذهب الحنبلي وفي القول الصحيح من مذهب الشافعي .

٤ - إقرار المدين المحجور لا ينفذ في ماله المحجور عليه عند الحنفية والمالكية والحنابلة، وينفذ في القول الصحيح من مذهب الشافعي .

ب - وفي بيع أموال المحجور تتفق المذاهب جميعاً على أن ماله يباع عليه، ويعجل بيع ما يخشى فساد أو تغيره عن حالته، ويتحرى الحاكم الاستقصاء في الثمن وعدم تقدم من يزيد .

وتختلف المذاهب بعد ذلك في مسألة هامة . فعند الحنفية والمالكية لا يتناول الحجر إلا المال الموجود وقت الحجر . وعند الشافعية والحنابلة يتناول الحجر أيضاً ما يجد من مال دون حاجة إلى حجر جديد وقد تقدم أن أبا حنيفة لا يجيز بيع مال المدين عليه، ويجيز حبسه في الدين حتى يبيع ماله بنفسه، أما الصاحبان والمذاهب الأخرى فتجيز حبس المدين في الدين وتجيز إلى جانب ذلك بيع ماله عليه .

ح - وفي ترك ما يحتاج إليه المدين المحجور تتفق المذاهب جميعاً في أن يترك له ما يحتاج إليه في صناعته أو حرفته، ويترك له قوته والنفقة الواجبة عليه لمن تلزمه نفقته .

وتختلف المذاهب بعد ذلك في مسائل أهمها ما يأتي:

- ١ - تباع دار السكنى عند المالكية والشافعية، ولا تباع عند الحنفية والحنابلة.
- ٢ - لا يجبر المدين المحجور على التكسب لوفاء الباقي من ديونه عند الحنفية والمالكية والشافعية، ويجبر على ذلك في القول الصحيح من المذهب الحنبلي.
- د - وفي المساواة الفعلية ما بين الدائنين يتميز الفقه الإسلامي بأنه يجعل إجراءات التنفيذ على مال المدين المحجور للإفلاس إجراءات جماعية تحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين فتتفق المذاهب جميعاً في أن يقسم ما يحصل من مال المفلس بين الغرماء يتحاصون فيه، وإذا ظهر بعد قسمة المال غريم آخر رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذه على قدر دينه. على أن من وجد من الغرماء عين ماله على صفته ولم يتعلق به حق غيره، فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن، وبين أن يفسخ ويرجع في عين ماله.

وتختلف المذاهب بعد ذلك في مسائل أهمها ما يأتي:

- ١ - تحل الديون المؤجلة التي على المفلس بالحجر عليه عند المالكية، ولا تحل عند الحنفية وفي القول الأظهر من مذهب الشافعي وفي القول المشهور الأصح من المذهب الحنبلي. وعند من يقول بعدم حلول الديون المؤجلة لا يدخر من مال المحجور شيء لها إذا تمت قسمة المال بين أصحاب الديون الحالة قبل حلول الديون المؤجلة، وفي هذا بعض تفويت للمساواة الفعلية ما بين الدائنين.

- ٢ - عند الحنفية من وجد من الغرماء عين ماله على صفته ولم يتعلق به حق غيره لم يكن له أن يفسخ البيع لأخذ عين ماله، وهو أسوة الغرماء. أما إذا كان المشتري لم يقبض المبيع أو قبضه بغير إذن للبائع. فللبائع أن يستبقى المبيع في يده أو يسترده من المشتري، فيحبسه بالثمن. وفي المذاهب الأخرى غير مذهب الحنفية. قدمنا أن للبائع الفسخ وأخذ عين ماله، قبل القبض وبعده.

- ٣ - إذا طلب البائع فسخ البيع، في المذاهب الأخرى غير مذهب الحنفية، لأخذ عين ماله، فعند المالكية يجوز للغرماء أن يقدوا المبيع بدفع ثمنه للبائع ولو بمالهم فأولى بما المفلس، فيمتنع على البائع أن يفسخ وأن يأخذ عين ماله. وعند الشافعية يجوز للغرماء أن يقدوا المبيع بدفع ثمنه للبائع من مال المفلس، أما فداؤه بدفع ثمنه من مالهم فلا يجوز لأن فيه منة وغرر ظهور غريم آخر. وعند الحنابلة إذا بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة لتركها لم يلزمه القبول لاحتمال ظهور غريم آخر، لكن إذا دفع الغرماء إلى المفلس الثمن فبذله للبائع لم يكن لهذا أن يفسخ وفي هذه الحالة إذا ظهر غريم آخر لا يشارك البائع في الثمن.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي في الإعسار:

خلص مما قدمناه أن الفقه الإسلامي ينظم إعسار المدين تنظيمًا جماعيًا يحمي به حقوق الدائنين، ويحقق بواسطته المساواة الفعلية فيما بينهم، ويستجيب فيه لدواعي الشفقة بالمدين فيكفل له نفقته هو ومن يعول. وقد جرى الفقه الإسلامي في ذلك أحدث النظم الغربية، وقد رأينا مثلاً

لهذه النظم الأخيرة في نظام الإعسار في التقنين المدني المصري الجديد، فنعتقد مقارنة سريعة بين هذا النظام والنظام الذي بسطنا أحكامه في الفقه الإسلامي.

يقوم نظام الإعسار في التقنين المدني المصري، كما رأينا، على الأسس الآتية:

أولاً: إذا زادت ديون المدين الحالة على ماله، جاز لدائنيه أن يطلبوا من المحكمة شهر إعساره. وللمحكمة أن تقضي بشهر إعسار المدين بحكم، وتسجل صحيفة دعوى الإعسار في قلم كتاب المحكمة ويؤثر بالحكم على هامش هذا التسجيل. ويجوز للمدين نفسه أن يتقدم إلى المحكمة طالباً شهر إعساره. فتجيبه المحكمة إلى طلبه.

وهذا هو عين ما رأيناه في الخطوط الرئيسية للفقه الإسلامي. فقد قدمنا أن المدين يحجر عليه بحكم الحاكم، إذا زادت ديونه الحالة على ماله، ويكون الحجر بناء على طلب دائنيه، وقد يكون بناء على طلب المدين نفسه في مذهب الشافعي. ويحسن الإشهاد على الحكم وإعلانه للناس لتتجنب معاملة المدين المحجور. بل إن الخلاف في مذهب مالك، وقد رأينا هذا المذهب في قول يجيز الحجر على المدين ليس فحسب إذا كان دينه الحال أكثر من ماله بل أيضاً إذا حلت بعض ديونه وكان مجموع ديونه الحال منها والمؤجل يزيد على ماله، نراه مردداً في الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري. فقد ورد نص المادة ٣٣٤ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري الجديد، عن طريق الخيرة، على أحد الوجهين الآتين: «يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر، تزيد ديونه على أمواله، متى توقف عن وفاء ديونه المستحقة الأداء» أو «يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر، إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء». وقد فاضلت لجنة المراجعة بين النصين المتقدمين، فاختارت النص الثاني وهو الذي استقر في التقنين المدني المصري الجديد (انظر «الوسيط» للمؤلف ١٢١٢/٢ - هامش رقم ١).

ثانياً: إذا شهر إعسار المدين بحكم، غلت يد المدين عن التصرف في ماله، وكل تصرف يصدر منه بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يكون غير سار في حق الدائنين، دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين إذ هو ثابت بالحكم، ودون حاجة إلى إثبات تواطؤ المدين مع من تصرف له في ماله. ويكون المدين معرضاً لعقوبة التبديد إذا هو ارتكب عملاً من الأعمال التي سبق بيانها عند الكلام في الإعسار في التقنين المدني المصري. ويستطيع المدين إذا كان الدائنون قد أوقعوا الحجز على إيراداته فبقي دون مورد يعيش منه، أن يطلب تقرير نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة.

وهذه هي أيضاً أحكام الفقه الإسلامي فيما قدمناه. فإذا حجر على المدين بحكم الحاكم، لم تسر تصرفاته القولية وإقراراته في المال المحجور عليه في حق غرمائه. ويحبس إن كان عنده مال وأخفاه أو كان ظاهر الغنى وادعى عدم المقدرة على وفاء ما عليه، ويطلق المجهول الحال من الحبس إن طال حبسه بحيث يغلب على الظن أنه لو كان عنده مال لما صبر على الحبس. ويترك للمدين المحجور قوته والنفقة الواجبة عليه لمن تلزمه نفقته.

ثالثاً: ويحقق نظام الإعسار في التقنين المدني المصري المساواة ما بين الدائنين فيتحصون

في أموال المدين، وتحل الديون المؤجلة، ولا يجوز لدائن أن يأخذ حق اختصاص على عقار المدين وإلا كان الاختصاص غير نافذ في حق الدائنين الآخرين. ولكن المساواة التي تتحقق هي المساواة القانونية لا المساواة الفعلية، فليست هناك إجراءات جماعية يتخذها الدائنون في التنفيذ على أموال المدين. بل كل منهم يتخذ إجراءات فردية للتنفيذ بحقه. فإذا حصل عليه لم يشاركه فيه سائر الدائنين.

وأحكام الفقه الإسلامي تحقق هي أيضاً، كما رأينا، المساواة بين الدائنين. فيقسم ما يحصل من مال المفلس بين الغرماء يتحاصون فيه، وتحل الديون المؤجلة، ولا يقدم دائن على دائن إلا بمسوغ شرعي. بل إن الفقه الإسلامي لا يكتفي بالمساواة القانونية بين الغرماء. إذ هو يحقق كما قدمنا المساواة الفعلية بينهم. وذلك عن طريق إجراءات جماعية عند التنفيذ على أموال المدين، فإذا ظهر بعد قسمة أموال المدين على الغرماء غريم آخر رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذه على قدر دينه.

ولما كانت أحكام الفقه الإسلامي في تنظيم الإعسار وافية بالأغراض التي يقصد إليها من وراء هذا التنظيم، لم يكن غريباً أن يعتمد التقنين المدني العراقي إلى هذه الأحكام فيستمد منها نظاماً تشريعياً للحجر على المدين المفلس، وهو النظام الذي نبسط أسسه فيما يلي.

الحجر على المدين المفلس في التقنين المدني العراقي:

أخذ التقنين المدني العراقي نظام الحجر على المدين المفلس من أحكام الفقه الإسلامي كما قدمنا، وفصل هذا النظام تفصيلاً يتسق مع النظم القضائية في العراق ومع المبادئ العامة للتقنين المدني العراقي. ونستعرض الخطوط الرئيسية لهذا النظام مع النصوص المتعلقة بها، فننظر كيف يتم الحجر على المدين المفلس، وما هي الآثار التي تترتب على هذا الحجر، وكيف ينتهي.

كيف يتم الحجر على المدين المفلس:

يشترط للحجر على المدين ما يأتي:

١ - أن يكون ماله لا يفي بديونه الحالة.

٢ - أن يطلب أحد الدائنين الحجر عليه.

٣ - أن تكون هناك أسباب معقولة للخوف من أن يضيع المدين ماله أو أن يخفيه أو أن يجعله باسم غيره. وقد وردت هذه الشروط في المادة ٢٧٠ مدني عراقي على الوجه الآتي: «المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الأداء أزيد من ماله، إذا خاف غرماؤه ضياع ماله أو خافوا أن يخفيه أو أن يجعله باسم غيره، وكان خوفهم مبنياً على أسباب معقولة، وراجعوا المحكمة في حجره عن التصرف في ماله أو إقراره بدين لآخر، حجرته المحكمة».

فإذا توافرت هذه الشروط، وقع الحجر على المدين المفلس بحكم تصدره محكمة البداية بناء على طلب أحد الدائنين (م ١/٢٧١ مدني عراقي).

الآثار التي تقترب على الحجر على المدين المفلس:

يترتب على الحجر على المدين المفلس ما يأتي:

١ - الحجز على جميع أمواله ومنعه من التصرف فيها أو الإقرار بديون.

٢ - حلول الديون المؤجلة.

٣ - بيع أموال المدين المفلس للوفاء بديونه^(١).

فيحجز على أموال المدين المفلس - الموجود منها وما سيوجد بمجرد أن يوجد - إذ يجوز لأي دائن بموجب الحكم الصادر بالحجر أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار بحجز جميع أموال المدين المحجور من عقارات ومنقولات وديون في ذمة الغير، عدا الأموال التي لا يجوز حجزها. ويبقى الحجز على أموال المدين قائماً لمصلحة جميع الدائنين حتى ينتهي الحجر، ولو كان الذي طلب الحجز بعض الدائنين دون بعض أو أحد الدائنين دون الآخرين (م ٢/٢٧١ مدني عراقي). ويقام المدين نفسه حارساً على أمواله المحجوز عليها، إلا إذا كان هناك ما يبرر إقامة حارس آخر (م ٣/٧٧١ مدني عراقي). ومتى حجز على أموال المدين، لم يعد هذا يستطيع أن يتصرف فيها لا تبرعاً ولا معاوضة، وكل تصرف يصدر منه بعد الحجز يكون باطلاً. ولا يجوز للمدين المحجور أن يرتب في ذمته ديناً كأن يقترض، بل إنه لا يجوز له من وقت الحجر أن يفي أحد غرمائه دون الآخرين، وإذا فعل كان لسائر الغرماء استرداد المبلغ الذي دفعه لهذا الغريم المحاصة فيه معه. كما لا يجوز للمدين المحجور من وقت الحجر أن يقر بدين عليه، ولا يعتبر إقراره سارياً في حق الدائنين، ولكن إذا قامت بينة على وجود دين في ذمته قبل الحجر ثبت هذا الدين لو أقيمت البينة بعد الحجر. وتنص المادة ٢٧٤ مدني عراقي في هذا الصدد على ما يأتي: «إذا أقر المدين المحجور بدين فلا يعتبر إقراره، وإذا دفع من ماله ديناً في ذمته لأحد غرمائه فلسائر غرمائه استرداد المبلغ الذي دفعه». على أن المدين - هو ومن تنزله نفقته - يستحق النفقة في ماله طول مدة الحجر، وتنص المادة ٢٧٢ مدني عراقي على هذا الحكم إذ تقول: «ينفق على المدين المحجور وعلى من لزمته نفقته في مدة الحجر من ماله، فإذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادته كان لرئيس المحكمة المختصة بالحجر إن يقرر للمحجور بناء على عريضة يقدمها نفقة يتقاضاها من إيرادته المحجورة». فإذا لم يحجز الدائنون على إيرادته كلها أو بعضها فالمفروض أنهم تركوا ما لم

(١) أما استرداد الغريم للعين التي له في أموال المدين، فهذا ما لم يتعرض له التقنين المدني العراقي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة. وهذه القواعد أوسع من أحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة. فإن البائع في الفقه الإسلامي لا يستطيع، ما لم يشترط خيار النقد، أن يسترد سلعته بفسخ البيع إلا إذا أفلس المشتري وحجر عليه. أما القواعد العامة فتقضي بأنه يجوز للبائع فسخ البيع واسترداد المبيع إذا لم يستوف الثمن، حتى لو كان المشتري لم يحجر عليه بل كان موسراً قادراً على الوفاء بالثمن، وإذا كانت هناك قيود على استرداد البائع للمبيع، فمحل ذلك في القانون التجاري عند إفلاس المشتري وبالنسبة إلى البضائع التي اشتراها وتسلمها. ومن أجل ذلك لم يكن هناك محل في التقنين المدني العراقي لا يراد أحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة، وإلا كان في ذلك تضيق من نطاق القواعد العامة على النحو الذي بسطناه.

يحجزوا عليه نفقة للمدين، ولهم أن يحجزوا على إيرادته كلها بعد أن يطلبوا هم - أو يطلب المدين - تقدير النفقة الواجبة.

ويحل ما في ذمة المدين المفلس من ديون مؤجلة بمجرد الحكم بالحجر عليه، على أن يخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية إذا كان هناك اتفاق على سعر الفائدة، أو الفائدة القانونية إذا لم يكن هناك اتفاق عن المدة التي سقطت بحلول الدين. ويزاحم أصحاب الديون المؤجلة أصحاب الديون الحالية في المحاسبة بهذا المقدار بعد الخصم. على أنه يجوز للمدين أن يطلب من المحكمة في مواجهة دائنيه إبقاء الأجل أو مده أو منح أجل للديون الحالية، فإذا رأت المحكمة أن هذا يساعد على تصفية أموال المدين تصفية رابحة ينتفع بها كل من المدين والدائنين أجابته إلى طلبه وتنص المادة ٢٧٣ مدني عراقي في هذا الصدد على أنه «١ - يترتب على الحكم بالحجر أن يحل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة، ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل».

٢ - ويجوز للمحكمة، بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوي الشأن من دائنيه، أن تحكم بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة، كما يجوز منها أن تمنح المدين أجلاً بالنسبة إلى الديون الحالية، إذا رأت أن هذا الإجراء تبرره الظروف وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً».

وتباع أموال المدين المفلس للوفاء بديونه. ولكن إجراءات التنفيذ تبقى إجراءات فردية يتولاها كل دائن لحسابه الخاص، دون أن تكون هناك إجراءات جماعية يتولاها مصف أو سنديك لحساب جميع الدائنين. فيجوز لكل دائن، بعد الحكم بالحجر، أن يتخذ باسمه خاصة ما يلزم من الإجراءات لاستخلاص حقه. فينفذ على أي مال من أموال المدين بالطرق المقررة، على أن ما يحصل من التنفيذ يتقاسمه الدائنون جميعاً قسمة غرماء، لأن الحجز قد تقرر لمصلحة جميع الدائنين كما قدمنا. فمن تقدم منهم لأخذ حصته أخذها، ومن تخلف لم يأخذ شيئاً، على أن يتقدم فيما عسى أن يستجد من التنفيذات أو على أن يقوم هو بنفسه بالتنفيذ على أموال أخرى للمدين. وهذا بخلاف الفقه الإسلامي، فقد رأينا أن أحكامه تقضي بجعل تصفية أموال المدين تصفية جماعية، فإذا ظهر غريم متأخراً حاص بقية الغرماء فيما أخذوا وتنص المادة ٢٧٥ مدني عراقي في المعنى الذي قدمناه على ما يأتي: «يجوز لكل دائن بعد الحكم بالحجر أن يتخذ باسمه خاصة ما يلزم من الإجراءات لاستخلاص حقه، مع عدم الإخلال بما لسائر الدائنين من مصلحة تعلقت بالحجز الموقع على أموال المدين». ولا يقتصر بيع أموال المدين على الدائنين وحدهم، بل يجوز للمدين نفسه أن يبيع ماله بقصد الوفاء بديونه، ويكون ذلك إما بموافقة أغلبية معينة من الدائنين وإما بإذن المحكمة ففي الحالة الأولى تنص المادة ٢٧٦ مدني عراقي على أنه «يجوز للمدين المحجور»، بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون، أن يبيع كل ماله أو بعضه، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه. فإذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن، تعين إيداعه صندوق المحكمة حتى يوزع وفقاً للإجراءات المقررة». وفي الحالة الثانية تنص المادة ٢٧٧ مدني

عراقي على أنه «يجوز للمدين بإذن من المحكمة أن يتصرف في ماله بغير رضا الدائنين، على أن يكون ذلك بضمن المثل، وأن يقوم المشتري بإداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفي الدائنون منه حقوقهم».

كيف ينتهي الحجر على المدين المفلس:

وتنص المادة ٢٧٨ مدني عراقي على أن «ينتهي الحجر بحكم تصدره محكمة البداءة، بناء على طلب كل ذي شأن^(١)، في الحالات الآتية:

١ - متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله». والأصل أن تحل الديون المؤجلة كما قدمنا، فيجب إذن أن تكون أموال المدين قد أصبحت كافية للوفاء بجميع ديونه. ويتحقق ذلك إذا زادت قيمة هذه الأموال، أو أضيف إليها مال جديد من هبة أو ميراث أو وصية أو نحو ذلك.

٢ - متى قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه، بحيث يصبح الباقي في ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده من مال». وهذا وجه آخر لصيرورة أموال المدين كافية للوفاء بديونه، لا عن طريق زيادة أمواله بل عن طريق نص ديونه».

٣ - متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون للحجر أثر في حلولها، وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بالحجر إلى ما كانت عليه من قبل بشرط أن يكون المدين قد وفى جميع أقساطها التي حلت» وهنا نميز بين الديون التي كانت حالة وقت الحجر والديون المؤجلة التي حصلت بموجب الحجر على النحو الذي قدمناه. فإذا استطاع المدين أن يفي بالديون التي كانت حالة وقت الحجر، بأن زادت قيمة أمواله أو زاد مقدارها بهبة أو وصية أو نحو ذلك، وبالأقساط التي حلت فعلاً من الديون التي كانت مؤجلة فحلت بموجب الحجر، كان هذا سبباً لقضاء المحكمة بانتهاء الحجر. وتعود في هذه الحالة الديون التي كانت مؤجلة فحلت بموجب الحجر إلى آجالها الأولى، وعلى المدين أن يوفي أقساط هذه الديون في آجالها المحددة».

٤ - متى انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم الصادر بالحجر». ومعنى ذلك أن للدائنين، لاستيفاء حقوقهم عن طريق الإجراءات الفردية، ثلاث سنوات، فإذا انقضت هذه المدة قضت المحكمة انقضاء الحجر.

ويترتب على الحكم بانتهاء الحجر أن يكون للمدين الحق في أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار برفع الحجز الموقع على أمواله بسبب الحجر. فيعود المدين إلى حقه في التصرف في أمواله، وتعتبر أمواله غير محجوز عليها لمصلحة الدائنين أجمعين. وهذا لا يمنع من أن يكون أحد الدائنين قد وقع، أثناء الحجر أو بعده، حجزاً باسمه خاصة ولمصلحته وحده بموجب سند غير حكم الحجر، ففي هذه الحالة يكون لهذا الدائن الحق في أن يستمر في إجراءات التنفيذ حتى يستوفي حقه وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن. وفي هذا تقول المادة ٢٧٩ مدني عراقي: «يكون

(١) كالمدين أو أحد الدائنين أو دائن متأخر نشأ دينه بعد الحجر.

للمدين الحق بمقتضى الحكم الصادر بانتهاء الحجر أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار برفع الحجر الموقع على أمواله بسبب الحجر، وهذا دون إخلال بما اتخذته كل دائن من الإجراءات على أموال المدين باسمه خاصة ولمصلحته وحده».

٢ - عدم سريان تصرف المدين الضار بحق الدائن

في غير مذهب مالك تسري تصرفات المدين إلى أن يحجر عليه:

عند الحنفية والشافعية والحنابلة لا يمنع المدين من التصرف في ماله ولو تبرعاً، إلا إذا كان في مرض الموت أو كان قد حجر عليه للإفلاس على النحو الذي بسطناه فيما تقدم. فإذا كانت أمواله لا تفي حتى بديونه الحالة، فإن له مع ذلك، قبل الحجر عليه، أن يبيع، بل له أن يهب ماله لمن يشاء. وتكون هبته صحيحة نافذة متى استوفت شرائطها، مع أن الهبة واضحة للضرر بحقوق الدائنين وهي صادرة من مدين أحاط به الدين. فليس أمام الدائنين إلا تفليس المدين برفع أمره للحاكم للحجز عليه، وفقاً للأحكام التي سبق ذكرها. ولا وجد إذن في هذه المذاهب الثلاثة ما يقابل الدعوى البولصية في الفقه الغربي، ولا يجوز للدائنين الطعن في تصرفات المدين الضارة بهم دون أن يحجروا عليه.

ويقول صاحب «المغني» (٤/٤٧٩) في هذا المعنى: «ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه من بيع أو هبة أو إقرار أو قضاء بعض الغرماء أو غير ذلك فهو جائز نافذ. وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي، ولا نعلم أحداً خالفهم، ولأنه رشيد غير محجور عليه، فأشبهه المولى، وإن أكرى جملاً أو داراً، لم تنسخ إجازته بالفلس، وكان المكترى أحق به حتى تنقضى مدته».

على أن هذا التعميم الذي يقول به صاحب «المغني»، ونسبه إلى المذاهب الأربعة جميعاً، محل للنظر فيما يختص بمذهب مالك. فسنرى الآن أن هذا المذهب بقيد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله حتى قبل الحجر عليه، ويورد في ذلك أحكاماً قريبة الشبه بالدعوى البولصية في الفقه الغربي.

تقييد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله الصادرة قبل الحجر في مذهب مالك حالتان تسبقان حالة التفليس الخاص:

جاء في «بداية المجتهد» لابن رشد (٢/٢٣٦ - ٢٣٧): «فأما المفلس فله حالان: حال في وقت الفلس قبل الحجر عليه، وحال بعد الحجر. فأما قبل الحجر، فلا يجوز له إتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض إذا كان مما لا يلزمه ومما تجري العادة بفعله. وإنما اشترط مما لا يلزمه، لأن له أن يفعل ما يلزمه بالشرع وإن لم يكن بعوض، كنفقته على الآباء المعسرين أو الأبناء وإنما قيل مما لم تجر العادة بفعله، لأن له إتلاف اليسير من ماله بغير عوض، كالأضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة، وكذلك تراغي العادة في إنفاقه في عوض، كالتزوج والنفقة على الزوجة. ويجوز بيعه وابتياعه ما لم تكن فيه محاباة، وكذلك يجوز إقراره بالدين لمن لا يهتم عليه. واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه. وأما جمهور من قال

بالحجر على المفلس، فقالوا هو قبل الحكم كسائر الناس، وإنما ذهب الجمهور لهذا لأن الأصل هو جواز الأفعال حتى يقع الحجر. ومالك كأنه اعتبر المعنى نفسه وهو إحاطة الدين بماله، لكن لم يعتبره في كل حال لأنه يجوز بيعه وشراؤه إذا لم يكن فيه محاباة ولا يجوز للمحجور عليه.

ويبدو أن ابن رشد اقتصر في كلامه الذي قدمناه على حالة واحدة للمدين قبل الحجر، وهي حالة إحاطة المدين بماله، وأغفل الحالة التالية لها وهي حالة التفليس العام. فقد قدمنا أن للمدين الذي أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: هي حالة إحاطة الدين بماله، وتحقق بمجرد أن يستغرق الدين مال المدين، فيمنع المدين من التصرف بغير عوض لما في ذلك من الإضرار بدائنيه.

والحالة الثانية: حالة التفليس العام. وتحقق بقيام الغرماء على المدين دون أن يطلبوا من الحاكم الحجر عليه، فيسجنونه، أو يقومون عليه فيستتر منهم فلا يجدونه، فيحولون بينه وبين ماله، ويمنعونه لا من التبرعات فحسب بل أيضاً من التصرفات بعوض، ولهم أن يقسموا ماله بينهم بالمحاصة.

والحالة الثالثة: هي حالة الحجر على المدين وتسمى بحالة التفليس الخاص، وتحقق برفع الغرماء أمر المدين إلى الحاكم للحجر عليه فيحكم بحجره، وقد سبق أن بسطنا أحكامها فيما تقدم، فتوجد إذن، إلى جانب حالة إحاطة الدين بمال المدين، حالة أخرى للمدين سابقة على الحجر هي حالة التفليس العام.

ويقول الدردير في «الشرح الصغير» (انظر «حاشية الصاوي» ١١٦/٢) في هذا المعنى: «واعلم أن لمن أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال:

الأولى: قبل التفليس، وهي منعه وعدم جواز التصرف في ماله بغير عوض فيما لا يلزمه مما لا تجري العادة بفعله من هبة وصدقة وعتق وما أشبه ذلك كخدمة وإقرار بدين لمن يتهم عليه، ويجوز بيعه وشراؤه كما نبه عليه ابن رشد.

الحالة الثانية: تفليس عام، وهو قيام الغرماء عليه، ولهم سجنه ومنعه حتى من البيع والشراء والأخذ والعطاء.

الحالة الثالثة: تفليس خاص، وهو خلع ماله لغرمائه.

والحالتان الأوليان اللتان تسبقان الحجر - حالة إحاطة الدين بمال المدين وحالة التفليس العام - هما اللتان تعيناننا هنا.

أما الحالة الثالثة: وهي حالة التفليس الخاص، فقد سبق بحثها.

مدى تقييد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله الصادرة منه قبل الحجر عليه:

ويستخلص من الفقه المالكي أن المدين الذي أحاط الدين بماله بتقييد تصرفاته حتى قبل الحجر. فلا تسري في حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التي صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم، وفي هذا شبه واضح الدعوى البولصية في الفقه الغربي. ويجب لذلك توافر الشروط الآتية:

أولاً: أن يكون المدين قد أحاط الدين بماله: وإحاطة الدين بماله المدين هي أن تكون ديونه، الحالة منها والمؤجلة، أزيد من ماله أو مساوية له، إلا أن المنقول أن تقييد تصرفات المدين إنما يكون إذا زادت الديون على ماله لا إن نقصت أو ساوت، ولكن المستظهر أن المساواة تكفي لتقييد تصرفات المدين. ويستوي أن يكون صاحب الدين متعدداً أو منفرداً، كما يستوي أن يكون دينه حالاً أو مؤجلاً على خلاف في الرأي. والأصل في المدين الملاءة، فإذا ادعاها لم تنقيد تصرفاته إلا بعد الكشف عن حاله لمعرفة ما إذا كان الدين محيطاً بماله، فإذا تبين أن الدين محيط بماله تقيدت تصرفاته من وقت إحاطة الدين بالمال.

جاء في «الخرشي» (٢٦٣/٥): «من أحاط الدين بماله، أي زاد عليه أو ساواه، فلصاحب الدين أن يمنعه من تبرعاته كالعتق والصدقة ونحوهما، وسواء كان صاحب الدين متعدداً أو منفرداً، وسواء كان دينه حالاً أو مؤجلاً... وافهم قوله: من أحاط، أي علمت إحاطته، وأما لو ادعى الملاء فلا يمنع إلا بعد كشف السلطان عنه». وجاء في «حاشية العدوي» (٢٦٣) تعقيباً على ذلك: «المنع المذكور بمجرد الإحاطة ولا يتوقف على قيام الغرماء... قوله أي زاد عليه أو ساواه: هكذا ينبغي، لأن العلة وهي إتلاف مال الغريم حاصلة مع التساوي كحصولها في الزائد، إلا أن المنقول أن المنع إنما يكون إذا زاد على ماله لا إن نقص أو ساوى. قوله أي علمت إحاطته: أي لا من شك في إحاطة الدين بماله، والظاهر أن المراد بالشك مطلق التردد، فإذا ادعى الملاء لم يمنع إلا بعد كشف السلطان عن ماله، فإن وجد وفاء لم يفس، وإلا ففس، اللخمي وهو المشهور».

وجاء في «الشرح الكبير» للدردير (انظر «حاشية الدسوقي» ٢٦٢/٣ - ٢٦٤): «للمغريم رب الدين، واحداً أو متعدداً... منع من أحاط الدين، ولو مؤجلاً، بماله، بأن زاد عليه وقيل وكذا إن ساواه واستظهر، من تبرعه بعتق أو هبة أو صدقة أو حبس أو حمالة». وجاء في «حاشية الدسوقي» (٢٦٢ - ٢٦٣) تعقيباً على ذلك: «قوله ولو مؤجلاً: أي هذا إذا كان الدين حالاً بل ولو كان مؤجلاً، وأشار بذلك لقول المدونة ولا يجوز عتق ولا صدقة ولا هبة لمن أحاط الدين بماله وإن كانت الديون عليه لأجل بعيد، أي خلافاً لما في التتائي من أن الغريم إذا كان دينه مؤجلاً لم يكن له منع المدين الذي أحاط الدين بماله من التبرعات المذكورة وهو تابع في ذلك لشيخه الشيخ علي السنهوري، لكن كلام ابن عرفة يفيد بل في كلام بعضهم ما يفيد ترجيحه كما كتب ذلك بعض تلامذة ابن عبق نقلاً عنه. قوله وكذا إن ساواه واستظهر: أي لأن العلة إتلاف مال الغير، وهي متحققة في الزائد وكذا في المساوي، بل النقل أن الدين إذا أحاط ببعض ماله فإنه يمنع من التبرع إن كان التبرع ينقص ماله عن الدين، فإذا كانت حمالته التي تحمل بها لا يحملها ما فضل من ماله بعد الدين الذي عليه فلا تجوز وتفسخ، وأما إن كان يحملها ما فضل من ماله بعدما عليه من الدين فهي جائزة في الحكم سائغة في فعلها... فإذا كان يملك مائة وعليه خمسون ديناراً فإن تحمل بأربعين جاز وإن تحمل بستين منع».

ثانياً: أن يكون المدين عالماً وقت التصرف بأن الدين محيط بماله: فإذا كان يعتقد أن الدين غير محيط بماله، بل لو كان لا يدري هل يفي ماله بما عليه من الديون، نفذت تصرفاته، حتى لو

كان الدين فعلاً محيطاً بماله وهو لا يعلم ذلك. فالشرط إذن أن يعلم يقيناً أن الدين محيط بماله فلو كان المدين يتصرف تصرفاً مألوفاً لا سرف فيه ولا محاباة، وهو يعتقد أن تصرفه مأمون، ولم يتحقق من أن ديونه مستغرقة لجميع ماله، فتصرفه جائز.

جاء في «الحطاب» (٣٥/٥): «ويؤخذ من قوله أحاط أنه علم أن الدين أحاط بماله. فلو لم يعلم بذلك، لم يمنع من التبرع. قال المشذالي في حاشيته في أول التفليس ابن هشام لو وهب أو تصدق وعليه دين لا يدري هل لا يفي ماله بهما أم لا، جاز حتى يعلم أن ما عليه من الدين يستغرق ماله. قال ابن زرب، واحتج عليه بما في سماع عيسى من الرضاع فيمن دفع لمطلقة نفقة سنة ثم فلس بعد ستة أشهر، إن كان يوم دفع النفقة قائم الوجه لم يظهر في فعله سرف ولا محاباة فذلك جائز ابن رشد. يريد بقوله قائم الوجه جائز الأمر أن يكون المفلس مأموناً عليه مع كثرة ديونه ولا يتحقق أنها مغترقة لجميع ماله. فيقوم من قوله هذا أن من وهب أو تصدق وعليه دين لقوم، إلا أنه قائم الوجه لا يخاف عليه الفلاس، إن أفعاله جائزة وإن لم تحصر الشهود قدر ما معه من المال والدين. وبهذا كان يفتي ابن زرب ويحتج بهذه الرواية، ويقول لا يخلو أحد من أن يكون عليه دين، وقوله صحيح واستدلالة حسن. وأما إن علم أن ما عليه من الدين يغرق ما بيده من المال، فلا يجوز له هبة ولا عتق ولا شيء من المعروف... قلت وفي سماع أصبغ من الديات ما نصه إذا كان الرجل قائم الوجه يبيع ويشترى ويتصرف في ماله، فحمالته وهبته، وصدقته ماضية. فإن كان علم أن عليه ديوناً كثيرة، بقي الجواز حتى يثبت أنه لا وفاء له بما فعل من المعروف».

ثالثاً: أن يكون التصرف الصادر من المدين ضاراً بحقوق الدائنين: وهنا يجب التمييز بين حالة إحاطة الدين بمال المدين وحالة التفليس العام، فإن تصرفات المدين تتقيد في الحالة الثانية أكثر مما تتقيد في الحالة الأولى.

١ - ففي حالة إحاطة الدين بمال المدين، لا يجوز للمدين أن يتصرف في ماله بغير عوض إذا كان هذا التصرف لا يلزمه ولم تجر العادة بفعله. فليس له أن يهب ماله، لأن الهبة تضر بالدائنين فلا تنفذ في حقهم. ولكن يجوز له التصرف تبرعاً بما يلزمه كنفقته على من تجب له عليه النفقة، وبما جرت العادة بفعله كالأضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة. ويجوز بيعه وشراؤه بشرط عدم المحاباة، لأن المحاباة تبرع وهو ضار بحقوق الدائنين. ولا تجوز حمالته ولا إقراضه، فكلاهما من عقود التبرع، ولا يجوز له أن يوفي ديناً لم يحل أجله، ولا أن يوفي ديناً حل أجله بكل ما عنده من مال، ولكن له أن يوفي ديناً حالاً ببعض ما عنده من المال، ولا يجوز إقراره لمتهم عليه كابنه وأخيه وزوجه وصديقه، بخلاف غير المتهم عليه فيعتبر إقراره له. وجوز أن يرهن بعض ما بيده لبعض غرمائه، في معاملة سابقة أو لاحقة لإحاطة الدين بماله، إذا أصاب وجه الرهن بألا يرهن كثيراً في قليل. ولا يجوز له أن يتزوج أكثر من زوجة واحدة، وأما الواحدة فلا يمنع منها إن كانت ممن تشبه نساءه لا إن كانت أعلى وأن يصدقها مثل صداقها فإن أصدقها أكثر من صداق مثلها فلغرمائه الزائد يرجعون عليها به وكان ذلك الزائد ديناً لها عليه، فلو كان متزوجاً منع من إحداث زوجة ثانية.

جاء في «الشرح الكبير» للدردير (انظر «حاشية الدسوقي» ٢٦٢/٣ - ٢٦٤): «منع من أحاط الدين.. بماله.. من تبرعه بعق أو هبة أو صدقة أو حبس أو حمالة، ولا يجوز له هو ذلك، ولهم رده حيث علموا. ومن التبرع قرض لعديم لما في ذلك من ضياع مال الغير، وليس منه ما جرت العادة به ككسرة لسائل ونفقة عيدين وأضحية ونفقة ابنه وأبيه دون سرف في الجميع. وخرج بتبرعه تصرفه المالي كبيعته وشرائه.. والغريم منعه.. من إعطاء غيره من الغرماء بعض ما بيده قبل حلول أجله لأنه سلف فيرجع للتبرع، أو إعطاء غيره كل ما بيده ولو حل الدين. كإقراره أي المدين لمتهم عليه كابنه وأخيه وزوجة يميل إليها وصديق ملاطف، فللغريم منعه منه على المختار والأصح. بخلاف غير المهم عليه فيعتبر إقراره، وسواء كان الدين الذي عليه ثابتاً بالبينة أو بإقراره على أحد القولين..، لا منعه من إعطاء بعضه، أي بعض ما بيده، لبعض غرمائه الحال دينه، ويجوز له هو أيضاً ذلك إن كان صحيحاً لا مريضاً. ولا منعه من رهنه، أي رهن بعض ماله لبعض غرمائه في معاملة حدثت اشترط فيها الرهن لمن لا يتهم عليه والراهن صحيح وأصاب وجه الرهن بألا يرهن كثيراً في قليل، فشروط عدم المنع ستة، وأما الدين الثابت من قبل فلا يرهن فيه.. وله، أي لمن أحاط الدين بماله الزوج. والمختار المنع فيما زاد على واحدة يعفه». وجاء في «حاشية الدسوقي» (٢٦٣/٣ - ٢٦٤) تعقيماً على ما تقدم: «قوله ومن التبرع قرض لعديم: الأولى حذف قوله لعديم لما يأتي له في الإعطاء قبل الأجل.. قوله وخرج بتبرعه تصرفه المالي: أي فلا يمنع منه بمجرد إحاطة الدين بماله وإنما يمنع من ذلك بالتفليس بالمعنى الأعم وهو قيام الغرماء عليه، وأولى بالمعنى الأخص فيمنع بكل منهما من التصرف المالي بالتبرعات والبيع والشراء ولو بغير محاباة^(١).. قوله وإعطاء غيره قبل أجله: أي وأما دفعه بعض ما بيده لغيره من الغرماء بعد حلول أجله فلا يمنع منه.. قوله لأنه سلف: أي لأن من عجل ما أجل عد مسلفاً، والسلف من جملة التبرع، فيرد كل ما أعطاه للغير، وقال بعضهم لا يرد كل ما أعطاه لذلك الغير بل بعضه لأن قيمة المؤجل أقل من قيمته معجلاً فالزائد على قيمته مؤجلاً هبة ترد اتفاقاً. قوله أو إعطاء غيره: أي غير المانع له من الغرماء كل ما بيده، ومثل إعطاء الكل ما إذا بقي في يده فضلة لا يعامله الناس عليها، فإن وقع وأعطى جميع ما بيده لبعض الغرماء بعد الأجل كان لغيره رد الجميع على الظاهر، ولا يبقى البعض الجائز مع الحلول، من باب صفقة جمعت حلالاً وحراماً فسدت كلها.. قوله فشروط عدم المنع: أي من الرهن، ستة مساقها هكذا أن يكون المرهون بعض ماله، وأن يكون في معاملة حدثت بعد إحاطة الدين بماله، وأن يكون الرهن قد اشترط في تلك المعاملة، وأن يكون الرهن لمن لا يتهم عليه، وأن يكون الراهن صحيحاً، وأن يصيب وجه

(١) قدمنا ما جاء في «بداية المجتهد» لابن رشد (٢٣٧/٢): «يجوز بيعه وابتاعه ما لم تكن فيه محاباة». فلا يجوز لمن أحاط الدين بماله التصرف معارضة بمحاباة لأن المحاباة من قبيل التبرع: أما في كل من التفليس العام والتفليس الخاص، فلا يجوز المعاوضات أصلاً ولو بغير محاباة. فظاهر أن ما جاء في «بداية المجتهد» لابن رشد (٢٣٦/٢ - ٢٣٧) إنما يعرض لحالة المدين الذي يحيط الدين بماله، لا لحالة التفليس العام، كما سبق القول.

الرهن، قال لم أر من ذكر هذه الشروط، وظاهر المدونة وابن عرفة والتوضيح وغيرهم أن الجواز مطلق. . والحاصل أنه يجوز للمدين الذي أحاط الدين بماله أن يرهن بعض ما بيده لبعض غرمائه في معاملة حادثة أو قديمة على الإحاطة إذا أصاب وجه الرهن وكان ذلك المدين صحيحاً أو مريضاً على أحد القولين كان المرتهن ممن لا يتهم عليه أم لا. قوله أي لمن أحاط الدين بماله: أي ولم تقم عليه الغرماء، وأما المفلس بالمعنى الأعم وهو من قام عليه الغرماء فليس له أن يتزوج بالمال الموجود كما في المدونة وابن الحاجب. . . والظاهر منعه من تزوج ما زاد على الواحدة لعفته بها عادة. ثم إن محل جواز تزوجه بالواحدة إذا كانت ممن تشبه نساءه لا إن كانت أعلى، وأن يصدقها مثل صدقها فإن أصدقها أكثر من صدق مثلها فلغرمائه الزائد يرجعون عليها به وكان ذلك الزائد ديناً لها عليه. انظر أيضاً «الخرشي» (٥/ ٢٦٣ - ٢٦٤).

ب - وفي حالة التفليس العام - وتحقق كما قدمنا بقيام الغرماء على المدين، دون أن يطلبوا من الحاكم الحجر عليه، فيسجنونه، أو يقومون عليه فيستتر منهم فلا يجدونه، فيحولون بينه وبين ماله - تكون تصرفات المدين المفلس أكثر تقيداً إلى حد بعيد مما هي في الحالة الأولى عندما يحيط الدين بمال المدين دون أن يقوم عليه الغرماء. وتقرب حالة التفليس العام كثيراً من حالة التفليس الخاص من ناحية السبب الذي ينشئها، ومن ناحية الآثار التي تترتب عليها. فالتفليس العام سببه قيام دين حل أجله أو كان حالاً أصالة على المدين، وليس للمدين من المال ما يفي بهذا الدين الحال. ولكن يختلف التفليس العام عن التفليس الخاص في أن الغرماء في التفليس العام لا يرفعون أمر المدين المفلس إلى الحاكم للحجر عليه، كما سبق القول. والآثار التي تترتب على التفليس العام تقرب كثيراً من الآثار التي تترتب على التفليس الخاص، وهي أشد بكثير من الآثار التي تترتب على مجرد إحاطة الدين بمال المدين دون قيام الغرماء عليه فالمدين في حالة التفليس العام لا يجوز له أن يتبرع بماله، ولا يجوز له التصرف معاوضة ولو بغير محاباة، ولا يجوز له أن يوفي ديناً حل أجله أو لم يحل، ولا يجوز له أن يرهن ماله، ولا يعتبر إقراره إلا في المجلس الواحد أو المجلس القريب، ولا يجوز له التزوج من ماله الموجود ولو بواحدة. ويحول الغرماء بينه وبين ماله، ويمنعونه من التصرف فيه على الوجه المتقدم، ولهم أن يبيعوا هذا المال وأن يتحاصوا في ثمنه، فلا يكاد يختلف التفليس العام عن التفليس الخاص من ناحية ما يترتب عليه من الآثار إلا في حلول الدين المؤجل، فهو لا يحل في التفليس العام ولا يحل في التفليس الخاص. ومن ثم تختلط حالة التفليس العام بحالة التفليس الخاص في كثير من كتب الفقه المالكي، فتجمع هذه الكتب بين الحالتين وتتكلم فيهما كأنهما حالة واحدة. وقد تختلط حالة التفليس العام بحالة إحاطة الدين بمال المدين كما وقع في «الشرح الكبير» للدردير. على أن بعض كتب الفقه المالكي تميز بين هذه الحالات الثلاث تمييزاً واضحاً كما نرى في «الشرح الصغير» للدردير وفي «حاشية الدسوقي» على «الشرح الكبير» للدردير.

جاء في «الشرح الصغير» (انظر «حاشية الصاوي» ١١٦/٢ - ١١٧): «والتفليس أعم وأخص. واعلم أن لمن أحاط الدين بماله ثلاث أحوال:

الأولى: قبل التفليس وهي منعه وعدم جواز التصرف في ماله بغير عوض... ويجوز بيعه وشراؤه كما نبه عليه ابن رشد.

الحالة الثانية: تفليس عام وهو قيام الغرماء عليه ولهم سجنه ومنعه حتى من البيع والشراء والأخذ والعطاء نص عليه ابن رشد ويقبل إقراره لمن لا يتهم عليه إذا كان في مجلس واحد أو قريباً بعضه من بعض.

الحالة الثالثة: تفليس خاص، وهو خلع ماله لغرمائه. وإلى الأحوال الثلاثة أشار بقوله: الفلس إحاطة الدين بمال المدين فيمنعه الهبة وما في معناها، لا البيع والشراء والتصرف اللازم، ما لم تقم عليه الغرماء. والتفليس الأعم قيام ذي دين حل أجله. أو كان حالاً أصالة، على مدين له ليس له، أي للمدين، من المال ما يفي به... وقوله من تبرعه لا مفهوم له، بل لهم منعه من بيعه وشراؤه وأخذه وعطائه، لأن التفليس الأعم مانع من ذلك كما نص عليه ابن رشد كما تقدم خلافاً لظاهر ابن عرفة بخلاف مجرد الإحاطة بلا قيام فلا تمنع المعاوضات بالبيع والشراء... وله أي للغريم... رفع من أحاط الدين بماله للحاكم فيحكم... بخلع ماله لغرمائه... وهذا هو التفليس الأخص. واستشكل تسمية الأول بالأعم وهذا بالأخص بأن حقيقة الأعم ما يشمل الأخص وزيادة والأخص ما اندرج تحت الأعم كالإنسان والحيوان، وليس الأمر هنا كذلك لأن جنس الأعم قيام الغرماء على المدين وجنس الأخص حكم الحاكم المذكور وهما متباينان: وأجيب بأن الأعمية والأخصية باعتبار الأحكام لا باعتبار الصدق، ولا شك أن الثاني يمنع من كل ما منعه الأول لا العكس». وجاء في «حاشية الصاوي» (١١٦/٢ - ١١٧) تعقيماً على ما تقدم: «قوله والتفليس أعم وأخص: فالأعم هو قيام الغرماء عليه الذي يترتب عليه خلع المال، والأخص خلعه بالفعل... قوله ويجوز بيعه وشراؤه: أي بغير محاباة. قوله ومنعه حتى من البيع والشراء: أي ولو بغير محاباة. وقوله والأخذ والعطاء: كناية عن منعه من جميع التصرفات... وإلى الأحوال الثلاثة إلخ... لكن تسميته في الحالة الأولى مفلساً باعتبار التهيؤ والصلاحيية لا بالفعل... قوله فلا تمنع المعاوضات بالبيع والشراء: أي بغير محاباة... قوله لا باعتبار الصدق. أي لا باعتبار المفهوم لتباين المفهومين... قوله لا العكس، أي فإن الأول يمنع التبرعات ولا يشمل سائر التصرفات ولا يحل به المؤجل. ولا يقال هذا البحث لا يرد لأن جنسهما واحد لأن الأعم هو قيام الغرماء والأخص هو قيام الغرماء مع الحكم بخلع ماله في الجنس في كل واحد وإنما يتميز الثاني بالفصل الذي في قولنا مع الحكم بخلع ماله، لأننا نقول هم لم يجعلوا مقام الغرماء في الأخص جزءاً من التعريف بل شرطاً للحكم فلم يكن من الماهية تأمل».

وجاء في «الشرح الكبير» (انظر «حاشية الدسوقي» ٢٦٤/٣): «ولما أنهى الكلام على التفليس بالمعنى الأعم، وهو قيام الغرماء على من أحاط الدين بماله، شرع في الكلام عليه بالمعنى الأخص وهو حكم الحاكم بخلع ما بيده لغرمائه لعجزه عن وفاء ما عليه». ويقول الدسوقي في «حاشيته» (٢٦٤/٣ - ٢٦٥) تعقيماً على ذلك: «قوله ولما أنهى الكلام على التفليس بالمعنى الأعم إلخ... هذا غير صحيح، لأنه إنما تكلم فيما تقدم على إحاطة الدين بماله، وذلك ليس بتفليس بل

حالة قبله . وقد يقال إن ما سبق من قوله وللغريم منع من أحاط الدين بماله يشير لقيام الغرماء وهو التفليس بالمعنى الأعم . والحاصل أن المدين له ثلاثة أحوال :

الحالة الأولى : إحاطة الدين بماله قبل التفليس . فلا يجوز له في هذه الحالة إتلاف شيء من ماله بغير عوض فيما لا يلزمه ، فلا يجوز له هبة ولا صدقة ولا عتق ولا حبس ولا إقرار بدين لمن يتهم عليه . وإذا فعل شيئاً من ذلك كان للغرماء إبطاله . ويجوز تصرفه إذا كان ذلك التصرف مالياً . وإلى هذه الحالة أشار المصنف بقوله للغريم منع من أحاط الدين بماله .

الحالة الثانية : قيام الغرماء عليه فيسجنونه . أو يقومون عليه فيستتر منهم فلا يجدونه . فيحولون بينه وبين ماله ، ويمنعون من التبرعات والتصرفات المالية بالبيع والشراء والأخذ والعطاء ولو بغير محاباة . ومن التزوج ، ولهم قسم ماله بالمحاصة . وهذه الحالة سكت المصنف عنها ولم يذكرها .

الحالة الثالثة : حكم الحاكم بخلع ما له للغرماء لعجزه عن قضاء ما لزمه . ويترتب على هذه الحالة أيضاً منعه من التبرعات والتصرفات المالية ، وقسم ماله بين الغرماء . وحلول ما كان مؤجلاً من الدين . وإلى هذه الحالة أشار المصنف بقوله وفلس حضر أو غاب . كما قال الشارح تبعاً لغيره ، ويحتمل أنه أشار بقوله وفلس إلخ للحالة الثانية والثالثة كما قال بعضهم . والمعنى حينئذٍ وحجر عليه بسبب طلبه بدين حل عليه أعم من أن يكون ذلك الحجر من قيام الغرماء أو من حكم الحاكم بخلع ماله . والحالة الثانية تسمى فلساً بالمعنى الأعم ، والثالثة تسمى فلساً بالمعنى الأخص . والأعمية والأخصية باعتبار التحقق ، لأن حكم الحاكم بخلع المال إنما يكون بعد قيام الغرماء ، فكلما وجد الأخص وجد الأعم ، ولا عكس إذ قد يقوم الغرماء على المدين من غير أن يرفعوا الأمر للحاكم ، كذا قرر شيخنا .

الفقه المالكي يشتمل على الأسس التي تقوم عليها الدعوى البوليصية:

ونرى مما قدمناه أن أسس الدعوى البوليصية المعروفة في الفقه الغربي قائمة في الفقه المالكي . ففي هذا الفقه لا تنقيد تصرفات المدين بعد الحجر فحسب ، بل هي أيضاً تنقيد قبل الحجر . ويقوم تنقيد تصرفات المدين قبل الحجر على نفس الأسس التي تقدم عليها الدعوى البوليصية فهناك مدين أحاط الدين بماله وهذا هو المدين المعسر بالمعنى المعروف في الدعوى البوليصية . وكل تصرف يصدر من هذا المدين ويكون ضاراً بدائنيه لا يسري في حق هؤلاء الدائنين . ويشترط في المدين أن يكون عالمياً بإعساره ويشترط في التصرف أن يكون تصرفاً مفقراً يجرد المدين من ماله دون مقابل وأن يكون سبباً في إعسار المدين أو في زيادة إعساره . أليس من اليسير أن نتعرف في مجموع هذه الأحكام وجه الدعوى البوليصية ، وأن نرى معالم هذه الدعوى ترتسم في خطوطها الرئيسية؟ .

المطلب الثالث

الغير

في الفقه الإسلامي لا يسري العقد في حق الغير:

العقد في الفقه الإسلامي، لا ينصرف أثره إلى الغير الأجنبي تماماً عن العقد. فإذا أبرم أحد الشركاء عقداً لم ينصرف أثر هذا العقد إلى بقية الشركاء وكذلك العقد الذي يبرمه أحد الورثة، دون أن يمثل فيه التركة؛ لا يسري في حق باقي الورثة. وبيع الفضولي لا يسري في حق المالك إلا إذا أجازته، وبيع المأجور والمرهون لا يسري في حق المستأجر أو المرتهن.

فالآثار التي تترتب على العقد - التزاماً أو حقاً - لا تنصرف إلى الغير في الفقه الإسلامي، وإذا كان الفقه الغربي؛ كما رأينا، لا يجيز أن ينصرف الالتزام إلى الغير ولكن يجيز أن ينصرف الحق، فإن الفقه الإسلامي لا يجيز أن ينصرف إلى الغير لا الالتزام ولا الحق.

فلا يجوز في الفقه الإسلامي التعهد عن الغير بحيث يلتزم الغير بهذا التعهد^(١)، وفي هذا يتفق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي. كما لا يجوز الاشتراط لمصلحة الغير بحيث يكسب الغير حقاً بهذا الاشتراط؛ وفي هذا يختلف الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي. ويجدر أن ننظر مع ذلك كيف يمكن في الفقه الإسلامي مواجهة النظامين القانونيين اللذين يعرفهما الفقه الغربي: التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير.

كيف يواجه التعهد عن الغير في الفقه الإسلامي:

إذا أراد شريكان في الشبوع التصرف في الشيء الشائع، وكان أحدهما قاصراً، فقد رأينا في الفقه الغربي أن الشريك الآخر، حتى يتجنب الإجراءات المعقدة التي يستلزمها استئذان المحكمة في بيع نصيب القاصر، يستطيع أن يتعهد للمشتري بأن القاصر يبيع هو أيضاً نصيبه للمشتري إذا بلغ سن الرشد. فيكون الشريك البائع قد تعهد عن الغير - والغير هنا هو شريكه القاصر - فالتزم

(١) ويقول الأستاذ شفيق شحاتة في هذا المعنى: «القاعدة كما قلنا أن العقد لا يمكن أن يضر بغير المتعاقدين. وهذه القاعدة مطردة. من ذلك أنهم قالوا إن الثمن لا يمكن اشتراط دفعه على غير المشتري، وإن الاتفاق على أن شخصاً أجنبياً عن العقد يقرض البائع لا قيمة له بالنسبة للأجنبي وكذلك لا قيمة للشرط القاضي بأن على شخص معين غير البائع أن يقوم بتسليم المبيع» (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية) ((١٨٨)).

ومع ذلك يبدو أن حوالة المدين في الفقه الحنفي تحقق صورة فيها يلتزم شخص بعقد لم يكن طرفاً فيه. فإذا فرضنا أن المحال عليه كان مديناً للمحيل، فإنه لا ضرورة في هذه الحالة لرضاء المحال عليه بالحوالة وإذا اتفق المحيل مع المحال على أن يتحول هذا بالدين الذي له على المحال عليه، تمت الحوالة. ومن ثم يصبح المحال عليه - وليس طرفاً في عقد الحوالة لأن رضاه غير ضروري كما قدمنا - ملتزماً بهذا العقد نفسه أن يفي الدين للمحال على أن هذه حالة مقصورة على حوالة الدين، ولا يجوز أن تتعدى الحوالة إلى غيرها من العقود.

بعمل، هو حمل القاصر عند بلوغه سن الرشد على أن يبيع نصيبه للمشتري. ويلاحظ هنا أن الشريك البائع لم يبيع فوراً نصيب القاصر، حتى يكون هذا بيع ملك الغير موقوفاً على إجازة القاصر عند بلوغه سن الرشد. بل هو تعهد بأن القاصر يبيع نصيبه عند بلوغه سن الرشد، فيكون هذا تعهداً عن الغير وليس بيعاً لملك الغير. والفرق بينهما أن التعهد عن الغير في حاجة لتنفيذه إلى عقد جديد، أما بيع ملك الغير فلا يحتاج إلا إلى إجازة البيع الأول.

والفقه الإسلامي، في حدود الصور المألوفة فيه، يعرف صورة بيع ملك الغير تحت اسم بيع الفضولي، ولا يعرف صورة التعهد عن الغير. فالأوفق إذن، عند مواجهة الفرض الذي نحن بصدده في الفقه الإسلامي، أن يلجأ الشريك غير القاصر إلى بيع الفضولي. فيبيع كأصيل نصيبه في الشيء الشائع، ويبيع كفضولي نصيب شريكه القاصر، على أن يجيز القاصر عند بلوغه سن الرشد بيع نصيبه.

ويختلف بيع الفضولي في الفقه الإسلامي على هذا النحو عن صورة التعهد عن الغير في الفقه الغربي من الوجوه الآتية:

١ - الشريك الفضولي يعقد بيعاً تاماً، أما المتعهد عن الغير فيعقد مجرد التزام بعمل هو حمل الغير على أن يعقد بيعاً تاماً،

٢ - إذا أجاز القاصر في صورة بيع الفضولي فإنه يجيز عقد البيع نفسه الذي صدر من الفضولي، أما إذا أجاز في صورة التعهد عن الغير فإنه يبرم عقد بيع جديد، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

٣ - إذا لم يجز القاصر في صورة بيع الفضولي، فالشريك الفضولي لا يكون مسؤولاً نحو المشتري، فإنه قد تقدم للمشتري كفضولي والمشتري على بصيرة من ذلك. أما إذا لم يجز القاصر في صورة التعهد عن الغير، فإن شريكه الذي تعهد عنه يكون مسؤولاً نحو المشتري عن التعويض أو عن تنفيذ التعهد بنفسه.

كيف يواجه الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي:

يبدو أن الاشتراط لمصلحة الغير على النحو المعروف في الفقه الغربي غير جائز في الفقه الإسلامي. وهذا ما يقرره بعض الفقهاء الذين اشتغلوا بمقارنة الفقه الإسلامي بالفقه الغربي. فيقول الدكتور صبحي محمصاني في كتابه «النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية» (٢/٢٢٩): «إن الشريعة الإسلامية لم تقر ذلك (أي الاشتراط لمصلحة الغير). نعم في الوقف يجوز للواقف أن يشترط استحقاق الوقف لأشخاص معينين أو غير معينين أو غير موجودين ولكن هذا له أحكامه الخاصة المعروفة في كتب الوقف، وعلى كل حال ليس له علاقة بالعقود». ويقول الأستاذ شفيق شحاته في كتابه «النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية» (فقرة ١٨٩): «أما التعاقد لمصلحة الغير، فلا يظهر من النصوص أنه جائز، وقد وجدنا بعض حالات اشترط فيها المتعاقدان شروطاً لمصلحة أجنبي عن العقد. وفي حالة كلف شخص آخر أن يقوم بعد موته بدفع مبلغ

لثالث، وهذا المبلغ يقر الشخص الأول بأنه لهذا الثالث^(١).

ويعرض كثيراً في التعامل ما يستدعي الالتجاء إلى نظام الاشتراط لمصلحة الغير المعروف في الفقه الغربي، وقد سبق أن بسطنا القول في ذلك. ونفرض مثلاً أن شخصاً يبيع عيناً من آخر، ويريد أن يشترط على المشتري أن يدفع الثمن لدائنه سداداً للدين الذي عليه، فكيف يمكن أن يتحقق ذلك في الفقه الإسلامي؟ يبدو أنه يمكن تحقيق هذا الغرض، في الفرض الذي نحن بصدده، عن طريق حوالة الدين. فيتفق كل من البائع والمشتري ودائن البائع على أن يحيل البائع دائنه على المشتري. غني عن البيان أن هناك فروقاً بين حوالة الدين على هذا النحو وبين الاشتراط لمصلحة الغير، أظهرها أن الدائن، في الفرض المتقدم الذكر، يكون في الحوالة طرفاً في العقد، وهو أجنبي عن العقد في الاشتراط لمصلحة الغير.

الفرع الثاني

العائد نائب عن غيره

المبحث الأول

النيابة في التعاقد

في الفقه الغربي

التطور التاريخي للنيابة في التعاقد:

النيابة في التعاقد هي حلول إرادة النائب في تصرف قانوني محل إرادة الأصيل، مع انصراف أثر التصرف إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو. ونرى من ذلك أن التعاقد مع الغير بطريق نائب يكون من شأنه أن العقد يتم بين النائب والغير فهما المتعاقدان، ومع ذلك ينصرف أثر العقد إلى الأصيل ولو أنه لم يباشر العقد بنفسه. ولكن فكرة النيابة قد تطورت تطوراً خطيراً. حتى أصبح مسلماً في الفقه الغربي أن النائب الذي باشر العقد لا يعتبر طرفاً فيه، أما الأصيل الذي لم يباشر العقد فهو الطرف. ومن ثم يبدو أن انصراف أثر العقد إلى الأصيل - وهو

(١) وظاهر في هذه الحالة أن العقد لا ينشئ حقاً للمنتفع، إذ أن المشتري يقر أن الحق هو المنتفع قبل العقد. هذا ويجوز جعل خيار الشرط لأجنبي عن العقد، فيتعدى أثر العقد بذلك إلى غير طرف فيه، ولكن الأجنبي هنا يعتبر نائباً عن العائد صاحب الخيار، فيثبت الخيار لكل من الأجنبي والعائد. وقد جاء في بعض النصوص أن شخصاً يستطيع أن يطلب إلى آخر أن يكفل هذا الآخر بنفس فلان لدائن أجنبي عن العقد، فإذا قال الآخر كفلت تمت الكفالة. وهذا ما جاء في «فتح القدير» (٧٦/٥) «قال اكفل بنفس فلان لفلان، قال كفلت، تمت الكفالة. فإذا كان غائباً، فقدم وأجاز كفالته، جاز» فهل يقال هنا إن أحد المتعاقدين قد اشترط على الآخر أن يكفل هذا والآخر شخصاً لدائن ليس طرفاً في العقد فيكون قد اشترط لمصلحة هذا الدائن؟ يبدو أن هذا غير صحيح، لأن الإيجاب لا يكون بصيغة الأمر. والظاهر أن الكفالة قد تمت بإرادة الكفيل وحده، وقد أجازها الدائن المكفول له.

طرف في العقد كما قدمنا - أمر طبيعي ليس فيه أي استثناء من القاعدة التي تقضي بأن أثر العقد إنما ينصرف إلى العاقلين دون غيرهما.

على أن هذه النتيجة لم يصل إليها الفقه الغربي إلا بعد تطور طويل كما سبق القول. فقد كان القانون الروماني لا يسلم أن أثر العقد ينصرف إلى الأصيل دون النائب، بل كان يجعل من باشر العقد - أصيلاً كان أو نائباً - هو العاقد وهو الذي ينصرف إليه أثر العقد. ويقال عادة إن ذلك مرجعه إلى أمور ثلاثة:

الأمر الأول: ما تركته الأوضاع والشكليات في العقود من أثر تخلف عنها، فقد كان العقد الشكلي في القانون الروماني لا يباشره إلا العاقد نفسه، ولا ينصرف أثر العقد إلا إلى من باشره لأنه هو الذي يقوم بالأوضاع والأشكال التي يتطلبها العقد. فكان من الصعب التسليم أن شخصاً يقوم بما يستوجبه العقد من شكليات ثم ينصرف أثر العقد إلى غيره، فإن الشكليات لا تجوز النيابة فيها. وعندما تحررت الإرادة من الشكلية في بعض العقود، بقي مع ذلك هذا الأثر ولم يسلم القانون الروماني جواز النيابة في التعاقد.

الأمر الثاني: أن الالتزام في القانون الروماني كان رابطة شخصية محضة، فإذا نشأت هذه الرابطة بين الشخصين اللذين باشرا العقد، فقد كان من الصعب التسليم أنها تمتد إلى شخص ثالث يعتبر هو الأصيل، مع زوالها عن النائب وهو أحد الشخصين الأصليين اللذين عقدت بينهما الرابطة.

الأمر الثالث: أن التسليم بفكرة النيابة يقتضي الفصل بين العلة والمعلول، فالمعلول يترتب في شخص من باشر العلة، والنيابة تستلزم أن يباشر النائب العلة وأن يترتب المعلول في شخص الأصيل.

وانبنى على عدم جواز النيابة في التعاقد في القانون الروماني أن الشخص إذا كان وكيلاً عن شخص آخر، فإن أثر العقد ينصرف إلى الوكيل لا إلى الموكل، وعلى الوكيل بعد ذلك بموجب عقد الوكالة أن ينقل إلى الموكل الآثار التي انصرفت إليه من حقوق والتزامات.

ولكن مقتضيات التعامل ما لبثت أن أحدثت ثغرات في مبدأ انتفاء النيابة في القانون الروماني. وبدأ ذلك بنبابة الابن والعبد ومن في حكمهما عن رب الأسرة، ولكن في جعله دائماً لا مديناً. فكان الابن، أو من في حكمه، يستطيع أن يتعاقد مع أجنبي على حق ينصرف إلى رب الأسرة، ويستطيع هذا بموجب دعوى مباشرة أن يطالب الأجنبي الحق. ومهد لذلك أن الابن أو من في حكمه كان أقرب إلى أن يكون يداً لرب الأسرة منه نائباً عنه، وأن الولد وماله لأبيه. وكان الابن في أول الأمر لا يستطيع أن يتعاقد نيابة عن رب الأسرة في التزام ينصرف إلى رب الأسرة، ثم تطور القانون الروماني فأجاز ذلك، ولكن في حدود معينة. ومما دعا إلى هذا الأمر أن الابن كان يستطيع أن ينوب عن رب الأسرة في الشراء فيجعله مالاً للمبيع. فافتضى ذلك بعد تطور أن يكون رب الأسرة مديناً أيضاً بالثمن. وقد واجهت نيابة الابن ومن في حكمه عن رب الأسرة الحاجات العملية دهوراً طويلة، فأغنت عن ظهور النيابة كقاعدة عامة.

ومن ثم كانت القاعدة، في التعاقد بغير وساطة الابن ومن في حكمه، انتفاء النيابة. فإذا وكل شخص آخر في عقد يباشره مع أجنبي، فالأجنبي لا صلة له إلا بالوكيل فلا يستطيع أن يرجع على الموكل، وكذلك الموكل لا صلة له إلا بالوكيل فلا يستطيع أن يرجع على الأجنبي. فلم تكن هناك علاقة مباشرة بين الموكل والأجنبي، وكان أثر العقد يقف عند الوكيل ولا ينصرف إلى الموكل. غير أن مقتضيات التعامل، هنا أيضاً أدخلت بالتدرج استثناءات مختلفة على هذه القاعدة، نذكر منها ثلاثة:

١ - إذا كان من باشر العقد نائباً بحكم القانون، كالولي والوصي والقيم، فإن أثر العقد من حقوق والتزامات كانت تنصرف إلى الأصيل أي المحجور، فكان في هذا اعتراف كامل بالنيابة.

٢ - في العقود التي لا تتم إلا بالقبض، كانت النيابة جائزة في القبض. فكان يجوز بعد تمام البيع أن ينوب عن البائع شخص آخر في تسليم المبيع إلى المشتري، فتنقل الملكية إلى المشتري بالقبض (traditio) الذي تم بوساطة النائب. وقد أجازت النيابة في القبض لأنه عمل مادي. فالنائب مجرد أداة مادية ولم تحل إرادته محل إرادة الأصيل. وليس تصرفاً قانونياً ولا عملاً شكلياً، فصح أن يقوم به صاحب الشأن نفسه كما صح أن يقوم به نائب عنه. أما النيابة في المعاطاة (mancipatio) وفي التنازل القضائي (in jure cessio) - وهما عملان شكليان - فلم تكن جائزة. ويخلص من ذلك أن الملكية التي تنتقل بالقبض كان من الممكن أن تنتقل بطريق النيابة، في حين أن الالتزام كان لا يمكن أن ينشأ بطريق النيابة. فالنائب كان يستطيع أن يسلم المبيع إلى المشتري فينقل إليه ملكيته، ولكن كان لا يستطيع أن يجعل المشتري مديناً بالثمن للأصيل، بل يكون المشتري مديناً بالثمن للنائب. وكان يجوز في القرض أن يسلم وكيل عن المقرض النقود إلى المقرض فيتم عقد القرض بهذا القبض الذي أجراه الوكيل، ويصبح المقرض مديناً لا للوكيل عن المقرض بل للمقرض نفسه. ذلك أن التراضي لم يكن له أثر في تكوين عقد القرض، بل الإعطاء. وينطوي على عنصري التسليم ونية الإعطاء على سبيل القرض - هو الذي ينشئ العقد. ومن ثم جاز بعد ذلك التوكيل في الاقتراض كما جاز التوكيل في الإقراض، ثم ألحق بالقرض في جواز النيابة سائر العقود العينية^(١) - العارية والوديعة والرهن - وكذلك الهبة.

٣ - في غير ما تقدم من العقود إذا تعاقد الشخص بوكيل وبأمر الوكيل العقد مع الغير. فقد كان الغير يرجع كما قدمنا على الوكيل. فأجيز له أيضاً أن يرجع على الموكل بدعوى مباشرة، مع استبقاء دعواه الأصلية قبل الوكيل. وإلى هنا وقف التطور، فكان للغير أن يرجع على الوكيل دون الموكل إذا شاء، ولم يكن للموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على الغير إطلاقاً. ومعنى ذلك أن

(١) ويقول الأستاذ شفيق شحاتة إن التسليم في العقد العيني يؤدي الوظيفة التي تزديها الألفاظ في العقد اللفظي، وإذا كان هناك اتفاق مستتر وراء الألفاظ أو وراء التسليم، فلا ترد إليه أبداً الالتزامات الناشئة عن العقد اللفظي أو العيني، وذلك بخلاف الحال في العقد الرضائي. وهذا يفسر لماذا ينشأ الالتزام بالرد في الحال، ولماذا يكون مقصوراً على رد مثل الشيء المفترض دون زيادة، أما الفوائد فلا بد في الالتزام بها من عقد مستقل كان في الغالب عقداً لفظياً (النيابة في التصرف القانوني - مذكرات غير مطبوعة لقسم الدكتوراه ٢٢ - ٢٣).

الشخص كان يستطيع عن طريق وكيل أن يكون مديناً، ولكن كان لا يستطيع أن يكون دائماً بوكيل. فيبقى الوكيل هو الدائن للأجنبي، وينقل الحق الذي كسبه بالعقد إلى الموكل بعد ذلك^(١).

وكان الوكيل في القانون الروماني يتعاقد باسمه لا باسم موكله، لأن الحقوق والالتزامات الناشئة من تعاقدته تنصرف إليه هو لا إلى موكله كما سبق القول، ولو تعاقد باسم موكله لما انصرف أثر العقد إلى الموكل؛ ما لم يكن قد تصرف بناء على تعليمات محددة صدرت إليه من موكله، وعند ذلك يعتبر رسولاً (nuntius) ويكون الموكل هو العاقد فينصرف إليه أثر العقد^(٢).

وسار الأمر في القانون الفرنسي القديم على هذا النهج من انتفاء النيابة في التعاقد حتى القرن السادس عشر، ثم اعترف بالنيابة فجاز للشخص أن يتعاقد بوكيل مديناً كان أو دائماً. ويغلب أن يكون السبب في هذا التطور راجعاً إلى القانون الكنسي، فهذا القانون، بعد أن حرر الإرادة من الشكل وجعلها وحدها كافية لإنشاء الالتزام، أجاز أن ينوب شخص عن آخر في تصرف قانوني يباشره بالوكالة عنه^(٣).

مصادر النيابة:

والنيابة إما أن تكون نيابة قانونية إذا كان المصدر الذي يضيفي على النائب صفته هو القانون، كما في الولي والفضولي والدائن الذي يستعمل حق مدينه. وإما أن تكون نيابة قضائية إذا كان القضاء هو الذي يعين النائب، كما في الوصي والقيم والحارس القضائي والسنديك. وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كانت نتيجة لاتفاق بين الأصيل والنائب، كما في الوكيل.

ويلاحظ أن المصدر الذي يستمد منه النائب صفته ليس هو حتماً المصدر الذي يحدد مدى ولاية النائب، فالذي يحدد مدى ولاية النائب في كل من النيابة القانونية والنيابة القضائية هو القانون دائماً، والذي يحدد مدى ولاية النائب في النيابة الاتفاقية هو الاتفاق. ومن ثم تكون نيابة الوكيل نيابة اتفاقية بالنسبة إلى كل من المصدرين، المصدر الذي يضيفي صفة النيابة والمصدر الذي يحدد مدى ولاية النائب. وتكون نيابة كل من الولي والفضولي والدائن نيابة قانونية بالنسبة إلى كل من المصدرين كذلك. وتكون نيابة كل من الوصي والقيم والحارس والسنديك نيابة قضائية بالنسبة إلى المصدر الذي يضيفي صفة النيابة، ونيابة قانونية بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد مدى ولاية النائب.

ويجب تمييز النيابة عن الوكالة. فقد توجد النيابة دون وكالة، ويقع ذلك في كل نيابة قانونية أو قضائية كالولي والوصي والسنديك. وقد توجد الوكالة دون نيابة، ويقع ذلك في عقد المسخر

(١) جيرار (٦٧٨ - ٦٩٠).

(٢) وقد يكون الرومان استغنوا عن الوكيل بالرسول إذا أريد أن ينصرف أثر العقد إلى الموكل، ثم اختلط الأمر بين الوكيل الذي يتعامل باسم موكله والرسول (الأستاذ شفيق شحاتة: النيابة في التصرف القانوني ٤٤ - ٤٦). ويبدو أن الفقه الإسلامي - كما سنرى - هو الذي خطا هذه الخطوة، فقام الوكيل الذي يضيف العقد إلى الموكل على الرسول، دون أن يخلط ما بين الوكيل والرسول.

(٣) الأستاذ رواست: النيابة في التصرفات القانونية - مذكرات غير مطبوعة لقسم الدكتوراه.

أو الاسم المستعار (prête-nom) وفي عقد الوكيل بالعمولة (commisionnaire) عندما يتعاقد الوكيل باسمه الشخصي لا بصفته نائباً وسنعود إلى بيان ذلك .

مسائل ثلاث:

والنيابة لا تتحقق إلا بشروط معينة، وتترتب عليها آثار خاصة، وقد ينوب شخص واحد عن طرفي العقد أو يتعاقد شخص أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره فيبدو في الفرضين أن الشخص يتعاقد مع نفسه، وهذه حالة هامة من أحوال النيابة نفرد لها الذكر .

فنبحث إذن في النيابة مسائل ثلاثاً:

١ - شروط تحقق النيابة .

٢ - آثار النيابة .

٣ - تعاقد الشخص مع نفسه .

المطلب الأول شروط تحقق النيابة

حصر هذه الشروط:

حتى تتحقق النيابة يجب توافر شروط ثلاثة :

١ - أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل .

٢ - وأن تجري إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة .

٣ - وأن يتعامل النائب باسم الأصيل لا باسمه الشخصي .

١ - حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل - النائب والرسول:

كان الفقه التقليدي - وعلى رأسه أعلام من الفقهاء من أمثال سافيني ولايبه وبلانيول وجنى - يذهب إلى أن النائب يتمم شخص الأصيل فيتكلم بلسانه، ويعبر عن إرادته . وقد هجر الفقه الحديث هذا الرأي، وهو الآن يذهب إلى أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، وذلك بالقدر الذي لا يتلقى فيه تعليمات محددة من الأصيل فينفذها كما تلقاها إذ يكون في هذه الحدود معبراً عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو . وهذا الرأي الجديد يوضح أمرين :

أولاً: ما يميز النيابة من طابع جوهري . فما دام النائب يعبر عن إرادته هو فإن خصوصية النيابة تبرز بروزاً واضحاً، فهو يعبر عن إرادته ومع ذلك ينصرف أثر هذه الإرادة إلى الأصيل لا إلى نفسه .

أما في الرأي التقليدي الذي كان يذهب إلى أن النائب يعبر عن إرادة الأصيل، فإن النيابة لم تكن تتميز بشيء خاص، ولم تكن إلا تطبيقاً محضاً للقواعد العامة . فما دام النائب يعبر عن إرادة

الأصيل، فالطبيعي أن ينصرف أثر العقد إلى صاحب الإرادة وهو الأصيل، وغير الطبيعي أن ينصرف إلى غير صاحبها وهو النائب. ولكن القول بأن النائب يعبر عن إرادة الأصيل كان قائماً على ضرب من الافتراض القانوني أو الحيلة القانونية (fiction)، إذ يفترض أن الأصيل لا النائب هو الذي أبرم العقد مع الغير، وأن إرادة النائب ليست إلّا إرادة الأصيل. وإذا أمكن أن نتصور هذا في حالة الوكالة عندما يصدر الموكل للوكيل تعليمات جامعة مانعة يسير بموجبها ولا يجوز له أن ينحرف عنها، فيكون الوكيل إذ ذاك أقرب إلى أن يكون رسولاً، فإن هذا صعب التطور في حالة ما إذا كان الوكيل مفوضاً في أن يتصرف برأيه، حيث يبدو في وضوح أن الإرادة هي إرادة الوكيل ومع ذلك ينصرف أثرها إلى الموكل. بل يتعذر تصور هذا في حالة الفضولي، وهو يتصرف دون إذن من الأصيل ودون علمه، فالإرادة لا شك إرادة الفضولي والأثر ينصرف إلى الأصيل. ويتعذر تصور هذا وجه خاص في حالة الولاية والوصاية والقوامة، حيث يستحيل القول إن الإرادة هي إرادة المحجور لا إرادة الولي، إذ إرادة المحجور ناقصة بل قد تكون معدومة، ومن أجل هذا فرضت عليه النيابة. ويتعذر تصور هذا إطلاقاً في حالة الحارس القضائي، فهو يتصرف في المال الموضوع تحت حراسته بإرادته هو لا بإرادة الأصيل، ويتصرف غالباً رغم إرادة الأصيل.

ومن ثم تحول الفقه الحديث، يقوده أعلام من الفقهاء من أمثال إهرنج وديموج وكابيتان وبولانجيه ورواست وبيلون - إلى القول بأن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل. ويعلل بيلون كيف تكون الإرادة إرادة النائب وينصرف أثرها مع ذلك إلى الأصيل بأن الالتزام لم يعد، كما كان في القانون الروماني. رابطة ما بين شخصين، بل هو رابطة ما بين ذمتين ماليتين، وإذا صعب أن نتصور أن إرادة شخص تحل محل إرادة شخص آخر. فإنه لا يصعب أن نتصور أن إرادة شخص ينصرف أثرها إلى مال شخص آخر. ويؤخذ على هذا التعليل أنه يفصل ما بين الشخص وذمته المالية، وأنه إذا أصلح في النيابة على مجموع المال كما في الولاية والوصاية فإنه لا يصلح في تصرف معين حيث يقتصر أثر النيابة على شيء معين بالذات. وقد أورد الفقيهان ليفي إيلمان وبوبسكو رامينسيانو تعليلاً آخر، فقالا إن النيابة وصف من أوصاف التصرف القانوني كالشرط والأجل، فالتصرف القانوني البسيط تكون الإرادة فيه إرادة المتصرف وينصرف أثر الإرادة إليه، أما في التصرف القانوني الموصوف «بوصف النيابة» فالإرادة إرادة النائب وينصرف أثرها إلى الأصيل بتسليط من الأصيل نفسه أو من القانون. ويرد على هذا الرأي بأن الوصف أمر عارض يأتي بعد أن يستكمل التصرف كل مقوماته، أما النيابة فهي تتصل بصميم التصرف القانوني إذ تعين طرف العقد الذي ينصرف إليه أثره وهذا ركن من أركان العقد وليس بأمر عارض. هذا إلى أنه في الوكالة لا ينصرف الأثر إلى الموكل بإرادة الوكيل وحده، بل أيضاً بإرادة الموكل نفسه فهو الذي سلط الوكيل على التصرف. ومن ثم قام فقهاء - متيس في ألمانيا وكوربسكو في فرنسا وتارتوفاري في إيطاليا - يقولون إن الأثر ينصرف إلى الموكل باشتراك إرادته مع إرادة الوكيل، أما في النيابة القانونية فالقانون يحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل. وذهب كلاريز إلى أن إرادة النائب - وحدها أو مشتركة مع إرادة الأصيل - هي التي تحدد نطاق الالتزام (contenu de L'obligation)، أما الذي يخلق الرابطة القانونية (Lien de droit) ما بين نطاق الالتزام وذمة الأصيل فهي إرادة الأصيل في

النيابة الاتفاقية والقانون ذاته في النيابة القانونية^(١).

وإلى هنا رأينا الفقهاء ينقسمون، بعضهم يربط أثر النيابة بإرادة الأصيل وبعضهم يربط هذا الأثر بإرادة النائب. أما ديجيه، الفقيه الفرنسي المعروف فيذهب إلى أن الصعوبة في هذه المسألة قد قامت من جراء ربط الأثر القانوني بالإرادة، بينما القانون وحده لا الإرادة هو الذي يرتب الآثار القانونية، وقد رتب القانون على إرادة النائب آثاراً تنصرف إلى الأصيل. ويرى مادريه (Madray) أن القانون وإن كان هو الذي رتب الأثر وصرفه إلى الأصيل، إلا أن القانون في ذلك لا بد أن تحركه الإرادة، والإرادة التي حركته هي الإرادة المشتركة للنائب والأصيل في النيابة الاتفاقية وإرادة النائب وحده في النيابة القانونية.

وبعد استعراض كل هذه المناقشات الفقهية، نقرر أن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، وهو مع ذلك يكسب الأصيل حقاً أو يرتب في ذمته التزاماً. ذلك لأننا خرجنا عن نطاق القاعدة الرومانية الضيقة التي كانت تقضي بأن أثر الإرادة لا ينصرف إلا على صاحبها. وهذا ما كانت تقتضيه الشكلية وفكرة الرابطة الشخصية للالتزام في القانون الروماني - إلى نطاق قاعدة أوسع تقضي بأن الإرادة بعد أن تحررت من قيودها بالنسبة إلى الموضوع تتحرر أيضاً من قيودها بالنسبة إلى الأشخاص، فينصرف أثرها إلى غير صاحبها، وقد رأينا مثل ذلك في الاشتراط لمصلحة الغير. ونلاحظ هنا أموراً ثلاثة:

١ - إننا لا نقول كما يقول ديجيه إن الإرادة لا ترتب أثراً بل القانون هو الذي يرتبه، بل نحن نقول إن الإرادة هي التي ترتب بل هي هنا ترتب أثراً بعيد المدى يتعدى صاحبها إلى غيره.

٢ - إن الإرادة هنا لا تقتصر على إنشاء حق للغير كما فعلت في الاشتراط لمصلحة الغير. بل هي أيضاً ترتب التزاماً في ذمة الغير على عكس ما رأيناه في التعهد عن الغير، ذلك أن الضرورات العملية اقتضت ذلك في النيابة، ولم تقتضه في التعهد عن الغير.

٣ - إذا انصرف أثر الإرادة - حقاً أو التزاماً - إلى الغير، وجب أن تشترك مع هذه الإرادة إرادة الغير نفسه، وقد تكون إرادة الغير سابقة كما في النيابة وقد تكون لاحقة كما في الاشتراط لمصلحة الغير وكما في إقرار ما يجاوز حدود الوكالة.

يخلص من كل ذلك أن النائب يعبر عن إرادته هو، فينصرف أثر هذه الإرادة إلى الغير باشتراكها مع إرادة هذا الغير في النيابة الاتفاقية، أما في النيابة القانونية فإن القانون نفسه هو الذي يصرف أثر إرادة النائب إلى الأصيل^(٢).

(١) ويذهب كلاريز (clarise) إلى أن النيابة قد تكون في عمل مادي كنيابة المتبوع عن التابع في الخطأ. وتكون النيابة على هذا الأساس إما نيابة في الإرادة كنيابة الوكيل عن الموكل، وإما نيابة في المصلحة كنيابة الولي عن الصغير، وإما نيابة في العمل المادي كنيابة المتبرع عن التابع ونيابة الفضولي في عمل مادي عن رب العمل.

(٢) ويقرب من هذا الرأي ما يقوله الدكتور جمال مرسي بدر في رسالته في النيابة: وهكذا فإن منطق النظرية العامة للتصرف القانوني يسبغ مبدأ النيابة كما لا يسبغه منطق النظرية العامة للالتزام. ولا غرو فإن الالتزام، تلك =

ثانياً: وهذا الرأي الجديد الذي يذهب إليه الفقه الحديث من أن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل يبرز في وضوح الفرق بين النائب والرسول. فالنائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل كما قدمنا، أما الرسول فيعبر عن إرادة المرسل لا عن إرادته هو، ذلك أنه مجرد وسيط بين المرسل والمرسل إليه فيقتصر على نقل إرادة الأول إلى الثاني. وقد كان الرأي التقليدي لا يجعل هذا التمييز واضحاً، فما دام النائب في الرأي التقليدي يعبر عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو، فأى فرق إذن يقوم بينه وبين الرسول!

ويترتب على هذا التمييز ما بين النائب والرسول نتيجتان هامتان:

١ - ما دام النائب يعبر عن إرادته الشخصية، فالعبرة إذن - كما سنرى - بهذه الإرادة من حيث وجودها ومن حيث العيوب التي تلحقها. فلا يصح أن يكون النائب غير مميز لأن إرادته التي يعبر عنها تكون في هذه الحالة غير موجودة، ولا يصح أن تكون إرادته مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه فإن هذه الإرادة تكون معيبة. أما في الرسول فالعبرة بإرادة المرسل إذ الرسول يعبر عن هذه الإرادة، فصح أن يكون الرسول غير مميز ما دام يستطيع مادياً أن يبلغ الرسالة تبليغاً صحيحاً، ولا ينظر في عيوب الإرادة إلى إرادة الرسول بل إلى إرادة المرسل.

٢ - إذا تعاقد الأصيل بنائب عنه، اعتبر التعاقد بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد. أما التعاقد برسول فيكون دائماً تعاقدًا بين غائبين. حتى لو جمع مجلس واحد بين الرسول والمتعاقد الآخر.

العبرة بإرادة النائب وبنيته:

وقد قدمنا أن النائب إنما يعبر عن إرادته، ففيما يشوب الإرادة من عيوب ينظر إلى إرادته لا إلى إرادة الأصيل. ومن ثم إذا وقع النائب في غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلاً للإبطال، حتى لو أن الأصيل ما كان ليقع في ذلك لو أنه هو الذي تعاقد.

كذلك إذا استلزم تصرف قانوني النظر فيما إذا كان المتعاقد حسن النية أو سيئها، فالعبرة بنية النائب لا بنية الأصيل. فإذا كان النائب قد تعامل مع مدين معسر وهو حسن النية، لم يجز لدائني هذا المدين الطعن في التصرف بالدعوى البولصية. أما إذا كان النائب سيئ النية وتواطأ مع المدين المعسر، جاز للدائنين الطعن بالتصرف حتى لو كان الأصيل حسن النية وإذا وفى نائب المدين الدين لدائن ظاهر، فالعبرة بحسن نيته هو لا بحسن نية المدين الأصيل. فإن كان حسن النية بأن كان يعتقد وقت الوفاء أنه يفي للدائن الحقيقي، فالوفاء صحيح مبرىء لزمة المدين ولو كان هذا يعرف أن الموفى له ليس هو الدائن الحقيقي وإن كان النائب سيئ النية، فالوفاء غير صحيح حتى

= الرابطة القانونية بين شخصين، لا يسهل تصويره إلا فيما بين منشيئه. أما التصرف القانوني بوصفه وسيلة إلى غاية عملية فليس ما يمنع من تحقيقه تلك الغاية لشخص لم يكن هو صاحب الإرادة التي يقوم عليها التصرف، وذلك متى أراد صاحب الشأن هذا الوضع وهو ما نراه في النيابة الاتفاقية، أو اقتضته مصلحة جديرة بحماية القانون كما هو الأمر في حالات النيابة القانونية» («النيابة في التصرفات القانونية» ١٧٥ - ١٧٦).

لو كان المدين الأصلي حسن النية ويعتقد أن الموفى له هو الدائن الحقيقي. وإذا ناب شخص عن آخر في شراء عقار فاشتراه من غير مالك، فالعبرة بحسن نية النائب لا الأصل في تملك العقار بالتقادم القصير. كذلك إذا اشترى النائب منقولا من غير مالك وتسلمه، فالعبرة بحسن نيته هو لا بحسن نية الأصل في تملك المنقول بالحيازة.

على أنه إذا كان النائب يتصرف وفقاً لتعليمات محددة صدرت له من الأصل، فالعبرة بنية الأصل لا بنية النائب. فإذا وكل شخص آخر في شراء شيء معين بالذات، وكان الموكل يعلم أن في الشيء عيباً يجهله الوكيل. لم يجز في هذه الحالة للموكل أن يرجع على البائع بضمان العيب. ونرى من ذلك أن الأصل في العقد أنه ينعقد بإرادة النائب لا بإرادة الأصل، على أن إرادة الأصل تكون محل اعتبار فيما يوجه فيه الأصل النائب إذ أن النائب في هذه الحالة يكون بمثابة الرسول.

ولكن الأهلية ينظر فيها للأصيل:

وإذا كان النائب إنما يعبر عن إرادته، فإن ذلك لا يستتبع أن الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره يجب أن تكون متوافرة فيه. ذلك أن العقد إذا كان ينعقد بإرادة النائب، فإنه ينتج أثره في شخص الأصل، فالأصيل لا النائب هو الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد. ويعتد، في توافر الأهلية في الأصل، بالوقت الذي يباشر فيه النائب العقد، فلو أن الأصل لم يكن أهلاً لهذا العقد وقت التوكيل وكان أهلاً وقت مباشرة الوكيل للتعاقد صح العقد، ولا يصح إذا كان الأصل أهلاً وقت التوكيل ثم حجر عليه فأصبح غير أهل وقت مباشرة العقد.

والنائب لا تشترط فيه أهلية العقد الذي يباشره، لا عند التوكيل ولا عند مباشرة العقد. فيصح أن ينوب قاصر أو محجور عليه في بيع منزل مملوك لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف، ولكن يستطيع الوكيل ناقص الأهلية في هذه الحالة أن يبطل عقد الوكالة، فتسقط نيابته المستمدة من هذا العقد، ويسقط العقد الذي باشره بالنيابة عن الموكل تبعاً لذلك. على أنه إذا كان النائب لا تشترط فيه أهلية العقد الذي يباشره، فإنه يجب مع ذلك أن تكون له إرادة مميزة لأنه يعبر عن إرادته كما سبق القول، فيجب إذن أن يكون الوكيل مميزاً، ولو كان قاصراً أو محجوراً عليه.

وكل هذا ما لم تكن النيابة قانونية أو قضائية فإن القانون في هذا النوع من النيابة هو الذي يعين أهلية كل من النائب والأصيل. فيجوز أن يكون الأصل قاصراً، مميزاً أو غير مميز، كما يجوز أن يطلب من النائب كمال الأهلية ويتحقق هذا في الولاية والوصاية والقوامة. كذلك في نيابة الفضولي عن رب العمل لا يشترط في رب العمل الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره الفضولي لحسابه.

٢ - استعمال النائب إرادته في الحدود المرسومة للنيابة

مجاورة النائب لحدود النيابة:

والنائب وإن كان يعبر عن إرادته، يجب أن يعبر عنها في حدود النيابة كما رسمها القانون أو الاتفاق. فإذا جاوز هذه الحدود لم يعد نائباً، ولم ينصرف أثر العقد إلى الأصل.

على أن أثر العقد ينصرف إلى الأصيل استثناء ولو جاوز النائب حدود نيابته، إذا كان الغير الذي تعامل مع النائب حسن النية، أي لا يعلم بمجاوزة النائب حدود النيابة بل كانت لديه أسباب قوية تدعوه إلى أن يعتقد أن النائب يتعاقد في حدود نيابته. مثل ذلك أن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة - كعملاء التأمين ووكلاء الدوائر ومديري الشركات - وأن يكون التصرف الذي يباشره يدخل عادة في حدود هذه النيابة. ومثل ذلك أيضاً أن يبقى الأصيل سند النيابة في يد النائب بعد انتهاء النيابة، فيتعامل الغير معه مطمئناً إلى هذا السند. ومثل ذلك أخيراً ما نصت عليه المادة ١٠٧ مدني من أنه «إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقاً كان أو التزاماً، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه». فإذا عزل الأصيل النائب دون أن يعلم هذا بالعزل، أو مات الأصيل دون أن يعلم النائب بموته، وتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير بعزل النائب أو بموت الأصيل، فإن أثر العقد ينصرف في هذه الحالة إلى الأصيل. ويلاحظ أنه في المثلين الأولين - النيابة المستمرة وبقاء سند النيابة في يد النائب - ينتج عمل النائب أثره بالنسبة إلى الأصيل لأن هذا قد ارتكب خطأ، فيكون نفاذ عمل النائب في حقه بمثابة التعويض. أما في المثل الأخير - جهل النائب والغيرانقضاء النيابة - فنفاذ عمل النائب في حق الأصيل إنما هو تطبيق لنظرية الأوضاع الظاهرة.

وهناك حالة أخرى ينفذ فيها عمل الوكيل في حق الموكل، بالرغم من أن الوكيل جاوز حدود الوكالة. وقد نصت المادة ٧٠٣ مدني على هذه الحالة إذ تقول:

١ - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة.

٢ - على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إحضار الموكل سلفاً. وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة». ويبدو أن عمل الوكيل هنا ينفذ في حق الموكل. فيما جاوز فيه حدود الوكالة، تطبيقاً لقواعد الفضالة. فمن الممكن اعتبار الوكيل في هذه الحالة فضولياً.

إقرارالأصيل لهذه المجاوزة:

فإذا جاوز النائب حدود النيابة. ولم تكن أمام حالة استثنائية من الحالات المتقدمة، لم ينصرف أثر العقد إلى الأصيل، ورجع الغير على النائب بالتعويض إن كان له محل.

ولكن قد يقر الموكل العمل الذي جاوز حدود الوكالة، فيصبح هذا العمل كأنه قد تم في حدودها، ومن ثم ينصرف أثر العقد إلى الموكل. ويمكن تأصيل ذلك - إذا لم نستعز من الفقه الإسلامي نظريته المعروفة في التصرف الموقوف فيعتبر تصرف الوكيل في هذه الحالة موقوفاً على إجازة الموكل - بأن الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة قد نصب نفسه وكيلاً بإرادته المنفردة على أن يقره الموكل بعد ذلك ويساعد على ذلك، قيام وكالته من الأصيل فالوكالة التالية ليست وكالة مبتدأة بل هي وكالة مكملية. ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة أحد أمرين:

١ - إما القانون، فهو الذي جعل الوكيل بناء على إرادته نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة،

واشترط في قيام النيابة على هذا الوجه إقرار الموكل .

٢ - وإما الإعارة المشتركة للوكيل والموكل ، وهذه صورة تخالف صورة الوكالة في أن إرادة الموكل هنا لاحقة لإرادة الوكيل ، وهي في الوكالة سابقة على إرادة الوكيل . ولكن النيابة في الحالتين نيابة اتفاقية لا قانونية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

والإقرار تصرف قانوني صادر من جانب واحد هو الأصيل ، ولا شأن به للنائب ولا للغير . ويجب أن يكون الأصيل أهلاً لإقرار التصرف . ويكون الإقرار صريحاً أو ضمنياً ، إلا إذا كان التصرف القانوني الذي يقره الأصيل عقداً شكلياً كالهبة ، فيجب عند ذلك أن يصدر الإقرار في ورقة رسمية كالهبة ذاتها . وللإقرار أثر رجعي إذ يجعل التصرف القانوني صحيحاً منذ صدوره لا منذ الإقرار ، وذلك دون إضرار بحق الغير ، فلو أقر الأصيل بيع النائب لعقاره لم يضر إقراره بمن كسب منه حقاً عينياً على هذا العقار قبل الإقرار .

٣ - تعامل النائب باسم الأصيل

يجب أن يتعامل النائب باسم الأصيل:

وحتى تتحقق النيابة يجب أن يتعامل النائب مع الغير باسم الأصيل . والأصل أن الشخص يتعاقد لحساب نفسه لا لحساب غيره ، فإذا تعامل النائب دون أن يبين أن يعمل لحساب الأصيل ، كان من حق الغير أن يعتبر أن النائب يعمل لحساب نفسه لا لحسابه الأصيل . فيجب إذن أن يبين النائب أنه يعمل باعتباره نائباً ، أي يقصد إسناد أثر العقد إلى الأصيل (contemplatio domini) وقد يفصح النائب عن هذه النية صراحة ، وقد تفهم ضمناً من الظروف كما إذا باع مستخدم بضاعة مخدومه في متجر هذا المخدوم ، وكالخادم يتعاقد عن سيده ، وكقبطان السفينة يتعاقد عن صاحبها ، ويكفي أن يعلم الغير أن النائب يتعامل بصفته نائباً ، وليس من الضروري أن يعرف من هو الأصيل ، فإذا قبل التعاقد مع النائب على هذا النحو انصرف أثر العقد إلى الأصيل . فقد توجد ظروف تدعو النائب أن يكتف عن الغير اسم الأصيل ، كما يقع في البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de command) .

والتعاقد لحساب الأصيل يجب أن يتحقق أيضاً عند الغير الذي يتعاقد مع النائب . فإذا كان النائب يعمل لحساب الأصيل ، ولكن الغير يتعامل مع النائب في شخصه ، فالنيابة لا تقوم ، والعقد لا يتم ، لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه ، ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه . ويستثنى من ذلك أن يستوي عند الغير التعامل مع النائب أو مع الأصيل ، كما سنرى .

تعامل النائب باسمه الشخصي - الاسم المستعار أو المسخر:

فإذا تعامل الوكيل باسمه الشخصي ، وتعامل معه الغير على هذا الاعتبار ، فليست هناك نيابة وإن وجدت الوكالة ، وتكون الوكالة في هذه الحالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل . وهذا هو ما يعرف بالاسم المستعار (prête-nom) أو المسخر . فينصرف أثر العقد عندئذ إلى الوكيل ، دائماً أو مديناً ، ولا ينصرف إلى الموكل .

ثم ينقل الوكيل بعد ذلك إلى الموكل ما انصرف إليه من أثر العقد. من حقوق والتزامات. ومع ذلك قد يتعاقد الوكيل باسمه الشخصي، وينصرف أثر العقد إلى الموكل بالرغم من ذلك، في حالتين:

١ - إذا كان من المفروض حتماً أن الغير يعلم بوجود النيابة.

٢ - إذا كان يستوي عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو مع النائب. وقد نصت المادة ١٠٦ مدني على هذه الأحكام صراحة إذ تقول: «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل، دائماً أو مديناً. إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة. أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

المطلب الثاني

آثار النيابة

العلاقة فيما بين النائب والغير:

ينصرف أثر العقد كما قدمنا إلى الأصيل لا إلى النائب، ومن ثم لا يستطيع النائب أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها العقد، إلا إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبتت له في إبرامه.

كذلك لا يقوم في ذمة النائب التزام بالعقد نحو الغير، فلا يستطيع الغير أن يطالب بالتزام من الالتزامات التي أنشأها العقد.

فلا تقوم إذن علاقة مباشرة بين النائب والغير عن طريق العقد. ولكن قد تقوم هذه العلاقة المباشرة عن طريق آخر. مثل ذلك أن يخطئ النائب في تنفيذ النيابة، طريق العقد. ومثل ذلك أيضاً أن يكفل النائب الأصيل، فتنشأ العلاقة المباشرة من عقد الكفالة لا من العقد الذي أبرمه النائب مع الغير باسم الأصيل.

العلاقة فيما بين النائب والأصيل:

يحدد هذه العلاقة المصدر الذي أنشأ النيابة: الاتفاق أو القانون. ويجوز للنائب، بوجه عام، إنابة وكيل عنه في تنفيذ النيابة، ويكون مسؤولاً عن هذا الوكيل نحو الأصيل. وعلى النائب أن يقدم حساباً عن تنفيذ نيابته، طبقاً لأحكام قررها القانون، ونذكر من هذه الأحكام الحكمين الآتيين:

أولاً: إذا كان النائب وكيلاً، وجب عليه أن يبذل في تنفيذ وکالته عناية الرجل المعتاد إذا كانت الوكالة بأجر، وعنايته هو دون أن يزيد على عناية الرجل المعتاد إذا لم تكن الوكالة بأجر.

ثانياً: الأصيل مسؤول عما أصاب النائب من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ النيابة تنفيذاً معتاداً (انظر فيما يتعلق بالوكالة المادة ٧١١ مدني).

العلاقة فيما بين الأصيل والغير:

تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير، ويختفي شخص النائب من بينهما. فيعتبر الأصيل هو المتعاقد مع الغير، وإليه ينصرف أثر العقد، حقاً كان أو التزاماً. فيكسب الأصيل الحقوق التي تولدت من العقد، ويطالب بها الغير دون وساطة النائب. ويلتزم الأصيل بالالتزامات التي أنشأها العقد، ويطلبه بها الغير دون وساطة النائب. فالأصيل في العقد الذي أبرمه النائب لا يعتبر «غيراً»، بل هو لا يعتبر خلفاً للنائب انتقل إليه منه أثر العقد كالوارث، وإنما هو أحد طرفي العقد كما سبق القول. وهذه هي الخطوة التي وقف دونها القانون الروماني، ولكنها الخطوة التي انتهى إليها منطق النيابة في تطورها.

المطلب الثالث

تعاقد الشخص مع نفسه

تعاقد الشخص مع نفسه من الناحية الفنية:

قد يتعاقد الشخص مع نفسه، إما نائباً عن كل من طرفي العقد فيكون مثلاً وكيلًا في كل من البيع والشراء، وإما أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر فيبيع مثلاً لنفسه العين الموكلة في بيعها. وقد يقع ذلك أيضاً في النيابة القانونية، فيبيع الأب مثلاً ماله لابن تحت ولايته أو يشتري لنفسه مال الابن، أو يبيع الأب مال أحد والديه للولد الآخر والولدان تحت ولايته.

وما دام النائب يعبر عن إرادته هولا عن إرادة الأصيل كما قدمنا، فإن الذي يجمع طرفي العقد في شخصه، سواء كان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر أو كان نائباً عن الطرفين، إنما يجري العقد بإرادته هو وحده وقد حلت محل الإرادتين معاً.

ومن هذا انقسم الفقه في تعاقد الشخص مع نفسه، فرأي يذهب إلى التحريم إذ لا يكون أمامنا في هذا التعاقد إلا إرادة واحدة، والعقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين ورأي يذهب إلى الإباحة. وأنصار الإباحة انقسموا إلى فريقين: فريق يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيقي توافقه فيه الإيجاب والقبول، ولكن شخصاً واحداً هو الذي عبر عن كل من الإيجاب والقبول. وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا ينطوي إلا على إرادة واحدة جعلها القانون تنتج هذا الأثر.

موقف الشرائع من تعاقد الشخص مع نفسه:

وقد اختلفت الشرائع في موقفها من تعاقد الشخص مع نفسه. فمنها ما يحرم في الأصل هذا التعاقد، وذلك كالتقنين المصري والتقنين الألماني. ومنها ما يبيحه في الأصل، كالتقنين الفرنسي والتقنين السويسري.

ولكن لا توجد شريعة من هذه الشرائع أطلقت التحريم أو الإباحة. فالشرائع التي حرمت تعاقد الشخص مع نفسه أباحتها في فروع معينة، والشرائع التي أباحتها استثنت ظروفًا حرمت فيها. وكان من شأن التوسع في الاستثناءات عند الفريقين، خضوعاً لمقتضيات الحياة العملية، وإن

اقتربت الشرائع التي تحرم من الشرائع التي تبيح.

تعاقد الشخص مع نفسه في التقنين المدني المصري والتقنيات المدنية العربية الأخرى:

أورد التقنين المدني المصري نصاً عاماً يحرم تعاقد الشخص مع نفسه إلا في حالات استثنائية، فنصت المادة ١٠٨ من هذا التقنين على أنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل. على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة».

فالأصل إذن أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز، سواء في ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلًا في بيع مال فاشتراه لنفسه (انظر في هذا التطبيق المواد ٤٧٩ - ٤٨١ مدني)، أو تعاقد لحساب غيره نائباً عن طرفي العقد كما لو كان موكلًا في بيع مال فاشتراه لشخص وكله في الشراء.

ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين، وهذا التعارض في الحالة الثانية لم يحسب حسابه أحد من الأصليين، وهو في الحالة الأولى تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها، فلا تيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل في كلتا الحالتين.

وتحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا أناب عنه غيره في التعاقد، فهو لا يقصد التوسع في هذه الإنابة إلى حد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه، أصيلاً أو نائباً عن شخص آخر، لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض في المصالح. فإذا ما تعاقد الشخص مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة، وكان شأنه شأن كل وكيل جاوز نيابته، فلا يكون عمله نافذاً في حق الأصيل إلا إذا أقره. على أن هذه القرينة القانونية قابلة للإثبات العكس، فيجوز للأصيل أن ينقضها وأن يرخص مقدماً للنائب في التعاقد مع نفسه، وفي هذه الحالة يعمل النائب في حدود نيابته إذا تعاقد مع نفسه، ويكون عمله نافذاً في حق الأصيل. وهذا ما صرح به المادة ١٠٨ مدني السالفة الذكر، إذ استثنت من تحريم تعاقد الشخص مع نفسه أن يرخص الأصيل في ذلك منذ البداية أو أن يجيز التعاقد بعد ذلك.

وتنقضي هذه القرينة القانونية كذلك إذا وجد نص في القانون أو قضت قواعد التجارة بجواز تعاقد الشخص مع نفسه. مثل النص القانوني ما قضى به قانون الولاية على المال^(١) من جواز أن يتصرف الأب أو الجد في عقار القاصر لنفسه، ويشترط في ذلك إذن خاص من المحكمة، ويشترط أيضاً في الجد تعيين وصي خاص للتعاقد معه. كما يجوز للأب وحده أن يتصرف لنفسه في محل تجاري أو أوراق مالية للقاصر لا تجاوز قيمة أي منهما ثلثمائة جنيه (أما ما جاوز فيحتاج

(١) وهو القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢، وقد صدر في ٢ أغسطس سنة ١٩٥٢، وحل محل قانون المحاكم

الحسبية الصادر في سنة ١٩٤٧، وكان هذا قد حل قانون المجالس الحسبية الصادر في سنة ١٩٢٥.

إلى إذن)، أو في أي منقول آخر مملوك للقاصر أياً كانت قيمته، دون إذن أما الجد فلا بد له من الحصول على إذن من المحكمة في كل ذلك. ومثل ما تقضي به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري.

والتقنيات المدنية العربية الأخرى تورد في تعاقد الشخص مع نفسه كمبدأ عام أحكاماً تقرب من أحكام التقنين المصري. فالمادة ١٠٩ من التقنين المدني السوري تطابق المادة ١٠٨ من التقنين المدني المصري، وكذلك يطابق هذا النص المادة ١٠٨ من التقنين المدني الليبي. والتقنين المدني العراقي (م ٥٩٢) يقرر نفس المبدأ، ويستثنى منه حالات وردت في النصوص الآتية: م ٥٨٨:

١ - يجوز للأب الذي له ولاية على ولده أن يبيع ماله لولده، وله أن يشتري مال ولده لنفسه، بمثل قيمته وبغبن يسير لا فاحش.

٢ - فإن باع مال نفسه لولده أو اشترى مال ولده لنفسه، يعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد.

٣ - والجد كالأب في الحكم. م ٥٨٩: لا يجوز للوصي المنصوب أو القيم المقام من قبل المحكمة أن يبيع مال نفسه للمحجور، ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال المحجور مطلقاً، سواء كان في ذلك خير للمحجور أم لا. م ٥٩٠:

١ - لا يجوز للوصي المختار من قبل الأب أو الجد أن يبيع مال نفسه لليتيم ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال اليتيم، إلا إذا كان في ذلك خير لليتيم وبإذن من المحكمة.

٢ - والخيرية هي أن يبيع لليتيم بأقل من ثمن المثل أو أن يشتري منه بأكثر من ثمن المثل، على وجه يكون فيه لليتيم مصلحة ظاهرة. م ٥٩١: لا يجوز للقاضي أن يبيع ماله للمحجور ولا أن يشتري مال المحجور لنفسه. أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني، فقد حرم على من عهد إليه في بيع شيء أن يشتريه لنفسه. وحرم شراء الولي أو الوصي أو القيم مال المحجور لنفسه ولا يصح شيء من ذلك كله إلا بترخيص من القضاء فنصت المادة ٣٧٨ من هذا التقنين على ما يأتي: إن الأشخاص المشار إليهم فيما يلي لا يجوز لهم الشراء، لا بأنفسهم ولا بواسطة أشخاص مستعارين، ولو كان الشراء بالمزايدة، إلا إذا كان بأيديهم ترخيص من القضاء، وإذا فعلوا كان هذا الشراء باطلاً:

أولاً: لا يجوز لوكلاء البيع شراء الأموال التي عهد إليهم في بيعها.

ثانياً: لا يجوز لمتولي الإدارة العام شراء أموال الدولة ولا أموال القرى ولا أموال المعاهد العامة التي فوض إليهم أمر الاعتناء بها.

ثالثاً: لا يجوز للمأمورين الرسميين شراء الأموال المعهود إليهم في بيعها.

رابعاً: لا يجوز للأب أو الأم، ولا للوصي أو القيم أو المشرف القضائي أو الولي المؤقت، شراء أموال الأشخاص الذين يمثلونهم أو يشرفون عليهم.

المبحث الثاني النيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي

النيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي نظام متقدم:

يتميز الفقه الإسلامي، في النيابة في التعاقد، بأنه ارتقى في هذا النظام ارتقاء يجعله يضاهي الفقه الغربي في تقدمه، وبين الفقه الروماني الذي رأينا قصوره في هذا الميدان. ونبحث هنا:

١ - مصادر النيابة في التعاقد.

٢ - أحكام هذه النيابة.

٣ - تعاقد الشخص مع نفسه.

المطلب الأول مصادر النيابة في التعاقد

التمييز بين الرسول والنائب:

يميز الفقه الإسلامي - كما يميز الفقه الغربي - بين الرسول والنائب.

فالرسول يعبر عن إرادة المرسل، ويقتصر على تبليغها دون أن يكون له رأي في ذلك. ولهذا جاز أن يكون رسولاً الصبي دون السابعة، إذا كان قادراً قدرة فعلية على نقل إرادة المرسل. وفي هذه الحالة يتم التعاقد الآخر دون وساطة الرسول، فما على الرسول إلا البلاغ، وكما يصح للإنسان أن يبلغ إرادته بالخطاب وبالكتاب كذلك يجوز أن يبلغها بالرسالة.

أما النائب فإنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، إذ هو أصل في العقد والعقد إنما يقوم بكلامه. قال «الزيلعي» (٢٥٦/٤): «الوكيل أصل في العقد، لأن العقد يقوم بالكلام، وصحة كلامه باعتبار كونه آدمياً عاقلاً». والدليل على أنه أصل في العقد استغناؤه عن إضافته إلى الموكل، ولو كان سفيراً كما زعم (الشافعي) لما استغنى عن إضافته إليه كالرسول والوكيل بالنكاح وأخواته». ولذلك يجب أن يكون النائب مميزاً، حتى يصح أن يكون له كلام ينتج أثراً، وإن كان لا يشترط فيه البلوغ لأنه لا يتصرف في ماله، وإنما يتصرف في مال غيره يتفويض منه. ويعتد بإرادته لا بإرادة الأصيل في عيوب الرضاء. فإكراهه يفسد العقد، وله خيار فوات الوصف المرغوب فيه إذا وقع في غلط.

وللوكيل بشراء شيء خيار الرؤية، وفي «الهندية» الوكيل بالشراء إذا اشترى شيئاً كان رآه الموكل ولم يعلم به الوكيل، كان للوكيل خيار الرؤية، وهذا إذا كان وكيلاً بشراء شيء بغير عينه، فلو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه قد رآه الموكل ولم يره الوكيل فليس للوكيل خيار رؤية إذا اشتراه

(سليم باز في «شرح المجلة» ٧٧٢).

وصورة النيابة أن يقول شخص لآخر كن وكيلاً عني في بيع داري أو وكلتك في بيعها، وصورة الرسالة أن يقول كن رسولاً عني في تبليغ فلان أنني أبيع منه داري بكذا. والأصل أن الشخص يكون وكيلاً بالفاظ الوكالة، ورسولاً بالفاظ الرسالة. وأما لفظ الأمر فلا يكون توكيلاً، ما لم يفد النيابة عن الأمر بأن يقول له أذنت لك أن تفعل كذا، أو يدفع له نقوداً ويقول له اشتر لي بها داراً، أو يقول اشتر بهذا الألف جارية ويشير إلى مال نفسه. ولو قال اشتر هذه الجارية بألف درهم، كان مشورة والشراء للمأمور، إلا إذا زاد على أن أعطيك لأجل شرائك درهماً لأن اشتراط الأجر له يدل على الإنابة («تكملة ابن عابدين» ٢٠٥/١ - سليم باز في «شرح المجلة» ٧٧٠).

وفي التمييز بين الرسول والنائب يتفق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي.

النيابة القانونية والقضائية والاتفاقية:

وإذا نظرنا إلى المصدر الذي يضيف على النائب صفة النيابة، أمكن في الفقه الإسلامي، كما هو الأمر في الفقه الغربي، تقسيم النيابة إلى نيابة قانونية ونيابة قضائية ونيابة اتفاقية.

فالنيابة القانونية هي التي يكون مصدرها الشرع. فالولي نائب عن محجوره بحكم الشرع، فالشرع إذن هو الذي يضيف عليه صفة النيابة. والقاضي نائب عن المحجور بحكم الشرع، وفي تزويج اليتامى، وعن المفلس في بيع ماله بحكم الشرع كذلك.

والنيابة القضائية هي التي يكون مصدرها القاضي. فالوصي يعينه القاضي ويجعله نائباً عن المحجور، وكذلك القيم والوكيل عن النائب.

والنيابة الاتفاقية هي التي يكون مصدرها إرادة الأصيل، ويكون ذلك باتفاق سابق بين الأصيل والنائب، وهذه هي الوكالة. وسنفردها ببحث موجز فيما يلي لأهميتها في موضوع النيابة. وقد تكون النيابة الاتفاقية بإذن لا حق لتصرف النائب، وهذه هي الفضالة. والفضولي قبل الإجازة ليس بنائب فإذا أجاز رب العمل تصرفه صار نائباً عنه لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. ومثل الفضولي الغاصب، فإنه إذا باع ما غصبه ثم أجاز المالك جاز. وحقوق العقد في الصورتين تعود إلى الفضولي أو الغاصب لمباشرتهما العقد (سليم باز في «شرح المجلة» ٧٧٢).

الوكالة:

الوكالة هي المصدر الرئيسي للنيابة الاتفاقية في الفقه الإسلامي، كما هي في الفقه الغربي، فنخصها بكلمة موجزة، مبينين ركنها وشرائطها وطرق انقضائها.

فركن الوكالة هو الإيجاب والقبول من الموكل والوكيل. فمالم يوجد الإيجاب والقبول لا يتم العقد، ولهذا لو وكل إنساناً بقبض دينه فأبى أن يقبل، ثم ذهب الوكيل فقبضه، لم يبرأ الغريم^(١).

(١) جاء في «البدائع»: «وأما علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة؟ لا خلاف في أن العلم بالتوكيل في الجملة شرط، أما علم الوكيل وأما علم من يعامله. حتى إنه لو وكل رجلاً ببيع عبده فباعه =

والشرائط ترجع إلى الموكل، وإلى الوكيل، وإلى الموكل به:

فأما ما يرجع إلى الموكل، فهو أن يملك بنفسه فعل ما وكل فيه غيره، لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره، فما لا يملكه بنفسه لا يحتمل التفويض إلى غيره. فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي غير المميز مطلقاً ولا يصح التوكيل من الصبي المميز بما لا يملكه بنفسه كالهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضة، ولا يصح إلا بإذن الولي في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإيجار. والظاهر في الفقه الإسلامي أن الموكل يشترط فيه أن يملك بنفسه مباشرة التصرف الذي وكل فيه وقت التوكيل وأن يستمر قادراً على مباشرته إلى أن يتم الوكيل التصرف لأن أهلية الموكل ليست شرطاً لإنشاء الوكالة فقط، بل هي أيضاً شرط لبقائها^(١) وهذا بخلاف الفقه الغربي، فقد رأينا أن العبرة في أهلية الموكل للتصرف الذي وكل فيه بوقت مباشرة الوكيل لهذا التصرف لا بوقت التوكيل.

وأما ما يرجع إلى الوكيل، فهو أن يكون مميزاً، فلا تصح وكالة المجنون والصبي غير المميز، لأن الوكيل يعبر عن إرادته كما قدمنا وهذا ليس لهما إرادة يعتد بها. ولكن لا يشترط في الوكيل بلوغ سن الرشد، فتصح وكالة الصبي المميز، بخلاف الشافعي فعنده وكالة الصبي

= الوكيل من رجل قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل، لا يجوز بيعه حتى يجيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة، لأن حكم الأمر لا يلزم إلا بعد العلم بالمأمورية أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالمأمورية كما في أوامر الشرع. وأما علم الوكيل على التعيين بالتوكيل، فهل هو شرط؟ ذكر في الزيادات أنه شرط، وذكر في الوكالة أنه ليس بشرط. فإنه قال إذا قال الموكل لرجل اذهب بعدي هذا إلى فلان فبيعه فلان منك، فذهب الرجل بالعبد إليه وأخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه فاشتراه منه صح شراؤه، وإن لم يخبره بذلك فالبيع جائز، كذا ذكر محمد في كتاب الوكالة، وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل. وذكر في الزيادات أنه لا يجوز البيع، وصورة المسألة في الصبي المأذون. وذكر في المأذون الكبير ما يدل على جواز البيع، فإنه قال إذا قال المولى لقوم بايعوا عبيد فإني قد أذنت له في التجارة فبايعوه جاز وإن لم يعلم العبد بإذن المولى لهم بالمبايعه. وليس التوكيل كالوصاية، فإن من أوصى إلى رجل غائب أي جعله وصياً بعد موته ثم مات الموصى، ثم إن الوصي باع شيئاً من تركه الميت قبل علمه بالوصاية والموت، فإن بيعه جائز استحساناً ويكون ذلك قبولاً منه للوصاية حتى لا يملك إخراج نفسه منها، والقياس ألا يجوز. والفرق أن الوصي خلف عن الموصي، قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث، ولو باع الوارث تركه الميت بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه، فكذا الوصي. بخلاف التوكيل، لأنه أمر من الموكل، وحكم الأمر لا يلزم إلا بعد العلم بسببه على ما مر. فإذا ثبت أن العلم بالتوكيل شرط، فإن كان التوكيل بحضرة الوكيل أو كتب الموكل بذلك كتاباً إليه فبلغه وعلم ما فيه، أو أرسل إليه رسواً فبلغ الرسالة، أو أخبره بالتوكيل رجلان أو رجل واحد عدل، صار وكيلاً بالإجماع. وإن أخبره بذلك رجل واحد غير عدل، فإن صدقه صار وكيلاً أيضاً، وإن لم يصدقه يبقى أن يكون على الاختلاف في العدل، عند أبي حنيفة لا يكون وكيلاً وعند أبي يوسف ومحمد يكون وكيلاً كما في العزل - «البدائع» (٦/ ٢٠ - ٢١).

(١) الأستاذ محمد أبو زهرة في «الملكية والعقد في الفقه الإسلامي» (٣٤٢).

المييز غير صحيحة. جاء في «البدائع» (٢٠/٦): «وهذا عند أصحابنا. وقال الشافعي رحمه الله وكالة الصبي غير صحيحة. لأنه غير مكلف، ولا تصح وكالة المجنون. ولنا ما روي أن رسول الله ﷺ لما خطب أم سلمة قالت إن أوليائي غيب يا رسول الله، فقال ﷺ: «ليس فيهم من يكرهني». ثم قال لعمر بن أم سلمة قم فزوج أمك مني، فزوجها من رسول الله ﷺ وكان صبيّاً. والاعتبار بالمجنون غير سديد، لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية وقد انعدم هناك ووجد هنا، فتصح وكالته كالبائع، إلا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع إلى الوكيل إذا كان بالغاً، وإذا كان صبيّاً ترجع إلى الموكل».

وأما ما يرجع إلى الموكل به، فيجوز التوكيل في حقوق العباد - عدا القصاص وفيه تفصيل - كالتوكيل بالخصومة وقبض الدين والإقرار وغير ذلك. ويجوز التوكيل في التعاقد، وهذا الذي يعيننا هنا والتوكيل في التعاقد نوعان، عام وخاص. فالتوكيل الخاص يكون في خصوص تصرف معين، كالبيع أو الشراء أو الإجارة أو الاستئجار. والتوكيل العام يكون بإطلاق التصرف للوكيل في كل شيء. وقال في «رد المحتار»: لو قال لغيره أنت وكيل في كل شيء، أو قال أنت وكيل بكل قليل وكثير، يكون وكيلًا بالحفظ فقط، هو الصحيح، ولو قال أنت وكيل في كل شيء جائز أمرك، يصير وكيلًا عامًا. فيملك البيع والشراء وكل شيء إلا الطلاق والوقف والهبة والصدقة وسائر التبرعات على المفتى به، وينبغي ألا يملك الإبراء والحط عن المديون لأنهما من قبيل التبرع (سليم باز في «شرح المجلة» ٧٦٩).

والوكالة تنقضي: أولاً: بقيام الوكيل بالأمر الموكل به، أو بقيام الموكل نفسه بهذا الأمر. ذلك أن الموكل إذا وكل شخصاً في أمر من أموره لا يكون ممتنعاً عليه أن يقوم هو نفسه بهذا الأمر، فهو الأصل، والوكيل ليس إلا نائباً عنه.

ثانياً: بعزل الوكيل نفسه من الوكالة، أو بعزل الموكل إياه: ذلك أن الوكالة عقد غير لازم من كلا الجانبين، فيجوز للوكيل أن يرجع في الوكالة بإرادته وحده كما يجوز للموكل أن يفعل ذلك، غير أنه إذا تعلق بالوكالة حق للغير، كمن رهن ماله ووكّل المرتهن في بيع المال لاستيفاء حقه، لم يجز للموكل عزل الوكيل بغير رضا صاحب الحق أي بغير رضا الوكيل نفسه في المثل المتقدم.

ثالثاً: بموت الوكيل، أو بموت الموكل ذلك أن الوكالة تقوم على الثقة الشخصية ما بين الموكل والوكيل، فإذا مات أحدهما لم تجبر ورثته على استيفاء الوكالة فتنتفي. وللورثة بعد ذلك أن يعقدوا وكالة جديدة مع الباقي من المتعاقدين في الوكالة الأولى.

وتوجد أسباب أخرى أقل أهمية من الأسباب المتقدمة لانقضاء الوكالة، فنجتزئ بما قدمناه. ومن هذه الأسباب الستة لانقضاء الوكالة، يتبين أن هناك سببين منها تنقضي الوكالة قبل تنفيذها ويحتمل ألا يعلم بهما الوكيل، وهذان السببان هما عزل الموكل للوكيل وموت الموكل، فهل تنقضي الوكالة بمجرد قيام أحد هذين السببين ولو لم يعلم الوكيل بذلك؟ يميز الفقه الحنفي بين عزل الوكيل وموت الموكل، فيشترط لصحة عزل الوكيل علمه بالعزل، ويجعل موت الموكل

منهياً للوكالة علم الوكيل بموته أو لم يعلم، وفي المذهب المالكي والمذهب الحنبلي روايتان في كل من العزل والموت، إحداهما أنه يشترط علم الوكيل بالعزل أو بالموت، والأخرى أنه لا يشترط علم الوكيل بذلك، وفي مذهب الشافعي روايتان في العزل، أما الموت فلا يشترط علم الوكيل به. ونورد بعض النصوص الفقهية في هذا الصدد.

جاء في «البدائع» (٢٧/٦ - ٣٧) في الفقه الحنفي: «ولصحة العزل شرطان:

أحدهما: علم الوكيل به، لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد الحكم به.

والثاني: ألا يتعلق بالوكالة حق الغير... ومنها موت الموكل، لأن التوكيل بأمر الموكل، وقد بطلت أهلية الأمر بالموت، فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا».

وجاء في «الخرشي» (٨٦/٦) في الفقه المالكي: «الوكيل إذا علم بموت موكله فإنه ينعزل بمجرد علمه بذلك ولو مفوضاً لأن ماله انتقل لغيره ولا يتصرف أحد في مال الغير إلا بإذنه. وإن لم يعلم الوكيل بموت موكله فهل ينعزل بمجرد الموت أو حتى يبلغه الموت؟ وتأويلان... الموكل إذا عزل وكيله ولم يعلم الوكيل بذلك هل ينعزل بمجرد عزله أو لا ينعزل إلا بعد علمه بالعزل؟ في ذلك خلاف. وفائدته لو تصرف الوكيل بعد العزل وقبل العلم ببيع أو شراء أو نحو ذلك، هل يلزم الموكل لأن الوكيل معذور بعدم العلم، أو لا يلزمه لأن الوكيل قد انعزل؟».

وجاء في «نهاية المحتاج» للرملي (٥٣/٥ - ٥٥) في فقه الشافعي: «فإن عزله وهو غائب انعزل في الحال، لأنه لم يحتج للرضا فلم يحتج للعلم كالطلاق، وينبغي للموكل الإشهاد على العزل إذ لا يقبل قوله فيه بعد تصرف الوكيل... وفي قول لا ينعزل حتى يبلغه الخبر... وينعزل أيضاً بخروج أحدهما - أي الموكل والوكيل - عن أهلية التصرف بموت أو جنون، وإن لم يعلم به الآخر».

وجاء في «المغني» (١١٣/٥ - ١١٤) في الفقه الحنبلي: «الوكالة عقد جائز من الطرفين، فللموكل عزل وكيله متى شاء، وللوكيل عزل نفسه، لأنه إذن في التصرف، فكان لكل واحد منهما إبطاله، كما لو أذن في أكل طعامه. وتبطل أيضاً بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق، ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم. فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته، فهو باطل إذا علم ذلك. فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل، فعن أحمد فيه روايتان: ... أنه ينعزل علم أو لا يعلم، ومتى تصرف فبان أن تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق والعتاق. والرواية الثانية عن أحمد لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله... لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر، لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة. فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه. وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينعزل قبل علمه».

المطلب الثاني

أحكام النيابة في التعاقد

تمييزان جوهريان في هذا الموضوع:

نبدأ بإيراد تمييزين جوهريين خاصين بالفقه الإسلامي في هذا الموضوع.

التمييز الأول: هو التمييز بين حكم العقد وحقوقه. فحكم العقد هو الغرض الأصلي من العقد، ومن ثم يكون حكم البيع هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري ونقل ملكية الثمن إلى البائع. وحقوق العقد هي المطالبات والالتزامات التي تنشأ من العقد لتثبيت حكمه وتأكيده وتقويته، ومن ثم تكون حقوق البيع هي من جانب البائع المطالبة بالثمن وحبس المبيع إلى أن يستوفيه، ومن جانب المشتري المطالبة بقبض المبيع والمطالبة بضمان الهلاك والاستحقاق والعيب وما إلى ذلك. وقد تقدمت الإشارة إلى هذا التمييز.

التمييز الثاني: هو التمييز بين إضافة النائب العقد إلى الأصل وإضافته إلى نفسه. ونستعرض فيما يلي صوراً مختلفة في إضافة العقد، لتبين كيف يضيف النائب العقد إلى الأصل وكيف يضيفه إلى نفسه.

صور مختلفة في إضافة العقد:

نفرض أن شخصاً يبيع داراً مملوكة لغيره، فيمكن أن تتدرج صور إضافة العقد من حيث صفة هذا الشخص بالنسبة إلى بيع الدار على النحو الآتي:

١ - لا يكون الشخص نائباً عن مالك الدار، ويقول للمشتري باع فلان منك هذه الدار، أو بعثك هذه الدار ففي هذه الصورة يكون البائع فضولياً، وقد أضاف العقد في حالة إلى المالك وفي حالة أخرى إلى نفسه.

٢ - يرسل مالك الدار الشخص إلى المشتري، فيقول له أرسلني فلان ليقول لك إنه باع منك هذه الدار. ، ففي هذه الصورة يكون الشخص رسولاً للمالك وقد أضاف العقد بداهة إلى المالك.

٣ - يكون الشخص وكيلاً عن مالك الدار في بيعها، فيقول للمشتري باع فلان منك هذه الدار، أو بعث نيابة عن فلان منك هذه الدار. ففي هذه الصورة يكون الشخص وكيلاً أضاف العقد إلى الأصل.

٤ - يكون الشخص وكيلاً في البيع، فيقول للمشتري بعث منك هذه الدار، ففي هذه الصورة يكون الشخص وكيلاً أضاف العقد إلى نفسه. ويستوي أن يكون المشتري عالماً بالتوكيل أو غير عالم به؛ كما يستوي أن يعامل المشتري الوكيل باعتباره وكيلاً أو باعتباره أصيلاً، والمهم أن يكون الوكيل، بالرغم من إضافته العقد إلى نفسه ومن أنه يعمل باسمه الشخصي لا باسم الأصل، يعمل لحساب الأصل لا لحساب نفسه. وهذه الصورة هي من خصوصيات الفقه الإسلامي، ويقرب منها صورة للنيابة (agency) في القانون الإنجليزي تعرف بنظام الأصل المستور (undisclosed principal) وقد كتبنا عن هذا النظام في نظرية العقد (ص ٢١٨ - هامش رقم ٥) ما يأتي: «في

هذا النظام يتعاقد النائب باسمه شخصياً مع الغير، ثم يظهر بعد ذلك أنه أراد التعاقد نيابة عن الغير. وبالرغم من أنه لم يذكر ذلك وقت التعاقد، ومن أن الغير الذي تعامل معه إنما كان يتعامل معه بصفته الشخصية لا بصفته نائباً فإن الأصل المكتوم (المستور) - بعد أن يظهر - تكون علاقته مع الغير الذي تعاقد معه النائب علاقة مباشرة، ويسري في حقه العقد الذي باشره نائبه، ما دام هذا العقد لم تكن فيه شخصية المتعاقدين محل اعتبار، وما دام يثبت أنه كان يستوي لدى الغير الذي تعامل مع النائب أن يتعامل معه أو مع غيره. وهذا النظام الإنجليزي هو في الواقع مرحلة إلى الأمام في نظام الاسم المستعار (prête-nom) الذي تعرفه القوانين اللاتينية - وكذلك القوانين الجرمانية انظر الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني (٢٠١ - ٢٠٣)، فإن هذا النظام الأخير لا يجعل العلاقة مباشرة بين الأصل والغير، بل يتوسط بينهما النائب، ويرجع كل منهما عليه. دون أن يرجع أحد منهما على الآخر. أما النظام الإنجليزي فيسمح بهذا الرجوع: انظر ما يقرب من القانون الإنجليزي المادة ٣٢ من قانون الالتزامات السويسري وهي تقضي بأنه إذا لم يذكر النائب صفته وقت التعاقد، فإن الأصل لا يصبح دائناً أو مديناً بطريق مباشر قبل الغير، إلا إذا كان هذا الغير يمكنه أن يستنتج من الظروف وجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع النائب أو مع الأصل. وظاهر أن نظرية «الأصل المكتوم» في القانون الإنجليزي لا تطبق إلا في العلاقات المالية التي لا اعتبار فيها للشخص، فلا تنطبق على وعد بالزواج أو على إيجار العمل، كذلك لا تنطبق على العقود الشكلية (under seal) فإن هذه العقود لا تسري إلا في حق الموقعين عليها.

٥ - يكون الشخص وكيلاً في البيع، ولكنه يبيع الدار لحساب نفسه لا لحساب الموكل حتى لا يظهر اسم الموكل في أية معاملة من معاملات هذا البيع لسبب يبرر ذلك في نظر الموكل. ثم يشتري الوكيل الدار من الموكل، وبمجرد شرائها وانتقال ملكيتها إلى الوكيل تنتقل منه إلى المشتري. أو يكون الشخص وكيلاً في الشراء - وهذه هي الحالة العملية الغالبة - فيشتري الدار لحسابه ثم يبيعها بعد ذلك للموكل^(١)، وفي كلتا الحالتين يدعي الوكيل بالمسخر أو بالاسم

(١) وهذا الضرب من التعامل غير معهود في الفقه الإسلامي، فالوكيل بالشراء، إذا وكل بشراء شيء بعينه، لا يملك أن يشتريه لنفسه، وإذا اشترى يقع الشراء للموكل. وأما الوكيل بشراء شيء بغير عينه فإنه إذا اشترى يكون مشترياً لنفسه، إلا أن ينوبه للموكل. جاء في «البدائع» (٣١/٦): «الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه، وإذا اشترى يقع الشراء للموكل، لأن شراؤه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك إلا بمحض من الموكل كما لا يملك الموكل عزله إلا بمحض من». وأما الوكيل بشراء شيء بغير عينه، إذا اشترى يكون مشترياً لنفسه، إلا أن ينوبه للموكل. وجملة الكلام فيه أنه إذا قال اشترته لنفسي وصدقه الموكل، فالمشتري له. وإذا قال الموكل اشترته لي وصدقه الوكيل، فالمشتري للموكل. ولو اختلفا. فإن أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه فالمشتري له، وإن أداه من دراهم موكله فالمشتري لموكله. ويخلص من ذلك أن الوكيل بشراء شيء معين بالذات لا يملك إلا أن يشتريه لموكله، وإذا اشتراه لنفسه وقع الشراء للموكل دون حاجة إلى عقد جديد. والوكيل بشراء شيء غير معين بالذات، إذا ثبت أنه نوى الشراء لنفسه، ملك ما اشتراه ولا يجبر على بيعه لموكله. وإذا ثبت أنه نوى الشراء لموكله، وقع الشراء للموكل دون حاجة =

المستعار (prête-nom). ويستوي أن يكون المتعامل مع الوكيل عالماً بالتوكيل أو غير عالم به، والمهم أن يكون الوكيل يعمل لحساب نفسه وأن الطرف الآخر يتعامل منه باعتباره أصيلاً لا باعتباره وكيلاً وهذا هو الذي يميز الصورة التي نحن بصددتها عن الصورة السابقة.

ولا يعني من هذه الصور الخمس الصورتان الأولى والثانية والصورة الأخيرة. أما الصورة الأولى، وهي صورة الفضالة، فلأن الفضولي لا يكون نائباً عن مالك الدار إلا بالإجازة، ومتى أجاز المالك البيع أصبح الفضولي وكيلاً أضاف العقد إلى الأصيل وهذه هي الصورة الثالثة، أو وكيلاً أضاف العقد إلى نفسه وهذه هي الصورة الرابعة. وأما الصورتان الثانية والأخيرة، وهما صورتا الرسول والاسم المستعار، فلأن التعاقد فيهما لا يكون بالنيابة بل بالأصالة.

فيبقى إذن الصورتان الثالثة والرابعة، وهما اللتان تعنياننا هنا. وفي إحداهما يضيف النائب العقد إلى الأصيل، وفي الأخرى يضيف العقد إلى نفسه ويمكن القول بوجه عام إن كل عقد يباشره النائب إما أن يضيفه إلى الأصيل، وإما أن يضيفه إلى نفسه. غير أن هناك طائفة من التصرفات، هي الزواج وسائر الإسقاطات والتصرفات التي لا تثبت إلا بالقبض، لا يجوز إضافتها إلى النائب بل يجب إضافتها إلى الأصيل. أما ما عدا ذلك من التصرفات فتضاف، كما قدمنا، إما إلى الأصيل وإما إلى النائب، ويدخل في ذلك حالة ما إذا كان النائب محجوراً وحالة ما إذا كان الأصيل هو المحجور.

ولما كان هذا التمييز الجوهرى بين إضافة النائب العقد إلى الأصيل وإضافته إلى نفسه هو المحور الذي تدور عليه أحكام النيابة في الفقه الإسلامي، فنستعرض في بيان هذه الأحكام الصورتين واحدة بعد الأخرى. على أن النائب في الفقه الإسلامي، في الكثرة الغالبة من الأحوال، يضيف العقد إلى نفسه لا إلى الأصيل، أما الرسول فيضيف العقد دائماً إلى المرسل.

١ - النائب يضيف العقد إلى الأصيل

الطائفة الأولى من العقود التي تجب إضافتها إلى الأصيل - الزواج وسائر الإسقاطات:

هناك طائفة أولى من العقود لا يجوز للوكيل أن يضيفها إلى نفسه، بل يجب أن يضيفها إلى الموكل، وهذه هي الزواج والطلاق على مال والخلع والعتاق على مال والكتابة والصلح عن دم العمد والصلح عن إنكار، ويجمع هذه العقود فكرة إسقاط الحق، فهي إسقاطات كلها، فالزواج إسقاط حرمة المرأة على الرجل، والطلاق إسقاط للحل وكذلك الخلع، وكل من العتاق والكتابة إسقاط للرق، والصلح عن دم العمد إسقاط للقصاص، والصلح عن إنكار إسقاط لبعض الحق اقتداء للبعض الآخر. ويدخل هذه التصرفات أيضاً الإبراء، إذ هو إسقاط للدين.

= إلى عقد جديد. فلا محل في هذه الفروض المختلفة لتطبيق القواعد المقررة في الفقه الغربي للنظام المعروف بالاسم المستعار.

فالوكيل عن الزوجة في الزواج يجب أن يضيف العقد إلى الزوجة ولا يتصور أن يضيفه إلى نفسه، وكذلك الوكيل عن الزوج يجب أن يضيف العقد إلى الزوج فإن أضافه إلى نفسه وقع الزواج له. كذلك الوكيل في الطلاق على مال أو في الخلع، سواء كان من جانب الزوج أو من جانب الزوجة، يجب أن يضيف العقد إلى موكله، وهذا هو أيضاً شأن سائر الإسقاطات.

فالوكيل في هذه التصرفات، وهو يضيف العقد إلى موكله، يكون سفيراً محضاً أي بمثابة الرسول. ولما كان أحكم العقد وحقوقه تنصرف إلى المرسل دون الرسول، فكذلك هنا ينصرف حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل. فإذا زوج الوكيل الزوج من زوجته انصرف إلى الزوج دون الوكيل حكم الزواج وحقوقه. فيثبت للزوج دون الوكيل صفة الزوج وهذا هو حكم الزواج. ويطلب الزوج دون الوكيل الزوجة بتسليمها نفسها لزوجها، وتطالب الزوجة الزوج دون الوكيل بمهرها، وهذه هي حقوق الزواج، ويترتب على ذلك أن وكيل الزوجة في الزواج لا يملك قبض المهر، وفي الخلع لا يطلب ببدل الخلع، ووكيل الزوج في الخلع ووكيل المولى في الكتابة لا يملكان قبض بدل الخلع أو الكتابة.

والسبب في أن حكم العقد وحقوقه في الإسقاطات تنصرف إلى الموكل لا إلى الوكيل أن الوكيل يتعين عليه أن يضيف العقد إلى موكله، والقاعدة أن كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله ينصرف حكمه وحقوقه جميعاً إلى الموكل دون الوكيل والسبب في أن الوكيل يتعين عليه في الإسقاطات أن يضيف العقد إلى موكله أن الإسقاط لا يقبل الفصل عن التصرف المسقط، فلا يجوز الإسقاط في حق الوكيل ثم ينتقل الإسقاط إلى حق الموكل لأن الساقط لا يعود، فوجب الإسقاط في حق الموكل مباشرة وهذا هو الحكم، وتتبع الحقوق الحكم في تعلقها مباشرة بالموكل. أما في المعاوزات كالبيع فالحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل فأمكن إبقاء الحقوق للوكيل وصرف الحكم إلى الموكل ويبدو من استعراض التصرفات المسقطة، وهي التي ذكرناها فيما تقدم، أنها لا تخلو من اتصالها بشخص المتصرف، ومن ثم وجب على الوكيل أن يضيفها إليه، ولعل فكرة الإسقاط ذاتها تستدعي الاتصال بالشخص. ومتى أضيف التصرف إلى الموكل، انصرف إلى الموكل دون الوكيل حكم التصرف وحقوقه جميعاً كما سبق القول.

وننقل هنا بعض النصوص الفقهية في هذا الصدد: جاء في «الزيلعي» (٢٥٧/٤): «وفيما يضيفه إلى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد أو عن إنكار تتعلق بالموكل، فلا يطلب وكيله بالمهر ولا وكيلها بتسليمها أي في كل عقد يضيفه إلى الموكل فتحقوقه تتعلق بالموكل وذلك كالنكاح إلخ. لأن الوكيل فيها سفير محضر، ولهذا لا يستغني عن إضافته إلى الموكل، حتى لو أضافه إلى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول، فلا يتصور أن يكون السبب صادراً من شخص على سبيل الأصالة والحكم واقع لغيره، فجعلناه سفيراً، وهذا لأن الحكم هنا لا يقبل الفصل عن السبب، لأنها من قبيل الإسقاطات. أما غير النكاح فظاهر، وكذا النكاح لأنها تسقط ماليتها بعقد النكاح، ولأن الأصل في الأبضاع الحرمة، فكان النكاح إسقاطاً للحرمة نظراً إلى الأصل. . . والساقط متلاش، فلا يجوز أن يسقط في حق الوكيل ثم يسقط ثانياً في حق الموكل بالانتقال، لأن

الساقط لا يعود إلا بسبب جديد، فكان حكم النكاح ثابتاً لمن أضيف إليه ابتداءً، وهو الموكل. بخلاف البيع، فإن حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار، فجاز أن يصدر السبب من شخص أصالة ويقع الحكم لغيره. فلا حاجة إلى جعله غير أصل، إذ جواز الانتقال عنه يمنع من ذلك». وجاء في «تكملة فتح القدير» (١٩/٦ - ٢٠) «كل عقد لا يستغني الوكيل فيه عن الإضافة إلى الموكل، كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد، فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل. ففرع على ذلك قوله فلا يطالب بصيغة المجهول وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها - أي تسليم المرأة إلى زوجها - لأن الوكيل.. في هذه العقود سفير محض، أي معبر محض حاك قول الموكل، ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير.. فصار كالرسول، يعني إذا كان الوكيل في هذا الضرب سفيراً محضاً فقد صار كالرسول في باب البيع ونحوه، ولا شك أن الحكم في الرسالة يرجع إلى المرسل دون الرسول.. لأن الحكم.. في هذه العقود لا يقبل الفصل عن السبب، حتى لم يدخل فيها خيار الشرط إذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب. وهذه العقود لا تقبل ذلك.. لأن السبب في هذه العقود إسقاط، وإذا كان السبب في هذه العقود إسقاطاً فيتلاشى.. فلا يتصور.. صدور السبب بطريق الأصالة من شخص وثبوت حكمه لغيره.. فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيراً محضاً. فإن قلت ليس الكلام في الحكم بل الحقوق فما فائدة قوله لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب، قلت إنهم قالوا في الضرب الأول إن الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتباراً للتوكيل السابق وتعلق الحقوق بالوكيل اعتباراً لعبارته. وهنا إذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها للإسقاط فإما أن يثبت الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة إلى الموكل، والأول باطل لأنه يبطل التوكيل وينافي الإضافة إلى الموكل، فتعين الثاني وإليه أشار بقوله فكان سفيراً».

الطائفة الثانية من العقود التي تجب إضافتها إلى الأصل - العقود التي لا تثبت إلا بالقبض:

والطائفة الأخرى من العقود، التي تجب إضافتها إلى الأصل هي العقود التي لا تثبت إلا بالقبض، وهي الهبة والصدقة والقرض والعارية والوديعة والرهن^(١)، أي العقود التي تسمى في الفقه الغربي بالعقود العينية.

فالوكيل عن الموهوب له أو المستعير أو المودع عنده أو المرتهن يجب أن يضيف العقد إلى

(١) ويضاف عادة إلى هذه العقود الشركة والمضاربة. جاء في تكملة «فتح القدير» (٢٢/٦): «وكذا الشركة والمضاربة، يعني إذا وكل بعقد الشركة أو المضاربة يكون الوكيل سفيراً أيضاً، وتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل، إذ لا بد له من إضافة العقد إلى موكله، حتى لو أضافه إلى نفسه يقع عنه لا عن موكله». وظاهر أن الشركة والمضاربة لا يدخلان في العقود التي لا تثبت إلا بالقبض أو في القليل لا تدخل الشركة. ويبدو أن ما يتسم به العقدان من طابع شخصي - شأنهما في ذلك شأن الإسقاطات - هو الذي يدعو إلى القول بأنه يجب أن يضيف الوكيل فيهما العقد إلى الموكل.

موكله^(١). والوكيل في هذه التصرفات، وهو يضيف العقد إلى موكله، يكون هنا أيضاً سفيراً محضاً بمثابة الرسول، ومن ثم ينصرف حكم العقد وحقوقه جميعاً إلى الموكل دون الوكيل. أما الوكيل عن الواهب أو المقرض أو المعير أو المودع أو الراهن، فسواء أضاف العقد إلى الموكل أو إلى نفسه فإن حكم العقد وحقوقه جميعاً تنصرف إلى الموكل. فالمقرض والمعير والمودع والراهن دون وكلائهم هم الذين يطالبون المقرض والمستعير والمودع عنده والمرتهن بالرد وهم الذين يقبضون ما يرده هؤلاء.

والسبب في أن حكم هذه العقود وحقوقها تنصرف جميعاً إلى الموكل دون الوكيل أن العقد

(١) أما التوكيل بالاقتراض فهو على ما تقول الهداية باطل. ويقول البابرتي في «العناية» تفسيراً لذلك: «واعلم أنني أعيد لك ههنا ما ذكرته في أول كتاب «الوكالة»، وأزيدك ما يسر الله ذكره، لكون المقام من معارك الآراء. فإن ظهر فاحمد الله، وإن سمح ذهنبك بخلافة فلا ملومة فإن جهد العقل دموعه. التوكيل بالاستقراض لا يصح، لأنه أمر بالتصرف في مال الغير وأنه لا يجوز. ورد بالتوكيل بالشراء فإنه أمر يقبض المبيع وهو ملك الغير، وأجيب بأن محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه. وأورد بأنه هلا جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل، وأجيب بأن ذلك محل إيفاء القرض لا الاستقراض. وأورد التوكيل بالانتهاب والاستعارة فإنه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب إذ ليس ثمة بدل على المستعير أو الموهوب له ليجعل محلاً للتوكيل. والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والانتهاب. وإنما محله فيهما عبارة الموكل، فإنه ينصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض بإقامة الموكل مقام نفسه في ذلك. فإن قيل فليكن في الاستقراض كذلك، فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلاً للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفاً عن بدل يلزم في الذمة إذ لم يكن فيها بدل في الذمة، فلو اعتبرناها محلاً له في الاستقراض وفيه بدل معتبر للإيفاء في الذمة لزم اجتماع الأصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز». ويرد قاضي زادة في تكملة «فتح القدير» على هذا التفسير رداً مطولاً، يقول فيه: «أقول فيه بحث. أما أولاً فلأن الدليل الذي ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل المأخوذ من «الذخيرة» ومختار جمهور الشراح على ما ذكرنا في صدر كتاب «الوكالة» ليس بتام عندي، لأن التصرف في ملك الغير والأمر به إنما لا يجوز لو كان بغير إذن المالك ورضاه كما لو غصب ملك الغير أو أمر بغصبه، وأما إذا كان بإذنه ورضاه فيجوز قطعاً. ألا يرى أن المستقرض لنفسه يقبض المالك المستقرض الذي هو ملك المقرض ويتصرف فيه، وكذا المستعير يقبض المستعار الذي هو ملك المعير ويستعمله، ولا خلاف لأحد في جواز ذلك، والظاهر أن التوكيل بالاستقراض إنما هو الأمر بالتصرف في ملك المقرض بإذنه ورضاه لا بالجبر والغصب، فينبغي أن يجوز أيضاً». ثم يرد على حجج صاحب العناية حجة حجة، وينقضها جميعاً، وينتهي إلى أن يقول: «وقال الإمام الزيلعي في «التبيين» وعن أبي يوسف أن التوكيل بالاستقراض جائز». «انظر في كل ذلك تكملة «فتح القدير» (٢٢/٦ - ٢٤) في الصلب وفي الهامش».

ويبدو أن القبض في الاقتراض يتميز عن القبض في العقود الأخرى بأنه ينقل الملك إلى المقرض ويوجد بدله ديناً في ذمته. أما القبض في الهبة فينقل الملك دون أن يوجد ديناً يقابله، والقبض في العارية والوديعة والمرهن لا يوجد ديناً في الذمة بل يجب على المستعير أو المودع عنه أن المرتهن أو يرد عين الشيء الذي قبضه. وقد رأينا أن القانون الروماني أباح في أول الأمر النيابة في الإقراض دون الاقتراض. ثم أباح بعد ذلك النيابة في الاقتراض. وقد يكون هذا هو أيضاً ما وقع في الفقه الإسلامي فأبيح التوكيل في الإقراض أولاً، ثم بدأ التوكيل في الاقتراض يباح في رواية عن أبي يوسف.

هنا لا يثبت إلا بالقبض، والقبض في ملك الغير - تسليمًا أو تسلماً - لا يمكن أن يكون الوكيل فيه أصيلاً لأنه أجنبي عن المحل، فوجب أن يكون سفيراً عن المالك. ومن ثم وجب أن يضيف العقد إلى المالك فلا يكون للوكيل صنع في القبض، بل يكون القبض، تسليمًا أو تسلماً، هو من صنع الموكل، ولذلك يضاف العقد والقبض إليه، فصار كما لو كان القبض منه. وقد رأينا تعليلاً قريباً من هذا في القانون الروماني حيث كانت النيابة تجوز في القبض كما قدمنا، عن طريق أن القبض عمل مادي لا تصرف قانوني، فيجوز أن ينوب شخص عن شخص آخر في العمل المادي بحيث تنصرف إلى الشخص الآخر الآثار التي تترتب على هذا العمل.

وننقل هنا بعض النصوص الفقهية: جاء في «البدائع» (٣٤/٦) «الوكيل بالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والراهن والقرض، إذا فعل ما أمر به وقبض، لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده، ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه. لأن الحكم في هذه العقود يقف على القبض، ولا صنع للوكيل في القبض، بل هو صنع القابض في محل مملوك للمولى، فكانت حقوق القصد راجعة إليه، وكان الوكيل سفيراً عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع وأخواته، لأن الحكم فيها للعقد لا للقبض، وهو العاقد حقيقة وشرعاً على ما قررنا، فكانت الحقوق عائدة إليه. وكذا في التوكيل بالاستعارة والارتهان والاستيهاج، الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل». وجاء في «تكملة فتح القدير» (٢١/٦ - ٢٢): «الوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضاً. وتفسير هذا ما ذكره في «الإيضاح» حيث قال: ولو وكل وكيلاً بأن يهب عبده لفلان أو يتصدق به عليه أو يعيره إياه أو يودعه أو يرهنه، فقبض الوكيل وفعل ما أمره، فهو جائز على الموكل. وليس للوكيل المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده، ولا أن يقبض الوديعة والعارية ولا الرهن ولا القرض ممن عليه. لأن أحكام هذه العقود دائماً تثبت بالقبض، فلا يجوز أن يكون الوكيل فيه أصيلاً لأنه أجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض، فكان سفيراً ومعبراً عن المالك. . بخلاف التصرفات التي تقوم بالقول ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره. فإن الوكيل يجب أن يكون أصيلاً فيها لأنه أصل في التكلم وكلامه مملوك له. . وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس، يعني إذا كان الوكيل من جانب الملتمس للتصرفات المذكورة بأن وكله في الاستيهاج أو الاستعارة أو الارتهان أو غير ذلك، يكون الوكيل سفيراً أيضاً، فيتعلق الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لأنه يضيف العقد إلى موكله. وفي العناية أما إذا قبض الموكل فلا إشكال، وأما إذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض، ويدفع بأنه لا بد له من إضافة العقد إلى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما هو إذا قبضه بنفسه».

وقد فرقنا هنا بين الوكيل من قبل المالك كالوكيل عن الواهب وبين الوكيل من قبل من يثبت له الملك كالوكيل عن الموهوب له.

فالأول: لا يجب عليه أن يضيف العقد إلى موكله، وهو إذا أضاف العقد إلى نفسه صح ذلك، ولكن حكم العقد وحقوقه جميعاً ترجع إلى الموكل سواء أضاف العقد إلى الموكل أو أضافه

إلى نفسه .

والثاني: وهو الوكيل من قبل من يثبت له الملك، يجب عليه أن يضيف العقد إلى موكله، فينصرف حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دونة . أما إذا أضاف العقد إلى نفسه، فإن العقد، حكماً وحقوقاً، يقع له هو دون الموكل . جاءنا في «شرح المجلة» لسليم باز (٧٨٠ - ٧٨١): «أما الوكيل بطلب الهبة والصدقة والإعارة والرهن لو قال هبني أو تصدق علي أو أعطني أو أرهن عندي، وقع ذلك له لا للموكل . أما الوكيل من الجانب الآخر، كما إذا دفع إلى رجل مالاً ووكله بأن يهبه لفلان أو يتصدق به عليه أو يعيره منه، فإنه لو قال وهبتك أو تصدقت عليك أو أعرتك إلخ صح، ولا حاجة لأن يقول وهبتك هذه الألف التي لفلان الموكل (تكملة) ويظهر من هذا أن المقصود بالوكيل هنا الوكيل من قبل من يثبت له الملك لا من قبل المالك، وإلا لما صحت الهبة من الوكيل الواهب والمعبر لأنه لم يضيفها إلى موكله . ثم اعلم أن حقوق العقد في هذه العقود التي لا بد من إضافتها إلى الموكل تتعلق بالموكل فقط لكون الوكيل سفيراً محضاً، فكان كالرسول (در مختار) . فلا مطالبة عليه بتسليم الهبة، ولو استحق الموهوب بعد هلاكه في يد الموهوب له وضمانه للمستحق لا يرجع الموهوب له على الوكيل بل على الموكل (در مختار) . وكذا ليس لوكيل الواهب أن يرجع في الهبة، ولو أراد الواهب الرجوع وكان الموهوب في يد وكيل الموهوب له لم يكن له أن يرجع على هذا الوكيل الذي لا يصلح خصماً (هندية)» .

وجاء في «البحر» (١٥٢/٧) «وكله أن يرتهن عبد فلان بدينه أو يستعيره له أو يستقرض له ألفاً، فإنه يضيف العقد إلى موكله دون نفسه، فيقول إن زيدا يستقرض منك كذا أو يسترهن عبدك أو يستعير منك، ولو قال هب لي أو أعطني أو أقرضني أو تصدق علي فهو للوكيل» . ونقرأ هنا أن التوكيل بالاقتراض جائز .

ويبدو أن السبب في هذه التفرقة يرجع إلى أن الوكيل من قبل المالك لا شبهة في أنه يتصرف لحساب المالك حتى لو أضاف العقد إلى نفسه . فهو يسلم شيئاً ليس له بل له للمالك وبإذن هذا المالك، فوقع العقد للمالك حكماً وحقوقاً ولو أضاف الوكيل العقد إلى نفسه، لأن العقد لا يتم إلا بالقبض والوكيل لا يكون أصيلاً في القبض كما قدمنا . أما الوكيل من قبل من يثبت الملك، فيحتمل أن يكون قابضاً لحق الموكل أو قابضاً لحق نفسه، فإذا أضاف العقد للموكل انصرف إلى الموكل حكم العقد وحقوقه كما قدمنا، وإذا أضاف العقد إلى نفسه وقع له العقد (قارن الأستاذ شفيق شحاته في محاضراته غير المطبوعة في نظرية النيابة ٨٣) .

غير ما تقدم من العقود لا تجب فيه إضافة العقد إلى الموكل ولكن تجوز هذه الإضافة - ما يترتب على إضافة العقد للموكل:

وفي غير ما قدمناه من التصرفات التي تجب إضافتها إلى الموكل، وهي الإسقاطات والعقود التي لا تتم إلا بالقبض، وبوجه خاص في المعاولات كالبيع والإيجار، تضطرب عبارات الفقهاء فيما إذا كان يضيف الوكيل العقد إلى نفسه أو يضيفه إلى موكله .

والظاهر أن الأصل في الفقه الإسلامي أن الوكيل يضيف العقد إلى نفسه، وهذا هو الذي

يميزه في العمل عن الرسول. ومن الأغراض الجوهرية للوكالة أن يقوم الوكيل بأعباء العقد عن الموكل، فيضيف العقد إلى نفسه فتصرف إليه دون الموكل حقوق العقد كما سنرى. فهو الذي يطالب المتعاقد الآخر، وهو الذي يطالبه المتعاقد الآخر. أما الموكل فيبقى بمعزل عن كل ذلك، وبعد أن انصرف له حكم العقد تحقيقاً للوكالة، يرجع على الوكيل في حقوق العقد وهو إنما وكله من أجل ذلك. هذا هو الأصل، وهو الذي يقع فعلاً في العمل في الكثرة الغالبة من الأحوال. وقد رأينا أن هذا هو الذي كان يقع أيضاً في القانون الروماني.

ولكن هل يجوز للوكيل - مع بقاءه وكيلًا لا رسولاً - أن يضيف العقد إلى موكله؟ يبدو أن الرأي غير مستقر في مذهبي الحنفية والشافعية، أما في مذهبي المالكية والحنابلة فالظاهر أن هذا يجوز.

المذهب الحنفي:

لهذه المسألة في المذهب الحنفي أهمية خاصة، لأن هذا المذهب يتشدد أكثر من المذاهب الأخرى في جعل حقوق العقد تنصرف إلى الوكيل إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه، وتنصرف إلى الموكل إذا أضيف إليه العقد، ومن ثم كان مهماً أن نعرف هل يجوز في هذا المذهب للوكيل أن يضيف العقد إلى الموكل حتى تنصرف إلى الموكل دون الوكيل حقوق العقد. أما في المذاهب الأخرى، فإن إضافة العقد إلى الوكيل لا تستلزم حتماً انصراف حقوق العقد إليه، فكثيراً ما تنصرف حقوق العقد إلى الموكل بالرغم من إضافة العقد إلى الوكيل. وتتوسع هذه المذاهب الأخرى في ذلك كثيراً، فهي لا تختلف في التوسع وإنما تتفاوت في درجته. وما دامت حقوق العقد تنصرف إلى الموكل غالباً حتى لو أضاف الوكيل العقد إلى نفسه، فإن جواز إضافة الوكيل العقد إلى موكله ليس له من الأهمية في هذه المذاهب ماله في المذهب الحنفي، فسواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أو أضافه إلى موكله فإن حقوق العقد في الكثرة الغالبة من الأحوال تنصرف إلى الموكل، وهذا بخلاف المذهب الحنفي كما سبق القول.

والذي يستخلص من نصوص الفقه الحنفي أن هناك رأياً يذهب إلى أنه لا يجوز للوكيل في غير الإسقاطات وعقود القبض إضافة العقد إلى الموكل بل يجب عليه أن يضيف العقد إلى نفسه، لأن هذا هو الغرض الأصلي من الوكالة.

وهناك رأي يذهب إلى النقيض من ذلك، فيجيز للوكيل إطلاقاً أن يضيف العقد إلى موكله، كما يجيز له أن يضيف العقد إلى نفسه، فما لم يمنع الموكل الوكيل من إضافة العقد إلى الموكل، كان الوكيل بالخيار، إذا شاء أضاف العقد إلى الموكل، وإذا شاء أضاف العقد إلى نفسه، ولكن الغالب في العمل، كما قدمنا، أن الوكيل يضيف العقد إلى نفسه لا إلى الموكل، فينصرف إليه دون الموكل حقوق العقد، ولا يجوز للموكل في هذه الحالة أن يشترط ألا تتعلق الحقوق بالوكيل.

وهناك رأي ثالث يتوسط بين الرأيين، فيذهب إلى أن الأصل هو أن الوكيل يضيف العقد إلى نفسه، فتصرف إليه حقوق العقد. ولا يجوز له أن يضيفه إلى موكله، فتصرف إلى الموكل حقوق

العقد، إلا إذا وافق الموكل على ذلك إما بإذن سابق أو بإقرار لاحق.

ويبدو أن الرأي الثاني وهو الرأي الذي يطلق الجواز فيكون الوكيل بالخيار إذا شاء أضاف العقد إلى نفسه وإذا شاء أضافه إلى الموكل مع بقاءه وكيلًا رسولاً، هو الرأي الظاهر ومهما يكن من أمر، ففي جميع الأحوال التي يضيف فيها الوكيل العقد إلى الموكل حيث يجوز له ذلك، ينصرف حكم العقد وحقوقه جميعاً إلى الموكل دون الوكيل، كما رأينا في الإسقاطات وفي العقود التي لا تتم إلا بالقبض.

وننقل هنا بعض نصوص الفقه الحنفي التي تعرض لرأي أو لآخر من الآراء الثلاثة التي تقدم ذكرها.

جاء في «البحر الرائق» (١٤٧/٧ - ١٤٨) ما يؤيد الرأي الأول من أن الوكيل يجب عليه أن يضيف العقد إلى نفسه ولا يجوز له أن يضيف العقد إلى الموكل: «قوله والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة والصلح عن إقرار تتعلق بالوكيل إن لم يكن محجوراً كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة في العيب: لأن الوكيل هو العاقد حقيقة، لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدمياً، وكذا حكماً لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان سفيراً عنه ما استغنى عن ذلك كالرسول. وإذا كان كذلك، كان أصيلاً في الحقوق فتتعلق به. وفي النهاية حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان باراً في يمينه، ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان حائثاً اهـ. والمراد بقوله فيما يضيفه الوكيل: في كل عقد لا بد من إضافته إليه لينفذ على الموكل، وليس المراد ظاهر العبارة من أنه قد يضيفه وقد لا يضيفه فإن أضافه إلى نفسه تتعلق بالوكيل وإن أضافه إلى موكله تتعلق بالموكل، كما فهمه ابن الملك في «شرح المجمع»، لما في «الخلاصة» و«البزازية» وكيل شراء العبد جاء إلى مالكة فقال بعث هذا العبد من الموكل وقال الوكيل قبلت لا يلزم الموكل لأنه خالف حيث أمره ألا ترجع إليه العهدة وقد رجع. قال أبو القاسم الصفار والصحيح أن الوكيل يصير فضولياً ويتوقف العقد على إجازة الموكل اهـ. . .».

وجاء في «الزيلعي» (٣٦٣/٤) ما يفهم منه تأييد الرأي الثاني من أن الوكيل فيما لا تجب عليه إضافته إلى الموكل تجوز له هذه الإضافة: «ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه: معناه لا يتصور أن يشتريه لنفسه، بل لو اشتراه ينوي بالشراء لنفسه أو تلفظ بذلك يكون للموكل، لأن فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه الموكل غائب، حتى لو كان الموكل حاضراً وصرح بأنه يشتريه لنفسه كان المشتري له، لأن له أن يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له أن يعزل نفسه من غير علمه لأن فيه تغريباً، . . . بخلاف ما إذا وكله أن يزوجه امرأة معينة حيث جاز له أن يتزوج بها، لأن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره، لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل، فكان مخالفاً بإضافته إلى نفسه فانهزل. وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالإضافة إلى أحد، فكل شيء أتى به لا يكون مخالفاً به، إذ لا يعتبر في المطلقات إلا ذاته دون صفاته فيتناول الذات على أي صفة كانت، فيكون موافقاً بذلك، حتى لو خالف مقتضى

كلام الأمر».

وتبسط محمد علاء الدين في «تكملة ابن عابدين» (٢٢٠/١ - ٢٢٢) في عرض هذه المسألة الدقيقة فأورد الآراء الثلاثة فيها، مع ميل إلى الرأي الثالث من أن الوكيل لا يجوز له إضافة العقد إلى موكله إلا بموافقة الموكل بناء على إذن سابق أو إقرار لاحق: «قوله لا بد من إضافته إلى الوكيل إلخ، قال في «البحر»: والمراد فيما يضيفه الوكيل في كل عقد لا بد من إضافته إليه لينفذ على الموكل، وليس المراد ظاهر العبارة من أنه قد يضيفه وقد لا يضيفه فإن أضافه إلى نفسه تتعلق بالوكيل وإن أضافه إلى موكله تتعلق بالموكل، كما فهمه ابن ملك في «شرح المجمع» لما في «الخلاصة» و«البزازية» و«البحر» شراء العبد جاء إلى مالكه فقال بعث هذا العبد من الموكل وقال الوكيل قبلت لا يلزم الموكل لأنه خالف حيث أمره ألا ترجع إليه العهدة وقد رجع. قال أبو القاسم الصفار والصحيح أن الوكيل يصير فضولياً ويتوقف العقد على إجازة الموكل انتهى. وفي المجمع وتعلق حقوق العقد فيما يضاف إلى الوكيل به، قال ابن ملك قيد بقوله فيما يضاف إلى الوكيل لأن الوكيل بالبيع والشراء لو أضاف العقد إلى الموكل ترجع حقوق العقد إلى الموكل اتفاقاً كذا في الفصول اهـ. فقد ادعى الاتفاق مستنداً للفصول فكيف يكون مجرد فهم منه فتأمل. وفي «المجتبي» كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه، أراد به أن تصح إضافته إلى نفسه ويستغنى عن إضافته إلى الموكل، لا أنه شرط، ولهذا لو أضاف الوكيل بالشراء الشراء إلى الموكل صح بالإجماع. وقوله وكل عقد لو أضافه إلى الموكل، مراده أنه لا يستغنى عن الإضافة إلى موكله حتى إنه لو أضافه إلى نفسه لا يصح، فلفظ الإضافة واحد ومراده مختلف اهـ. قال الخير الرملي هذا شاهد لما فهمه شارح المجمع اهـ.. وهو بظاهرة إقرار لصاحب البحر بأن ما في «شرح المجمع» فهم من شارحه، إلا أن يكون ذكره مجازة لعبارة البحر. هذا ولك أن تنفي المنافاة بين ما في «البزازية» و«شرح المجمع» يحمل ما في «شرح المجمع» من قوله لأن الوكيل بالبيع والشراء على النافذين لتبادرهما لغيرهما لا تتعلق حقوقه بالموكل قبل الإجازة لفرعية تتعلق الحقوق عن النفاذ، وليس في عبارة «البزازية» ما ينفي تعلق الحقوق بالموكل بعد النفاذ بالإجازة، فلنلتزمه ليحصل التوفيق. وقد علمت أن عدم تعلق الحقوق بالموكل في مسألة البزازية إنما تأتي من المخالفة، فلو صدر التوكيل على وجه ينفي المخالفة بأن أذن له الموكل بإضافة العقد إليه، فالظاهر نفاذ العقد لعدم المخالفة كما هو مفهوم البزازية، وإذا نفذ العقد هل تتعلق بالموكل أو الوكيل؟ لا شيء في كلام البزازية يدل على إيجابه أو نفيه. فنقول تتعلق بالموكل عملاً بما في «شرح المجمع» و«المجتبي»، إذ لم يوجد ما ينافيهما، كيف وقد ادعى الاتفاق. فتأمل بعين التحقيق، فإنه بالتأمل حقيق، ليظهر حقيقة الحال، والله الميسر لبلوغ الآمال. وتوجيه ما في «البحر» بأن يقال إن عبارة «شرح المجمع» مطلقة، فالظاهر أنها شاملة لصورة المخالفة الواقعة في «البزازية»، وأنه إذا أضاف إلى الموكل فيهما ينفذ البيع للحال وتعلق الحقوق به، مع أن المنقول بخلافه. وحيث وقع في الفصول الحكم مطلقاً كما استند إليه الشارح المذكور، فهو مقيد بما في «البزازية». غير أن الشارح فهمه على إطلاقه، ولم يقيده بالبيع النافذ. وظاهر من كلام البحر عدم منع الحكم في النفاذ. وإذا حملت كلام شارح المجمع على ما قلناه، وقيدت مستنده بما في «البزازية»، وعلمت أن كلام البحر لا ينبو عن الحكم

المذكور، ارتفع الخلاف، كما يشهد بذلك الإنصاف. فالمؤاخدة التي وردت على صاحب «شرح المجمع» من صاحب «البحر» تستند إلى إطلاق عبارة شارح المجمع لا غير، والله تعالى أعلم. أقول فما في «شرح المجمع» مقيد بما إذا أجاز الموكل العقد، فلا ينافي ما ذكره الصفار. وإذا صح هذا التوفيق، ظهر الجواب عما نقل عن المقدسي من قوله ثم إذا أجاز الموكل ذلك هل ترجع الحقوق إلى الوكيل لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة انتهى. وهذا التعليل مؤيد للتوفيق المتقدم، والله أعلم. وفي «حاشية أبي السعود» وتعبير ابن الكمال بقوله يكتفي بالإضافة إلى نفسه صريح في أن إضافته إلى نفسه ليس بلام، خلافاً لمن عبر به بلا بد كالبحر وتبعه المصنف. لكن الشارح نقل كلام ابن ملك، وأمر بحفظه، وأيده بقول ابن الكمال المتقدم، ورد على المصنف فيما يأتي بقوله: فقوله لا بد، فيه ما فيه. وحينئذٍ يتجه ما ذكره ابن ملك، ويسقط ما اعترض به في «البحر» عليه، وما في الخلاصة و«البزازية» لا ينافي جواز الإضافة إلى كل منهما وإن كان اللزوم على الموكل فيما إذا لم يضيف الوكيل العقد إلى نفسه بأن أضافه إلى الموكل يتوقف على صدور الإجازة منه. ثم رأيت في «الزيلعي» من باب الوكالة بالبيع والشراء التصريح بعدم لزوم إضافة الوكيل في الشراء ونحوه العقد إلى نفسه، حيث قال في شرح قول المصنف ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه ما نصه: بخلاف ما لو وكله أن يزوجه امرأة معينة حيث جاز له أن يتزوج بها، لأن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره، لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل، وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالإضافة إلى أحد، فكل شيء أتى به لا يكون مخالفاً إلخ. فهذا من «الزيلعي» صريح فيما ذكره ابن ملك. واعلم أن قول الزيلعي وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق إلخ صريح أيضاً في أن الوكيل إذا أضاف العقد إلى الموكل لا يكون مخالفاً، ويلزمه العقد، ولا يتوقف على إجازته، خلافاً لما سبق عن الخلاصة و«البزازية» انتهى ملخصاً.

مذهب الشافعي: الظاهر من نصوص هذا المذهب أنه لا يجوز للوكيل أن يضيف العقد إلى الموكل، بل يجب أن يضيف العقد إلى نفسه، وهذا بخلاف العقود التي تجب إضافتها إلى الموكل كالزواج. وهذا هو المذهب، على أن هناك رأياً آخر يذهب إلى جواز أن يضيف الوكيل العقد إلى الموكل، ولما كانت حقوق العقد في مذهب الشافعي تنصرف غالباً إلى الموكل حتى لو أضاف الوكيل العقد إلى نفسه، فليس لهذا الخلاف الأهمية التي له في المذهب الحنفي كما سبق القول، على أنه إذا صح في مذهب الشافعي أنه يجوز للوكيل إضافة العقد للموكل، فلا شك في أن حكم العقد وحقوقه جميعاً في هذه الحالة تنصرف إلى الموكل، وهذا من باب أولى.

وننقل هنا بعض نصوص المذهب في هذا الصدد: جاء في «نهاية المحتاج» للرملي (٥/

(٤٨):

ولو قال بعث هذا موكلك زيداً، فقال اشتريت له، فالمذهب بطلانه ولو وافق الإذن وحذف له، لانتفاء خطاب العاقد. وإنما كان ذكره متعيناً في النكاح، لأن الوكيل فيه سفير محض، إذ لا يمكن وقوعه له بحال. فإن قال بعثك لموكلك، وقال قبلت له. صح جزماً كما قاله في المطلب.

ولم يصرح في الروضة ولا أصلها بمقابل المذهب، ويؤخذ من التعليل أن ذلك في موافق الإذن». وجاء في «حاشية الشبراملسي» (٤٨) تعقيماً على ما تقدم: «قوله بمقابل المذهب: عبارة «المحلى» بعد ما ذكر في الكتابة حكاية وجهين في المسألة». وجاء في «مغني المحتاج» للشرييني (٢/٢٣٠): «وإن قال بعت موكلك زيدا فقال اشتريت له فالمذهب بطلانه، أي العقد؛ لأنه لم يجر بين المتعاقدين مخاطبة، ولم يصرح في الروضة ولا أصلها بمقابل المذهب. ويؤخذ من هذا التعليل أن ذلك في موافق الإذن». وفي الكفاية حكاية وجهين في المسألة. وفي المطلب: لو قال بعتك لموكلك فلان، فقال قبلت له، صح جزماً. أو بعتك لنفسك وإن كنت تشتريه للغير فلا أبيعه لك، فاشتره للغير، لم يصح بلا خلاف. ولو لم يصرح البائع بلفظ الموكل بل باسمه، فقال بعت زيدا، فقال المشتري اشتريت له، ونواياه، فكالتعبير بالموكل».

المذهب المالكي والحنبلي: والظاهر من نصوص هذين المذهبين أن الوكيل يجوز له أن يضيف العقد إلى نفسه وهذا هو الأصل والغالب في العمل، كما يجوز له أن يضيف العقد إلى موكله. وإذا أضاف العقد إلى موكله، انصرف حكم العقد وحقوقه جميعاً إلى الموكل دون الوكيل دون استثناء. وكذلك إذا أضاف العقد إلى نفسه، فالغالب كما سنرى أن ينصرف إلى الموكل دون الوكيل حكم العقد وحقوقه. فليس لإضافة العقد إلى الوكيل أو إلى الموكل في هذين المذهبين الأهمية التي رأيناها في المذهب الحنفي كما سبق القول.

جاء في «الشرح الكبير» للدردير (انظر «حاشية الدسوقي» ٣/٣٨٢ - ٣٨٣): «وطولب بثمان لسلعة اشتراها لموكله أو باعها له، ومثمن كذلك اشتراه أو باعه لموكله، ما لم يصرح بالبراءة من الثمن والمثمن. فإن صرح، بأن قال لا أتولى ذلك، لم يطالب، وإنما يطالب موكله. وشبه في مفهوم لم يصرح قوله: كبعتني فلان لتبيعه كذا أو ليشتري منك كذا، فلا يطالب بالثمن. لا إن قال: بعثني لأشتري منك أو لأشتري له منك، فيطالب الرسول. ما لم يقر المرسل بأنه أرسله فالطلب على المرسل». وجاء في «حاشية الدسوقي» (٣٨٣) تعقيماً على ما تقدم: «قوله لا أشتري منك إلخ: الفرق بين هذه وما قبلها أنه في هذه أسند الشراء لنفسه وما قبلها أسنده لغيره».

إقرار الفقه الإسلامي للنيابة كاملة - تقدمه في إضافة العقد للموكل على الفقه الروماني ومحاكاته للفقه الغربي الحديث:

إلى هنا وقرر الفقه الإسلامي النيابة كاملة، ألا ترى أنه لا خلاف في المذاهب الأربعة في أنه حيث يصح للوكيل إضافة العقد للموكل، ينصرف حكم العقد وحقوقه جميعاً إلى الموكل دون الوكيل. وإضافة الوكيل العقد إلى الموكل معناه في الفقه الغربي أن الوكيل يعمل باسم الموكل، وهذا شرط في تحقق النيابة في الفقه الغربي كما رأينا.

فالفقه الإسلامي أقر إذن النيابة كاملة، إذ جعل العلاقة مباشرة بين الموكل والغير في كل من حكم العقد وحقوقه جميعاً، واختفى شخص الوكيل من بينهما، كما هو الأمر في الفقه الغربي في أحدث مراحل تقدمه. فالفقه الإسلامي في هذا يحاكي الفقه الغربي، بعد أن خطا هذا الفقه الأخير خطواته الواسعة في مدارج التقدم. بل إن الفقه الإسلامي يبرز في الأخذ بمبدأ النيابة كاملة الفقه

الروماني، فقد رأينا أن القانون الروماني لم يصل في أية مرحلة من مراحل تطوره إلى إقرار مبدأ النيابة إقراراً كاملاً كما فعل الفقه الإسلامي.

وكان سبيل الفقه الإسلامي، في هذه الخطوة الرائعة التي خطاها فسبق فيها الزمن، أنه قاس الوكيل الذي يضيف العقد إلى الموكل على الرسول، فاعتبر كلا منهما سفيراً، الرسول عن المرسل والوكيل عن الموكل. ولما كان حكم العقد وحقوقه جميعاً ترجع إلى المرسل دون الرسول، فكذلك هي تتصرف إلى الموكل دون الوكيل. نقرأ ذلك صريحاً في نصوص الفقه الإسلامي، فهذا صاحب تكملة «فتح القدير» يقول في العقود التي تجب إضافتها إلى الموكل: «لأن الوكيل... في هذه العقود سفير محض، أي معبر محض حاك قول الموكل، ومن حكي قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير، ألا يرى أنه - أي الوكيل - لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل فصار كالرسول. يعني إذا كان الوكيل في هذا الضرب سفيراً محضاً، فقد صار كالرسول في باب البيع ونحوه، ولا شك أن الحكم في الرسالة يرجع إلى المرسل دون الرسول» («تكملة فتح القدير» ٦/ ١٩). وليس معنى قياس الوكيل على الرسول أن الفقه الإسلامي خلط بين الوكيل والرسول، بل هو ميز بينهما كل التمييز، فتقرأ في النصوص «أن الموضوع لنقل العبارة إنما هو الرسالة، فإن الرسول معبر والعبارة ملك المرسل، فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة. وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل، فإن العبارة فيها للوكيل» («تكملة فتح القدير» ٦/ ٢٤). ولكنه جعل حكم الوكيل كحكم الرسول من حيث انصراف حكم العقد وحقوقه جميعاً إلى الأصيل، مع بقاء الوكيل وكيلاً لا رسولاً، أي مع بقاء العبارة للوكيل دون الموكل، وهذا بخلاف الرسول فالعبارة ليست له بل للمرسل. فالفقه الإسلامي لم يخلط بين الرسول والوكيل، بل قاس الوكيل على الرسول فخطأ بذلك خطوة لم يخطها القانون الروماني، فقد رأينا أن هذا القانون قد وقف دون هذه الخطوة، واكتفى بالرسالة ولم يقس النيابة عليها (انظر الأستاذ شفيق شحاتة في محاضراته المطبوعة في نظرية النيابة ٨٥).

ومع ذلك فقد بقيت هذه الخطوة الواسعة التي خطاها الفقه الإسلامي غامضة بعض الغموض، مختلفة تحت خطوة أوسع منها حين يضيف الوكيل العقد إلى نفسه، وسنرى أن الفقه الإسلامي في هذه الحالة لا يميز فحسب القانون الروماني بل هو أيضاً يسبق الفقه الحديث. فنظر الناس إلى الوكالة في الفقه الإسلامي في صورتها العملية الغالبة والوكيل يضيف العقد إلى نفسه، فرأوا النيابة فيها غير كاملة وبخاصة في المذهب الحنفي حيث ينصرف حكم العقد إلى الموكل ولكن حقوق العقد تنصرف إلى الوكيل كما سنرى. فقيل خطأ (انظر «الوسيط» جزء أول ١٨٩/ ١) إن الفقه الحنفي لا يزال في النيابة عند المرحلة التي وقف عندها القانون الروماني، مع أن القانون الروماني كما أسلفنا لم يعرض لصورة ما إذا أضاف الوكيل العقد إلى الموكل، وهي الصورة المألوفة للنيابة في الفقه الحديث، بل بقي فيما يتعلق بهذه الصورة في حدود الرسالة ولم يجاوزها إلى نطاق الوكالة أما الفقه الحنفي فقد جاوز حدود الرسالة إلى نطاق الوكالة كما رأينا، وفعل ما فعله الفقه الحديث تماماً، فأقر مبدأ النيابة إقراراً كاملاً. والذي ساعد على خفاء هذه المسألة في الفقه الحنفي أن نصوص هذا الفقه تكاد لا تعرض للصورة المألوفة للنيابة، حين يضيف الوكيل

العقد إلى موكله، إلا حيث تكون هذه الإضافة واجبة في الإسقاطات والعقود التي لا تتم إلا بالقبض، أما المعاوضات، وهي المجال الحيوي للنيابة، فلا تكاد النصوص تعرض لها، بل هي إذا عرضت، فإنما تسير بخطى مترددة لا تخلو من الحيرة، وقد رأينا كيف اضطرب الرأي في جواز إضافة العقد إلى الموكل في الفقه الحنفي. وهكذا كادت تختفي خطوات رائعة في تقدم الصناعة الفقهية في ثنايا صفحات الفقه الإسلامي، حجبها ما يحيط بنصوص الفقه الإسلامي عادة من جدل لفظي. ومهما يكن من أمر، فالحقيقة الواقعة أن الفقه الإسلامي - ويدخل فيه الفقه الحنفي - أقر مبدأ النيابة إقراراً كاملاً في الصورة المألوفة للنيابة في الفقه الحديث حين يضيف الوكيل العقد إلى الموكل.

٢ - النائب يضيف العقد إلى نفسه

حكم العقد ينصرف إلى الأصل وحقوق العقد تبقى للنائب:

وننتقل الآن إلى الصورة الغالبة للنيابة في الفقه الإسلامي، وهي الصورة التي يضيف فيها النائب العقد إلى نفسه. ففي هذه الصورة لا خلاف بين المذاهب في أن حكم العقد ينصرف إلى الأصل. أما حقوق العقد فقد اختلفت فيها المذاهب اختلافاً كبيراً، فبعض هذه المذاهب يصرف حقوق العقد للنائب، وبعض المذاهب يصرفها غالباً للأصيل على تفاوت في ذلك فيما بينهما.

١ - حكم العقد ينصرف إلى الأصل

إجماع المذاهب على أن حكم العقد ينصرف إلى الأصل:

نفرض الآن أن الوكيل أضاف العقد إلى نفسه، وقد قدمنا أن الوكيل في هذه الحالة يعمل باسمه الشخصي لا باسم الموكل. وهذا يجعلنا قرييين من نظام «الاسم المستعار» في الفقه الغربي، إلا أن الوكيل هنا وإن كان يعمل باسمه الشخصي، فهو إنما يعمل لحساب الموكل، أما في نظام «الاسم المستعار» فالوكيل يعمل باسمه الشخصي ولحساب نفسه. على أن الفقه الغربي لا يكاد يميز بين الحالتين هذا التمييز الواضح، إذ هو يفرض أن الوكيل الذي يعمل باسمه إنما يعمل لحساب نفسه، إلا إذا قام الدليل على العكس. والوكيل في الفقه الغربي يعمل عادة باسم الموكل وهذه هي الصورة المألوفة للنيابة في هذا الفقه كما سبق القول، أما الوكيل في الفقه الإسلامي فيعمل عادة باسمه هو أي يضيف العقد إلى نفسه.

ولو أننا استعرضنا الصورة التي يضيف فيها الوكيل العقد إلى نفسه في الفقه الغربي على النحو الذي قدمناه، فيتقدم الوكيل للتعاقد مع الغير باسمه الشخصي لا باسم الموكل، لرأينا أن ما يسمى في الفقه الإسلامي بحكم العقد ينصرف عادة إلى الوكيل دون الموكل. فإذا تقدم الوكيل في الشراء لشراء دار باسمه الشخصي، كان هو المالك للدار بحكم الشراء، وعليه بعد ذلك أن ينقل ملكية إلى الموكل بعقد جديد. ولا يكاد يستثنى من هذه القاعدة إلا حالتان كما رأينا: إحداهما إذا كان من المفروض حتماً أن من يتعامل مع الوكيل يعلم بوجود الوكالة، والأخرى إذا كان يستوي عند هذا المتعاقد أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل.

أما في الفقه الإسلامي فالقاعدة العامة هي الاستثناء في الفقه الغربي، وإذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه انصرف حكم العقد إلى الموكل بالرغم من ذلك، وقد أجمعت على هذه القاعدة المذاهب الأربعة كلها لم يشذ منها مذهب واحد. فالوكيل بشراء الدار إذا أضاف العقد إلى نفسه، كان المالك للدار هو الموكل لا الوكيل، على خلاف الفقه الغربي كما رأينا، ويستوي في الفقه الإسلامي أن يكون بائع الدار يعلم بوجود الوكالة، أو يحسب أن الوكيل أصيل يعمل لحساب نفسه.

والوكيل الذي يضيف العقد إلى نفسه في الفقه الإسلامي، إذا كان في وضع ذاتي من حيث أن نيته يجب أن تنصرف إلى العمل لحساب الموكل، فهو في الوقت ذاته في وضع مادي من حيث أن علم المتعاقد معه بوجود الوكالة أو جهله بوجودها لا يؤثر في هذا الوضع. فهو في وضع ذاتي من حيث نيته هو، وفي وضع مادي من حيث نية المتعاقد معه.

وتطبيقاً لما قدمناه في الفقه الإسلامي نفرض أن الوكالة هي في بيع دار للموكل، وأضاف الوكيل البيع إلى نفسه. فثمن الدار يصبح مع ذلك ملكاً للموكل دون الوكيل، كما أن الدار تصبح ملكاً للمشتري وإذا فرضنا أن الوكالة هي في شراء دار للموكل، فالدار تصبح مع ذلك ملكاً للموكل دون الوكيل، كما أن ثمن الدار يصبح مالاً للبايع. وإذا كان التوكيل في إيجار دار فالموكل لا الوكيل هو الذي يصبح مالاً للأجرة، وإذا كان التوكيل في استئجار دار فالموكل أيضاً لا الوكيل هو الذي يصبح مالاً للمنفعة. كذلك إذا اشترى الولي لمحجوره، فإنه يضيف العقد إلى نفسه كما سنرى، ومع هذا فإن الملك ينتقل ابتداءً إلى المحجور.

ونبادر إلى القول إن الفقه الإسلامي في هذه القاعدة قد سبق الفقه الغربي الحديث. فقد رأينا أن الفقه الغربي يخطو هذه الخطوة في الصناعة الفقهية على سبيل الاستثناء، أما الفقه الإسلامي فيجعل من هذا الاستثناء القاعدة العامة. وإذا قيل إن في هذه القاعدة خطراً على المتعاقد مع الوكيل إذا جهل وجود الوكالة وحسب أنه يتعامل مع أصيل لا وكيل معتمداً على ملاءته، فإن هذا الاعتراض مدفوع بأن حقوق العقد - وهي التي تعيننا من ناحية الملاءة - تنصرف إلى الوكيل لا إلى الموكل في المذهب الحنفي كما سنرى، فلا يفوت المتعاقد مع الوكيل ما كان يعتمد عليه من ملاءة الوكيل. ذلك أن الوكيل في بيع الدار هو الذي يطالبه المشتري بتسليمها ويخاصمه في ضمانها في الاستحقاق والعيب، والهلاك وما إلى ذلك والوكيل في شراء الدار هو الذي يطالب البائع بالثمن.

كيف يفسر الفقه الإسلامي انصراف حكم العقد إلى الأصيل:

يفيض الفقه الحنفي، دون المذاهب الأخرى، في تفسير لماذا ينصرف حكم العقد إلى الأصيل مع أن العقد قد أضيف إلى الوكيل. ثم لا يكتفي هذا الفقه بذلك، بل هو يبين أيضاً كيف ينصرف حكم العقد إلى الأصيل، أي يبين الطريقة الفنية التي بها ينصرف حكم العقد إلى الأصيل من ناحية الصناعة الفقهية.

أما تفسير لماذا ينصرف حكم العقد إلى الأصل، فذلك لقضاء حق الضرورة فالأصل أن العبارة هي عبارة الوكيل، فكان ينبغي أن يكون الأثر المترتب على العبارة من حكم وحقوق مقصوداً على الوكيل. ولكن لما كان الموكل قد استناب الوكيل في تحصيل الحكم، فقد انصرف الحكم إلى الموكل للضرورة كي لا يبطل مقصوده، وبقينا فيما يتعلق بالحقوق على الأصل، فظلت هذه الحقوق متعلقة بالوكيل، إذ لا ضرورة تدعو لصرفها إلى الموكل. بل لعل الضرورة تقتضي بقاء الحقوق متعلقة بالوكيل، فقد أضاف العقد إلى نفسه وتعامل معه الغير على هذا الاعتبار فهو في الحقوق لا يعرف سواه؛ قال «الزيلعي» (٢٥٦/٤) في هذا المعنى: «الوكيل أصل في العقد، لأن العقد يقوم بالكلام. وصحة كلامه باعتبار كونه آدمياً عاقلاً، فقضيته أن يكون الحاصل بالتصرف واقعاً له. غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم، جعلناه نائباً في حق الحكم للضرورة، كي لا يبطل مقصوده. وراعينا الأصل في حق الحقوق، إذ لا ضرورة في حقها. والدليل على أنه أصل في العقد استغناؤه عن إضافته إلى الموكل، ولو كان سفيراً. . لما استغنى عن إضافته إليه كالرسول والوكيل بالنكاح وأخواته حتى إذا أضاف إلى نفسه كان له دون الموكل. بخلاف ما نحن فيه، فإنه لا يتعذر إضافة العقد إليه وإيقاع الحكم للموكل. فإذا أضافه إليه، كان أصيلاً فيه. فيقع له فيما لا ضرورة فيه، وهي الحقوق من تسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع ورجوعه هو بالثمن على بائعه عند استحقاق ما اشترى والخصومة في العيب وغير ذلك من حقوق العقد».

والى جانب هذا التفسير العملي يوجد تفسير منطقي. فالوكيل هو العاقد، لأن العقد تم بعبارته. وكان ينبغي أن يكون أثر العقد منصرفاً إليه، لأن السبب وهو العقد وجد منه. ولكنه مأمور في العقد من الموكل، وفعل المأمور مضاف إلى الأمر. فتعارض الشبهان: شبه السبب ويقضي بإيجاب العقد حكماً وحقوقاً للوكيل، وشبه الأمر ويقضي بإيجاب العقد حكماً وحقوقاً أيضاً للموكل فوجب اعتبار الشبهين بقدر الإمكان، فأعملنا شبه الأمر بإيجاب حكم العقد للموكل، وأعملنا شبه السبب بإيجاب حقوق العقد للوكيل قال الكاساني («البدائع» ٣٣/٦ - ٣٤) في هذا المعنى: الوكيل هو العاقد حقيقة لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة، ويستحيل أن يكون الإنسان فاعلاً بفعل الغير حقيقة، وهذه حقيقة مقررة بالشريعة، قال الله عز وجل: ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ [النجم: ٣٩]، وقال الله عز شأنه: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة: ٢٨٦]. وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضاً، لأن السبب وجد منه حقيقة وشرعاً. إلا أن الشرع أثبت أصل الحكم للموكل، لأن الوكيل إنما فعله له بأمره وإنابته، وفعل المأمور مضاف إلى الأمر فتعارض الشبهان، فوجب اعتبارهما بقدر الإمكان. فعملنا بشبه الأمر والإنابة بإيجاب أصل الحكم للموكل، وبشبه الحقيقة المقررة بالشريعة بإثبات توابع الحكم للوكيل، توفيراً على الشبهين حفظهما من الحكم. ولا يمكن الحكم بالعكس، وهو إثبات أصل الحكم للوكيل وإثبات التوابع للموكل لأن الأصل في نفاذ تصرف الوكيل هو الولاية، لأنها علة نفاذه إذ لا ملك له؛ والموكل أصل في الولاية والوكيل تابع له لأنه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفادة من قبل الموكل، فكان إثبات أصل الحكم للموكل وإثبات التوابع للوكيل وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة،

وعكسه وضع الشيء في غير موضعه وهو حد السفه. بخلاف النكاح وأخواته، لأن الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل، بل هو سفير ومعبّر بمنزلة الرسول. ألا ترى أنه لا يضيف العقد إلى نفسه بل إلى موكله، فأنعدمت النيابة، فبقي سفيراً محضاً، فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه، فترجع الحقوق إليه». وقال قاضي زادة «تكملة فتح القدير» ١٨/٦ نفس المعنى في عبارات أخرى: «وتحقيق المسألة أن لتصرف الوكيل جهتين: جهة حصوله بعبارته، وجهة نيابته. وأعمالهما ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما. فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته، بطل توكيل الموكل. ولو أثبتناهما للموكل، بطل عبارة الوكيل. فأثبتنا الملك للموكل، لأنه الغرض من التوكيل. فتعين الحقوق للوكيل. ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب، كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب».

أما كيف ينصرف حكم العقد إلى الأصل، فقد تشعبت الآراء في المذهب الحنفي في بيان الطريقة الفنية التي بها ينصرف حكم العقد إلى الأصل. وتذكر النصوص في هذا الصدد آراء ثلاثة:

الرأي الأول هو رأي أبي الحسن الكرخي ويذهب إلى أن الحكم ينصرف إلى الوكيل أولاً، ثم ينتقل منه إلى الموكل. فيكون الوكيل أصيلاً في كل من الحكم والحقوق، ولكنه يلتزم بنقل الحكم للموكل، فيكون الحكم غير مستقر له. فالوكيل بالشراء مثلاً ينتقل إليه الملك من البائع ولكن الملك لا يستقر عنده، بل يعود فينتقل منه إلى الموكل. وهذا الرأي قريب مما يذهب إليه الفقه الغربي في نظام «الاسم المستعار»، فقد قدمنا أن الملك ينتقل في هذا النظام إلى الوكيل وهو الاسم المستعار، ثم ينقله الوكيل إلى الموكل. ومن ثم تكون نيابة الوكيل عن الموكل في رأي الكرخي غير متحققة، لأن الملك ينتقل أولاً إلى الوكيل، ولا ينتقل ابتداءً إلى الموكل. وقد أخذ على هذا الرأي أنه يقتضي أن الوكيل بالشراء إذا اشترى عبداً قريباً له ممن يعتق عليه، انتقل الملك في العبد أولاً إلى الوكيل فيعتق العبد قبل أن ينتقل الملك فيه إلى الموكل، ويقتضي هذا الرأي كذلك أن من كان متزوجاً جارية ووكّل في شرائها فاشترها، انتقل الملك في الجارية إليه أولاً، فأصبح مالكاً لزوجته ففسد الزواج، وذلك قبل أن ينتقل الملك في الجارية من الوكيل إلى الموكل. ولكن الكرخي يجيب على هذه الاعتراضات بأن الملك الذي يكون سبباً في العتق أو سبباً في فساد الزواج هو الملك المستقر، والملك الذي ينتقل إلى الوكيل ملك غير مستقر كما قدمنا، فمآله أن ينتقل من الوكيل إلى الموكل ومن ثم لا يعتق العبد في الصورة الأولى ولا يفسد الزواج في الصورة الثانية ونرى من ذلك أن ما يوجه إلى رأي الكرخي من اعتراض ليس بذي بال، والاعتراض الحقيقي الذي يرد على رأيه هو أن هذا الرأي لا تتحقق معه النيابة كما سبق القول.

والرأي الثاني هو رأي أبي طاهر الدباس، ويذهب إلى أن حكم العقد لا ينصرف إلى الوكيل أولاً ثم ينتقل منه إلى الموكل كما في الرأي الأول، بل ينصرف ابتداءً إلى الموكل. والوكيل ليس إلا أداة لكسب الحكم ويقوم الموكل مقامه فيه، كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد ويقوم مولاه مقامه في الملك بهذا السبب. ويفسر هذا الرأي في وضوح كيف أن العبد لا يعتق على الوكيل

الذي اشتراه فيما قدمنا. إذ أن الملك في العبد ينتقل ابتداءً إلى الموكل ولا ينتقل أصلاً إلى الوكيل. ويوضح كذلك كيف أن الزواج لا يفسد إذا توكل زوج الجارية في شرائها فاشتراها على ما مر، إذ أن الملك في الجارية هنا أيضاً ينتقل ابتداءً إلى الموكل ولا ينتقل أصلاً إلى الوكيل. ولكن الرأي الأول استطاع هو أيضاً كما رأينا أن يعلل هاتين المسألتين تعليلاً كافياً، بالتجائه إلى فكرة الملك غير المستقر، فلا يفضل الرأي الثاني من هذه الناحية. فهل يفضل من ناحية تحقق النيابة، وقد قدمنا أن النيابة لا تتحقق في الرأي الأول، فهل هي تتحقق في الرأي الثاني؟ ظاهر أن الرأي الثاني يستعين في تحقيق النيابة بافتراض أن الوكيل مجرد أداة في يد الموكل يكسب بها حكم العقد ابتداءً، وهذا من شأنه أن يقيم النيابة على افتراض محض. وإلا فإن الوكيل في الرأيين أصيل في حق الحكم. أصالته في الرأي الأول أصالة تمهد للانتقال، فينتقل حكم العقد من الوكيل إلى الموكل كما رأينا. وأصالته في الرأي الثاني أصالة استخلاف أو أصالة حلول، إذ لا ينصرف حكم العقد ابتداءً إلى الموكل إلا عن طريق حلوله محل الوكيل في هذا الحكم وقيامه مقامه فيه. وتصرح النصوص فعلاً في الرأي الثاني أن حكم العقد ينصرف ابتداءً إلى الموكل عن طريق خلافته للوكيل، والخلافة هنا كخلافة الوارث معناها الحلول. فالموكل يحل محل الوكيل ويقوم مقامه في حكم العقد، كما يحل الوارث محل الوارث ويقوم مقامه. وتصرح النصوص كذلك في الرأي الثاني أن الوكيل لا يزال أصيلاً، وإن كان مجرد أداة يكسب بها الموكل حكم العقد ابتداءً. فلا تتحقق النيابة في هذا الرأي الثاني على الوجه الحقيقي، أي عن طريق أن يكون الوكيل نائباً عن الموكل. بل تتحقق عن طريق افتراضي، فيبقى الوكيل أصيلاً لا نائباً، ولكن يفترض في هذا الأصيل أنه مجرد أداة يكسب بها الموكل حكم العقد.

والرأي الذي تتحقق فيه النيابة على الوجه الحقيقي هو الرأي الثالث، وهو رأي القاضي أبي زيد فيما نقله الصدر الشهيد. فيذهب أبو زيد إلى أن الوكيل نائب عن الموكل في تحصيل حكم العقد، وليس أصيلاً في تحصيل هذا الحكم، ومن ثم ينصرف حكم العقد ابتداءً إلى الموكل. أما في حقوق العقد فالوكيل أصيل لا نائب، ومن ثم تنصرف هذه الحقوق إليه هو دون الموكل. والذي يميز هذا الرأي عن الرأيين السابقين أنه يجعل الوكيل في حق حكم العقد نائباً لا أصيلاً. فهو لا يجعل من الوكيل أصيلاً ينصرف إليه حكم العقد أولاً ثم ينتقل هذا الحكم منه إلى الموكل بعد ذلك، كما يقول الرأي الأول، وهو لا يذهب، كما يذهب الرأي الثاني، إلى أن الوكيل لا يزال أصيلاً في حق حكم العقد وإن كان أداة يكسب بها الموكل ابتداءً هذا الحكم. بل هو يذهب إلى أبعد من ذلك، فلا يجعل الوكيل في الحكم أصيلاً بتاتاً، وإنما هو مجرد نائب عن الموكل، فينصرف إلى الموكل رأساً حكم العقد. وتتحقق النيابة بذلك على الوجه الحقيقي، إذ تكون العبارة - أو الإرادة - للنائب، ويكون الحكم - أو الأثر - للأصيل. ويتبين من ذلك أن هذا الرأي هو أقرب الآراء الثلاثة إلى فكرة النيابة الصحيحة، وقد قيل عنه في النصوص إنه الرأي الأحسن، وإن قيل عن الرأي الثاني إنه هو الرأي الأصح في مقابله بالرأي الأول. وتذكر النصوص أن هذا الرأي الثالث يوافق الرأي الأول في حق الحقوق، ويوافق الرأي الثاني في حق الحكم. ولكن يبدو لنا أنه يخالف الرأيين معاً فيما يتعلق بحكم العقد. وهو يوافقهما فيما يتعلق بحقوق العقد، إذ هو مثلهما

يجعل الوكيل أصيلاً. ولكنه يخالفهما فيما يتعلق بحكم العقد، إذ يجعل الوكيل نائباً لا أصيلاً، بينما يجعله الرأي الآخران أصيلاً لا نائباً.

وننقل الآن بعض النصوص الفقهية التي عرضت لما تقدم بيانه:

جاء في «تكملة فتح القدير» (١٧/٦ - ١٩): «والملك يثبت للموكل خلافة عنه: أي عن الوكيل. هذا جواب عما قاله الشافعي إن الحقوق تابعة لحكم التصرف، والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه. تقريره أن الملك يثبت للموكل ابتداءً، لكن لا أصالة حتى يثبت له توابعه أيضاً، بل خلافة عن الوكيل. ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداءً، وينعقد السبب موجباً حكمه للوكيل، فكان الموكل قائماً مقام الوكيل في ثبوت الملك اعتباراً للتوكيل السابق.

والحاصل أن الوكيل خلف عن الموكل في حق استفادة التصرف، والموكل خلف عن الوكيل في حق ثبوت الملك. كالعبد يتهب ويصطاد، فإنه إذا اتهب أي قبل الهبة واصطاد، يثبت الملك للمولى ابتداءً خلافة عن العبد، فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كما ذكر في «المبسوط». ثم اعلم أن هذا المسلك طريقة أبي طاهر الدباس، وإليه ذهب جماعة من أصحابنا، قال شمس الأئمة السرخسي قول أبي طاهر أصح، وقال المصنف هو الصحيح. واحترز به عن طريقة أبي الحسن الكرخي، وهي أن الملك يثبت للوكيل أولاً ثم ينتقل إلى الموكل، وإليها ذهب بعض أصحابنا، وهي اختيار الإمام قاضيخان كما ذكر في «التحرير». وإنما قال هو الصحيح، لأن الوكيل إذا اشترى منكوحته أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه، ولو لم يثبت له الملك لما كان كذلك. قال صاحب العناية وجوابه أن نفوذ العتق يحتاج إلى ملك مستقر دائم، وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه، بل يزول عنه في ثاني الحال وينتقل إلى الموكل باعتبار الوكالة السابقة. قال في الزيادات فيمن تزوج أمة ثم حرة على رقبتها، فأجاز مولاهما، فإنه تصير الأمة مهراً للحرّة ولا يفسد النكاح، وإن ثبت الملك للزوج فيها لأن ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه إلى الحرّة، فكذلك ههنا انتهى. وقال صاحب «العناية» بعد ذكر هذا الجواب: وفيه نظر لأنه يخالف إطلاق قوله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه» الحديث انتهى. أقول الجواب عن هذا النظر ظاهر، إذ قد تقرر عندهم أن المطلق ينصرف إلى الكامل، ولا شك أن الملك الكامل هو الملك المستقر، فلا مخالفة. قال الصدر الشهيد إن القاضي أبا زيد خالفهما، وقال الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق؛ فإن الحقوق تثبت له ثم تنتقل إلى الموكل من قبله، فوافق أبا الحسن في حق الحقوق، ووافق أبا طاهر في حق الحكم. وهذا حسن، كذا ذكر في «الإيضاح» و«الفتاوي الصغرى».

وجاء في «البحر الرائق» (١٥١/٧): «وقد اختلف أصحابنا فيها؛ فقال الكرخي يثبت للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل. وقال أبو طاهر يثبت للموكل ابتداءً، وهو الأصح، ولهذا لو كان المشتري منكوحه الوكيل لا يفسد نكاحه ولا تعتق عليه. وقال القاضي أبو زيد الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في الحقوق، فوافق الكرخي في الحقوق وأبا طاهر في حق الحكم، وهذا أحسن كذا في «البرزازية» وصحح الشارحون ما في الكتاب لكن لم يذكروا لهذا الاختلاف ثمرة للاتفاق على عدم

عتق قريب الوكيل لو اشتراه وعدم فساد نكاحها لو اشتراها، والعتق والفساد على الموكل لو اشترى قريب موكله وزوجته، لأن الملك للوكيل لم يكن مستقراً والموجب للعتق والفساد الملك المستقر، هكذا أجاب الكرخي^(١).

انصراف حكم العقد إلى الأصل إنما يكون في الحدود المرسومة للنياية:

وإذا تقرر أن حكم العقد ينصرف إلى الأصل، فإنما يكون ذلك إذا التزم الوكيل الحدود المرسومة لوكالته. أما إذا خرج عن هذه الحدود، فالحكم لا ينصرف إلى الموكل إلا إذا أجاز العقد. إذ ينقلب الوكيل فضولياً فيما جاوز فيه حدود الوكالة. أما إذا لم يجز الموكل العقد، فإن

(١) وجاء في «تكملة ابن عابدين» (١/٢٢٥ - ٢٢٦): «قوله والملك يثبت للموكل ابتداء: جواب عن سؤال مقدر، تقديره إذا كانت الحقوق في هذا الفصل راجعة إلى الوكيل ينبغي أن يعتق قريبه إذا اشتراه بالوكالة، لأن شراء القريب إعتاق. فأجاب عنه بقوله: والملك يثبت للموكل ابتداء، أي، ابتداء الأمر، خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل في حق العقد، لكن في حق الحكم يخلفه الموكل، فيقع له من غير أن يكون أصلاً فيه، كالعبد يتهب أو يصطاد، فكما أن المولى يثبت الملك له ابتداء فيما اتهب عبده أو اصطاده خلافة عنه، فكذا الموكل يثبت له الملك ابتداء فيما اشتراه وكيله خلافة عنه قال الشمني وهذه طريقة أبي طاهر الدباس، وقال في «البحر» إنه الأصح. وقال الكرخي يثبت للوكيل ثم ينتقل للموكل. وقال القاضي أبو زيد الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في الحقوق، فوافق الكرخي في الحقوق وأبا طاهر في الحكم، وهو حسن كذا في «البزاية». قوله في الأصح: قال الشمني وعلى طريقة الكرخي لا يعتق أيضاً، لأنه يثبت للوكيل ملك غير مقرر، وكذا لا يفسد نكاحه إذا اشترى زوجته بالوكالة، فلا ثمره لهذا الاختلاف لأن الموجب للملك والفساد الملك المستقر، ولهذا إذا اشترى الوكيل قريب موكله يعتق عليه، ويفسد نكاحه إذا اشترى زوجة موكله».

وهذه النصوص كلها نصوص في الفقه الحنفي، ويفيض هذا الفقه كما قدمنا في تكييف انصراف حكم العقد للموكل. أما النصوص في المذاهب الأخرى فتكتفي بتقرير القاعدة دون تأصيل في الغالب.

جاء في «المهذب» (١/٣٥٦) في فقه الشافعي: «إذا اشترى الوكيل ما أذن فيه الموكل، انتقل الملك إلى الموكل، لأن العقد له، فوقع الملك له كما لو عقده بنفسه».

وجاء في «الخرشي» (٦/٧٨) في الفقه المالكي: «لو اشترى الوكيل من يعتق على نفسه فإنه لا يعتق، لأنه لا يملكه، وسواء قلنا إن العهدة تقع للموكل ابتداء أو للوكيل على ما يظهر».

وجاء في «المغني» (١٣٠ - ١٣١): في الفقه الحنفي «وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه، انتقل الملك من البائع إلى الموكل، ولم يدخل في ملك الوكيل. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل، لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل، بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل إلى الموكل، ولنا أنه قبل عقداً لغيره صح له، فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصي وكما لم تزوج له، وقولهم إن حقوق العقد تتعلق به غير مسلم. ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذمياً في شراء خمر أو خنزير، فاشتراه له، لم يصح الشراء. وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي، لأن الخمر مال لهم لأنهم يتمولونها ويبتاعونها، فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم. ولنا أن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز أن يوكل فيه، كتزويج المجوسية، وبهذا خالف سائر أموالهم. وإذا باع الوكيل بثمن معين، ثبت الملك للموكل في الثمن، لأنه بمنزلة المبيع، وإن كان الثمن في الذمة، فللوكيل والموكل المطالبة به، وبهذا قال الشافعي».

العقد لا ينفذ في حق الموكل . وإذا وجد نفاذاً في حق الوكيل نفذ، لأن الوكيل أضاف العقد إلى نفسه فتعامل معه الغير على هذا الاعتبار، فإذا لم ينفذ العقد في حق الوكيل حيث يجد نفاذاً تضرر الغير .

جاء في «البدائع» (٢٩/٦) في الفقه الحنفي: «التوكيل بالشراء لا يخلو إما إن كان مطلقاً أو كان مقيداً، فإن كان مقيداً يراعى فيه القيد إجماعاً لما ذكرنا، سواء كان القيد راجعاً إلى المشتري أو إلى الثمن . حتى إنه إذا خالف، لا يلزم الشراء، إلا إذا كان خلافاً إلى خير فيلزم الموكل . مثال الأول . . إذا قال اشتر لي جارية تخدمني، فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء . . وكذلك إذا قال اشتر لي جارية تركية، فاشترى جارية حبشية، لا يلزم الموكل، ويلزم الوكيل لما ذكرنا . ومثال الثاني إذا قال له اشتر لي جارية بألف درهم، فاشترى جارية بأكثر من الألف، تلزم الوكيل دون الموكل، لأنه خالف أمر الوكيل فيصير مشترياً لنفسه . . فإن اشترى جارية بألف درهم، فإن كان مثلها يشتري بألف أو بأكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتغابن الناس فيه، لزم الموكل . وإن كان النقصان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، لزم الوكيل . . . وإن اشترى جارية بثمانمائة درهم ومثلها يشتري بألف . . . لزم الموكل، لأن الخلاف إلى خير لا يكون خلافاً معنى . وكذا إذا وكله بأن يشتري له جارية بألف نسيئة، فاشترى جارية بألف حالة، لزم الوكيل لأنه خالف قيد الموكل . . . والأصل أن الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشترياً لنفسه، والوكيل بالبيع إذا خالف يتوقف على إجازة الموكل . والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء متهم، لأنه يملك الشراء لنفسه فأمكن تنفيذه عليه، حتى إنه لو كان صبيّاً محجوراً أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه بل يتوقف على إجازة الموكل، لأنهما لا يملكان الشراء لأنفسهما فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف» .

وقال المواق (هامش «الخطاب» ١٩٧/٥) في الفقه المالكي: «قال مالك إن أمرته بشراء سلعة، فابتاعها معيبة، فإن كان عيباً خفياً يغتفر مثله وقد كان شراؤها به فرصة، لزمك . وإن كان عيباً مفسداً، لم تلزمك إلا أن تشاء، وهي لازمة للمأمور» .

وقال الشربيني في «مغني المحتاج» (٢٢٩/٢) في فقه الشافعي: «متى خالف الوكيل الموكل في بيع ماله، بأن باعه على غير الوجه المأذون فيه، أو في الشراء بعينه بأن اشترى له بعين ماله على وجه لم يأذن له فيه، فتصرفه باطل، لأن الموكل لم يرض بخروج ملكه على ذلك الوجه . . . ولو اشترى في الذمة غير المأذون فيه، ولم يسم الموكل، وقع الشراء للوكيل، وإن نوى الموكل . . لأن الخطاب وقع منه . وإنما ينصرف بالنية إلى الموكل إذا كان موافقاً لإذنه، فإن خالف لغت نيته» .

وجاء في «المغني» (١١٩/٥) في الفقه الحنبلي: «الوكيل في الشراء إذا خالف موكله فاشترى غير ما وكل في شرائه، مثل أن يوكله في شراء عبد فيشتري جارية، لم يخل من أن يكون اشتراه في ذمته أو بعين المال . فإن كان اشتراه في ذمته ثم نقد ثمنه، فالشراء صحيح، لأنه إنما اشترى بضمن في ذمته وليس ذلك ملكاً لغيره . . إذا ثبت هذا فعن أحمد روايتان:

إحدهما: الشراء لازم للمشتري . . لأنه اشترى في ذمته بغير إذن غيره، فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره . والرواية الثانية يقف على إجارة الموكل، فإن أجاز له لزمه، لأنه اشترى له وقد أجاز له لزمه كما لو اشترى بإذنه . وإن لم يجزه لزم الوكيل، لأنه لا يجوز أن يلزم الموكل لأنه لم يأذن في شرائه، ولزم الوكيل لأن الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فيثبت في حقه كما لو اشتراه لنفسه . . فأما إن اشترى بعين المال، مثل أن يقول بعني الجارية بهذه الدنانير أو باع مال غيره بغير إذنه، فالصحيح من المذهب أن البيع باطل وعمر مذهب الشافعي وفيه رواية أخرى أنه صحيح ويقف على إجارة المالك: فإن لم يجزه بطل، وإن أجاز صح.

ب - إلى من تنصرف حقوق العقد إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه

اختلاف المذاهب:

إذا كانت المذاهب الأربعة قد اتفقت في صرف حكم العقد إلى الموكل في حالة ما إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه، فإنها قد اختلفت في هذه الحالة في تعيين من تنصرف إليه حقوق العقد، هل تنصرف إلى الموكل أو تنصرف إلى الوكيل!

ونلاحظ بادئ ذي بدء أن المفروض هنا أن الوكيل قد أضاف العقد إلى نفسه، وأن من تعاقد مع الوكيل قد تعامل معه على هذا الاعتبار وقد يجهل وجود الوكالة ولا يعرف غير الوكيل. فلا غرابة في هذه الحالة أن تنصرف حقوق العقد إلى الوكيل الذي اطمأن الغير إلى التعامل معه. وإذا أقررنا مبدأ النيابة هنا فصرفاً حقوق العقد إلى الموكل، كنا في بعض الحالات مجاوزين للغاية، وقد يتضرر الغير بذلك، إلا إذا أثبتنا له، إلى جانب رجوعه على الموكل، حق الرجوع أيضاً على الوكيل. ونستعرض بعد ذلك المذاهب الأربعة، لنرى ما الذي قرره كل مذهب في هذه المسائل.

أولاً: المذهب الحنفي

١ - تنصرف حقوق العقد إلى الوكيل

ما هي حقوق العقد التي تنصرف إلى الوكيل وكيف تقوم العلاقة ما بين الوكيل والموكل:

الأصل في المذهب الحنفي أن حقوق العقد تنصرف إلى الوكيل الذي يضيف العقد إلى نفسه، فهو العاقد، والغير قد تعامل معه هو لا مع الموكل، فمن الطبيعي أن تنصرف حقوق العقد إليه هو دون الموكل. وقد تمكن المذهب الحنفي عن طريق الصناعة القانونية كما رأينا، أن يجعل حكم العقد ينصرف رأساً إلى الموكل، فخطأ خطوة سبق بها الفقه الغربي الحديث لا القانون الروماني فحسب. أما فيما يتعلق بحقوق العقد فالأمر يختلف، فهذه كان الوكيل فيها أصيلاً واعتمد الغير الذي تعامل مع الوكيل على هذه الأصالة، فكان من الطبيعي أن تنصرف هذه الحقوق إلى

الوكيل لا إلى الموكل، وألا توجد علاقة مباشرة بين الموكل والغير، بل يتوسط بينهما الوكيل. وعلى هذا النحو يكون الفقه الحنفي قد ساير منطق النيابة بصرفه حكم العقد إلى الموكل، وأرضى مقتضيات العمل بصرفه حقوق العقد إلى الوكيل.

وحتى نستعرض حقوق العقد نفرض أن العقد بيع، وقد عرفنا أن حكم البيع هو نقل الملك في المبيع إلى المشتري ونقل الملك في الثمن إلى البائع. أما حقوق البيع فبعض يرجع إلى الثمن، وبعض يرجع إلى المبيع فنستعرض تلك وهذه، ثم ننظر بعد انصراف الحقوق إلى الوكيل كيف تقوم العلاقة بينه وبين الموكل.

حقوق العقد التي ترجع إلى الثمن:

عقد البيع يتولد عنه حق للبائع في أن يطالب المشتري بالثمن وفي أن يقبضه منه، فننظر كيف ينصرف هذا الحق إلى وكيل البائع، ثم كيف ينصرف هذا الالتزام إلى وكيل المشتري.

١ - فإذا كان البيع بوكيل، فإن الوكيل وحده هو الذي يملك مطالبة المشتري بالثمن، أما الموكل فلا يملك ذلك ولا يستطيع إجبار المشتري على أن يدفع له الثمن. ذلك أن المشتري مدين بالثمن للوكيل لا للموكل، والموكل أجني عن المطالبة بالثمن حتى إنه لا يستطيع مطالبة المشتري به إلا إذا وكله الوكيل في هذه المطالبة.

وإذا كان الموكل لا يملك المطالبة بالثمن، فإنه مع ذلك يملك قبضه، فإذا دفعه له المشتري اختياراً برئت ذمته منه، ذلك أن مرد الثمن في النهاية إلى الموكل، فالوكيل إذا قبضه من المشتري وجب عليه دفعه إلى الموكل، ومن ثم أجاز الفقه الحنفي استحساناً اختصار الطريق بأن سمح للمشتري أن يدفع الثمن رأساً للموكل. بل أجاز للموكل أن يبرئ ذمة المشتري من الثمن، أما الوكيل فيجوز له أيضاً إبراء المشتري في رأي أبي حنيفة ومحمد ولا يجوز له ذلك في رأي أبي يوسف. ومن ثم إذا كان للمشتري دين في ذمة الموكل، وقعت المقاصة بين هذا الدين والثمن. وإذا كان للمشتري دينان أحدهما في ذمة الموكل والآخر في ذمة الوكيل، فإن المقاصة تقع بين الثمن والدين الذي في ذمة الموكل دون الدين الذي في ذمة الوكيل. لكن إذا لم يكن للمشتري إلا دين في ذمة الوكيل فالمقاصة على الخلاف الذين رأينا في الإبراء، تقع المقاصة بين هذا الدين والثمن في رأي أبي حنيفة ومحمد ولا تقع في رأي أبي يوسف.

وننقل هنا بعض نصوص الفقه الحنفي فيما تقدم بيانه: قال «الزيلعي» (٢٥٧/٤ - ٢٥٨): «وللمشتري منع الموكل عن الثمن: يعني إذا وكل رجل رجلاً ببيع شيء فباعه، ثم إن الموكل طالب المشتري بالثمن، له منعه، لأن الموكل أجني عن العقد وحقوقه لأنها تتعلق بالعاقدة على ما بينا. وإن دفع إلى الموكل، صح، ولا يطالبه الوكيل ثانياً. لأن المقبوض حقه، فلا فائدة في نزعه منه ثم رده إليه، وبرئت ذمة المشتري لوصول الثمن إلى مستحقه، بخلاف ما إذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن إلى اليتيم، حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه أن يدفع الثمن إلى الوصي ثانياً، لأن اليتيم ليس له قبض ماله أصلاً، فلا يكون له الأخذ من المدين، فيكون الدفع إليه تضييعاً فلا يعتد به. وأما الموكل في مسألتنا فمتصرف في ماله ولا يتقدم أحد عليه فيه، فيكون قبضه

معتبراً... ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكل، تقع المقاصة بمجرد العقد، لوصول الحق إليه بطريق التقاص. ولو كان له عليهما دين، تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل. ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لأنه قضى دينه بمال الموكل.. وهذا عندهما، وقال أبو يوسف رحمه الله لا تقع المقاصة بدين الوكيل. وهو مبني على جواز إبراء الوكيل بالمبيع من الثمن، فعندهما يجوز إبراءه فكذا تقع المقاصة بدينه، وعنده لا يجوز فلا تقع. ووجه البناء أن المقاصة إبراء بعوض، فيعتبر بالإبراء بغير عوض. ولهذا لو كان له عليهما دين، المقاصة بدين الموكل أولى عندهما، كما لو أبرأه معاً فإنه يبرأ بإبراء الموكل حتى لا يلزم الوكيل ضمانه. وقول أبي يوسف استحسان، ووجهه أن الثمن الذي في ذمة المشتري ملك الموكل لأنه بدل ملكه، وإبراءه تصرف فيه على خلاف ما أمر به، فلا ينفذ، كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري. ودليل الخلاف ظاهر، ولهذا يصير ضامناً. ووجه قولهما أن الإبراء إسقاط لحق القبض، والقبض خالف حق الوكيل. ألا ترى أن الموكل ليس له أن يمنعه من ذلك، ولو أراد أن يقبض بنفسه لا يمكن من ذلك. فكان هو بالإبراء ممتنعاً عن القبض مسقطاً حق نفسه، فيصح منه. إلا أنه بقبضه يتعين ملك الأمر في المقبوض، وإذا انسدت عليه هذا الباب بإبرائه صار ضامناً له، بمنزلة الراهن إذا أعتق المرهون ينفذ إعتاقه لمصادفته ملكه ويضمن للمرتهن لانسداده باب الاستيفاء عليه من مالية العبد بالإعتاق. وعلى هذا الخلاف إبراء الولي والوصي فيما باعاه من مال الصغير». وجاء في «البحر» (١٥٠/٧): «الوكيل لو وكل موكله بقبض الثمن، صح، وله عزله» - انظر أيضاً «تكملة القدير» (٢٥/٦ - ٢٦).

٢ - وإذا كان الشراء بوكيل، فإن الوكيل وحده هو الذي يطالبه البائع بالثمن، أما الموكل فلا تتجه إليه المطالبة، إذا الموكل ليس هو المدين للبائع، بل المدين هو الوكيل فيجبر على الوفاء بالثمن ولو لم يقبضه من موكله، فإذا ما وفاه رجع به على الموكل وجاز له أن يحبس المبيع عن الموكل حتى يستوفيه منه. وإذا كان للثمن أجل، فإن الأجل يحل بموت الوكيل لا بموت الموكل، لأن المدين هو الوكيل. ولو دفع الموكل الثمن إلى الوكيل فاستهلكه وهو معسر، كان للبائع حبس المبيع ولكن لا مطالبة له على الموكل.

ويبدو أن الموكل إذا كان لا يمكن إجباره على الوفاء بالثمن، فإنه مع ذلك يستطيع اختياراً أن يوفيه رأساً إلى البائع. ذلك أنه يجوز للغير أن يوفي عن الوكيل الثمن للبائع ويكون الوفاء مبرئاً لذمة الوكيل، فلأن يوفي الموكل الثمن عن الوكيل أولى، إذ الموكل هو الذي يجب عليه دفع الثمن للوكيل في النهاية.

وهذه بعض نصوص الفقه الحنفي فيما تقدم بيانه. جاء في «الفتاوي الهندية» (٥٨٦/٣) - (٥٨٨): «الوكيل بالشراء يطالب بالثمن من مال نفسه، وإن لم يدفع له الموكل بعد ذلك، وللوكيل أن يرجع على الموكل بالثمن قبل أن يؤدي من مال نفسه وله أن يحبس المشتري عن الموكل إلى أن يأخذ منه ما نقد.. ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى في شيء من الكتب أن الوكيل إذا لم ينقد الثمن والبائع يسلم المبيع إليه هل له حق الحبس عن الموكل إلى أن يستوفي الدراهم منه، حكى عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى أن له ذلك، وهو صحيح كذا في

«المحيط». . الوكيل بشراء شيء بعينه إذا اشترى ولم ينقد الثمن حتى آخر البائع الثمن عن الوكيل، صح وثبت التأخير في حق الموكل حتى لم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل قبل حلول الأجل، ولو حط البائع جميع الثمن، لا يظهر ذلك في حق الموكل حتى كان للوكيل أن يرجع على الموكل بجميع الثمن. . ولو وهب كل الثمن، لا يظهر ذلك في حق الموكل. ولو أبرأه البائع عن جميع الثمن، فالجواب فيه كالجواب في هبة جميع الثمن كذا في «المحيط». وجاء في «البحر الرائق» (١٥١/٧): «الوكيل بالشراء إذا اشترى بالنسيئة، فمات الوكيل، حل عليه الثمن ويبقى الأجل في حق الموكل». ثم جاء في مكان آخر (١٥٣/٧): «الموكل لو كان دفع الثمن إلى الوكيل فاستهلكه وهو معسر، كان للبائع حبس المبيع، ولا مطالبة له على الموكل. فإن لم ينقد الموكل الثمن إلى البائع، باع القاضي الجارية بالثمن إذا رضى، وإلا فلا، كذا في بيع خزانة المفتين».

حقوق العقد التي ترجع إلى المبيع:

ويتولد أيضاً عن عقد البيع حق للمشتري في أن يطالب البائع بتسليم المبيع له وفي أن يقبضه منه، وحق له في الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب. فننظر كيف تنصرف هذه الآثار إلى وكيل البائع، ثم إلى وكيل المشتري، ونقتصر على هذه الحقوق على سبيل المثال، ويقاس عليها غيرها من حقوق العقد المتعلقة بالمبيع كضمان الهلاك وخيار الرؤية وخيار الشرط وخيار التعيين.

١ - فإذا كان البيع بوكيل، فإن الوكيل وحده هو الذي يطالبه المشتري بتسليم المبيع، ولا مطالبة على الموكل في ذلك. وإذا استحق المبيع في يد المشتري، رجع هذا بضمان الاستحقاق على الوكيل إن كان قد نقده الثمن، أما إذا كان قد نقد الموكل الثمن اختياراً فإنه يرجع بضمان الاستحقاق على الموكل استحساناً. ويخاصم المشتري الوكيل في العيب. ويرد المبيع عليه، ويأخذ الثمن من الوكيل أو من الموكل أيهما نقده الثمن.

٢ - وإذا كان الشراء بوكيل، فإن الوكيل هو الذي يطالب بتسليم المبيع، وهو الذي يقبضه. ولا يملك الموكل أن يطالب البائع بتسليم المبيع. ولكن يبدو أن للبائع اختياراً أن يسلم المبيع رأساً للمشتري، كما يجوز للوكيل بالشراء أن يوكل موكله في قبض المبيع. وإذا استحق المبيع، رجع الوكيل لا الموكل بضمان الاستحقاق على البائع. وإذا ظهر بالمبيع عيب، فالوكيل بالشراء هو الذي يخاصم البائع ويرد عليه المبيع، إلا إذا كان قد سلم المبيع للموكل فلا يرد إلا برضاء الموكل. على أن الوكيل بالشراء لا يملك إبراء البائع من العيب، ويملك الموكل ذلك.

ونورد بعض النصوص الفقهية فيما قدمناه إذا كان البيع أو الشراء بوكيل. جاء في «البدائع» (٣٣/٦): «أما التوكيل بالبيع والشراء، فحقوقها ترجع إلى الوكيل. فيسلم المبيع ويقبضه. ويخاصم في العيب وفي الاستحقاق. والأصل أن كل عقد لا يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل ويكتفي فيه بالإضافة إلى نفسه، فحقوقه راجعة إلى العاقد، كالببيعات والأشربة والإجازات والصلح الذي هو في معنى البيع. فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل عليه، ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك والمالك كالأجنبي. . . الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع إذا نقد المشتري

الثلث، ولا يطالب به الموكل. وإذا استحق المبيع في يد المشتري، يرجع بالثلث على الوكيل إن كان نقد الثلث إليه، وإن كان نقده إلى الموكل يرجع بالثلث عليه. وكذا إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً، له أن يخاصم الوكيل، وإذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضي، أخذ الثلث من الوكيل إن كان نقده الثلث، وإن كان نقده إلى الموكل أخذه منه. وكذا الوكيل بالشراء... هو الذي يقبض المبيع، دون الموكل. وإذا استحق المبيع في يده، فهو الذي يتولى الرجوع بالثلث على بائعه دون الموكل. ولو وجد بالمبيع عيباً، إن كان المبيع في يده ولم يسلمه إلى الموكل بعد فله أن يرده على بائعه بالعيب، وإن كان قد سلمه إلى موكله ليس له أن يرده عليه إلا برضاء موكله. وكذلك هذا في الإجارة والاستئجار وأخواتهما». وجاء في «تكملة فتح القدير» (١٩/٦): «الوكيل إذا اشترى شيئاً ما ثم اطلع على عيب، فله أن يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل. ثم بعد هذا إن بقي المبيع في يده يبقى حق الرد له، وإن لم يبق في يده بل كان سلمه إلى الموكل يسقط ذلك الحق عنه لانتهاه حكم الوكالة بالتسليم، فيتوقف الرد على إذن الموكل». وجاء في «البحر» (١٥٠/٧ - ١٥١): «والرجوع بالثلث عند الاستحقاق شامل للمسألتين:

الأولى: ما إذا كان الوكيل بائعاً وقبض الثلث من المشتري ثم استحق المبيع، فإن المشتري يرجع بالثلث على الوكيل سواء كان الثلث باقياً في يده أو سلمه إلى الموكل، وهو يرجع على موكله.

الثانية: ما إذا كان مشترياً فاستحق المبيع من يده، فإنه يرجع بالثلث على البائع، دون موكله، وفي «البزازية» المشتري من الوكيل باعه من الوكيل، ثم استحق من الوكيل، رجع الوكيل على المشتري منه، وهو على الوكيل، والوكيل على الموكل، وتظهر فائدته عند اختلاف الثلث اه... وكذا قوله والخصومة في العيب شامل لمسألتين: ما إذا كان بائعاً فيرده المشتري عليه، وما إذا كان مشترياً فيرده الوكيل على بائعه لكن بشرط كونه في يده فإن سلمه إلى الموكل فلا يرده إلا بإذنه... الوكيل لو رضي بالعيب لزمه، ثم الموكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل... وفي «الخانية» الوكيل بالشراء لا يملك إبراء البائع عن العيب عند أبي حنيفة ومحمد، واختلفوا في قول أبي يوسف». وجاء في «الجامع الكبير» لمحمد (البيوع ٣٨/٩): «إن ادعى البائع أن الأمر قد رضي بالعيب... فإن قامت بينة على رضا الأمر، لم يكن له أن يردها».

كيف تقوم العلاقة بين الوكيل والموكل:

في تنفيذ الوكيل لوكالته يقع كثيراً أن يقبض مالا لحساب الموكل، كما يقع أن يغرم مالا لحساب الموكل أيضاً. ويمكن القول بوجه عام إن العلاقة بين الوكيل والموكل تقوم على أساس أن المال الذي يقبضه الوكيل لحساب الموكل هو أمانة في يده، أما المال الذي يغرمه لحساب الموكل فيرجع به عليه.

١ - ويقبض الوكيل المال لحساب الموكل في صور مختلفة. منها أن يكون وكيلاً بالشراء فيقبض المبيع من البائع ليسلمه إلى الموكل أو يقبض الثلث من الموكل ليدفعه إلى البائع. فإذا قبض المبيع من البائع، فهو في يده أمانة للموكل بمنزلة الوديعة، لأن يده يد نيابة عن الموكل

بمنزلة يد المودع عنده، فإذا هلك المبيع في يده بغير تعد منه هلك على الموكل وإلا هلك عليه . وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل كما قدمنا . وعند زفر ليس له حبس المبيع لاستيفاء الثمن، لأن الأمين ليس له حبس الأمانة بعد طلبها، فإن هلك المبيع وهو محبوس في يده ولو بغير تعد كان مضموناً عليه . كذلك إذا قبض الوكيل بالشراء الثمن لدفعه إلى البائع، فهو في يده أمانة إن هلك دون تعد قبل نقده للبائع هلك من مال الموكل . ومن ذلك أيضاً أن يكون الوكيل وكيلاً بالبيع فيقبض الثمن من المشتري ليدفعه إلى الموكل، أو يقبض المبيع من الموكل ليسلمه إلى المشتري، فكل من الثمن والمبيع أمانة في يده إن هلك دون تعد قبل دفع الثمن إلى الموكل أو تسليم المبيع إلى المشتري هلك من مال الموكل . ومن ذلك أخيراً أن يكون الوكيل وكيلاً بقبض الدين والعين أو وكيلاً بقضاء الدين فإن هلك دون تعد ما قبضه لحساب الموكل من دين أو عين قبل دفعه للموكل، أو هلك دون تعد ما أخذه من الموكل لقضاء دينه به قبل دفعه للدائن، هلك كل ذلك من مال الموكل .

وهذه بعض نصوص فقهية في هذا المعنى . جاء في «البدائع» (٦/٣٤) : «المقبوض في يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لأن يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع فيضمن بما يضمن في الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها، ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه» . وجاء بعد ذلك (٣٧) : «الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن إلى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن، والوكيل بقضاء الدين إذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل، فكذا الوكيل بالشراء . وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر ليس له حبسه . وجه قوله أن المبيع أمانة في يد الوكيل، ألا ترى أنه لو هلك في يده فالهلاك على الموكل حتى لا يسقط الثمن عنه، وليس للأمين حبس الأمانة بعد طلب أهلها، قال الله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] ، فصار كالوديعة . ولنا أنه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضماناً للمبيع، فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبائع مع المشتري . وإذا طلبه منه الموكل فحبسه حتى هلك، كان مضموناً عليه بلا خلاف بين أصحابنا، لكنهم اختلفوا في كيفية الضمان . قال أبو حنيفة ومحمد يكون مضموناً ضمان البيع، وقال أبو يوسف يكون مضموناً ضمان الرهن، وقال زفر يكون مضموناً ضمان الغصب . وجه قول زفر ما ذكرنا أن البيع أمانة في يده، والأمين لا يملك حبس الأمانة عن صاحبها، فإذا حبسها فقد صار غاصباً، والمغصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغاً ما بلغ وجه قول أبي يوسف أن هذه عين محبوسة بدين يسقط بهلاكها، فكانت مضمونة بالأقل من قيمتها ومن الدين كالرهن .

وجه قولهما أن هذه عين محبوسة بدين هو ثمن، فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع في يد البائع» . وجاء في «الفتاوى الهندية» (٣/٥٨٣) : «دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يشتري له به عبداً . فوضع الوكيل الدراهم في منزله، وخرج إلى السوق واشترى له عبداً بألف درهم . وجاء بالعبد إلى منزله، وأراد أن يأخذ الدراهم ليدفعها إلى البائع . فإذا الدراهم قد سرقت، وهلك العبد في منزله . فجاء البائع وطلب من الثمن، وجاء الموكل يطلب منه العبد . قالوا يأخذ الوكيل من الموكل ألف درهم ويدفعه إلى البائع، والعبد والدراهم هلكا في يده على الأمانة . قال الفقيه أبو

الليث رحمه الله تعالى هذا إذا علم بشهادة الشهود أنه اشترى العبد وهلك في يده، أما إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله فإنه يصدق في نفي الضمان عن نفسه ولا يصدق في إيجاب الضمان على الأمر، كذا في «فتاوي قاضيخان». وجاء في موضع آخر («الهندية» ٣/ ٥٩١): «ولو أمره ببيع عبد له.. فباعه الوكيل، ثم قبضه من منزل الأمر ليدفعه إلى المشتري، فمات العبد في يد المأمور قبل الدفع إلى المشتري، فلا ضمان على المأمور، لأن للمأمور حق قبض العبد من منزل الأمر ليمكنه التسليم عند نقد الثمن». وجاء في موضع آخر («الهندية» ٣/ ٥٩٨): «أمر رجلاً بأن يبيع عبداً له ودفع إليه، فقال بعث من فلان بألف درهم وقبضت الثمن فهلك عندي.. فالقول قول الوكيل ولا يمين عليه، كذا في «الذخيرة».

٢ - ويغرم الوكيل المال لحساب الموكل في صور مختلفة. منها أن يكون وكيلاً بالشراء، فيدفع الثمن من ماله، فيرجع به على الموكل، وقد رأينا أن له حبس المبيع حتى يستوفيه خلافاً لقول زفر. ومنها أن يكون وكيلاً بالبيع، فيرجع عليه المشتري بضمن الاستحقاق أو بضمن العيب فيرجع على موكله بما دفعه للمشتري أو يرد عليه ما رده المشتري.

وهذه بعض النصوص الفقهية. جاء في تكملة «فتح القدير» (٦/ ٣٦): «إذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع. لم يكن متبرعاً، فله أن يرجع.. بالثمن على الموكل لأنه انعقدت بينهما.. مبادلة حكمية، أي بيع حكمي، فصار الوكيل كالبائع من الموكل. قال صاحب «غاية البيان» في تعليل هذا لأن الملك ينتقل إلى الوكيل أولاً ثم ينتقل منه إلى الموكل انتهى. أقول هذا شرح لكلام المصنف بما لا يرتضيه صاحبه، لأن انتقال الملك أولاً إلى الوكيل ثم إلى الموكل طريقة الكرخي كما صرح به الشراح قاطبة هناك ومنهم هذا الشارح، وطريقة أبي طاهر ثبوت الملك ابتداء للموكل لكن خلافه عن الوكيل على ما مر تفصيله. فالوجه أن يحمل مراد المصنف هنا أيضاً على ذلك، فإن الملك وإن ثبت للموكل ابتداء على طريقة أبي طاهر إلا أنه يثبت له خلافة عن الوكيل لا أصالة كما ذهب إليه الشافعي، ولا يخفى أن هذا القدر كاف في انعقاد المبادلة الحكمية بينهما وإن لم يكن كافياً في المبادلة الحقيقية». وجاء في «الفتاوي الهندية» (٣/ ٥٩٤ - ٥٩٥): «وكل رجلاً أن يبيع عبداً له فباعه، فوجد به المشتري عيباً قبل القبض فردّه على الوكيل فقبل، فإنه يلزم الموكل.. وكل رجلاً يبيع ضيعة له فباعها الوكيل، فظهر فيها قطعة أرض موقوفة. فأراد المشتري أن يردها على الوكيل، فأقر الوكيل بذلك، كان له أن يردها على الوكيل، ثم الوكيل لا يرد على موكله. فإن ردت على الوكيل بالبينة، كان للوكيل أن يردها على الموكل».

٢ - الحكمة في انصراف حقوق العقد إلى الوكيل

الحكمة في انصراف حقوق العقد إلى الوكيل ترجع إلى اعتبارين - اعتبار فني واعتبار عملي:

تنصرف حقوق العقد إلى الوكيل إذا أضاف العقد إلى نفسه في الفقه الحنفي لاعتبارين:
الاعتبار الأول: اعتبار فني، فالعقد قد تم بعبارة الوكيل، وهو الذي باشر العلة فيرجع إليه

المعلول، وهو العاقد فتصرف إليه حقوق العقد، وقد كان ينبغي أن ينصرف إليه أيضاً حكم العقد لولا الضرورة لكي لا يبطل مقصود الموكل، وقد سبق بيان ذلك. وتقول النصوص «تكملة فتح القدير» ١٧/٦ في هذا المعنى: «إذا كان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكماً، كان أصيلاً في الحقوق، فتعلق حقوق العقد به، أي تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل».

والاعتبار الثاني: اعتبار عملي، فالغير قد تعامل مع الوكيل الذي أضاف العقد إلى نفسه بصفته أصيلاً لا وكيلاً، واطمأن إلى التعامل معه على هذا الوصف. وقد يجهل وجود الوكالة أصلاً، ويعتقد بحسن نية أن الوكيل يتعاقد لحسابه الشخصي، فعامله على هذا الاعتبار. ولعله لو عرف أن الوكيل ليس أصيلاً وأنه يعمل لحساب شخص آخر لما قبل التعاقد. أو لعله عرف الموكل وكان لا يقبل التعامل معه لإعساره أو لمماطلته، فأضاف الوكيل إلى نفسه ليتحمل بحقوقه وليكون بمثابة كفيل للموكل فاطمأن الغير إلى ذلك. فاستقرار التعامل يقضي بأن تنصرف حقوق العقد إلى الوكيل دون الموكل، وحقوق العقد هي التي تعني الغير الذي تعامل مع الوكيل، وتكفل له الضمان الكافي الذي اعتمد عليه. فإذا كان بائعاً طالب الوكيل الذي تعامل معه بالثمن، وإذا كان مشترياً طالب الوكيل الذي تعامل معه بتسليم المبيع وبضمان الهلاك والاستحقاق والعيب، وما دام يصل إلى حقوقه عن طريق الوكيل الذي تعامل معه، فلا يعنيه بعد ذلك شخص الموكل. ويقول محمد علاء الدين في «تكملة ابن عابدين» (٢٢٢/١): «الوكيل أصل في العقد، بدليل استغنائه عن إضافته إلى الموكل... وإنما جعل نائباً في الحكم للضرورة كي لا يبطل مقصود الموكل، ولا ضرورة في حق الحقوق، ولأن العاقد الآخر. اعتمد رجوع الحق إليه، فلو لم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل مفلساً أو من لا يقدر على مطالبته». ويقول العيني («شرح الكنز» ٩٨/٢): «الوكيل هو العاقد، ولا يفتقر في هذه العقود إلى ذكر الموكل، والعاقد الآخر اعتمد رجوع الحق إليه، فلو لم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل مفلساً أو من لا يقدر على مطالبته واستيفاء الثمن منه، وإنه منتف، بخلاف الرسول لأنه يضيف العقد إلى مرسله، وبخلاف النكاح لأنه لا بد فيه من ذكر الموكل وإسناد العقد إليه، فلا ضرر حينئذ». وجاء في «تكملة فتح القدير» (١٦/٦) فيما إذا كان وكيل البائع محجوراً: «المشتري دخل في العقد على ظن أن حقوقه تتعلق بالعاقد، يعني أن المشتري ما رضي بالعقد إلا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد. فإذا ظهر خلافه يتخير، لأنه فات عنه وصف مرغوب فيه، فصار كما إذا عثر... على عيب... لم يرض به، والجامع بينهما عدم الرضا»:

ويترتب على ما قدمناه ما يأتي:

- ١ - إذا شرط الموكل عدم تعلق الحقوق بالوكيل، كان الشرط باطلاً لأنه شرط يحرم العاقد الآخر من الرجوع على الوكيل بعد أن اعتمد عليه.
- ٢ - يجبر الوكيل على أن يرجع عليه العاقد الآخر، فلا يستطيع أن يتخلى عن ذلك.
- ٣ - إذا كان الوكيل ليس من أهل العهدة بأن كان محجوراً، انتفت الحكمة من انصراف حقوق العقد إليه فلا تنصرف.

٤ - الولي يتعين الاطمئنان إليه لأن الأصيل محجور فلا يمكن أن تنصرف إليه حقوق العقد، فتعين انصرافها إلى الولي.

٥ - حيث يمكن العاقد الآخر أن يرجع رأساً على الموكل دون أن تختل الحكمة في انصراف حقوق العقد إلى الوكيل، قامت علاقة مباشرة بين العاقد الآخر والموكل وجاز هذا الرجوع. ونستعرض في إيجاز هذه المسائل الخمس.

شرط الموكل عدم تعلق الحقوق بالوكيل باطل:

قدمنا أن الحقوق تنصرف إلى الوكيل إذا أضاف العقد إلى نفسه، وأن هذا ضمان واجب للعاقد الآخر الذي يتعامل مع الوكيل. فلا يجوز إذن أن يتفق الموكل مع الوكيل على ألا تتعلق الحقوق بالوكيل بالرغم من إضافته العقد إلى نفسه، وإلا كان في هذا إخلال بحق العاقد الآخر الذي يتعامل مع الوكيل. فإذا أراد الوكيل أن تنصرف حقوق العقد إلى الموكل، فسيبيله إلى ذلك أن يضيف العقد إلى الموكل حتى يعلم العاقد الآخر أنه يتعامل مع الموكل لا مع الوكيل ويقبل هذا. فمن وكل رجلاً ببيع داره، لا يجوز له أن يتفق مع الوكيل على أن يضيف العقد إلى نفسه ويرجع المشتري مع ذلك، في التسليم أو ضمان الهلاك أو ضمان الاستحقاق أو ضمان العيب، على الموكل رأساً لا على الوكيل، فإذا اتفق معه على ذلك كان الاتفاق باطلاً، وكان للمشتري الرجوع على الوكيل بالرغم من هذا الشرط. ومن وكل رجلاً في شراء دار لا يجوز له أن يتفق مع الوكيل على أن يضيف العقد، إلى نفسه ويرجع البائع مع ذلك على الموكل رأساً بالثمن، بل يرجع البائع بالثمن على الوكيل بالرغم من هذا الشرط. إنما يجوز أن يتفق الموكل مع الوكيل على أن يضيف الوكيل لعقد الموكل فعند ذلك ترجع حقوق العقد إلى الموكل كما سبق القول، وإذا لم يصف الوكيل العقد إلى الموكل كان مجاوزاً حدود الوكالة فيتوقف العقد على إجازة الموكل ويجوز على العكس من ذلك أن ينق الموكل مع الوكيل على أن يضيف الوكيل العقد إلى نفسه فترجع إليه حقوقه على النحو الذي قدمناه وإذا لم يصف الوكيل العقد إلى نفسه كان مخالفاً أمر الموكل وكان العقد موقوفاً على الإجازة. بل إن المفروض أن الوكيل يضيف العقد إلى نفسه ما لم يتفق مع الموكل على أن يضيف العقد إليه.

وهذه بعض النصوص الفقهية فيما قدمناه. جاء في «الجوهرة النيرة» للحدادي (١/٣٠٠): «ولو وكل رجلاً بالبيع والشراء على ألا تتعلق به الحقوق، فلا يصح هذا الشرط. وحقوق العقد هو قبض الثمن وتسليم المبيع». وجاء في «تكملة ابن عابدين» (١/٢٢٥): «وشرط الموكل عدم تعلق الحقوق... بالوكيل لغو باطل، كما لو نهاه عن تسليم المبيع حتى يقبض الثمن فإنه يكون باطلاً. وكما لو وكله بالمبيع بشرط ألا يقبض الثمن فالنهي باطل أيضاً. ولو كتب الصك باسم الموكل، لا يسقط حقه في قبض الثمن إلا أن يقر الموكل بقبضه». وجاء في «البحر الرائق» (٧/١٤٨): «وكيل شراء العبد جاء إلى مالكة، فقال بعت هذا العبد من الموكل، وقال الوكيل قبلت، لا يلزم الموكل، لأنه خالف حيث أمره ألا ترجع إليه العهدة وقد رجع. قال أبو القاسم الصفار: والصحيح أن الوكيل يصير فضولياً، ويتوقف العقد على إجازة الموكل اهـ. وفي «الجوهرة» وكله بالبيع

والشراء على ألا تتعلق به الحقوق، لا يصح هذا الشرط».

يرجع العاقد الآخر على الوكيل إجباراً:

ولما كان انصراف حقوق العقد إلى الوكيل روعيت فيه مصلحة العاقد الآخر للاعتبارات التي قدمناها، فإن الوكيل لا يستطيع أن يتجنب رجوع هذا العاقد عليه بحقوق العقد. فإذا كان وكيلاً بالشراء، لم يستطع التخلص من مطالبة البائع له بالثمن وإحالة على الموكل. وإذا كان وكيلاً بالبيع، لم يستطع التخلص من مطالبة المشتري له بتسليم المبيع ومن رجوعه عليه بضمان الاستحقاق ومن مخاصمته له في العيب. وهذا فيما يتعلق بالالتزامات التي ينشئها العقد في ذمة الوكيل لصالح العاقد الآخر. أما فيما يتعلق بالالتزامات التي ينشئها العقد في ذمة العاقد الآخر لصالح الوكيل، فهذه يستطيع الوكيل أن يتخلى عنها للموكل، وذلك بإعطائه توكيلاً يطالب الموكل بموجبه العاقد الآخر بهذه الالتزامات. فإذا كان الوكيل وكيلاً بالشراء جاز له مطالبة البائع بتسليم البيع وبضمان الهلاك والاستحقاق والعيب، وجاز له أيضاً أن يعطي موكله توكيلاً يطالب بموجبه البائع بهذه الالتزامات. فإذا كان الوكيل وكيلاً بالبيع، جاز له مطالبة المشتري بالثمن، كما جاز له أيضاً أن يعطي موكله توكيلاً يقبض بموجبه الثمن من المشتري وقد تقدم ذكر ذلك.

وهذه بعض النصوص الفقهية. جاء في «تكملة فتح القدير» (١٧/٦): «واعلم أن ههنا فائدة جلية يجب التنبه لها قد ذكرها صدر الشريعة في «شرح الوقاية» حيث قال: يجب أن يعلم أن الحقوق نوعان، حق يكون للوكيل وحق يكون على الوكيل. فالأول كقبض المبيع ومطالبة ثمن المشتري والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن مستحق، ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الأمور لكن لا تجب عليه فإن امتنع لا يجبره الموكل على هذه الأفعال، لأنه متبرع في العمل بل يوكل الموكل بهذه الأفعال. وإن مات الوكيل، فولاية هذه الأفعال لورثته؛ فإن امتنعوا وكلوا موكل مورثهم، وعند الشافعي للموكل ولاية هذه الأفعال بلا توكيل من الوكيل أو وارثه. وفي النوع الآخر يكون الوكيل مدعي عليه، فللمدعي أن يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن وأخواتهما». وجاء في «البحر الرائق» (١٥٠/٧): «وكيل البيع لا يطالب بالثمن من مال نفسه بخلاف الوكيل بالشراء، ولا يجبر على التقاضي لأنه متبرع. بخلاف الدلال والسمسار والبيع، لأنهم يعملون بالأجر».

ويقال للوكيل أحل الموكل على المشتري وجاء في «تكملة ابن عابدين» (٢٢٤/١): «اعلم أن الحقوق التي للوكيل، كقبض المبيع ومطالبة ثمنه والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق، غير واجبة عليه، لأنه متبرع، لكن ينبغي أن يوكل الموكل بهذه الأفعال. وأما الحقوق التي على الوكيل، كتسليم المبيع والثمن ونحوهما، فالوكيل فيها يدعي عليه، فللمدعي أن يجبره على ذلك، كما في «الكافي» و«البرجندي» و«صدر الشريعة».

لا تنصرف حقوق العقد إلى النائب إذا كان محجوراً:

قدمنا أنه يكفي في الوكيل أن يكون مميزاً ولا يشترط فيه بلوغ الرشد، ومن ثم يجوز أن يكون الوكيل محجوراً، صبيّاً أو سفيهاً محجوراً أو عبداً. ولكن لما كان المحجور ليس من أهل

العهد، فإنه يتعذر أن تنصرف إليه حقوق العقد. فلا يبقى إذن إلا صرف هذه الحقوق إلى الموكل لأنه هو الذي انتفع بتصرف المحجور، ولأن الحكمة في صرف حقوق العقد إلى الوكيل قد انتفت فالعاقد الآخر لا يحق له أن يعتمد، حتى لو أضاف المحجور العقد إلى نفسه، على أنه سيرجع بحقوق العقد على المحجور ما دام هذا ليس من أهل العهد. وكان مقتضى ذلك أن العاقد الآخر إذا تعامل مع وكيل محجور دون أن يعلم أنه محجور يكون مخيراً بين المضي في العقد والرجوع بحقوقه على الموكل، وبين فسخ العقد لأنه اعتمد أن يرجع بحقوق العقد على الوكيل فظهر له أن هذا متعذر فيكون كمن فاته وصف مرغوب فيه. وهذا ما يذهب إليه أبو يوسف. أما في ظاهر الرواية فلا خيار للعاقد الآخر، ويتعين عليه أن يرجع بحقوق العقد على الموكل دون أن يفسخ، لأن للحجر عادة علامات ظاهرة يستطيع العاقد الآخر أن يتبين بها أنه يتعامل مع وكيل محجور، فإذا جهل ذلك فقد كان ينبغي أن يعلمه.

ويترب على أن السبب في عدم انصراف حقوق العقد إلى الوكيل المحجور أنه ليس من أهل العهد أمران:

١ - أن العبد إذا أعتق لزمته العهد وانصرفت إليه حقوق العقد بعد أن كانت منصرفة إلى الموكل، لأن المانع من لزوم العهد كان حق المولى وقد زال بالعتق. أما الصبي إذا بلغ سن الرشد لم تلزمه العهد وتبقى حقوق العقد منصرفة إلى الموكل، لأن المانع من لزوم العهد كان قصور أهليته فلم تلزمه بعد البلوغ.

٢ - إذا كان الوكيل صبيّاً أو عبداً مأذوناً له، كان من أهل العهد فانصرفت حقوق العقد إليه دون الموكل. على أنه إذا وكل بالشراء بثمن مؤجل، لم تلزمه العهد لأنها هنا ضمان الكفالة لا ضمان الثمن والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة.

ولا وجه للشبه بين القاعدة التي نحن بصدددها وبين القاعدة الرومانية القديمة التي كانت تقضي بجواز نيابة الابن والعبد عن رب الأسرة، ففيما نحن بصددده ليس ضرورياً أن يكون الوكيل المحجور هو ابن الموكل أو عبده، أما في القاعدة الرومانية فإن هذا ضروري على اعتبار أن الابن أو العبد هو يد رب الأسرة يتصرف بها كما سبق القول.

وننقل الآن بعض النصوص الفقهية في الأحكام التي قدمناها جاء في «المبسوط» للسرخسي (٤٥/١٩): «ولو وكل الصبي ببيع خادم فباعها جاز، لأن الصبي العاقل له عبارة معتبرة شرعاً حتى ينفذ تصرفه بإذن الولي في ملك نفسه، فكذلك ينفذ تصرفه في ملك الغير بتوكيل المالك إياه بذلك. وهذا لأن اعتبار عبارته بتمحض منفعة له، فيه يمتاز الآدمي من البهائم، ويحصل له بهذا التصرف معنى التجربة، فيصير مهتدياً إلى التصرفات عالماً بطرق التحرز عن أسباب الغبن، وذلك محض منفعة له. ثم العهد على الأمر إذا لم يكن الصبي مأذوناً، لأن في إلزام العهد إياه ضرراً والصبي يبعد عن المضار، فإذا تعذر إيجاب العهد عليه تعلق بأقرب الناس إليه وهو من انتفع بهذا التصرف وهو الأمر فكانت العهد عليه إلا أن يكون الصبي مأذوناً له، فحينئذ تلحقه العهد، لأنه بالإذن صار بمنزلة البالغ في التزام العهد بالتصرف. . والعبد بمنزلة الصبي، إلا أنه إذا كان

محجوراً عليه يلزمه العهدة بعد العتق، لأن قول العبد ملزم في حق نفسه لكونه مخاطباً، وإنما لا يكون ملزماً في حق المولى وقد سقط حقه بالعتق». وجاء في «تكملة فتح القدير» (١٦/٦): «ثم إن في تقييد الصبي والعبد بقوله محجوراً عليه إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما ولكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر في «الذخيرة»، وهو أن الصبي المأذون إذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة، سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً. إذا وكل بالشراء بثمن مؤجل لم تلزمه العهدة قياساً واستحساناً، بل تكون العهدة على الأمر، حتى إن البائع يطالب الأمر بالثمن. لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن، لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري، وهذا ليس كذلك، إنما هذا التزام مالا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة، والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة. وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ألا يلزمه العهدة، وفي الاستحسان يلزمه لأن ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم، فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه، والصبي المأذون من أهل ذلك. بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلاً، لأنه بما يضمن من الثمن لا يملك المشتري لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم، لأنه لا يملك حبسه بذلك، فكان ضمان كفالة من حيث المعنى، والجواب في العبد المأذون إذا وكل بالبيع أو الشراء على هذا التفصيل. . . وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع، ثم علم أنه صبي أو عبد محجور. . . له خيار الفسخ لأن المشتري دخل في العقد على ظن أن حقوقه تتعلق بالعاقد، يعني أن المشتري مراضي بالعقد إلا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد. فإذا ظهر خلافه يتخير، لأنه فات عند وصف مرغوب فيه، فصار كما إذا عثر على عيب لم يرض به، والجامع بينهما عدم الرضا. وفي ظاهر الرواية لا خيار للمشتري ولا للبائع، ذكره تاج الشريعة». وجاء في «البحر» (١٤٩/٧): «وقوله إن لم يكن محجوراً شامل للحر الذي لم يحجر عليه بسفه والعبد المأذون والصبي المأذون. ولم يذكر شارحو «الهداية» المحجور عليه بالسفه هنا، وإنما زدته هنا لدخوله تحت المحجور عليه في كلامهم». وجاء في «البدائع» (٣٤/٦): «ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور، سواء علم أنه محجور أو لم يعلم، في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه إن كان عالماً فلا خيار له، فأما إذا كان جاهلاً فله الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه. وجه قوله أن الرضا شرط جواز التجارة، وقد اختل الرضا، لأنه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد، فإذا تبين أنها ليست عليه اختل رضاه، فثبت له الخيار كما إذا ظهر به عيب. وجه ظاهر الرواية أن الجهل بالحجر ليس بعذر، لأنه يمكنه الوصول إليه خصوصاً في حق الصبي لأن الأصل فيه هو الحجر والإذن بعراض الرشد، فكان سبب الوصول إلى العلم قائماً، فالجهل به لتقصير من جهته، فلا يعذر ويعتبر عالماً، ولو علم بالحجر حقيقة لما ثبت له خيار كذا هذا». انظر أيضاً «الزيلعي» (٢٥٦/٤ - ٢٥٧) - «الفتاوي الهندية» (٣/٥٦٨ - ٥٦٩ «تكملة ابن عابدين» (١/٢٢٣).

تنصرف حقوق العقد إلى النائب إذا كان الأصيل محجوراً:

وفي النيابة القانونية أو القضائية، كنيابة الولي أو الوصي أو القيم عن المحجور، لا مناص من انصراف حقوق العقد إلى النائب دون الأصيل. ذلك أن الأصيل محجور فهو ليس من أهل

العهد، فتعين أن تنصرف حقوق العقد إلى نائبه دونه. على أن هذا الحكم يأتي من طريق آخر، ففي الكثرة الغالبة من الأحوال يضيف الولي العقد إلى نفسه لا إلى المحجور فتصرف حقوق العقد إلى الأول دون الثاني، ولكن حتى إذا قدرنا أنه يجوز للولي أن يضيف العقد إلى المحجور فأضافه إليه، فإن حقوق العقد لا يمكن أن تنصرف إلى المحجور لأنه ليس من أهل العهد، فلا بد إذن من انصرافها إلى الولي كما سبق القول. ولا يستطيع العاقد الآخر في هذه الحالة أن يعترض، فهو يعلم أن المحجور الذي أضيف العقد إليه ليس من أهل العهد، فلا يمكنه أن يعتمد في الرجوع بحقوق العقد إلا على الولي.

وغني عن البيان أن حكم العقد، سواء أضاف الولي العقد إلى نفسه أو أضافه إلى المحجور، ينصرف إلى المحجور، ويقول الكاساني («البدائع» ٤/١٥٣): «وليس له (للولي) أن يشتري بماله (مال المحجور) شيئاً بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة لما قلنا، ولو اشترى ينفذ عليه، ويكون المشتري له لأن الشراء وجد نفاذاً على المشتري». ويستخلص من هذا النص أن الولي إذا اشترى للمحجور مالاً بمثل القيمة أو بغبن يسير، نفذ الشراء على المحجور، أي انصرف حكم العقد إليه وصار هو المالك لما اشتراه له الولي^(١).

جواز قيام علاقة مباشرة بين الموكل والعاقد الآخر:

على أنه بالرغم من انصراف حقوق العقد إلى الوكيل الذي يضيف العقد إلى نفسه، فإن هذا لا يمنع قيام علاقة مباشرة بين الموكل والعاقد الآخر في بعض أحوال سبق ذكرها. ويرجع ذلك إلى أن العاقد الآخر، مع أنه اعتمد التعامل مع الوكيل بعد أن أضاف هذا العقد إلى نفسه، لا يتضرر إذا تعامل رأساً مع الموكل بل يستفيد.

فقد قدمنا أن المشتري يملك باختياره أن يدفع الثمن رأساً إلى الموكل دون الوكيل بالبيع، وفي هذا حكم فسحة له، إذ يستطيع أن يبرئ ذمته من الثمن بالدفع إما إلى الوكيل وإما إلى الموكل^(٢). فإذا نقد الموكل الثمن كان له أن يرجع عليه رأساً بضمان الاستحقاق وبضمان العيب.

(١) انظر الأستاذ شفيق شحاتة في محاضرات غير مطبوعة عن النيابة ألقاها في قسم الدكتوراه (٥١). ويقول الأستاذ شفيق شحاتة في هذا الصدد: «والظاهر أن فقهاء المذهب الحنفي لم يفرقوا ما بين شراء الأب الذي تعامل باسم الصغير وشراء الأب الذي تعامل باسمه خاصة في الحكم، مما يدل على أن المولى يتعامل في العادة باسمه خاصة ويمكن إنفاذ العقد عليه هو نفسه متى وجب ذلك» ثم يقول نقلاً عن الأستاذ أحمد إبراهيم: «الذي ظهر لي أن الأب إذا صرح في العقد أنه يشتري لابنه أو قامت قرينة على ذلك (وكان الشراء بغبن فاحش)، فإن العقد يبطل، فلا ينفذ على الولد ولا على الأب، لأنه قام الدليل على أنه يعقد لغيره لا لنفسه. أما إذا أطلق الأب ولم توجد القرينة عند الشراء، نفذ على الأب حتماً، لأن الأب كما يشتري لولده يشتري أيضاً لنفسه».

(٢) وقد يقال إنه في البيع بوكيل إذا استطاع الموكل أن يقبض الثمن رأساً من المشتري باختياره دون أن يستطيع إجباره على الدفع أن الثمن قد انقسم إلى دين ومطالبة (مديونية ومسؤولية)، فالدين للموكل ولذلك كان الوفاء له مبرئاً للذمة، والمطالبة للوكيل ولذلك جاز له إجبار المشتري على الوفاء.

وقد منا أن في الشراء بوكيل لا مانع من أن المشتري يتخطى وكيله ويدفع الثمن رأساً للبائع ولا مانع من أن البائع يتخطى وكيل المشتري ويسلم المبيع رأساً للمشتري. وفي البيع بوكيل تقع المقاصة بين الثمن ودين في ذمة البائع للمشتري، وفي هذا نفع ظاهر للعائد الآخر وهو المشتري. (قارن الأستاذ شفيق شحاتة في محاضراته غير المطبوعة في «نظرية النيابة» ٨٦).

فالقاعدة التي تقضي بانصراف حقوق العقد إلى الوكيل الذي يضيف العقد إلى نفسه إنما تقررت بوجه عام لحماية العائد الآخر، ففي الحالات التي لا يحتاج فيها العائد الآخر إلى هذه الحماية، نعود إلى الأصل في النيابة، فتقوم العلاقة المباشرة ما بين العائد الآخر والأصيل.

ثانياً: المذاهب الثلاثة الأخرى غير المذهب الحنفي

المذهب المالكي:

أحكامه: الأصل في المذهب المالكي أن الوكيل هو الذي تتعلق به حقوق العقد.

فإذا كان وكيلًا بالبيع، فهو الذي يطالب المشتري بالثمن، وتعتبر هذه المطالبة من توابع الوكالة فلا يجوز له أن يتركها ولذلك لو يسلم المبيع ولم يقبض الثمن ضمنه. وهذا ما لم يقض العرف بخلافه، ففي بيع الدار والعقار جرى العرف أن الوكيل بالبيع لا يقبض الثمن إلا بتوكيل خاص والذي يطالب بالثمن ويقبضه هو الموكل أما في بيع السلع فللوكيل قبض الثمن والمطالبة به. والوكيل بالبيع هو الذي يطالبه المشتري بتسليم المبيع وبضمان العيب وبضمان الاستحقاق. ومع ذلك يستثنى من تحمل الوكيل بالعهد أحوال ثلاث:

١ - إذا صرح الوكيل للعائد الآخر بالبراءة من العهدة، فالموكل هو الذي يتحمل بها في هذه الحالة، ويرجع العائد الآخر عليه مباشرة بها.

٢ - إذا علم العائد الآخر بوجود الوكالة، فعند ذلك تكون العهدة مباشرة على الموكل ويطلبه العائد الآخر بها رأساً. ومع ذلك إذا كان الوكيل مفوضاً، فللعائد الآخر رغم علمه بوجود الوكالة أن يتبع الموكل أو يتبع الوكيل. والوكيل المفوض هو من فوض له الموكل أموره في كل شيء وأقامه مقامه، فيمضي من فعل الوكيل المفوض في حق موكله ما كان على وجه السداد والنظر. وأما ما لا مصلحة في فعله فالوكيل المفوض معزول عنه فلا يجوز له التبرع بمال الموكل، ما لم يقل الموكل للوكيل أمضيت ما كان غير نظر، فعندئذ يصح من الوكيل المفوض أي تصرف يكون نظراً عند العقلاء ولو لم يكن نظراً عند الموكل (انظر في الوكيل المفوض «الخرشي» ٧٠/٦ - ٧١) «الشرح الكبير» للدردير في «حاشية الدسوقي» (٣/٣٨١ - ٣٨٢) «الحطاب» (٥/١٩١ - ١٩٤).

٣ - السمسار، بخلاف الوكيل، لا عهدة عليه، لأن الشأن فيه أن يبيع لغيره. على أن السمسار لا يكون عادة وكيلًا، بل هو رسول ووسيط.

وإذا كان الوكيل بالشراء، فهو الذي يطالب البائع بتسليم المبيع وبضمان العيب وبضمان

الاستحقاق، وهذه المطالبات أيضاً تعتبر من توابع الوكالة. والوكيل بالشراء هو الذي يطالبه البائع بالثمن، وذلك ما لم يصرح الوكيل للبائع بالبراءة من دفع الثمن، فعند ذلك لا يطالبه البائع بالثمن ويرجع به مباشرة على الموكل.

النصوص الفقهية:

جاء في «الخرشي» (٧٢/٦): «الوكيل على بيع له أن يطلب المشتري بالثمن ويقبضه منه ويدفعه لموكله، أو شراء له أن يشتريه ويقبضه من بائعه، وإن ظهر به عيب ظاهر كما يأتي فله رده على بائعه بغير إذن موكله، وهذا إذا لم يعين الموكل للوكيل المبيع، وأما إن عينه له بأن قال اشتر لي الشيء الفلاني فإنه ليس له رده، وهذا في الوكيل المخصوص أما في الوكيل المفوض إليه فله أن يرده على بائعه ولو عينه له موكله، ونحوه في المدونة. وقيد اللخمي رد العيب بما إذا كان العيب ظاهراً، وأما إن كان خفياً كالسرقة ونحوها فلا شيء على الوكيل، ولم يذكر ابن عرفة هذا التقييد ولا صاحب الشمل... إذا وكله على شراء فإنه يطالب بثمنه، ما لم يصرح بالبراءة من دفع الثمن. وكذلك إذا وكله على بيع شيء فإنه يطالب بالثمنون. ما لم يصرح بالبراءة من دفع الثمنون، وإلا فلا يطالب بذلك وإنما المطالب بما ذكر الموكل... فإن صرح بالبراءة، بأن يقول وينقدك فلان دوني فلا مطالبة على الوكيل بالثمن... وكذلك يطالب لوكيل بعهدته المبيع من غضب أو استحقاق، ما لم يعلم المشتري أن المتولى البيع وكيل، فإن علم فالحعدة لا تكون عليه وتكون على من وكله أي فيرد عليه المبيع ويكون الثمن عليه، وهذا في الوكيل المخصوص وأما المفوض فيتبع كما يتبع البائع والعهدته عليه كالشريك المفاوض والمقارض بخلاف القاضي والوصي». وجاء في «حاشية العدوي» («الخرشي» ٧٢/٦) تعقيباً على ما تقدم: «قوله ما لم يصرح بالبراءة: وما لم يكن العرف عدم المطالبة بهما، فإن كان العرف ذلك لم يطالب بهما. والسمسار كالوكيل في ذلك، بخلاف العهدته، فإن الوكيل عليه العهدته ما لم يعلم المشتري بأنه وكيل، بخلاف السمسار فإنه لا عهدته عليه لأن الشأن فيه أن يبيع لغيره... بخلاف القاضي والوصي إذا باعاً سلعة من سلع اليتيم فلا يطالبان بالعهدته فيما وليا بيعه، والعهدته في مال اليتامى، فإن هلك مال اليتام ثم استحققت السلعة فلا شيء على الأيتام».

وجاء في «الشرح الكبير» للدردير («حاشية الدسوقي» ٣/٣٨٢ - ٣٨٣): «إذا وكله على بيع... عليه طلب الثمن وقبضه لأنه من توابع المبيع... إذا وكله على اشتراء... عليه قبض المبيع من البائع وتسليمه للمشتري. وله رد المعيب على بائعه إن لم يعينه... موكله، فإن عينه بأن قال له اشتر لي هذه السلعة فلا رد للوكيل به، وهذا في الوكيل الغير المفوض وإلا فله الرد ولو عين له الموكل المبيع. وطولب بثمان لسلعة اشتراها لموكله أو باعها له، ولثمان كذلك اشتراها أو باعها لموكله، ما لم يصرح بالبراءة من الثمن والمثمن. فإن صرح، بأن قال لا أتولى ذلك، لم يطالب وإنما يطالب موكله... وطولب الوكيل بالعهدته من عيب أو استحقاق، ما لم يعلم المشتري أنه وكيل وإلا فالطلب على الموكل لا الوكيل، إلا أن يكون مفوضاً». وجاء في «حاشية الدسوقي» (٣/٣٨٣) تعقيباً على ما تقدم: «قوله ما لم يعلم المشتري أنه وكيل: أي كالسمسار، أي وما لم يحلف الوكيل أنه كان وكيلاً في البيع... قوله إلا أن يكون مفوضاً: أي فإن كان مفوضاً كان له

الرجوع عليه وعلى الموكل، فيصير له غريمان يتبع أيهما شاء كالشريك المفوض والمقارض. والحاصل أن الوكيل إن كان غير مفوض، فإنه يطالب بالعهد ما لم يحلف أو يسلم المشتري أنه وكيل، وإلا كان المطالب بها الموكل. وإن كان مفوضاً، كان للمشتري الرجوع عليه، لا فرق بين عدم علم المشتري أنه وكيل أو علم أنه وكيل فقط أو علم أنه وكيل مفوض. وفي المفوض يصير للمشتري غريمان كما علمت.

وجاء في «الحطاب» (١٩٤/٥ - ١٩٥): «والوكيل على بيع الدار والعقار إذا أراد قبض الثمن من المشتري، وأراد أن يقيم البيئة أنه وكيل على البيع، لم يمكن من ذلك: لأن العرف والعادة أن وكيل البيع في الدار والعقار لا يقبض الثمن، فليس له ذلك إلا بتوكيل خاص على قبض الثمن، إلا أن يكون أهل بلد جرت عادتهم بأن متولي البيع يتولى قبض الثمن فيجزئه إقامة البيئة على الوكالة على البيع.

وهذا بخلاف الوكيل على بيع السلع، فإن له قبض الثمن والمطالبة به.. إذا عين الموكل السلعة المشتراة، فليس للوكيل أن يردها بالعيب اتفاقاً لاحتمال أن يكون الموكل علم بالعيب أو يغتفره عند اطلاعه عليه لغرضه فيه. واختلف إذا لم يعينها، فقال ابن القاسم للوكيل أن يرده لأنه ضامن بمخالفة الصفة، وقال أشهب ليس له أن يرده وإن رد فللموكل ألا يجيز الرد ويضمنه قيمتها إن فاتت، قال في «التوضيح» قيد اللخمي قول ابن القاسم بما إذا كان العيب ظاهراً، قال وأما إن كان العيب مما يخفى فلا شيء على الوكيل، وإذا لم يكن عليه ضمان لم يكن له أن يرد انتهى. ولم يذكر ابن عرفة هذا التقييد ولا صاحب الشامل.

وجاء في «المواق» (على هامش «الحطاب» ١٩٤/٥ - ١٩٥): «وتشمل الوكالة على البيع والشراء لوازمهما العرفية فيها، لأن وكيل البيع له قبض الثمن وإن لم يؤمر بذلك، وليس للمبتاع أن يأبى ذلك عليه.. إنما فرق بين شراء الوكيل وبين بيعه إن قال أبيع لفلان فالعهد على فلان وإن قال أشتري لفلان فالثمن على الوكيل إلا أن يقول فلان ينقدك دوني، هو أن العهد أمرها خفيف وقد لا يحتاج إليها أبداً، والثمن في شرائه لا بد منه وهذا قد ولي معاملته وقبض سلعته فعليه أداء ثمنها إلا أن يشترط أن الثمن على فلان. وبالعهد ما لم يعلم: انظر هذا الإطلاق، قال في «المدونة» من باع سلعة لرجل بأمره، فإن أعلم المشتري في العقد أنها لفلان فالعهد على ربه إن ردت بعيب فعلى ربه ترد وعليه اليمين لا على الوكيل، وإن لم يعلمه أنها لفلان حلف الوكيل وإلا ردت السلعة عليه. وما باع الطوافون والنحاسون ومن يعلم أنه يبيع للناس فلا عهد عليهم في عيب ولا استحقاق، والتباعدة على ربه».

مذهب الشافعي:

أحكامه: الأصل في مذهب الشافعي بخلاف المذهبين الحنفي والمالكي، أن الموكل هو الذي تتعلق به حقوق العقد، كما يتعلق به حكمه فيما قدمناه.

فإذا كان البيع بوكيل، فالموكل هو الذي يطالب المشتري بالثمن وهو الذي يقبضه. ويجوز للوكيل أن يقبض الثمن الحال إذا لم يمنعه الموكل من ذلك لأنه من مقتضيات البيع، وفي رواية لا

يجوز للوكيل أن يقبض الثمن الحال إلا إذا أذنه الموكل في ذلك، والموكل هو الذي يطالبه المشتري بتسليم المبيع. ويجوز للوكيل إذا تسلم المبيع من الموكل أن يسلمه للمشتري إذا لم يمنعه الموكل من ذلك، لأنه من مقتضيات البيع، وفي رواية لا يجوز للوكيل إذا تسلم المبيع أن يسلمه للمشتري إلا إذا أذنه الموكل في ذلك.

والموكل هو الذي يطالبه المشتري بضمان العيب وبضمان الاستحقاق، لأن حقوق العقد تتعلق في الأصل بالموكل كما قدمنا.

وإذا كان الشراء بوكيل، فالموكل هو الذي يطالب البائع بتسليم المبيع وهو الذي يقبضه. ويجوز للوكيل قبض المبيع وتسليم الثمن المسلم إليه، وذلك ما لم يمنعه الموكل. والموكل هو الذي يرجع على البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب، وللوكيل أيضاً أن يرجع على البائع بضمان العيب إلا إذا رضي الموكل بالعيب فلا يجوز للوكيل الرجوع. والموكل هو الذي يطالبه البائع بالثمن، والوكيل ضامن، لأن المبيع للموكل فكان الثمن عليه والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه. فإن دفع الوكيل الثمن رجع به على الموكل، وإن دفعه الموكل لم يرجعه على الوكيل. وهناك رأيان آخران:

أحدهما: أن الثمن على الوكيل دون الموكل، فلا يرجع الوكيل على الموكل إلا إذا رجع البائع على الوكيل. حتى إذا أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن.

والرأي الثاني: أن الثمن للبائع على الوكيل وللوكيل على الموكل مثله، فيجوز للوكيل مطالبة الموكل بالثمن وإن لم يطالبه البائع به.

وتبقى بعد ذلك ملاحظتان:

الملاحظة الأولى: أنه يرد في كتب فقه الشافعي أن أحكام العقد تتعلق بالوكيل. والمقصود بأحكام العقد هنا حقوق العقد التي تتصل بتكوينه كخيار المجلس وخيار الرؤية والتقابض في المجلس، دون حقوق العقد التي تتصل بآثاره كالمطالبة بالثمن وتسليم المبيع والرجوع بضمان العيب وبضمان الاستحقاق فإن هذه الحقوق تتعلق بالموكل لا بالوكيل كما سبق القول (قارن الأستاذ محمد يوسف موسى في «الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي» ٣٧٤ - ٣٧٥). جاء في «مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٢٣٠ - ٢٣١): «وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل. فيعتبر، في الرؤية ولزوم العقد بمقارنة المجلس والتقابض في المجلس حيث يشترط كالربوي ورأس مال السلم، الوكيل دون الموكل. لأن الوكيل هو العاقد حقيقة، وله الفسخ بخيار المجلس وكذا بالخيار المشروط له وحده كما قاله بعض المتأخرين، وإن رضي الموكل ببقائه. بخلاف ما مر في المعيب من أن الموكل إذا رضي به ليس للوكيل الرد، لأنه لدفع الضرر عن المالك، وليس منوطاً باسم المتعاقدين كما نيط به كل من الفسخ بخيار المجلس لخبر (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) وخيار الشرط بالقياس على خيار المجلس، ولأن ملكه ثم قد تم عليه بخلافه هنا». أنظر أيضاً «نهاية المحتاج» للرملي (٥/ ٥٠).

الملاحظة الثانية: أن فقهاء الحنفية، من أجل ما ذكرناه من أن حقوق العقد تتعلق بالموكل

في فقه الشافعي، يعارضون عادة مذهبهم بمذهب الشافعي في هذه المسألة، ويوردون حجج كل من الفريقين. من ذلك ما ورد في «البدائع» (٣٣/٦): «وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع شيء من الحقوق إلى الوكيل، وإنما يرجع إلى الموكل. وجه قوله أن الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل، وتصرف النائب تصرف المنوب عنه. ألا ترى أن حكم تصرفه يقع للموكل، فكذا حقوقه، لأن الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع، فإذا كان الأصل له فكذا التابع، ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة، فكانت حقوق العقد راجعة إليه، كما إذا تولى الموكل بنفسه ولا شك أن الوكيل هو العاقد حقيقة، لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة، ويستحيل أن يكون الإنسان فاعلاً بفعل الغير حقيقة. وهذه حقيقة مقررة بالشريعة، قال الله عز وجل: ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ [النجم: ٣٩]، وقال الله عز شأنه: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة: ٢٨٦]. وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضاً؛ لأن السبب وجد منه حقيقة وشرعاً، إلا أن الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لأن الوكيل إنما فعله له بأمره وإنابته وفعل المأمور مضاف إلى الأمر».

النصوص الفقهية:

جاء في «مغني المحتاج» للشربيني (٢٢٥/٢ - ٢٢٦): «والأصح أن الوكيل بالبيع له قبض الثمن الحال إن لم يمنعه الموكل من قبضه، وله تسليم المبيع إن كان مسلماً إليه إن لم ينه عن تسليمه، لأنهما من مقتضيات البيع».

والثاني: لا، لعدم الإذن فيهما وقد يرضاه للبيع دون القبض ومحل الخلاف إذا لم يكن القبض شرطاً، فإن كان كالصرف ونحوه فله القبض والإقباض قطعاً، أما إذا كان الثمن مؤجلاً ولو حل، أو حالاً ونهاه عن قبضه، لم يملك قبضه قطعاً.. سكت المصنف عن حكم الوكيل بالشراء، وهو كالوكيل بالبيع فله قبض المبيع وله تسليم الثمن إن كان مسلماً إليه ولم ينهه عن تسليمه. ولا يسلمه، أي وكيل البائع، المبيع حتى يقبض الثمن؛ لما في التسليم قبله من الخطر. فإن خالف ضمن لتعديه قيمته كما قال الرافعي وقت التسليم، وقضيته أنه لا فرق في غرم القيمة بين المثلي والمتقوم وهو كذلك لأنه للحيلولة، فإذا غرمها ثم قبض الثمن دفعه إلى الموكل واسترد المغروم.. لكل من الوكيل والموكل الرد بالعيب، أما الموكل فلائنه المالك والضرر لاحق به، وأما الوكيل فلائنه نائبه ولأنه لو لم نجوزه له لكان المالك ربما لا يرضى به فيتعذر الرد لكونه فوراً ويبقى للوكيل فيتضرر به.. ولو رضي بالعيب الموكل.. لم يردده الوكيل إذ لاحظ له في الفسخ.. وإن رضي به الوكيل أو قصر في الرد رده الموكل لبقاء حقه».

وجاء في «نهاية المحتاج» للرملبي (٥١/٥): «وإذا قبض الوكيل بالبيع الثمن حيث جوزه له وتلف في يده.. وخرج المبيع مستحقاً، رجع عليه المشتري ببطل الثمن وإن اعترف بوكالته في الأصح، لدخوله في ضمانه بقبضه. والثاني يرجع به على الموكل وحده، لأن الوكيل سفير محض. ثم يرجع الوكيل إذا غرم على الموكل بما غرمه، لأنه غره.. وللمشتري الرجوع على الموكل ابتداء في الأصح.. لأن الوكيل مأمور من جهته ويده كيده».

وجاء في «المهذب» (٣٥٣/١ - ٣٥٤): «فإن وكله في الشراء ولم يدفع إليه الثمن فاشتراه، ففي الثمن ثلاثة أوجه.

أحدها: أنه على الموكل، والوكيل ضامن، لأن المبيع للموكل فكان الثمن عليه والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه. فعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل، لأن أحدهما ضامن والآخر مضمون عنه. فإن وزن الوكيل الثمن رجع على الموكل، وإن وزن الموكل لم يرجع على الوكيل.

والثاني: أن الثمن على الوكيل دون الموكل، لأن الذي التزم هو الوكيل فكان الثمن عليه. فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل لأن الثمن عليه، ولا يجوز له مطالبة الموكل لأنه لا شيء عليه. فإن وزن الوكيل رجع على الموكل لأنه التزم بإذنه، وإن لم يزن لم يرجع، كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه إذا وزن رجع وإذا لم يزن لم يرجع. وإن أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن، وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن.

والثالث: أن الثمن على الوكيل، وللوكيل في ذمة الموكل مثل الثمن، فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل، وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن وإن لم يطالبه البائع».

المذهب الحنبلي:

أحكامه: الأصل في المذهب الحنبلي، كما في مذهب الشافعي، أن الموكل هو الذي تتعلق به حقوق العقد كما يتعلق به حكمه.

فإذا كان البيع بوكيل فالموكل هو الذي يطالب المشتري بالثمن وهو الذي يقبضه. ويملك الوكيل في قول المطالبة بالثمن وقبضه، لأنه من مقتضيات البيع. والموكل هو الذي يطالبه المشتري بتسليم المبيع، كما يملك الوكيل تسليم المبيع للمشتري لأنه من مقتضيات البيع ولكن بشرط أن يقبض الثمن الحال. والموكل هو الذي يطالبه المشتري بضمان العيب وبضمان الاستحقاق، لأن حقوق العقد تتعلق في الأصل بالموكل كما قدمنا.

وإذا كان الشراء بوكيل، فالموكل هو الذي يطالب البائع بتسليم المبيع وهو الذي يقبضه. ويجوز للوكيل قبض المبيع وتسليم الثمن. والموكل هو الذي يرجع على البائع بضمان العيب وبضمان الاستحقاق، وفي رواية يجوز للوكيل أيضاً الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق. والموكل هو الذي يطالبه البائع بالثمن. والوكيل ضامن، فيثبت الثمن في ذمة الموكل أصلاً وفي ذمة الوكيل تبعاً. وللبائع مطالبة من شاء منهما، فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل، وإن أبرأ الموكل برىء الوكيل أيضاً، شأنهما في ذلك شأن المكفول والكفيل.

ويتبين مما تقدم أن أحكام المذهب الحنبلي في تعلق حقوق العقد بالموكل قريبة كثيراً من أحكام مذهب الشافعي التي تقدم ذكرها.

النصوص الفقهية:

جاء في «المغني» (٩٢/٥ - ٩٣): «وإن وكله في بيع شيء ملك تسليمه، لأن إطلاق التوكيل

في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه. ولم يملك لإبراء من ثمنه، وبهذا قال الشافعي، قال أبو حنيفة يملكه. ولنا أن الإبراء ليس من البيع ولا من تتمته، فلا يكون التوكيل في البيع توكيلاً فيه كالإبراء من غير ثمنه. وأما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يمكن، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، لأنه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن. فعلى هذا إن تعذر قبض الثمن من المشتري، لم يلزم الوكيل شيء. ويحتمل أن يملك قبض الثمن، لأنه من موجب البيع، فملكه الوكيل فيه كتسليم المبيع. فعلى هذا ليس له تسليم المبيع إلا بقبض الثمن أو حضوره. وإن سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه. والأولى أن ينظر فيه، فإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو موضع يضع الثمن بترك قبض الوكيل له، كان إذناً في قبضه. ومتى ترك قبضه كان ضامناً له، لأن ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره البيع لتحصيل ثمنه، فلا يرضى بتضييعه، ولهذا يعد من فعل ذلك مضيعاً مفراطاً. وإن لم تدل القرينة على ذلك، لم يكن له قبضه. . . . وإن وُكِّلَه في شراء شيء ملك تسليم ثمنه، لأنه من تتمته وحقوقه، فهو كتسليم المبيع في البيع. والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في البيع على ما مضى من القول فيه. فإن اشترى عبداً ونقد ثمنه فخرج العبد مستحقاً، فهل يملك أن يخاصم البائع في الثمن؟ على وجهين».

وجاء في نفس الكتاب (١٣١/٥): «وإن كان الثمن في الذمة، فللوكيل والموكل المطالبة به، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة ليس للموكل المطالبة، لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه، ولهذا يتعلق مجلس الصرف والخيار به دون موكله، فكذلك القبض. ولنا أن هذا دين للموكل يصح قبضه له، فملك المطالبة به كسائر دونه التي وكل فيها. ويفارق مجلس العقد، لأن ذلك من شروط العقد فتتعلق بالعاقدة كالإيجاب والقبول. وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من أمواله، فكانت له المطالبة به. ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به، وإنما تتعلق بالموكل، وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك. فأما ثمن ما اشتراه إذا كان في الذمة، فإنه يثبت في ذمة الموكل أصلاً، وفي ذمة الوكيل تبعاً كالضامن. وللبائع مطالبة من شاء منهما، فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل، وإذا أبرأ الموكل برىء الوكيل أيضاً كالضامن والمضمون عنه سواء».

يد الوكيل يد أمانة في المذاهب الثلاثة:

وفي المذاهب الثلاثة المتقدمة الذكر جميعاً، يد الوكيل يد أمانة، كما هو الحكم في المذهب الحنفي على ما مر بيانه. فما قبضه من مال لحساب الموكل، فهو أمانة في يده، ومن ثم إذا قبض الوكيل بالشراء المبيع من البائع ليسلمه إلى الموكل، أو قبض الثمن من الموكل ليدفعه إلى البائع، أو قبض الوكيل بالبيع الثمن من المشتري ليدفعه إلى الموكل، أو قبض المبيع من الموكل ليسلمه إلى المشتري، أو قبض الوكيل بقبض الدين أو العين ما وكل في قبضه، فإن ما في يد الوكيل في كل هذه الأحوال أمانة بمنزلة الوديعة، فإذا هلك بغير تعد منه هلك على الموكل، وإلا هلك عليه.

جاء في «الخرشي» (٨١/٦ - ٨٢): «الوكيل غير المفوض إذا وكل على قبض حق فقال قبضته وتلف مني، فإنه يبرأ لموكله من ذلك لأنه أمين، وأما الغريم الذي عليه الدين فإنه لا يبرأ

من الدين إلا إذا أقام بينة تشهد له أنه دفع الدين إلى الوكيل المذكور، ولا تنفعه شهادة الوكيل لأنها شهادة على فعل نفسه، وإذا غرم الغريم فإنه يرجع بذلك على الوكيل، إلا أن يتحقق تلفه من غير تفريط منه. وأما الوكيل المفوض إليه ومثله الوصي، إذا أقر كل منهما أنه قبض الحق لموكله أو ليتيمه ثم قال بعد ذلك تلف مني، فإنه يبرأ من ذلك، وكذلك الغريم يبرأ من الدين ولا يحتاج إلى إقامة بينة، لأن المفوض جعل له الإقرار والوصي مثله، وقوله تلف أي أو رددته. وللغريم تحليف الموكل على عدم العلم بدفعه إلى الوكيل وعدم وصول المال إليه. . إذا وكله على شراء سلعة ولم يدفع ثمنه فاشتراها له بما أمره، ثم أخذ الوكيل الثمن من الموكل ليدفعه البائع، فضاع، فإن ثمنها يلزم الموكل ولو ضاع مراراً، إلى أن يصل إلى ربه. لأن الوكيل إنما اشترى السلعة على ذمة الموكل فالثمن في ذمته إلى أن يصل إلى ربه، إلا أن يكون الموكل دفع لوكيله ثمن السلعة قبل أن يشتريها، فإنه إذا ضاع من الوكيل لا يلزم الموكل أن يغرم الثمن ثانية، لأنه مال بعينه لا يلزمه غيره، سواء تلف بعد قبض السلعة أو قبله، وتلزم السلعة الوكيل بالثمن الذي اشتراها به.

وجاء في «المهذب» (٣٥٧/١): «والوكيل أمين فيما في يده من مال الموكل. فإن تلف في يده من غير تفريط، لم يضمن، لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل فلم يضمن».

وجاء في «المغني» (١٠١/٥ - ١٠٢): «وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع، فهو أمانة في يده، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه، ولا يضمنه بتأخير، لأنه رضي بكونه في يده، ولم يرجع عن ذلك. فإن طلبه فأخر رده مع إمكانه، فتلف ضمنه».

موازنة بين المذاهب الأربعة فيمن تتعلق به حقوق العقد:

وضح مما قدمناه أن الأصل في حقوق العقد أنها تتعلق بالوكيل في كل من المذهب الحنفي والمذهب المالكي، وتعلق بالموكل في كل من مذهب الشافعي والمذهب الحنبلي.

على أننا إذا ركزنا الموازنة في الأمر الجوهري، فإن أهم مسألة في تعلق الحقوق هي علاقة العاقد الآخر بالموكل، وهل تقوم بينهما علاقة مباشرة، وبخاصة من ناحية الحقوق التي للعاقد الآخر في ذمة الوكيل فهل يجوز للعاقد الآخر الرجوع بها مباشرة على الموكل، أو لا بد من رجوعه على الوكيل ثم يرجع الوكيل على الموكل؟ أما الحقوق التي للوكيل في ذمة العاقد الآخر، فأمرها هين. إذ يمكن لكل من الوكيل والموكل اقتضاؤها من العاقد الآخر. فالوكيل يقتضيها في المذهب الحنفي باعتباره العاقد الأصل فتتصرف حقوق العقد له ويقتضيها في المذاهب الثلاثة الأخرى باعتبار أن هذه الحقوق من مقتضيات الوكالة فهي تتم لها. ويقتضيها الموكل في المذهب الحنفي بتوكيل من الوكيل، وفي المذهب المالكي بحكم الشرط أو العرف، وفي مذهب الشافعي والمذهب الحنبلي باعتبار الموكل أصيلاً فتتصرف حقوق العقد له كما ينصرف له حكمه.

تبقى إذن مسألة إمكان رجوع العاقد الآخر مباشرة على الموكل، وهي أهم مسألة في هذا الموضوع، وقد اختلفت المذاهب فيها.

فأما المذهب الحنفي، فلا يجيز رجوع العاقد الآخر مباشرة على الموكل وإنما يرجع على الوكيل، ويرجع الوكيل على الموكل.

وأما المذهب المالكي، فهو أيضاً لا يجيز في الأصل رجوع العاقد الآخر مباشرة على الموكل، ويجيزه استثناء بالشرط أو العرف أو علم العاقد الآخر بالوكالة.

وأما مذهب الشافعي والمذهب الحنبلي، فالأصل فيهما جواز رجوع العاقد الآخر مباشرة على الموكل باعتباره أصيلاً إذ هو الذي تنصرف إليه حقوق العقد. وفي بعض هذه الحقوق لا يستطيع العاقد الآخر الرجوع على الوكيل إلى جانب رجوعه على الموكل، فيحرم بذلك من الرجوع على من اعتمده للتعامل معه، وقد يكون اطمأن إليه هو دون الموكل، بل قد يكون غير عالم بوجود الوكالة أصلاً. وفي بعض آخر من حقوق العقد، وبخاصة في الرجوع بالثمن في حالة الشراء بوكيل، يستطيع العاقد الآخر، إلى جانب رجوعه على الموكل باعتباره أصيلاً، أن يرجع أيضاً على الوكيل باعتباره كفيلاً، فلا يتوجه في هذه الحالة الاعتراض الذي أمكن أن يتوجه في الحالة السابقة.

المطلب الثالث

تعاقد الشخص مع نفسه

القاعدة العامة منع تعاقد الشخص مع نفسه:

الأصل في الفقه الإسلامي، كالأصل في القانون المصري على ما قدمنا، أن تعاقد الشخص مع نفسه غير جائز.

وتعاقد الشخص مع نفسه له صورتان كما نعلم، فإما أن يكون من يتولى صيغة العقد من الجانبين أصيلاً عن نفسه نائباً عن غيره، وإما أن يكون نائباً عن الجانبين.

فإذا كان أصيلاً عن نفسه نائباً عن غيره، كمن وكل في بيع شيء فيبيعه من نفسه، لم يجز البيع، لأن ذلك يؤدي إلى تعارض الأحكام. إذ يكون الشخص الواحد طالباً ومطلوباً، مسلماً وقابضاً، مخاصماً وخصماً، وهذا لا يجوز. ولأن التوكيل في البيع يقتضي البيع ممن يستقضى في الثمن عليه، والشخص في البيع من نفسه لا يستقضى في الثمن فلم يدخل هذا البيع في التوكيل، فكأن الموكل قال لو كيله في البيع بعه من غيرك. فإذا أذن الموكل لو كيله في البيع أن يبيع من نفسه، فلا يعتد بهذا الإذن في المذهب الحنفي ويبقى البيع غير جائز. أما في المذهبين المالكي والحنبلي فإذا أذن الموكل يجعل البيع جائزاً، وفي مذهب الشافعي روايتان إحداهما أن البيع لا يجوز حتى مع الإذن وهو المنصوص والأخرى أن البيع يجوز بالإذن. وكبيع الوكيل بالبيع من نفسه بعه من محجوره، وكذلك بعه ممن لا تجوز شهادته له على خلاف في الرأي.

وأما إذا كان نائباً عن الجانبين. فيبدو أن المذهب الحنفي يمنع هنا أيضاً تعاقد الشخص مع نفسه، إذ أن حقوق العقد تنصرف في هذا المذهب إلى الوكيل. فتتصرف إلى الوكيل بالبيع، إذا

كان موكلاً أيضاً في الشراء، حقوق متعارضة على النحو الذي سبق بيانه^(١). وفي المذهب المالكي يبدو أن هذا التعاقد جائز بإذن كل من الموكلين، قياساً على جواز بيع الوكيل من نفسه بإذن الموكل. وفي مذهب الشافعي نص على أنه إن وكل شخص وكيلاً في بيع عبده ووكله آخر في شرائه لم يصح أن يتعاقد الشخص مع نفسه، إذ العقد الواحد في هذه الحالة يجتمع فيه غرضان متضادان فلم يصح كالبيع من نفسه. وفي المذهب الحنبلي نص على أنه إن وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه لأنه وكل في طرفي العقد فجاز له أن يليهما.

النصوص الفقهية:

جاء في «المبسوط» للسرخسي (٣٢/١٩) في الفقه الحنفي: «ولو باعه الوكيل بالبيع من نفسه أو من ابن له صغير لم يجز، وإن صرح الموكل بذلك. لأن الواحد في باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدي إلى تضاد الأحكام، فإنه يكون مسترداً مستقضيّاً قابضاً مسلماً مخصصاً في العيب ومخصصاً وفيه من التضاد مالا يخفي. ولو باعه له من ابن له كبير أو امرأته أو واحد ممن لا تجوز شهادته له لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله بمطلق الوكالة أيضاً، ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إلا من عبده ومكاتبه».

وجاء في «الخرشي» (٧٧/٦ - ٧٨) في الفقه المالكي: «الوكيل على بيع شيء لا يجوز له أن يبيعه من نفسه ولو كان بغير محاباة، ما لم يكن بحضرة الموكل، وما لم يسم له الثمن، وما لم يأذن له في البيع لنفسه، وإلا جاز كما قاله الشيخ كريم الدين. وهو حسن في غير مسألة ما إذا سمي له الثمن. فإن كلام ابن عرفة يفيد أن المعتمد المنع مع التسمية. وكذلك لا يجوز للوكيل أن

(١) ويذهب الأستاذ محمد أبو زهرة إلى هذا الرأي فيقول: «لا يصح لشخص أن يعقد عقد بيع بين شخصين، وتقوم عبارته مقام عبارتهما. ووجهه أن العاقد في البيع وما يشبهه ترجع الحقوق إليه، سواء أكان يعقد بالأصالة أم بالنيابة، فعليه تسليم المبيع وله قبض الثمن وغير ذلك من الحقوق. وهذه حقوق متقابلة، فحق تسليم المبيع يقتضي متسلاً وحق قبض الثمن يقتضي مسلماً، والشخص لا يتعلق به حقان متقابلان في زمان واحد. لأن ذلك يؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلاً، طالباً ومطلوباً، وهذا محال. ولذلك لم يجز أن يكون الشخص الواحد وكيلاً من الجانبين في البيع وأشباهه، ويصلح رسولاً من الجانبين لأن الرسول لا تلزمه الحقوق فلا يؤدي عمله إلى مناقضة المعقول وكذلك القاضي يتولى العقد من الجانبين، لأن الحقوق فلا يؤدي عمله إلى مناقضة للمعقول. «في الشريعة الإسلامية» (٣٥٢ - ٣٥٣) ومع ذلك يجيز الأستاذ أحمد إبراهيم العقد إذا كان الوكيل «موكلاً من شخص يبيع شيء معين وموكلاً من آخر بشراء ذلك الشيء بعينه له» (مذكورة مبتدأة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام في الشرع الإسلامي (١٦٦).

أما عقد الزواج فيجوز لشخص واحد أن يتولى طرفيه، كأن يكون ولياً أو وكيلاً عن الطرفين، أو أن يكون أصيلاً أو وكيلاً بالنسبة إلى أحد الطرفين مع كونه ولياً أو وكيلاً بالنسبة إلى الطرف الآخر، ذلك أن الحقوق في الزواج - وتجب إضافته إلى الأصل كما قدمنا - ترجع إلى الأصل دون النائب، فلم تجتمع في شخص واحد حقوق متعارضة («البدائع» ١٣٦).

يبيع ما وكل على بيعه من محجوره من صغير وسفيه وعبد غير المأذون له، ومثله شريكه المفاوض، لأنه كنفه. ومثل البيع لمن ذكر الشراء منه. ولا يمنع الوكيل أن يبيع ما وكل على بيعه من زوجته أو رقيقه الذي لا حجر عليه وهو المكاتب والمأذون له، إذا كان بلا محابة. فإن حابى في ذلك، بأن باع ما يساوي عشرة بخمسة مثلاً، فإنه لا يجوز، ويمضي البيع، ويغرم ما حابى به، والعبرة بالمحابة وقت البيع. والفرق بين منع بيعه لمحجوره وجوازه لرقيقه أن المحجور لا يتصرف لنفسه وإنما الولي هو الذي يتصرف له، فإذا باع له فكأنه باع لنفسه، بخلاف المأذون له والمكاتب والزوجة فإنهم يستقلون بالتصرف لأنفسهم وينسب إليهم».

وجاء في «المهذب» (٣٥٢/١) في فقه الشافعي: «وإن وكل في بيع سلعة لم يملك بيعها من نفسه من غير إذن، لأن العرف في البيع أن يوجب لغيره، فحمل الوكالة عليه. ولأن إذن الموكل يقتضي البيع ممن يستقضي في الثمن عليه، وفي البيع لنفسه لا يستقضي في الثمن فلم يدخل في الإذن. وهل يملك البيع من ابنه أو مكاتبه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يملك وهو قول أبي سعيد الأصبخري، لأنه يجوز بيع منه ماله فجاز له أن يبيع منه مال موكله كالأجنبي.

والثاني: لا يجوز وهو قول أبو إسحاق، لأنه متهم في الميل إليهما كما يتهم في الميل إلى نفسه، ولهذا لا تقبل شهادته لهما كما لا تقبل شهادته لنفسه. فإن أذن له في البيع من نفسه، ففيه وجهان: أحدهما يجوز، كما يجوز أن يوكل المرأة في طلاقها. والثاني لا يجوز وهو المنصوص، لأنه يجتمع في عقده غرضان متضادان الاستقصاء للموكل والاسترخاء لنفسه فتمانعا، ويخالف الطلاق فإنه يصح بالزوج وحده فصح بمن يوكله والبيع لا يصح بالبائع وحده فلم يصح بمن يوكله. وإن وكل رجلاً في بيع عبده ووكله آخر في شرائه لم يصح، لأنه عقد واحد يجتمع فيه غرضان متضادان فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه. وإن وكله في خصومة رجل ووكله الرجل في خصومته، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح لأنه توكيل في أمر يجتمع فيه غرضان متضادان فلم يصح، كما لو وكله أحدهما في بيع عبده ووكله آخر في شرائه.

والثاني: يصح، لأنه لا يتهم في إقامة الحجة لكل واحد منهما مع حضور الحاكم: فإن وكل عبد الرجل ليشتري له نفسه أو عبداً غيره من مولا، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز، لأنه لما جاز توكيله في الشراء من غير مولا جاز توكيله في الشراء من مولا.

والثاني: لا يجوز، لأن يد العبد كيد المولى ولهذا يحكم له بما في يد العبد كما يحكم له بما في يده، ثم لو وكل المولى في الشراء من نفسه لم يجز فكذلك إذا وكل العبد».

وجاء في «المغني» (١٠٧/٥ - ١٠٨) في الفقه الجنبلي: «من وكل في بيع شيء لم يجز له أن يشتريه من نفسه في إحدى الروايتين... وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي... ووجه الرواية الأولى أن العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به فقال بعه

غيرك، ولأنه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه نفسه فلم يجز كما لو نهاه. والوصي كالوكيل لا يلي بيع مال غيره بتوليه فأشبه الوكيل، أو متهم فأشبه الوكيل بل التهمة في الوصي أكد من الوكيل، لأن الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري مال اليتيم مالا حظ لليتيم في بيعه، فكان أولى بالمنع... وإن وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد، فقياس المذهب أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه، لأنه أذن له في طرفي العقد فجاز له أن يليهما إذا كان غير متهم، كالأب يشتري من مال ولده لنفسه. ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه، لأنه تمكنه الدعوى من أحدهما والجواب عن الآخر وإقامة حجة كل واحد منهما، ولأصحاب الشافعي في المسألة وجهان. وإذا أذن للوكيل أن يشتري من نفسه، جاز له ذلك، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين لا يجوز لأنه يجتمع له في عقده غرضان الاسترخاض لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فتمانعا. ولنا أنه وكل في التصرف لنفسه فجاز، كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها، ولأن علة المنع هي من المشتري لنفسه في محل لاتفاق الهمة لدالتها على عدم رضا الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه، وقد صرح ههنا بالإذن فيها فلا تبقى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافه. وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء، قلنا إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء وأنه لا يراد أكثر مما قد حصل، وإن لم يعين له الثمن تقيد البيع بثمن المثل كما لو باع الأجنبي".

الاستثناء جواز تعاقد الشخص مع نفسه:

ويجوز استثناء أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين:

الحالة الأولى: أن يبيع الأب أو الجد مال الصغير من نفسه أو يبيع ماله من الصغير، ويجوز ذلك ولو بغبن يسير على الصغير لا بغبن فاحش وهذا إذا كان الولي حسن التدبير أو مستور الحال، فإن كان سيئ التدبير فتشترط الخيرية وفسرت بأنها النفع الظاهر وقيل إنها البيع بالضعف أو الشراء بالنصف في العقار وفي المنقول البيع بزيادة الثلث أو الشراء بنقص الثلث. وإنما جاز ذلك استحساناً لوفور شفقة الأب والجد، فيفترض أنهما لم يقدم على الصفقة إلا لمصلحة الصغير. والقياس المنع لتعارض المصلحة ولوجوب تعدد العاقد على ما سبق القول، وهذا هو رأي زفر، وفي المذهب الحنبلي الجواز للأب دون الجد.

الحالة الثانية: أن يبيع الوصي المختار من الأب أو الجد مال الصغير من نفسه أو يبيع ماله من الصغير، ولكن لا يجوز ذلك إلا إذا كان فيه نفع ظاهر للصغير، أي تشترط الخيرية دائماً في الوصي ولا تشترط في الولي إلا إذا كان سيئ التدبير ما قدمنا. وإنما جاز ذلك استحساناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، لأن قربان مال اليتيم بما فيه نفع ظاهر له هو قربان له على وجه الأحسن فجاز. وكره مالك أن يشتري الوصي من مال اليتيم لنفسه، فإن فعل أو أجر الوصي نفسه في عمل يتيم في حجره، تعقبه الإمام فما كان خيراً لليتيم أمضاه. والقياس يأبى جواز ذلك لوجوب تعدد العاقد ولتعارض المصلحة، وهذا قول محمد في المذهب الحنفي، وهو مذهب

الشافعي والمذهب الحنبلي.

النصوص الفقهية:

جاء في «البدائع» (٤/ ١٣٥ - ١٣٦) في الفقه الحنفي: «لا يصلح الواحد عاقداً من الجانبين في باب البيع، إلا الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة، أو يشتري مال الصغير لنفسه بذلك، عند أصحابنا الثلاثة استحساناً، والقياس ألا يجوز ذلك، وهو قول زفر رحمه الله. وجه القياس أن الحقوق في باب البيع ترجع إلى العاقد، وللبيع حقوق متضادة مثل التسليم والتسلم والمطالبة، فيؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلاً، طالباً ومطالباً، وهذا محال. ولهذا لم يجز أن يكون الواحد وكيلاً من الجانبين في باب البيع لما ذكرنا من الاستحالة، ويصلح رسولاً من الجانبين لأن الرسول لا تلزمه الحقوق فلا يؤدي إلى الاستحالة. وكذا القاضي يتولى العقد من الجانبين، لأن الحقوق لا ترجع إليه فكان بمنزلة الرسول. وبخلاف الوكيل في باب النكاح، لأن الحقوق لا ترجع إليه، فكان سفيراً محضاً بمنزلة الرسول. وجه الاستحسان قوله تبارك وتعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] فيملكه الأب، وكذا البيع والشراء بمثل قيمته بما يتغابن الناس فيه عادة قد يكون قرباناً على وجه الأحسن بحكم الحال، والظاهر أن الأب لا يفعل ذلك إلا في تلك الحال لكمال شفقتة، فكان البيع والشراء بذلك قرباناً على وجه الأحسن. وقوله يؤدي إلى الاستحالة، قلنا ممنوع فإنه يجعل كأن الصبي باع أو اشترى بنفسه وهو بالغ فتعدد العاقد حكماً فلا يؤدي إلى الاستحالة. وأما الوصي إذا باع مال نفسه من الصغير أو اشترى مال الصغير من نفسه، فإن لم يكن فيه نفع ظاهر لا يجوز بالإجماع، وإن كان فيه نفع ظاهر جاز عند أبي حنيفة وأبو يوسف. وعند محمد لا يجوز، لأن القياس يأبى جوازه أصلاً من الأب والوصي جميعاً لما ذكرنا من الاستحالة، إلا أن الأب لكمال شفقتة جعل شخصه المتحد حقيقة متعدد ذاتاً ورأياً وعبرة، والوصي لا يساويه في الشفقة، فبقي الأمر فيه على أصل القياس. ولأبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما أن تصرف الوصي إذا كان فيه نفع ظاهر لليتيم قربان ماله على وجه الأحسن، فيملكه بالنص. قوله لا يمكن إلحاق الوصي بالأب لقصور شفقتة، قلنا الوصي له شبهان شبه بالأب وشبه بالوكيل، أما شبهه بالوكيل فلكونه أجنبياً وشبهه بالأب لكونه مرضي الأب فالظاهر أنه ما رضي به إلا لوفور شفقتة على الصغير، فأثبتنا له الولاية عند ظهور النفع عملاً بشبه الأب وقطعنا ولايته عند عدمه شبه الوكيل عملاً بالشبهين بقدر الإمكان».

وجاء في «الحطاب» (٥/ ٦٩ - ٧١) في الفقه المالكي: «وما اشترى لنفسه من رقيقهم وعقارهم فذلك نافذ، إلا بالبخس البين فيرد كله، ومتى قارب الأثمان مضى. وما باعه من مال ولده الصغير محابى فيه، فإن صغرت المحاباة مضى وكان في مال الأب كالعطية، وما عظم رد كله... وله البيع مطلقاً ظاهره ولو من نفسه، وهو كذلك كما تقدم في كلام النوادر. وقال ابن سلمون وله أن يشتري مال ابنه لنفسه، ولا اعتراض عليه في شيء من ذلك عقاراً كان المال أو سواه، إلا أن يثبت سوء النظر والغبن الفاحش، ثم قال وإن ضمنت العقد أن الثمن ثمن مثله

فحسن وإلا فهو محمول على السداد حتى يثبت فيه الغبن. . . وكره مالك أن يشتري الوصي من مال اليتيم لنفسه، فإن فعل أو أجر الوصي نفسه في عمل يتيم في حجره، فإن فعله يتعقبه الإمام، فما كان خيراً لليتيم أمضاه.

وجاء في «المهذب» (١/ ٣٣٠) في فقه الشافعي: «وإن أراد أن يبيع ماله بماله، فإن كان أباً أو جداً جاز ذلك، لأنهما لا يتهمان في ذلك لكمال شفقتهما. وإن كان غيرهما لم يجز، لما روي أن النبي ﷺ قال: (لا يشتري الوصي من مال اليتيم)، ولأنه متهم في طلب الحظ له في بيع ماله من نفسه فلم يجعل ذلك إليه».

وجاء في «المغني» (٥/ ١١٢ - ١١٣): «الأب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذي في حجره ويبيع ولده من مال نفسه. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك والأوزاعي، وزادوا الجد فأباحوا له ذلك. وقال زفر لا يجوز، لأن حقوق العقد تتعلق بالعائد فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان، ولأنه لا يجوز أن يكون موجباً وقابلاً في عقد واحد كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه ولنا أن هذا يلي بنفسه، فجاز أن يتولى طرفي العقد كالأب يزوج ابنته عبده الصغير والسيد يزوج عبده أمته. ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعائد لغيره، فأما الجد فلا ولاية له على ابن ابنه على ما سنذكره في موضعه فينزل منزلة الأجنبي، ولأن التهمة بين الأب وولده منتفية إذ من طبعه الشفقة عليه والميل له وترك حظ نفسه لحظه فلذلك جاز، وفارق الجد والوصي والحاكم وأمينه فإن التهمة غير منتفية في حقهم».

موازنة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي في نظرية النيابة في التعاقد

موازنة بين الفقهاء في المسائل الرئيسية لنظرية النيابة في التعاقد:

الآن وقد فرغنا من نظرية النيابة في التعاقد في كل من الفقه الغربي الحديث والفقه الإسلامي، نعقد موازنة سريعة بين الفقهاء في المسائل الرئيسية لهذه النظرية.

ونبدأ بالقول بأن النيابة في كل من الفقهاء تكون إما نيابة قانونية أو نيابة قضائية أو نيابة اتفاقية، على النحو الذي سبق أن قررناه:

وننظر بعد ذلك في وجوه الموافقة ووجوه المفارقة بين الفقهاء في المسائل الرئيسية في نظرية النيابة (١) شروط تحقق النيابة (٢) الآثار التي تترتب على النيابة (٣) تعاقد الشخص مع نفسه شروط تحقق النيابة:

رأينا أن شروط تحقق النيابة في الفقه الغربي هي:

١ - حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل.

٢ - في الحدود المرسومة للنيابة.

٣ - مع تعامل النائب باسم الأصيل.

فحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل هو الذي يخلع على النيابة سمتها الخاصة، فهذه إرادة شخص ينصرف أثرها إلى شخص آخر، والفقه الإسلامي في هذا متفق مع الفقه الغربي. ففيه أن

العقد يتم بعبارة النائب هو العاقد، وحكم العقد بل وحقوقه في بعض المذاهب تنصرف إلى الأصيل. وحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل هو الذي يميز بين النائب والرسول في الفقه الغربي. والفقه الإسلامي هنا أيضاً يتفق مع الفقه الغربي، فهو يميز تمييزاً واضحاً بين النائب والرسول. فالرسول لا عمل له إلا نقل عبارة المرسل، وهي تنتقل إما بالخطاب وإما بالكتاب وإما بالرسالة، والعقد بالرسالة يتم بعبارة المرسل لا بعبارة الرسول. ومن ثم لم يشترط في الرسول التمييز إذا كان قادراً قدرة مادية على نقل الرسالة، ولا يعتد في عيوب الإرادة بإرادته هو بل بإرادة المرسل: وهذا بخلاف النائب، فالعقد يتم بعبارته لا بعبارة الأصيل كما قدمنا، ويشترط فيه التمييز حتى يكون أهلاً لصدور العبارة منه، ويعتد في عيوب الإرادة بإرادته وفي النية بنيته، وفي هذا كله يتفق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي. كذلك يتفق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي في أن العبرة بأهلية الأصيل لا بأهلية النائب، فيجب أن يكون الأصيل وقت تعاقد النائب متوافراً على الأهلية اللازمة للعقد الذي باشره النائب. ويزيد الفقه الإسلامي أن الموكل يجب أيضاً أن يكون متوافراً فيه أهلية العقد وقت صدور الوكالة منه، فتوافر الأهلية فيه شرط بقاء.

ويجب أن تجري إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة، فإذا جاوز النائب هذه الحدود المرسومة، لم يكن عمله نافذاً في حق الأصيل إلا إذا كان هذا يجيزه. والإجازة تصرف قانوني صادر من جانب واحد وله أثر رجعي، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. على أنه قد يجاوز النائب حدود النيابة دون علم منه، في حالتي عزله أو موت الأصيل دون أن يعلم بالعزل أو بالموت، فيكون عمله نافذاً في حق الأصيل أو ورثته. ويتفق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي في ذلك، مع خلاف في الرأي فيما يتعلق بعلم النائب بعزله أو بموت الأصيل وقد مر بيان ذلك.

ويجب أن يتعامل النائب باسم الأصيل. فإذا تعامل باسمه الشخصي، ففي الفقه الغربي تجري أحكام النظام المعروف بالاسم المستعار، فتصرف آثار العقد الذي باشره الوكيل إلى شخصه هو لا إلى شخص الموكل، وعليه بعد ذلك أن ينقل هذه الآثار إلى الموكل بعقد جديد. أما الفقه الإسلامي فالأصل فيه أن الوكيل يضيف العقد إلى نفسه لا إلى الموكل، ولكن لا مانع مع ذلك من أن يضيف الوكيل العقد إلى الموكل. بل إن هذا واجب عليه في الإسقاطات وفي العقود التي لا تتم إلا بالقبض، فإذا أضاف الوكيل العقد إلى الموكل كانت النيابة كاملة في الفقه الإسلامي، كما تكون في الفقه الغربي. وحتى إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه، فإن النيابة في الفقه الإسلامي تبقى قائمة، بينما هي تختفي في نظام الاسم المستعار المعروف في الفقه الغربي.

الآثار التي تقرتب على النيابة:

هنا يجب التمييز بين ما إذا كان النائب يعمل باسم الأصيل أو يعمل باسمه الشخصي، أو كما يقال في الفقه الإسلامي بين ما إذا كان الوكيل قد أضاف العقد إلى الموكل أو أضافه إلى نفسه.

ففي الحالة الأولى تكون النيابة كاملة في الفقه الغربي، إذ يختفي شخص النائب، وتقوم العلاقة مباشرة بين الأصيل والعاقد الآخر. فيكسب الأصيل الحقوق المتولدة من العقد الذي باشره

النائب، وتترتب في ذمته الالتزامات التي أنشأها هذا العقد، فيطالب العاقد الآخر رأساً بهذه الحقوق ويطالبه العاقد الآخر رأساً بهذه الالتزامات. وهذا هو أيضاً شأن الفقه الإسلامي، لم يقصر عن إدراك مدى النيابة كاملاً في هذه الحالة، ولم يتخلف عن الفقه الغربي خطوة واحدة. فإن الوكيل في الفقه الإسلامي، إذا أضاف العقد إلى موكله، انصرف حكم العقد وحقوقه جميعاً إلى الموكل لا إلى الوكيل، وكانت النيابة كاملة. ومن ثم يختفي شخص الوكيل وتصبح العلاقة مباشرة بين الموكل والعاقد الآخر. ويرجع الموكل على العاقد الآخر رأساً بما كسبه من حقوق العقد كما يرجع العاقد الآخر على الموكل رأساً بما كسبه هو أيضاً من هذه الحقوق. لا فرق في كل ذلك بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي الحديث، فليس هناك شك في أن الفقه الإسلامي قد وصل بنظرية النيابة إلى أبعد مدى وصل إليه الفقه الغربي الحديث.

وفي الحالة الثانية إذا عمل النائب باسمه الشخصي لا باسم الأصيل، أو كما يقول الفقه الإسلامي إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه، فقد رأينا الفقه الغربي يقف بالنيابة عند حدود لا يجاوزها. فالأصل عنده في هذه الحالة أن آثار العقد تنصرف إلى شخص الوكيل لا إلى شخص الموكل، ومن ثم تنتفي النيابة فلا يكون الوكيل نائباً عن الموكل في تعاقد مع الغير. وتكون الوكالة هنا خالية من النيابة، وهذا ما يعرف بنظام الاسم المستعار كما سبق القول. على أن الفقه الغربي في هذه الحالة اعترف بالنيابة في فرضين استثنائيين: إذا كان العاقد الآخر يعلم أو من المفروض حتماً أن يعلم بوجود الوكالة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل، ففي هذين الفرضين ينصرف أثر العقد إلى الموكل، وتقوم العلاقة مباشرة بينه وبين العاقد الآخر، وهذا بالرغم من أن الوكيل قد عمل باسمه الشخصي. أما في الفقه الإسلامي، إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه، فإن النيابة تبقى بالرغم من ذلك قائمة، وقد أجمعت المذاهب الأربعة على أن حكم العقد في هذه الحالة ينصرف إلى الموكل لا إلى الوكيل. وفي هذا يتقدم الفقه الإسلامي على الفقه الغربي تقدماً ملحوظاً، فقد خطا خطوة لم يخطها لا الفقه الروماني ولا الفقه الغربي الحديث. أما حقوق العقد فقد اختلفت مذاهب الفقه الإسلامي في شأنها كما قدمنا، ففي المذهب الحنفي تنصرف هذه الحقوق إلى الوكيل لا إلى الموكل، وفي المذهب المالكي تنصرف إلى الوكيل أيضاً إلا إذا اشترط هذا انصرافها إلى الموكل أو كان العاقد الآخر يعلم بوجود الوكالة، وفي مذهب الشافعي والمذهب الحنبلي تنصرف إلى الموكل لا إلى الوكيل. فوصلت النيابة في المذهبين الأخيرين إلى أبعد مدى يتصور، بل لعلها جاوزت الحد المأمون كما سيجيء.

تعاقد الشخص مع نفسه:

في القانون المصري الأصل هو منع تعاقد الشخص مع نفسه، وهذا هو الأصل أيضاً في الفقه الإسلامي. فلا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه، سواء بصفته أصيلاً عن أحد الجانبين ونائباً عن الجانب الآخر، أو بصفته نائباً عن الجانبين. والأسباب واحدة في الفقهاء، فهي وحدة الإرادة وتعارض المصلحة وخروج تعاقد النائب مع نفسه عن حدود نيابته. ومن ثم جاز في التقنين المصري هذا التعاقد إذا كان بترخيص سابق أو بإذن لاحق من الأصيل. واختلفت مذاهب الفقه

الإسلامي في جواز تعاقد الوكيل مع نفسه بإذن الموكل، فالحنفية لا يجيزون هذا التعاقد ولو بإذن الموكل، وعند الشافعية رواية بعدم الجواز ورواية أخرى بالجواز، والمالكية والحنابلة يجيزون تعاقد الوكيل مع نفسه بإذن الموكل متفقين في ذلك مع التقنين المدني المصري على ما قدمنا.

ويستثنى من منع تعاقد الشخص مع نفسه في القانون المصري أن يتعاقد الأب أو الجد مع الصغير بشروط تقدم ذكرها. وفي الفقه الإسلامي يجوز كذلك تعاقد الأب أو الجد أو الوصي المختار من كليهما مع الصغير على التفصيل الذي سبق إيراد، بل إن القانون المصري قد استلهم الاستثناء الذي قال به من الفقه الإسلامي بالذات.

تقدير موقف الفقه الإسلامي من نظرية النيابة في التعاقد:

وبعد هذه الموازنة السريعة بين الفقهاء، يمكن تقدير موقف الفقه الإسلامي من نظرية النيابة في التعاقد على الوجه الآتي:

أولاً: أحسن الفقه الإسلامي كل الإحسان في صرف حكم العقد وحقوقه إلى الموكل إذا أضيف العقد إليه. فهذه نيابة كاملة، سبق فيها الفقه الإسلامي الفقه الروماني وكان هذا الفقه الأخير يقف عند حدود الرسالة لا يتعداها إلى النيابة، وضاهى الفقه الإسلامي فيها الفقه الغربي الحديث فلم يتخلف عنه خطوة واحدة.

ثانياً: وأحسن الفقه الإسلامي أيضاً كل الإحسان في صرف حكم العقد إلى الموكل حتى لو أضاف الوكيل العقد إلى نفسه، فهذه خطوة تقدم بها الفقه الإسلامي على الفقه الغربي الحديث. ففي هذا الفقه الأخير، إذا تعامل الوكيل باسمه الشخصي، ولم يكن العاقد الآخر يعلم بوجود الوكالة ولا يستوي عنده أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل، فإن حكم العقد ينصرف إلى الوكيل لا إلى الموكل، وذلك في غير ضرورة. نقول في غير ضرورة، لأن الفقه الإسلامي قد قضى حاجة الضرورة في صرف حقوق العقد في بعض مذاهبه إلى الوكيل دون الموكل، وحقوق العقد هي التي تعني العاقد الآخر الذي تعامل مع الوكيل معتقداً أنه يتعامل مع أصيل في التعاقد. فمتى انصرفت هذه الحقوق إلى الوكيل فقد استقر التعامل ولم تعد هناك حاجة إلى صرف الحكم أيضاً إلى الوكيل ثم ينقله الوكيل بعد ذلك إلى الموكل بعقد جديد كما يفعل الفقه الغربي. والسديد هو الذي فعله الفقه الإسلامي، فقد صرف حكم العقد رأساً إلى الموكل. فسبق بذلك الفقه الروماني الذي كان لا يعترف بالنيابة في هذه الحالة إلا في المديونية دون الدائنية، بل سبق أيضاً الفقه الغربي الحديث على النحو الذي سبق بيانه.

ثالثاً: أما حقوق العقد، حين يضيف الوكيل العقد إلى نفسه، فقد اختلفت في شأنها مذاهب الفقه الإسلامي كما سبق القول. فالمذهب الحنفي يمعن في الحذر، ويصرف حقوق العقد إلى الوكيل دون الموكل لأن الوكيل هو الذي تعامل معه العاقد الآخر. فهذا المذهب يفرض دائماً أن العاقد الآخر إنما أراد التعامل مع الوكيل دون الموكل ما دام الوكيل قد أضاف العقد إلى نفسه، غير ملق بالآ إلى احتمال أن يكون العاقد الآخر قد علم بوجود الوكالة وارتضى التعامل مع الموكل دون الوكيل، بل غير مفسح مجالاً للوكيل في أن يصرح للعاقد الآخر ببراءته من حقوق العقد

فتنصرف هذه الحقوق إلى الموكل ما دام العاقد الآخر قد ارتضى هذا التصريح . فإضافة الوكيل العقد إلى نفسه في المذهب الحنفي وضع مادي ، ينتج أثره القانوني مجرداً عما يحيطه من ملابسات ذاتية . وعلى النقيض من المذهب الحنفي الذي يمعن في الحذر ، يمعن مذهب الشافعي والمذهب الحنبلي في الترخص . فهما يرجعان حقوق العقد إلى الموكل ، دون أن يتحوطا لاحتمال أن يكون العاقد الآخر غير عالم بالوكالة وقد اعتمد على شخص الوكيل ، وذلك فيما عدا الرجوع بالثمن فقد جعلاً فيه الموكل أصيلاً والوكيل كفيلاً كما مر القول .

والمذهب الذي ترخص بقدر ما تحوط فكان مذهباً عملياً سديداً ، هو المذهب المالكي . فقد صرف حقوق العقد إلى الوكيل دون الموكل ، فأرضى بذلك جانب التحوط حتى لا يفاجأ العاقد الآخر بتعامله مع الموكل وهو شخص لم يعرفه وقد لا يطمئن إلى التعامل معه . ولكنه استثناء صرف هذه الحقوق إلى الموكل إذا صرح الوكيل بالبراءة منها أو إذا علم العاقد الآخر بوجود الوكالة ، فأرضى بذلك جانب الترخص . وهذه هي الغاية في السداد .

محتوى الجزء الخامس

الباب الثاني

آثار العقد

الفصل الأول

آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص

٧	الفرع الأول: العاقد أصيل بنفسه
٧	المبحث الأول: الفقه الغربي
	المطلب الأول: الخلف العام والخلف الخاص
٨	١ - الخلف العام:
٨	انصراف أثر العقد إلى الخلف العام
٩	استثناءات لا ينصرف فيها العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفاً
١٠	استثناءات لا ينصرف فيها العقد إلى الخلف العام لأنه أصبح من الغير
١١	٢ - الخلف الخاص:
١١	تحديد منطقة الخلف الخاص
١٢	متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص
١٣	الحقوق المكتملة للشيء
١٤	الالتزامات المحددة للشيء
١٤	وجوب علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات حتى تنتقل إليه
١٥	المطلب الثاني: الدائنون:
١٥	كيف ينصرف إلى الدائن أثر العقد الذي يبرمه المدين
١٦	متى يعتبر الدائن غيراً في تصرفات المدين
١٦	١ - الدعوى البولصية:
	الأساس الذي قامت عليه الدعوى البولصية وعدم الدقة في تسميتها دعوى إبطال
١٦	التصرفات - أصلها في القانون الروماني

١٧	(أ) شروط الدعوى البولصية
١٧	أولاً: الشروط التي ترجع إلى الدائن
١٧	يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء
١٨	ثانياً: الشروط التي ترجع إلى التصرف المطعون فيه
١٨	شروط ثلاث
١٨	تصرف قانوني
١٩	تصرف مفقر
١٩	تصرف تال في الوجود لحق الدائن
٢٠	ثالثاً: الشروط التي ترجع إلى المدين:
٢٠	شرطان
٢٠	الإعسار
٢١	الغش والتواطؤ
٢٣	(ب) الآثار التي تترتب على الدعوى البولصية
٢٣	أولاً: أثر الدعوى البولسية بالنسبة إلى الدائن:
٢٣	عدم مضي الدائن في الدعوى إذا استوفى حقه
٢٣	عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن:
٢٤	استفادة جميع الدائنين
٢٤	ثانياً: أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين:
٢٤	بقاء التصرف المطعون فيه قائماً
٢٤	تعارض مبدأ قيام التصرف مع مبدأ نفاذه في حق الدائن
٢٥	٢ - الإعسار
٢٥	تمهيد
٢٥	الإفلاس التجاري ومقوماته
٢٦	الإفلاس التجاري والدعوى البولصية
٢٦	الإفلاس التجاري والإعسار المدني

٢٦	تنظيم الإعسار المدني في التشريعات الحديثة
٢٧	تنظيم الإعسار في التقنين المصري الجديد
٢٧	الإعسار الفعلي والإعسار القانوني
٢٨	(أ) شهر حالة الإعسار:
٢٨	متى يجوز شهر الإعسار
٢٨	سلطة المحكمة التقديرية في شهر الإعسار
٢٨	من يطلب شهر الإعسار
٢٩	إجراءات دعوى الإعسار
٢٩	(ب) الآثار التي تترتب على حالة الإعسار:
٢٩	بالنسبة إلى المدين
٣٠	بالنسبة إلى الدائنين
٣١	(ج) انتهاء حالة الإعسار:
٣١	كيف تنتهي حالة الإعسار
٣١	ما يترتب على زوال حالة الإعسار
٣٢	المطلب الثالث: الغير:
٣٢	من هو الغير؟
٣٢	لا يسري العقد في حق الغير
٣٣	التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير
٣٣	١ - التعهد عن الغير:
٣٣	الصور العملية للتعهد عن الغير
٣٤	للغير أن يقبل التعهد أو يرفضه
٣٤	قبول الغير للتعهد
٣٥	رفض الغير للتعهد
٣٥	٢ - الاشتراطات لمصلحة الغير
٣٥	كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير - تطبيقاتها العملية

٣٧	 شروط تحقيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير
٣٨	 أحكام الاشتراط لمصلحة الغير
٤١	المبحث الثاني: آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص في الفقه الإسلامي:
٤١	 انصراف أثر العقد إلى العاقد
٤٢	المطلب الأول: الخلف العام والخلف الخاص:
٤٢	١ - الخلف العام:
٤٢	 التمييز بين الحقوق الناشئة من العقد والديون المترتبة على العقد
٤٢	 (أ) حقوق التركة:
٤٢	 انتقال الحقوق الناشئة من العقد من المورث إلى الوراث
٤٤	 الاستثناءات: ما لا ينتقل من الحقوق إلى الوراث:
٤٤	 الحقوق غير المالية
٤٥	 الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث
٤٦	 الحقوق المالية التي تتصل بمشيئة المورث لا بماله
٥١	 موقف الفقه الإسلامي من انتقال الحقوق والديون
٥٥	 (ب) ديون التركة:
٥٥	 عدم انتقال الديون المترتبة على العقد من المورث إلى الوراث
٥٦	 متى تنتقل ملكية أعيان التركة إلى الورثة
٥٧	 تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الدين:
٥٨	 المذهب المالكي
٥٩	 مذهب الشافعي
٦٠	 المذهب الحنبلي
٦٠	 المذهب الحنفي
٦١	 ما يخلص من اختلاف الرأي في هذه المسألة
٦٢	 انتقال التركة المدينة إلى الورثة في التقنين المدني المصري
٦٤	 نظام تصفية التركة في التقنين المدني المصري الجديد

٦٧	(ح) الموصى له بجزء من مجموع التركة :
٦٧	حكم الموصى له بجزء من مجموع التركة هو حكم الوارث
٦٧	تطبيق عملي
٦٨	٢ - الخلف الخاص :
٦٨	الموصى له بعين معينة
٦٩	المشتري لعين معينة
٧٠	المطلب الثاني: الدائنون :
٧٠	الأصل أن ينصرف إلى الدائن أثر العقد الذي يبرمه المدين
٧٠	متى يصبح الدائن غيراً في تصرفات المدين
٧١	١ - الحجر على المدين المفلس
٧١	المذهب الحنفي :
٧١	كيف يتم الحجر
٧٢	ما يترتب على الحجر
٧٦	المذهب المالكي :
٧٦	كيف يتم الحجر
٧٧	ما يترتب على الحجر :
٧٨	الحجر على المدين ومنعه من التصرف في ماله
٧٩	بيع مال المدين وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة
٨٢	حلول الديون المؤجلة
٨٣	استرداد البائع لعين المبيع
٨٤	مذهب الشافعي :
٨٤	كيف يتم الحجر
٨٥	ما يترتب على الحجر :
٨٥	منع المدين من التصرف في ماله
٨٧	بيع مال المدين وقسمته - عدم حلول الديون المؤجلة

- استرداد البائع لعين المبيع ٨٩
- المذهب الحنبلي: ٩١
- كيف يتم الحجر ٩١
- ما يترتب على الحجر: ٩٢
- منع المدين من التصرف في ماله ٩٢
- بيع مال المدين وقسمته - عدم حلول الديون المؤجلة ٩٣
- استرداد البائع لعين المبيع ٩٦
- مقارنة فيما بين المذاهب الأربعة في الحجر على المدين المفلس: ٩٨
- كيف يتم الحجر ٩٨
- ما يترتب على الحجر ٩٩
- مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي في الإعسار: ١٠٠
- الحجر على المدين المفلس في التقنين المدني العراقي ١٠٢
- ٢ - عدم سريان تصرف المدين الضار بحق الدائن ١٠٦
- في غير مذهب مالك تسري تصرفات المدين إلى أن يحجر عليه ١٠٦
- تقييد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله قبل الحجر عليه في مذهب مالك ١٠٦
- حالتان تسبقان حالة التفليس الخاص: ١٠٦
- مدى تقييد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله الصادرة منه قبل الحجر عليه ١٠٧
- إحاطة الدين بمال المدين ١٠٨
- التفليس العام ١١١
- الفقه المالكي يشتمل على الأسس التي تقوم عليها الدعوى البولصية ١١٣
- المطلب الثالث: الغير: ١١٤
- في الفقه الإسلامي لا يسري العقد في حق الغير ١١٤
- كيف يواجه التعهد عن الغير في الفقه الإسلامي ١١٤

١١٥	كيف يواجه الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي
١١٦	الفرع الثاني: العاقد نائب عن غيره
١١٦	المبحث الأول: النيابة في التعاقد في الفقه الغربي:
١١٦	التطور التاريخي للنيابة في التعاقد
١١٩	مصادر النيابة
١٢٠	المطلب الأول: شروط تحقق النيابة:
١٢٠	١ - حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل:
١٢٠	النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل - النائب والرسول
١٢٣	العبرة بإرادة النائب وبيئته
١٢٤	ولكن الأهلية ينظر فيها للأصيل
١٢٤	٢ - استعمال النائب إرادته في الحدود المرسومة للنيابة
١٢٤	مجازة النائب لحدود النيابة
١٢٥	إقرار الأصيل لهذه المجازة
١٢٦	٣ - تعامل النائب باسم الأصيل:
١٢٦	يجب أن يتعامل النائب باسم الأصيل
١٢٦	تعامل النائب باسمه الشخصي - الاسم المستعار أو المسخر
١٢٧	المطلب الثاني: آثار النيابة
١٢٧	العلاقة فيما بين النائب والغير
١٢٧	العلاقة فيما بين النائب والأصيل
١٢٨	العلاقة فيما بين الأصيل والغير
١٢٨	المطلب الثالث: تعاقد الشخص مع نفسه
١٢٨	تعاقد الشخص مع نفسه من الناحية الفنية
١٢٨	موقف الشرائع من تعاقد الشخص مع نفسه
١٢٩	تعاقد الشخص مع نفسه في التقنين المدني المصري والتقنينات المدنية العربية ..
١٣١	المبحث الثاني: النيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: مصادر النيابة في التعاقد:	١٣١
التمييز بين الرسول والنائب	١٣١
النيابة القانونية والقضائية والاتفاقية	١٣٢
الوكالة	١٣٢
المطلب الثاني: أحكام النيابة في التعاقد	١٣٦
تمييزان جوهريان في هذا الموضوع	١٣٦
صور مختلفة في إضافة العقد	١٣٦
١ - النائب يضيف العقد إلى الأصيل	١٣٨
الطائفة الأولى من العقود التي تجب إضافتها إلى الأصيل: الإسقاطات ...	١٣٨
الطائفة الثانية من العقود التي تجب إضافتها إلى الأصيل: العقود التي لا تثبت	
إلا بالقبض	١٤٠
غير ما تقدم من العقود تجوز فيه الإضافة إلى الموكل - ما يترتب على هذه	
الإضافة:	١٤٣
المذهب الحنفي	١٤٤
مذهب الشافعي	١٤٧
المذهب المالكي والحنبلي	١٤٨
إقرار الفقه الإسلامي للنيابة كاملة - تقدمه في إضافة العقد للموكل على الفقه	
الروماني ومحاكاته للفقه الغربي الحديث	١٤٨
٢ - النائب يضيف العقد إلى نفسه:	١٥٠
حكم العقد ينصرف إلى الأصيل وحقوق العقد توقي النائب	١٥٠
(أ) حكم العقد ينصرف إلى الأصيل:	١٥٠
إجماع المذاهب على أن حكم العقد ينصرف إلى الأصيل	١٥٠
كيف يفسر الفقه الإسلامي انصراف حكم العقد إلى الأصيل	١٥١
انصراف حكم العقد إلى الأصيل إنما يكون في الحدود المرسومة للنيابة	١٥٦
(ب) إلى من تنصرف حقوق العقد إذا أضاف النائب العقد إلى نفسه	
اخلاف المذاهب	١٥٨

١٥٨	 أولاً: المذهب الحنفي
١٥٨	١ - تنصرف حقوق العقد إلى الوكيل:
١٥٨	ما هي حقوق العقد التي تنصرف إلى الوكيل وكيف تقوم العلاقة ما بين الوكيل والموكل:
١٥٩	حقوق العقد التي ترجع إلى الثمن
١٦١	حقوق العقد التي ترجع إلى المبيع
١٦٢	كيف تقوم العلاقة بين الوكيل والموكل
١٦٤	٢ - الحكمة في انصراف حقوق العقد إلى الوكيل:
١٦٤	ترجع إلى اعتبارين: اعتبار فني واعتبار عملي
١٦٦	شرط الموكل عدم تعلق الحقوق بالوكيل باطل
١٦٧	يرجع العاقد الآخر على الوكيل إجباراً
١٦٧	لا تنصرف حقوق العقد إلى النائب إذا كان محجوراً
١٦٩	تنصرف حقوق العقد إلى النائب إذا كان الأصيل محجوراً
١٧٠	جواز قيام علاقة مباشرة بين الموكل والعاقد الآخر
١٧١	ثانياً - المذاهب الثلاثة الأخرى غير المذهب الحنفي:
١٧١	المذهب المالكي:
١٧١	أحكامه
١٧٢	النصوص الفقهية
١٧٣	مذهب الشافعي
١٧٣	أحكامه
١٧٥	النصوص الفقهية
١٧٦	المذهب الحنبلي:
١٧٦	أحكامه
١٧٦	النصوص الفقهية
١٧٧	يد الوكيل يد أمانة في المذاهب الثلاثة

- ١٧٨ موازنة بين المذاهب الأربعة فيمن تتعلق به حقوق العقد
- ١٧٩ المطلب الثالث - تعاقد الشخص مع نفسه :
- ١٧٩ القاعدة العامة منع تعاقد الشخص مع نفسه
- ١٨٠ النصوص الفقهية
- ١٨٢ الاستثناء جواز تعاقد الشخص مع نفسه
- ١٨٣ النصوص الفقهية
- ١٨٤ موازنة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي في نظرية النيابة في التعاقد
- ١٨٤ موازنة بين الفقهاء في المسائل الرئيسية لنظرية النيابة في التعاقد :
- ١٨٤ شروط تحقق النيابة
- ١٨٥ الآثار التي تترتب على النيابة
- ١٨٦ تعاقد الشخص مع نفسه
- ١٨٧ تقدير موقف الفقه الإسلامي من نظرية النيابة في التعاقد

مصادر الحق
في
الفقه الإسلامي
(٦)

مصا^در الحق ف^ي الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالفقه الغربي

الجزء السادس

أثر العقد بالنسبة إلى الموضوع - زوال العقد

ألقاها

الدكتور عبد الرزاق السنهوري

(توفي عام ١٩٧١ م)

(على طلبة قسم الدراسات القانونية)

١٩٥٤ - ١٩٥٣

طبعة مبررة منقحة مضمنة بغير

مكتب التحقيق بدراميل التراث العربي

دار إحياء التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي

بيروت - لبنان

حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الأولى

DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI

Publishing & Distributing

دار إحياء التراث العربي

للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف ٢٧٢٦٥٢ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٧٨٢ - ٢٧٢٧٨٣ فاكس ٨٥٠٧١٧ - ٨٥٠٦٢٢ ص.ب. ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box; 7957/11

خطة البحث

المسائل التي يتناولها هذا الموضوع متناثرة في نواحي الفقه الإسلامي المتفرقة. لا يجمعها باب واحد. وخطة البحث التي نسير عليها هنا هي خطة الفقه الغربي. وهي الخطة التي ألفنا السير عليها. والضرورة هنا أشد، فإن الفقه الإسلامي لم تجتمع فيه أطراف هذه المسائل كما نراها مجتمعة في الفقه الغربي.

فنتولى في فصلين متعاقبين بسط ما يترتب على العقد من الآثار: (أولاً) بالنسبة إلى الأشخاص و(ثانياً) بالنسبة إلى الموضوع.

الفرع الأول

العقد يلزم العاقدين بما ورد فيه

المبحث الأول

ما يلزم العاقدين بالعقد

في الفقه الغربي

تحديد موضوع التعاقد:

لا يلتزم العاقد إلا بما ورد في العقد. وقد يرى القاضي العقد في حاجة إلى التفسير، فإذا فسره وجب عليه بعد ذلك أن يحدد نطاقه ليبين مدى ما أنشأ من الالتزامات. ثم وجب على العاقد أن يقوم بالتزاماته كما تحددت في العقد دون نقص أو زيادة، لأن العقد شريعة المتعاقدين. فنتكلم إذن في مسألتين: (١) تفسير العقد وتحديد نطاقه (٢) إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين.

المطلب الأول

تفسير العقد وتحديد نطاقه

التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه:

أول ما يعرض للقاضي في شأن العقد هو تفسيره إذا كان في حاجة إلى تفسير، وتفسير العقد هو استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين. فإذا فرغ القاضي من التفسير، انتقل إلى تحديد نطاق العقد. فلا يقتصر في هذا التحديد على النية المشتركة للمتعاقدين، بل يجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام. ونستعرض أولاً كيف يفسر القاضي العقد، ثم نستعرض كيف يحدد نطاقه.

١ - تفسير العقد

حالات التفسير الثلاث:

العقد، من حيث التفسير ما له حالات ثلاث:

- (أ) فإما أن تكون عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها. وتنص الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) من التقنين المدني المصري في هذا الصدد على أنه: «إذ كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين».
- (ب) وإما أن تكون عبارة العقد غير واضحة، فتكون في حاجة إلى التفسير، ويجب في

تفسيرها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين. وتنص الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من التقنين المدني المصري في هذا الصدد على ما يأتي: أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات».

(ح) وقد يقوم، بعد محاولة القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين لتفسير عبارة العقد غير الواضحة. شك في تبين هذه الإرادة. وعند ذلك يفسر الشك لمصلحة المدين في غير عقود الإذعان. وفي هذا تقول المادة (١٥١) من التقنين المدني المصري: «١ - يفسر الشك في مصلحة المدين. ٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى».

ونبحث على التعاقب كلا من هذه الحالات الثلاث.

(أ) عبارة العقد واضحة

العبارة واضحة والإرادة واضحة:

إذا كانت عبارة العقد واضحة، افترض القاضي أن هذه العبارة الواضحة تترجم بأمانة عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فتكون هذه الإرادة هي أيضاً واضحة. وفي هذه الحالة لا يجوز للقاضي، بحجة أنه يفسر العقد، أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارة إلى معنى آخر. ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسخاً وتشويهاً، مما يوجب نقض الحكم.

العبارة واضحة والإرادة غير واضحة:

على أن القاضي قد يجد نفسه في حاجة إلى تفسير العبارة الواضحة للعقد، مهما بلغ وضوحها، وسلس معناها، وارتفع عنها اللبس والإبهام. ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة، فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساء استعمال هذا التعبير الواضح، فقصدوا معنى وعبراً عنه بلفظ لا يستقيم في هذا المعنى. ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ، بل يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان.

ولكن لا يجوز للقاضي أن يفعل ذلك إلا بشرطين: (الشرط الأول): هو أن يفرض باديء الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان، فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعاني إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك. ويستخلص من هذا أن القاضي يأخذ باديء الأمر بالإرادة الظاهرة، وهذه الإرادة هي المعنى الواضح للعبارة الواضحة. ولكنه لا يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا على أساس أن هذه الإرادة هي ذات الإرادة الباطنة. فإذا قام دليل على أن هناك تغايراً ما بين الإرادتين، وجب أن يأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة. (والشرط الثاني): هو أن القاضي إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعاني لقيام أسباب تبرر ذلك،

وجب عليه أن يبين في حكمه هذه الأسباب، ولمحكمة النقض الرقابة على محكمة الموضوع في ذلك، من طريق الرقابة على تسبيب الحكم. فلمحكمة الموضوع أن تعدل عن المدلول الظاهر لعبارة العقد الواضحة، بشرط أن تبين في أسباب حكمها ثم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذي اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت في تفسيرها باعتبار مقبولة يصح عقلاً استخلاص ما استخلصته منها. فإن قصر حكمها في ذلك، كان باطلاً لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التي يجب قانوناً أن يبنى عليها.

(ب) عبارة العقد غير واضحة

البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين:

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من التقنين المدني المصري تقول: «أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ».

أما أنه لا يجوز الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ فواضح. وإذا كنا لا نقف عند هذا المعنى وعبارة العقد واضحة على النحو الذي رأيناه، فأولى ألا نقف عنده وعبارة العقد غير واضحة لا تنصرف إلى معنى واحد، بل تحتل معاني مختلفة. وأما أن العبرة إنما تكون بالإرادة المشتركة للمتعاقدين لا بالإرادة الفردية لكل منهما، فهذا واضح أيضاً، لأن الإرادة المشتركة هي التي التقى عندها المتعاقدان فهي التي يؤخذ بها دون اعتداد بما لأي متعاقد منهما من إرادة فردية لم يتلاق مع المتعاقد الآخر فيها.

ولكن أين نجد هذه الإرادة المشتركة أو النية المشتركة؟ من الفقهاء من يذهب إلى أن النية المشتركة للمتعاقدين تتمثل في الإيجاب الموجه من الموجب إلى الطرف الآخر، مفهوماً على النحو الذي أخذ به الطرف الآخر أو كان يستطيع أن يأخذ به. فالإيجاب يصدر من الموجب، ويتلقاه الطرف الآخر، ويفهمه أو كان يستطيع أن يفهمه على نحو معين. فهذا الفهم الحاصل فعلاً أو المستطاع تحصيله هو الذي نقف عنده، لأنه هو القدر المتيقن الذي تلاقى عنده المتعاقدان. وعيب هذا الرأي أنه يفترض أن التعاقد يتم عن طريق تعبير تام نهائي، يتلقاه من وجه إليه هذا التعبير. ولكن الذي يقع في العمل غير ذلك، فالمتعاقدان يتفاوضان، ويتساومان، ويتبادلان تعبيرات غير نهائية، ثم ينتهيان آخر الأمر إلى تعبير واحد يرتضيانه معاً. ولسنا نعلم من منهما صاحبه، فهو ثمرة مفاوضات دارت بينهما، ولكل منهما نصيبه فيه. ويذهب سالي الفقيه الفرنسي المعروف إلى أن الإرادة المشتركة هي الإرادة القانونية التي يجمع القاضي عندها إرادة كل من المتعاقدين، بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين، دون أن يضحي إحداهما لمصلحة الأخرى. وظاهر أن هذا الرأي يستبدل بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين إرادة ليست لهما، بل هي إرادة من صنع القاضي هو الذي يقوم بنسج خيوطها، ثم يفرضها عليهما فرضاً.

والأولى ألا ننحاز لرأي من هذين الرأيين، وأن نستبقي للمسألة بساطتها الأولى. فنقول: إن

الأمر لا يعدو أن يكون هناك مظهر خارجي للتعبير عن إرادة مشتركة للمتعاقدين، أي إرادة ظاهرة المفروض فيها أنها تكشف عن إرادة باطنة فإذا لم يقم دليل على غير ذلك، وجب أن نستخلص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين - وهي النية المشتركة التي تبحث عنها - من هذه الإرادة الظاهرة، عن طريق معايير تستهدي بها هي التي نتولى الآن الكلام فيها.

العوامل التي يستهدي بها القاضي للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين:

يمكن التمييز بين عوامل يفسر بها القاضي عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ونسُميها بالعوامل الداخلية، وأخرى يفسر بها العقد وهي خارجة عنه ونسُميها بالعوامل الخارجية.

فمن العوامل الداخلية طبيعة المعاملة، إذ العقد يفسر بحسب طبيعته، وإذا احتملت العبارة معاني مختلفة اختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد، فإذا اشترط المعير في عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشيء أو مثله، لم يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادا عارية استهلاك، بل قصد المعير أن يلزم المستعير في حالة هلاك الشيء برد مثله يدفع تعويضاً، وإذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه في الميراث، فسر ذلك بأنه ينزل عن جميع حقوقه في التركة حتى لو كان بعض هذه الحقوق مجهولاً منه، ولكن لا يشمل التخارج حقوقاً موروثاً من تركة أخرى. ومن العوامل الداخلية أيضاً ما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، والأمانة واجب على المتعاقد والثقة حق له. فمن وجه إليه إيجاب يحب أن يفهم عبارته لها تقتضيه الأمانة في التعامل، فإذا كان هناك خطأ في التعبير أو لبس واستطاع أن يتبين ذلك أو كان يستطيع أن يتبينه، فالأمانة في التعامل تقضي عليه ألا يستغل ما وقع من إيهام في التعبير. ويقابل هذا الواجب حق، فلمن وجه إليه الإيجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذي قصد إليه الموجب. وقد جاء في التقنين المدني الفرنسي ذكر بعض العوامل الداخلية التي يستأنس بها القاضي في تفسير العقد، لا على سبيل الإلزام بل على سبيل الإرشاد. ومن ذلك ما إذا تحملت العبارة أكثر من معنى واحد فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً قانونياً (م ١١٥٧ مدني فرنسي)، إذ إعمال الكلام خير من إهماله. فإذا سلم شخص لآخر أرضاً مملوكة له في مقابل دين، واشترط الدائن أن يستولي على ريع الأرض في نظير الفوائد، وألا يرد الأرض إلى صاحبها إلا عند سداد الدين، وفسر هذا العقد بأنه غاروقة إذ هو يجمع خصائصها، فإنه لا ينتج أثراً قانونياً إذ الغاروقة قد ألغيت بإلغاء الأراضي الخراجية. فيفسر على أنه رهن حيازة، ولا يسمح للدائن أن يستولي من الريع على ما يزيد على الحد الأقصى الذي يجوز الاتفاق عليه في الفوائد. ومن هذه العوامل أيضاً أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً (م ١١٦١ مدني فرنسي)، فقد تكون هناك عبارة مطلقة، فتحددها عبارة سابقة أو لاحقة، وقد تقرر العبارة أصلاً، يرد عليه استثناء يذكر قبلها أو بعدها. وقد تكون العبارة مبهمة. وتفسرها عبارة وردت في موضع آخر. فإذا باع شخص مفروشات منزله، وعين هذه المفروشات في مكان آخر من العقد، فإن خصوص العبارة الثانية يحدد من عموم العبارة الأولى، إذ الخاص يقيد العام. وإذا قام التناقض بين عبارتين، اجتهد القاضي في التوفيق بينهما، فإن لم يستطع اختار العبارة التي يظهر له أن المتعاقدين كانا يريدانها

دون الأخرى، ومن هذه العوامل الداخلية أخيراً أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم (م ١١٦٤ مدني فرنسي)، فإذا باع شخص أرضاً زراعية وكان من توابعها مواش خصصت بالذكر في عقد البيع، فليس هذا معناه أن المواشي وحدها هي التي تدخل ضمن الشيء المبيع، بل كل التوابع الأخرى من آلات زراعية ومبان ومخازن وغير ذلك تدخل أيضاً، أما تخصيص المواشي بالذكر فقد يكون لأن المتعاقدين خشياً أن يقوم في شأنها شك أو لأنهما يعلقان أهمية خاصة عليها بأفرادها بالذكر.

ومن العوامل الخارجية التي يفسر بها العقد العرف الجاري في المعاملات والطريقة التي ينفذ بها العقد. فالعقد يفسر طبقاً لما يقتضيه العرف الجاري في التعامل، فالعرف مثلاً يقضي أن يكون أجر السمسار ٥، ٢٪ من قيمة الصفقة، والعرف معتبر بوجه خاص في المسائل التجارية وعقود التأمين والحساب الجاري ونحو ذلك. وقد تتضح إرادة المتعاقدين الطريقة التي ينفذ بها العقد، فإذا اعتاد المستأجر مدة كافية من الزمن أن يدفع الأجرة في محل المؤجر، فسر القاضي العقد بأنه يقضي بأن تكون الأجرة واجبة الدفع في موطن الدائن لا في موطن المدين، خلافاً لما تقضي به القواعد العامة.

(ح) قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين

يفسر الشك في مصلحة المدين - مبررات هذه القاعدة:

تنص الفقرة الأولى من المادة (١٥١ مدني) على أنه «يفسر الشك في مصلحة المدين» ويبرر هذه القاعدة الاعتبارات الآتية:

أولاً: الأصل براءة الذمة والالتزام هو الاستثناء، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه. هذا إلى أن النية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم إلى أضيق مدى تتحملة عبارات العقد، فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادته وإرادة الدائن إلا في حدود هذا المدى الضيق.

ثانياً: الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام، فإذا كان هناك شك في تحديده مدى الالتزام، وأراد الدائن أن يأخذ بمدى واسع، كان عاجزاً عن إثبات ذلك. فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق، لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل.

ثالثاً: الالتزام يمليه الدائن لا المدين، فإذا أمره مبهماً يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه، ووجب أن يفسر الالتزام في مصلحة المدين إذا كان في مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحاً. وهذا الاعتبار يبرر في الوقت ذاته كيف أن الالتزام يفسر لمصلحة الطرف المدعى ولو كان دائناً، إذ أن الطرف الآخر هو الذي يملى عليه العقد.

نطاق تطبيق القاعدة:

لا بد أن يكون هناك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، بأن يتراوح التفسير بين وجوه متعددة ولا ترجيح لوجه على وجه، أما إذا استحال التفسير، ولم يتبين أي وجه يفسر به العقد، فالعقد غير موجود. كذلك إذا أمكن ترجيح وجه على وجه مهما كان الترجيح عسيراً،

فالشك منتف، ووجب الأخذ بالوجه الراجح.

ويرد على القاعدة استثناء ورد في الفقرة الثانية من المادة (١٥١) من التقنين المدني المصري على الوجه الآتي: «ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى». فيجب إذن أن يكون التفسير لمصلحته دائماً، ولو كان دائماً. فعقد التأمين مثلاً يفسر دائماً، في الالتزامات التي يترتب في ذمة شركة التأمين، لمصلحة المؤمن له لا لمصلحة الشركة.

تطبيقات القاعدة:

إذا كان هناك شك في وجوب إعذار المدين، فسر الشك في مصلحته ووجب الإعذار. وإذا قام شك فيما إذا كان الشرط الجزائي مستحقاً في حالة التأخر عن التنفيذ أو هو غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ، فسر الشك في مصلحة المدين ولا يكون الشرط الجزائي مستحقاً إلا في حالة عدم التنفيذ وإذا اشترطت العمولة عند تمام كل صفقة ولم يذكر متى تدفع، كان الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها.

٢ - تحديد نطاق العقد

العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد نطاق العقد:

لا يقتصر القاضي، كما قدمنا، في تحديد نطاق العقد على الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين كما يفعل في تفسير العقد، بل يضيف إلى ذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد. وأهم العوامل التي يسترشد بها في تحديد هذه المستلزمات هي: ١ - طبيعة الالتزام ٢ - القانون في أحكامه التكميلية والمفسرة ٣ - العرف ويضاف إليه الشروط المألوفة في التعامل (clauses de style) ٤ - العدالة.

طبيعة الالتزام:

يستكمل القاضي نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة. فمن باع عيناً يعتبر أنه باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقاً لما تقتضي به طبيعة الأشياء. ومن باع حقاً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إليه ما يكفله ويؤيده، كرهن وكفالة ودعوى ضمان. ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الإضافية التي لا غنى عنها في تسيرها ومن باع متجراً وجب عليه أن يسلم للمشتري السجلات التي تبين ما على المتجر من ديون وما له من حقوق وما يتصل به من عملاء. وعقد العمل يقتضي أن يضمن رب العمل سلامة العمال، وعقد نقل الأشخاص يقتضي أن يضمن أمين النقل سلامة الأشخاص الذي ينقلهم من مكان إلى مكان.

القوانين التكميلية والمفسرة:

وهذه القوانين تعين القاضي على استكمال نطاق العقد. ذلك أن المتعاقدين يتركان في الغالب بعض تفاصيل التعاقد، إما لأنهما لم يتوقعاها، وإما اعتماداً على أحكام القانون. وهنا

تأتي الأحكام القانونية تكمل العقد. فإذا أغفل المتبايعان تعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه، أو ميعاد الوفاء بالثمن ومكانه، أو ما يلزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعيوب خفية، فكل هذه المسائل يبين القانون أحكامها في نصوص عقد البيع، وتكون هذه الأحكام جزءاً من العقد.

العرف والشروط المألوفة:

العرف يجري مجرى القانون بوجه خاص في المسائل التجارية والبحرية ويتصل بالعرف الشروط المألوفة في التعامل، فتضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه وإن لم تدرج فعلاً، وهي شروط أكثر تحديداً من العرف. مثل ذلك ما جرت به العادة في الفنادق والمطاعم والمقاهي من أن تضاف إلى حساب العميل نسبة مئوية تنفع بها الخدم، فهذا شرط ينفذ حتى لو لم يذكر ذلك للعميل وحتى لو لم يره مكتوباً.

العدالة:

وقد يسترشد القاضي بقواعد العدالة في استكمال شروط العقد لتحديد نطاقه. فالبائع يجب عليه أن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق المبيع مستحيلاً أو عسيراً، وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد. وبائع المتجر يلتزم نحو المشتري ألا ينافسه منافسة غير مشروعة ينتزع بها منه عملاء المتجر. والعامل الفني إذا عمل في مصنع فاطلع على أسراره الصناعية بحكم عمله يلتزم ألا ييوح بهذه الأسرار لمصنع منافس، ولو لم يشترط عليه ذلك. وفي عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتسب عن شركة التأمين ما أصيب به من أمراض خطيرة خفية، إذا كان من شأنها أو تؤثر في التبعة التي تتحملها الشركة.

المطلب الثاني

إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

(العقد شريعة المتعاقدين)

القاعدة العامة والاستثناء منها:

إذا فسر القاضي العقد وحدد نطاقه، عرضت بعد ذلك مسألة تنفيذ العقد^(١) والقاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه نطاقه، دون تعديل فيه إلا ما اتفق عليه المتعاقدان أو نص عليه القانون. والاستثناء ما تقضي به نظرية الحوادث الطارئة من جواز تعديل القاضي للعقد. فنبحث القاعدة العامة، ثم الاستثناء.

(١) ففي تفسير العقد يبحث القاضي عن النية المشتركة للمتعاقدين. وفي تحديد نطاق العقد يضيف إلى هذه النية المشتركة ما لم تناوله في الواقع ولكنه يعتبر من مستلزماتها. وفي تنفيذ العقد يجعل هذه النية المشتركة، بعد أن يضيف إليها مستلزماتها، وهي شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما وجهه حسن النية.

١ - تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه

العقد شريعة المتعاقدين:

ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانوناً، لأن العقد له شأن القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين، بل هو ينسخ القانون في حدود النظام العام والآداب، وقد رأينا أن أحكام القانون التي تدخل في هذه الحدود ليست إلا أحكاماً تكميلية لإرادة المتعاقدين. فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما حتى في نطاق هذه الأحكام التكميلية، سرى عليهما ما أَراده لأنه هو الأصل» واختفت الأحكام التكميلية لأن البديل يتوارى إذا ظهر الأصل.

وإذا كان العقد شريعة المتعاقدين فليس هذا معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق، فهناك وجوه شبه كما أن هناك وجوه خلاف. أما وجوه الشبه، ففي أن كلا منهما ملزم. وفي أن كلا منهما يجوز أن يخرج على قانون أو على عرف، وفي أنه يجوز حل العقد كما يجوز إلغاء القانون بعين الطريقة التي صنع بها كل منهما، وفي أن العقد يفسر كما يفسر القانون طبقاً لمقتضيات العدالة وحسن النية. وأما وجوه الخلاف، ففي أن العقد لا يجوز أن يخرج على قانون يعتبر من النظام العام، أما القانون فيلغي قانوناً آخر مثله لو كان معتبراً من النظام العام. وتفسير العقد - إذا أخذنا بالإرادة الباطنة - مسألة موضوعية، أما تفسير القانون فمسألة قانونية تخضع لرقابة بمحكمة النقض.

فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون:

لا يجوز نقض العقد ولا تعديله بإرادة يستقل بها أحد الطرفين، إلا في الحدود التي يقرها القانون. كما لا يجوز للقاضي نقض العقد ولا تعديله بحجة العدالة، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين دون أن تنسخها.

ويجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين، ويحصل هذا الاتفاق إما عند النقض أو التعديل، وإما عند التعاقد منذ البداية فيتفقان على إعطاء هذا الحق لأحدهما أو لكليهما.

وقد يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقره القانون. فهناك عقود ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإلغائها، كالوكالة والوديعة والشركة والإيجار وعقد العمل إذا كانت هذه العقود الثلاثة الأخيرة غير محددة المدة. وقد ينص القانون في بعض الأحوال الاستثنائية على جواز تعديل القاضي للعقد نزولاً عند اعتبارات عادلة، كما فعل في جواز تعديل الشرط الجزائي، وفي جواز منح المدين نظرة الميسرة، وفي جواز الرجوع في الهبة، وفي جواز تعديل أجر الوكيل، وفي جواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وهي نظرية الحوادث الطارئة وسنعود إلى تفصيلها.

ولكن يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية:

عندما يلزم القاضي المتعاقدين بتنفيذ العقد، يقتضي منهما أن ينفذهما بطريقة تتفق مع ما

يوجب حسن النية، فالمقاول إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء يجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقرب طريق ممكن، وأمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح.

وهناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية في صورة التزام بالتعاون، وهو التزام يقضي على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه في تنفيذ العقد. ففي عقد الشركة واجب التعاون ما بين الشركاء في تنفيذ العقد أمر ملحوظ، حتى إن القانون يجيز حل الشركة لو أدخل أحد الشركاء بهذا الواجب. وفي عقد التأمين يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يخطر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد، وأن يبذل ما في وسعه للتخفيف من الضرر المؤمن عليه إذا وقع. ويقضي واجب التعاون على الناشر أن يخطر المؤلف بما تم في بيع كتابه. وعلى المشتري أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع في وقت ملائم، وإذا كشف عيباً في المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به في مدة معقولة. ويجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف عيب فيها أو يقع اغتصاب لها أو يعتدي عليها أجنبي. وعلى الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة، وعلى أي وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال إلى بداها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف.

مشمولات العقد - تقسيم العقود بالنسبة إلى مشتملاتها:

والفقه الغربي يعرف العقود المسماة كل عقد باسمه، ولكنه يعرف إلى جانب ذلك نظرية عامة للعقد تسري أحكامها على العقود المسماة والعقود غير المسماة.

وطبقاً للنظرية العامة للعقد، ينشئ العقد التزامات في جانب المتعاقدين. والالتزام يوجب على المدين به نحو الدائن أن ينقل له حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل. فالبائع يلتزم نحو المشتري أن ينقل له ملكية المبيع، وأن يسلمه إياه، وأن يمتنع عن التعرض، وأن يضمن الاستحقاق والعيوب الخفية، وكل عقد آخر لا تعدو مشتملاته الواجبة التنفيذ ما قدمناه من الالتزام بنقل حق عيني أو الالتزام بالامتناع عن عمل.

ويقسم الفقه الغربي عادة العقود المسماة بالنظر إلى مشتملاته إلى عقود ترد على الملكية وهذه هي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح، وإلى عقود ترد على المنفعة وهذه هي الإيجار والعارية، وإلى عقود ترد على العمل وهذه هي المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة، وإلى عقود غرر وهذه هي المقامرة والرهان والإيراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين، وإلى عقود توثيق وهذه هي الكفالة والرهن الرسمي ورهن الحيازة.

وسنرى أن الفقه الإسلامي في مراجعه القديمة لا توجد فيه نظرية عامة للعقد، بل هو يستعرض العقود المسماة عقداً عقداً، وعلى الباحث أن يستخلص النظرية العامة للعقد من بين الأحكام المختلفة لهذه العقود المسماة، فيقف عند الأحكام المشتركة التي تسري على الكثرة الغالبة من هذه العقود.

٢. نظرية الحوادث الطارئة

وضع النظرية:

نفترض هذه النظرية أن عقداً يتراخى تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال كعقد توريد، وعند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت تغيراً فجائياً لحادث لم يكن في الحسبان، بحيث يختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً. وليكن الحادث خروج السلعة التي تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، فيرتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً، بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد يتهدهده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف. ولو أن هذا الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، لكان قوة قاهرة، ولانقضى به الالتزام، ولو أنه لم يكن من شأنه إلا أن يجعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف، لما كان له من أثر، ولا لزم المدين التزامه تنفيذاً كاملاً. ولكننا نفرض من جهة أن تنفيذ الالتزام لم يصبح مستحيلاً، ونفرض من جهة أخرى أن تنفيذه يعود بخسارة على المدين تخرج عن الحد المألوف. ثم نفرض أن هذا كله لم يكن قائماً وقت نشوء العقد، بل جدّ عند تنفيذه، إذ لو كان قائماً وقت نشوء العقد لبقينا في نطاق تكوين العقد ولم نخرج إلى نطاق تنفيذه، ولكان علينا أن نلتمس العلاج في عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال أو في نظرية عقود الإذعان.

فماذا يكون الحكم في المثل الذي أسلفناه؟ تقول نظرية الحوادث الطارئة: لا ينقضي التزام المدين لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة، ولا يبقى التزامه كما هو لأنه مرهق، ولكن يرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه، يطيقه بمشقة ولكن في غير إرهاق.

ونبحث: (أ) التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة (ب) كيف أخذ التقنين المدني المصري ومعه التقنينات المدنية العربية الأخرى بهذه النظرية.

(أ) التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة

النظرية في العصور الوسطى:

ظهرت النظرية في العصور الوسطى في القانون الكنسي، فقد كان رجال الكنيسة يرتبون أثراً قانونياً عن الحادث الطارئ الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين. وقامت الصياغة الفنية للنظرية في القانون الكنسي على أساس قاعدة تغير الظروف (rebus sic stantibus)، فالعقد يفترض فيه شرط ضمنى هو أن الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير تغييراً جوهرياً فإذا ما تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائزاً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغير المفاجئ في الظروف الاقتصادية.

النظرية في القانون الحديث - اندثارها في القانون الخاص:

ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال قوته الملزمة، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضا الآخر، لم تلبث النظرية أن انتكصت على أيدي المدنيين من رجال القانون الفرنسي القديم متأثرين في ذلك بالقانون الروماني. وثبت القانون

المدني الحديث على الموقف، فلم يقر النظرية، لا فقهاً - على خلاف في الرأي - ولا قضاءً .

أما في الفقه فقد انبرى لتأييدها بعض الفقهاء على أسس مختلفة قام بتنفيذها خصوم النظرية . فمن الفقهاء من جعلها تقوم على أساس المبدأ القاضي بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح التزام هذا مرهقاً لظروف طارئة لم تكن في حسبانها، ولكن خصوم النظرية يردون بأن حسن النية يقضي بأن ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه لا أن يعدل القاضي هذا الاتفاق فيفتح الباب واسعاً للتحكم . ومن الفقهاء من فسر النظرية في ضوء المبدأ القاضي بأن المدين في التزام تعاقدى لا يدفع تعويضاً إلا عن الضرر المتوقع، فلا يجوز إذن أن يحاسب المدين عن ظروف طارئة سببت ضرراً جسيماً لم يكن متوقعاً وقت التعاقد، ويرد الخصوم بأن هذا حكم لا يطبق إلا عند عدم تنفيذ العقد، لا عند تنفيذه كما هي الحال في نظرية الظروف الطارئة . وقيل : إن النظرية ترجع إلى مبدأ الإثراء بلا سبب، فالقاضي بتعديله العقد المرهق يمنع الدائن من أن يثرى على حساب المدين . ويرد على ذلك أن الدائن لم يثر بلا سبب، بل إن هناك سبباً لإثرائه وهو العقد . وقيل : أخيراً إن نظرية الحوادث الطارئة يمكن إسنادها إلى مبدأ التعسف في استعمال الحق، فالدائن يتعسف في استعمال حقه إذا طالب المدين بتنفيذ التزام أصبح مرهقاً لظروف طارئة لم يكن أحد يتوقعها . ويرد خصوم النظرية بأن الدائن قد أراد بتعاقد يتراخى مدة من الزمن . أن يستوثق من حقه طوال هذه المدة، فإذا تغيرت الظروف وطالب بحقه الذي استوثق منه بالتعاقد كان متبصراً لا متعسفاً، ثم تقول جمهرة رجال الفقه إن نظرية الحوادث الطارئة مكانها هو التشريع، فإذا جددت أحوال تقتضي تدخل المشرع عولجت بالتشريع المناسب ويقدر الحاجة . وهذا ما فعله المشرع في مصر وفي فرنسا على أثر الحربين العالميتين في تأجيل الديون وفي عقود الإيجار وفي تحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية وفي بعض العقود التجارية .

أما القضاء فلم يقر النظرية، لا في فرنسا ولا في مصر . وقد أبت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقداً يرجع إلى القرن السادس عشر، حيث كان متفقاً أن تروي مياه ترعة الأراضي المجاورة بمقابل أصبح بعد أن تغيرت الظروف الاقتصادية تافهاً كل التفاهة . وأبت أيضاً أن تعدل عقود التأمين من خطر التجنيد وقت أن كانت الجندية في فرنسا بالاقتراع، ثم زيد عدد الجيش زيادة كبيرة مما جعل التجنيد أكثر احتمالاً، فزاد الخطر الذي تتعرض له شركات التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث الطارئ، واضطرد القضاء المصري المختلط في هذا المعنى، فعنده أن الالتزام إذا كان تنفيذه ممكناً وجب القيام به حتى لو كان مرهقاً للمدين . وقد كانت محكمة استئناف مصر الوطنية أخذت بنظرية الظروف الطارئة في حكم لها معروف . ثبت فيه من وقائع الدعوى أن مصلحة الحدود تعاقدت مع شخص على أن يورد لها كمية من الذرة العويجة بسعر معين، فورد بعض ما تعهد به، ثم ارتفع السعر على أثر إلغاء التسعيرة الجبرية من جنيهين وربع إلى ما فوق الخمسة الجنيهات (استئناف مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٢ - ٥٦٣) . ولكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم، ورفضت الأخذ بالنظرية (نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة محمود عمر ١ رقم ٣٢ - ٥٢، وانظر أيضاً نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة

محمود عمر ٥ رقم ٣٠٠ - ٤٣٥).

ازدهار النظرية في القانون العام:

على أن نظرية الظروف الطارئة، بالرغم من اندثارها في القانون الخاص، ازدهرت في القانون العام. وقد بدأت في القانون الدولي العام شرطاً ضمنياً مفروضاً في المعاهدات الدولية، فهي تنقضي بتغير الظروف (rebus sic stantibus). ثم انتقلت من القانون الدولي العام إلى القانون الإداري. وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي وافت مجلس الدولة الفرنسي للأخذ بها في قضية معروفة، ثبت فيها أن شركة الغاز في مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين، ثم ارتفع السعر عقب نشوب الحرب من ٢٨ فرنكاً للطن في سنة ١٩١٣ إلى ٧٣ فرنكاً في سنة ١٩١٥. لما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد، ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإداري في هذا المعنى.

وقد أخذ القضاء الإداري دون القضاء المدني بنظرية الحوادث الطارئة لسببين:

١ - لأن القضية التي تعرض على القضاء الإداري تتصل اتصالاً وثيقاً بالصالح العام، فهي تتعلق بالمرافق العامة. ولذلك يحرص القضاء الإداري على أن يوفق في أحكامه بين التطبيق الصحيح للقواعد القانونية وبين مقتضيات المصلحة العامة.

٢ - ولأن القضاء الإداري غير مقيد بنصوص تشريعية كالتقنين المدني فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع.

ظهور النظرية أخيراً في القانون الخاص:

على أن نظرية الظروف الطارئة أخذت تظهر أخيراً حتى في دائرة القانون الخاص، فبدأت تظهر في التقنيات الحديثة.

ظهرت في تقنين الالتزامات البولوني، فهو أول تقنين حديث اشتمل على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة. فقد نص في المادة (٢٦٩) منه على ما يأتي: «إذا جدّت حوادث استثنائية، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية، فأصبح تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد، جاز للمحكمة، إذا رأت ضرورة لذلك، تطبيقاً لمبادئ حسن النية، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام، أو أن تحدد مقداره، بل وأن تقضي بفسخ العقد».

ثم تلى تقنين الالتزامات البولوني التقنين المدني الإيطالي الجديد، فنص في المادة (١٤٦٧) منه ما يأتي: «في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل، إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف استثنائية، جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد، وللمتعاقدين الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة».

وثالث التقنيات الحديثة التي اشتملت على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة هو التقنين المدني المصري الجديد، فنصت الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) منه على ما يأتي: «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها. وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك». وتبع التقنين المدني المصري في هذا الطريق التقنين المدني السوري (م ٢/١٤٨)، ثم التقنين المدني العراقي (م ٢/١٤٦)، ثم التقنين المدني الليبي (م ٢/١٤٧)^(١).

(ب) نظرية الحوادث الطارئة في التقنين المدني المصري الجديد

وفي التقنيات المدنية العربية الأخرى

شروط تطبيق النظرية:

لنظرية الحوادث الطارئة شروط أربعة نبسطها فيما يلي، ولم يأخذ التقنين المدني المصري بالشرط الأول منها:

أولاً: أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه عقداً متراحياً، ذلك أن طروء حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد يقتضي أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه. على أن العقد إذا كان غير متراح، وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً، فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية ولهذا أثر التقنين المصري، مقتدياً بالتقنين البولوني، أن يسكت عن شرط التراخي فهو شرط غالب لا شرط ضروري. أما التقنين الإيطالي فقد نص على هذا الشرط، بل عدد أنواع العقود التي تطبق فيها النظرية، فهي العقود ذات التنفيذ المستمر والعقود ذات التنفيذ الدوري والعقود ذات التنفيذ المؤجل، وتشترك هذه العقود جميعاً في أن هناك فاصلاً زمنياً ما بين صدور العقد وتنفيذه، فهي عقود متراحية. ويجب استبعاد العقود الاحتمالية وعقود المضاربة في البورصة، لأنها بطبيعتها تعرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو لمكسب كبير.

ثانياً: أن تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة: مثل ذلك زلزال أو حرب أو إضراب مفاجيء أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغاؤها أو تشريع مفاجيء كتشريع الإصلاح الزراعي أو ارتفاع

(١) لا فرق في النصوص المتعلقة بنظرية الحوادث الطارئة بين التقنين المصري والتقنيات المدنية العربية الأخرى. فنص كل من التقنين المدني السوري والتقنين المدني الليبي مطابق لنص التقنين المدني المصري، ونص التقنين المدني العراقي لا يختلف، فهو يجري على الوجه الآتي: «على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف.

باهظ في الأسعار أو نزول فاحش فيها، أو استيلاء إداري أو وباء ينتشر أو جراد يزحف أسراباً. ويجب ألا تكون هذه الحوادث الاستثنائية خاصة بالمدين، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس. فالحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين، كالإفلاس أو الموت أو اضطراب الأعمال أو حريق المحصول، لا تكفي.

ثالثاً: أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها: فإذا كانت متوقعة أو كان في الوسع توقعها، فلا سبيل لتطبيق النظرية. ففيضان النيل (إلا إن كان فيضاناً استثنائياً) واختلاف سعر العملة وانتشار دودة القطن، كل هذه حوادث في الوسع توقعها. والحادثة الذي لا يمكن توقعه لا يمكن في الوقت ذاته دفعه، وإلا فالحادثة الذي يمكن دفعه يستوي فيه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع ما دام دفعه في الاستطاعة.

رابعاً: أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً: وهنا نرى الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فالأول يجعل التنفيذ مرهقاً أما الثانية فتجعله مستحيلاً. ومن ثم تجعل القوة القاهرة الالتزام ينقضي لاستحالة تنفيذه، أما الحادث الطارئ فلا يقضي الالتزام بل يرده إلى الحد المعقول، فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئاً من تبعه الحادث. والإرهاق الذي يقع فيه المدين ذو معيار مرن ليس له مقدار ثابت، فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر، وما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى، والمهم هو أن يكون تنفيذ الالتزام يهدد المدين بخسارة فادحة فالخسارة المألوفة لا تكفي. ولا ينظر في هذه الخسارة إلا إلى الصفقة التي أبرمت، فلا ينظر إلى مجموع ثروة المدين وإن يكن ذلك محل اعتبار في تقدير الخسارة الفادحة، فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين. بل إن الإرهاق لا ينتفي حتى لو كان المدين قد أسعفته ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة التي أصبحت مرهقة في ذاتها، فإذا التزم تاجر بتوريد قمح وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح، ثم علا سعر القمح، جاز له أن يتمسك بنظرية الحوادث الطارئة إذا توافرت شروطها في الصفقة التي أبرمها. أما المكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو، ولا شأن للدائن به. ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعي بالنسبة إلى الصفقة المعقودة، لا ذاتي بالنسبة إلى شخص المدين.

الجزء في نظرية الحوادث الطارئة:

الجزء هو رد الالتزام إلى الحد المعقول، فيصح أن يقف القاضي تنفيذ العقد، ويصح أن ينقص الالتزام المرهق، ويصح أخيراً أن يزيد الالتزام المقابل.

فقد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ، إذا كان هذا الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير. مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد.

وقد يرى القاضي إنقاص الالتزام المرهق. مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من

السكر، ثم يقل المتداول في السوق من السكر لحادث طارئ فيجوز للقاضي أن ينقص الكميات التي التزم المدين بتوريدها إلى حد يجعل الالتزام غير مرهق وإن بقي عبثاً ثقيلاً.

وقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق. مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للأردب، فيرتفع السعر إلى أربعة جنيهات، فيرفع القاضي الثمن الوارد في العقد. ولكن يلاحظ أمران: ١ - أن القاضي لا يرفع الثمن إلى أربعة جنيهات، وإلا كان في ذلك تحميل للطرف الآخر ليس فحسب تبعة الارتفاع الفاحش للأسعار بل أيضاً تبعة الارتفاع المألوف. فإذا فرضنا أن الارتفاع المألوف هو عشرون قرشاً، وجب أن يتحمل المتعهد هذا المقدار كله دون أن يشاركه فيه الطرف الآخر. وما زاد على ذلك - وهو ثلثمائة وعشرون قرشاً - هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضي بين المتعاقدين فيصيب المتعهد منه مائة وستون. ويرفع القاضي الثمن بهذا المقدار، فيصبح مائتين وعشرين بدلاً من ستين. ٢ - أن القاضي عندما يرفع الثمن من ستين إلى مائتين وعشرين لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر، بل يخيره بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحوادث الطارئ. ولا يجوز للقاضي أن يفسخ العقد على طلب المدين، وإلا تحمل الدائن وحده كل التبعة^(١).

ويلاحظ في شأن الجزاء أمران: (أولاً) هو جزاء يعتبر من النظام العام، فيقع باطلاً كل اتفاق على ما يخالفه. (ثانياً) وأن مهمة القاضي فيه تخرج عن مهمته المألوفة، فهو لا يقتصر على تفسير العقد، بل يجاوز ذلك إلى تعديله^(٢).

(١) ويجيز التقنين البولوني، كما رأينا فسخ العقد إذا رأى القاضي ضرورة لذلك. أما التقنين الإيطالي فهو يقضي بفسخ العقد لمصلحة المدين المرهق، ولكن يجعل للدائن أن يدرك طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة.

ويلاحظ في حالي إنقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل، أن القاضي لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر. أما في المستقبل فقد يزول الحادث الطارئ، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل.

(٢) وقد أورد التقنين المدني المصري إلى جانب النص العام نصوصاً أخرى هي تطبيق للنظرية في حالات خاصة، كما فعل في نظرية الميسرة (م ٢/٣٤٦ مدني)، وفي جواز تخفيض أجر الوكيل (م ٢/٧٠٩ مدني)، وفي عقد الإيجار (م ٦٠٨ مدني)، وفي عقد المقاولة (م ٤/٦٥٨ مدني)، وفي حق الارتفاق (م ٢/١٠٢٣ مدني) و١٠٢٩ مدني). وانظر أيضاً المادتين (١٠٢٤ - ١٠٢٥ مدني) وهنا

المبحث الثاني ما يلزم العاقدین بالعقد في الفقه الإسلامي

تناثر أحكام هذا الموضوع:

لما كانت أحكام هذا الموضوع في الفقه الإسلامي متناثرة في جهات متفرقة فحتى نلم شتاتها نتبع نفس الترتيب الذي توخيناه في عرض الفقه الغربي .
فنتكلم إذن في مسألتين . (١) تفسير العقد وتحديد نطاقه في الفقه الإسلامي . (٢) إلزام المتعاقد بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد في الفقه الإسلامي .

المطلب الأول تفسير العقد وتحديد نطاقه

قواعد كلية في الفقه الإسلامي:

يمكن القول إن هناك قواعد لتفسير العقد ولتحديد نطاقه في الفقه الإسلامي ، هذه القواعد لا نجدها في مكان واحد ، بل هي متناثرة في أبواب الفقه المتفرقة كما قدمنا . وهذه القواعد لا توجد في صورة قواعد كلية إلا في بعض كتب الفقه التي عرضت لتقعيد القواعد وتأصيلها ، «كالأشباه والنظائر» لابن نجيم في الفقه الحنفي ، «والأشباه والنظائر» للسيوطي في فقه الشافعي ، و«الفروق» للقرافي في الفقه المالكي ، و«القواعد» لابن رجب في الفقه الحنبلي .

ولكن «مجلة الأحكام الشرعية» - وهي تقنين مدني للفقه الإسلامي في المذهب الحنفي وضعت لجنة من الفقهاء أيام الدولة العثمانية - جمعت هذه القواعد الكلية جمعاً حسناً في المقدمة ، مستقياً إياها من كتب القواعد المشار إليها ، وبوجه خاص من «الأشباه والنظائر» لابن نجيم . وقد جاء في هذا الصدد ، في التقرير الذي قدمته اللجنة للصدر الأعظم للدولة العلية في خصوص المجلة ، ما يأتي : «فلدى مطالعتكم هذه المجلة نحيط علمكم العالي بأن المقالة الثانية من المقدمة هي عبارة من القواعد التي جمعها ابن نجيم ومن سلك مسلكه من الفقهاء رحمهم الله تعالى . نعم ليس لحكام الشرع الشريف أن يحكموا بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد ما لم يقفوا على نص صريح ، إلا أن لها فوائد كلية في ضبط المسائل . فمن اطلع عليها أمكنه أن يضبط المسائل بأدلتها ، وجميع المأمورين يرجعون إليها في كل خصوص ، وبهذه القواعد يمكن للإنسان تطبيق معاملاته على الشرع الشريف ، أقله على وجه التقريب . وبناء على ذلك لم تكتب هذه القواعد تحت عنوان كتاب أو باب ، بل أدرجناها في المقدمة» .

والمطلع على نصوص المجلة في خصوص هذه القواعد الكلية يرى أنها خليط من قواعد موضوعية لاستنباط الأحكام وللإثبات ولتفسير النصوص ، ويمتزج بهذه القواعد جميعاً قواعد في تفسير العقود وفي تحديد نطاق العقد ويقتصر بحثنا هنا على هذه القواعد الأخيرة ، نوردها كما

وردت في المجلة .

١ - تفسير العقد

العبرة في تفسير العقد في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة:

قدمنا أن الفقه الإسلامي نزعت موضوعية، وأن العبرة فيه بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة. ويتبين ذلك في وضوح عندما ننظر كيف تفسر العقود إذ يجب الوقوف عند الصيغ والعبارات الواردة في العقد واستخلاص معانيها الظاهرة دون الانحراف عن المعنى الظاهر إلى معان أخرى بحجة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة الباطنة. فالإرادة الباطنة لا شأن لنا بها، إذ هي ظاهرة نفسية لا تعني المجتمع، والذي يعنيه هي الإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها كل من المتعاقدين في تعامله مع الآخر، فهذه هي ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية، وهي التي يتكون منها العقد.

من أجل ذلك يقف الفقيه عند الصيغ الواردة في العقد. ويحللها تحليلًا موضوعيًا ليستخلص منها المعاني السائغة، ويعتبر هذه المعاني هي إرادة المتعاقدين المشتركة. جاء في «البدائع»: «الإيجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضي، وقد يكون بصيغة الحال. أما بصيغة الماضي فهي أن يقول البائع: بعت ويقول المشتري: اشتريت، فيتم الركن. لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعاً، لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على الوضع. وكذا إذا قال البائع: خذ هذا الشيء بكذا أو أعطيتكه بكذا أو هو لك بكذا أو بذلتكه بكذا، وقال المشتري قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك. فإنه يتم الركن، لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع وهو المبادلة، والعبرة للمعنى لا للصورة. وأما صيغة الحال فهي أن يقول البائع للمشتري أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب فقال المشتري: اشتريت، أو قال المشتري: أشتري منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب أو قال البائع أبيعك منك بكذا وقال المشتري أشتريه ونوى الإيجاب، يتم الركن وينعقد. وإنما اعتبرنا النية ههنا وإن كانت صيغة أفعال للحال هو الصحيح، لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً، ف وقعت الحاجة إلى التعيين بالنية. ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق، بأن يقول المشتري للبائع: أبيع مني هذا الشيء بكذا فقال: اشتريت، لا ينعقد ما لم يقل البائع: بعت»، «البدائع» (١٣٣/٥). ونرى من ذلك كيف أن نية المتعاقدين تستخلص مما تدل عليه الألفاظ الواردة في العقد، فإن كان المعنى الذي يستخلص في العرف وفي الشرع واضحاً لم يجز الانحراف عنه إلى غيره. وإن كان المعنى غير واضح، وجب تبين نية المتعاقدين. فصيغة الماضي تتمحض للحال عرفاً وشرعاً، لذلك لا مجال للبحث عن النية ونقف عند هذه الصيغة نستخلص إرادة المتعاقدين. أما صيغة المضارع فيقع فيها شك فلا بد من تبين النية. وصيغة الاستفهام لا يقع فيها شك من حيث أنها مساومة لا تعاقد، فلا نبحث عن النية هنا ونقف عند الإرادة الظاهرة فلا يكون هناك تعاقد بصيغة الاستفهام.

وجاء في «مجمع الضمانات»: «رجل قال للخياط انظر إلى هذا الثوب، فإن كفاني قميصاً فاقطعه وخطه بدرهم، فقال الخياط: نعم وقطعه، ثم قال بعدما قطع: لا يكفيك، ضمن الخياط

قيمة الثوب، لأنه إنما أذن له بشرط الكفاية، ولو قال للخياط: انظر أيكفيني قميصاً، فقال الخياط: نعم يكفيك، فقال: رب الثوب اقطعه، فقطعه فإذا هو لا يكفيه، لا يضمن الخياط شيئاً، لأنه أذن له بالقطع مطلقاً، فإن قال الخياط: نعم. فقال صاحب الثوب فاقطعه أو اقطعه إذن، فقطعه، كان ضامناً إذا كان لا يكفيه، لأنه علق الإذن بالشرط «مجمع الضمانات» (٤٠ - ٤١). فانظر كيف أن كلمة واحدة هي «إذن»، بل إن حرفاً واحداً هو «الفاء» يكفي لاستخلاص إرادة المتعاقد الظاهرة كما تدل عليه الصيغة، فيعلق الإذن بالشرط أو لا يعلق تبعاً لوجود هذه الكلمة أو لانعدامها. وجاء أيضاً في «مجمع الضمانات»: «رجل طلب من رجل ثوراً عارية، فقال له المعير: أعطيك غداً، فجاء المستعير في الغد وأخذه بغير إذن صاحبه ومات في يده، ضمن... وفي «فتاوى قاضيخان» فيمن استعار من آخر ثوراً غداً فأجابه: بنعم، فجاء المستعير غداً ولم يجد صاحب الثور فأخذ الثور من بيته واستعمله فعطب، لا يكون ضامناً. والفرق بينها وبين المسألة السابقة أن المستعير هنا أخذ الثور من بيته غداً وكان صاحب الثور أجابه بنعم، وثمة قال صاحب الثور: أعطيك غداً فهو وعد له بالإعطاء وما أعاره»، «مجمع الضمانات» (٢٨) (١).

ويظهر من كل ذلك أن العبرة في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة، كما تستخلص من العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدان. وفي هذا استقرار للتعامل وتحقيق للثقة المشروعة التي وضعها كل من المتعاقدين في الآخر، عندما اطمأن، إلى ما يمكن استخلاصه في عباراته من معان سائغة. أما في الفقه الغربي، وبخاصة في الفقه اللاتيني، فالعبرة بالإرادة الباطنة، أما العبارة فهي دليل على الإرادة، ولكنه دليل يقبل إثبات العكس، فإذا كان هناك خلاف بين الإرادة والعبارة فالعبرة بالإرادة دون العبارة. وهذا بخلاف الفقه الإسلامي، وكذلك الفقه الجرمانى إلى مدى يقرب من الفقه الإسلامي، فالعبارة هي التي يعتد بها ومنها وحدها تستخلص الإرادة.

(١) وجاء في «البدائع»: «لا يجوز بيع ما ليس عند البائع... ويجوز الشراء بثمن ليس عند المشتري... وعلى هذا يخرج ما إذا قال: اشتريت منك هذه الحنطة بدرهم أو دينار إلى شهر، أو قال اشتريت منك درهماً أو ديناراً إلى شهر بهذه الحنطة أنه يجوز، لما ذكرنا أن الدراهم والدينارين أثمان على كل حال، فكان ما يقابلها تبعاً فيكون مشترياً بثمن ليس عنده، وأنه جائز... وعلى هذا يخرج ما إذا قال: بعثتك منك هذا العبد بكذا كر حنطة ووصفها أنه يجوز، لأنه جعل الحنطة الموصوفة ثمناً حيث أدخل فيها حرف الباء، فيكون الآخر مبيعاً، فكان هذا بيع العبد بحنطة موصوفة في الذمة فيجوز، ولو قال: اشتريت منك كذا كر حنطة ووصفها بهذا العبد لا يجوز إلا بطريق السلم، لأنه جعل العبد ثمناً بدلالة حرف الباء، فكانت الحنطة مبيعة فكان بائعاً ما ليس عنده، فلا يجوز إلا بشرائط السلم من الأجل وبيان مكان الإيفاء وقبض رأس المال ونحو ذلك»، «البدائع» (٢٣٥/٥).

وجاء في شرح سليم باز على «المجلة»: «وكذا لو قال له: أليس للمدعي عندك المبلغ الذي يدعيه، فأجابه: بلى، يكون إقراراً، وإن أجاب: نعم، لا يكون إقراراً، لأن جواب الاستفهام في النفي يبلى إثباتاً وبنعم نفي، فكانه قال: ليس عندي. وقيل: إن أجاب بنعم يكون إقراراً أيضاً، لأن الإقرار يحمل على العرف لا على دقائق العريية». (شرح سليم باز على «المجلة» (٤٦)).

قواعد في الفقه الإسلامي توهم أن العبرة بالإرادة الباطنة:

على أن هناك في الفقه الإسلامي قواعد كلية توهم أن العبرة بمقصود المتعاقدين، أي بنية المتعاقدين إرادتهما الباطنة. من ذلك ما جاء بالمادة الثانية من المجلة من أن «الأمر بمقاصدها، يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود بالأمر». ويقول الأستاذ سليم باز في شرح هذا النص: «ويقرب من هذه القاعدة قاعدة إنما الأعمال بالنيات. . أي أن الأحكام الشرعية التي تترتب على أفعال المكلفين منوطة بمقاصدهم من تلك الأفعال. فلو أن الفاعل المكلف قصد بالفعل الذي فعله أمراً مباحاً كان فعله مباحاً، وإن قصد أمراً محرماً كان فعله محرماً. . ويتخرج عليها فروع كثيرة منها: لو وجد شيئاً في الطريق، فأخذه بنية رده إلى صاحبه، كان أمانة في يده، فلا يضمن لو هلك ذاك الشيء في يده بدون صنع أو تقصير منه. وأما لو أخذه بقصد أن يتخذه لنفسه كان غاصباً، فلو هلك في يده ولو بدون صنعه وتقصيره يضمن. . . ومنها لو أفرخ طير أو باض في أرض رجل أو تكسر فيها ظبي، فهو لمن سبقت يده إليه، إلا أن يكون صاحب الأرض قد هيأها لذلك. ومنها لو نصب الصياد شبكة فتعلق بها صيد، فإن كان قد نصبها للجفاف فالصيد لمن سبقت يده إليه، وإن كان قد نصبها للصيد فهو لصاحبها وإن أخذها غيره كان غاصباً» (شرح سليم باز على المجلة) (١٧ - ١٨).

ومن ذلك أيضاً ما جاء بالمادة الثالثة من المجلة من أن: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني، ولذا يجري حكم الرهن في بيع الوفاء». ويقول الأستاذ سليم باز في شرح هذا النص: «أي في العقود المبنية على الأغراض والمقاصد لا على الألفاظ، كالبيع والإجارة والحوالة، تعتبر فيها المقاصد والمعاني، ولا عبرة للألفاظ. ولهذا جرى حكم الرهن في البيع بالوفاء وإن كان منعقداً بلفظ البيع، لأنه لم يقصد به تمليك المبيع للمشتري بل تأمينه على دينه. . . ومما يتفرع على هذه القاعدة ما لو قال: وهبتك هذه الدار بثوبك هذا كان بيعاً بالإجماع إذ العبرة للمعاني لا للألفاظ. . . ومنه أن الكفالة المشروط فيها براءة ذمة المديون حوالة، والحوالة بشرط عدم براءة ذمة المدين كفالة. . . والهبه بشرط العوض بيع فتجري فيها الشفعة. . . والإعارة لمدة معلومة بأجر معلوم إجارة. . . والوصاية حال حياة الموصي وكالة، وتوكيله بعد موته وصاية» (شرح سليم باز على المجلة) (١٩).

ولكن الصحيح هو أن العبرة بالإرادة الظاهرة:

وإذا صح ما قدمناه من أنه يعتد بالمقاصد والمعاني، فإن هذا عند إمعان النظر لا يعني أنه يعتد بالإرادة الباطنة. فالمقاصد والمعاني التي يعتد بها هي هذا التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة أو من دلائل موضوعية وعلامات مادية، فلا نجاوز هذا البحث الموضوعي إلى بحث ذاتي نستشف به الضمير ونستكشف خفايا الأنفس. فمن أفرخ في أرضه طير أو باض أو تكسر فيها ظبي نعرف نيته من علامات مادية ظاهرة وهي تهيئة أرضه للصيد، فإذا كان قد هيأها لذلك كان الصيد له. كذلك إذا نصب الصياد شبكته فتعلق بها صيد، وقفنا أيضاً عند علامة مادية، فإن كان قد نصبها للصيد كان له، أو للجفاف فالصيد لمن سبقت يده. وبيع الوفاء رهن لأن العرف

قد جرى بأن هذا الضرب من التعامل لا يقصد به تمليك المبيع للمشتري بل تأمينه على دينه، فمن باع ماله بيع وفاء فهو يرهنه، هذه هي إرادته الظاهرة نعتد بها أيًا كانت إرادته الباطنة. ومن وهب داراً في مقابل ثوب فإرادته الظاهرة تتجه للبيع لا للهبة، والدليل المادي على ذلك أنه خرج عن ملكه بمقابل. والكفالة لا تبرئ ذمة المدين بينما تبرئها الحوالة، فإبراء ذمة المدين دليل مادي على أن الكفالة حوالة، وعدم إبرائها دليل مادي آخر على أن الحوالة كفالة. وقل مثل ذلك في سائر الأمثلة التي سبق إيرادها.

يدعم هذا الذي قدمناه قواعد كلية ثلاث هي أيضاً قد وردت في المجلة:

فتنص المادة (١٢) من المجلة على أن: «الأصل في الكلام الحقيقة». فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إذا أمكن حمله على المعنى الحقيقي. فلو أوصى لولد زيد، لم يدخله ولد ولده، إن كان له ولداً لصلبه، فإن لم يكن له ولد لصلبه استحق ولد الابن «الأشباه والنظائر» (٣٦).

وتنص المادة (١٣) من المجلة على أنه: «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح». فإذا تعارض المفهوم صراحة مع المفهوم ضمناً، قدم الأول على الثاني، لأن الدلالة المادية في الصريح أبلغ. مثل ذلك أن يهب شخص شيئاً لآخر، فقبض الموهوب في المجلس الهبة ولو بغير إذن الواهب صحيح لأن إيجاب الواهب في مجلس الهبة إذن ضمني، لو نهى الواهب الموهوب له عن القبض صراحة لم يصح قبضه، لأن النهي الصريح يقدم على الإذن الضمني.

وتنص المادة (٦٨) من المجلة على أنه «دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه». فاستعمال الآلة المفرقة للأجزاء دليل على نية القتل. ويقول الأستاذ سليم باز في هذا الصدد: «لقد ورد في شرح المادة الثانية أنه إذا تناول الملتقط اللقطة بنية ردها لصاحبها، فلا يضمن لو ضاعت منه بدون تقصيره. ولما كانت النية من الأمور الباطنة والاطلاع عليها متعذر، فيستدل عليها ببعض الدلائل الظاهرة كاعلان الملتقط أنه وجد لقطة». (شرح سليم باز على المجلة) (٤٨).

ويخلص مما قدمناه أن أهم قاعدة في تفسير العقد في الفقه الإسلامي هي أن اللفظ يؤخذ على معناه الواضح، ولا يجوز الانحراف عن هذا المعنى بحجة تفسير نية المتعاقدين. وفي هذا يتفق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي. غير أن الفقه الإسلامي، على خلاف الفقه اللاتيني، يقف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة. فإذا اقتضى الأمر تفسير نية المتعاقدين، فالمصدر الأول لهذا التفسير هو العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدان في التعاقد. والأصل في هذه العبارات الحقيقة، ولا يصار إلى المجاز إلا إذا تعذر إعمال الحقيقة. وكذلك إذا تعارضت الدلالة مع التصريح، اعتبر التصريح ولا عبرة بالدلالة، وإذا خفي الأمر حكم بالظاهر، فهو دليله في الأمور الباطنة يقوم مقامه^(١).

(١) وحتى عندما يتكلم الفقهاء عن معاني العقود بالمقابلة لصيغها، تراهم دائماً يقصدون بمعنى العقد الإرادة

الظاهرة، وبصيغته المعنى الحرفي للألفاظ، فيقدمون الإرادة الظاهرة على المعنى الحرفي، وفي الغالب،

قواعد كلية أخرى في تفسير العقد في الفقه الإسلامي:

والى جانب القاعدة الجوهرية السالفة الذكر في تفسير العقد، توجد في الفقه الإسلامي قواعد كلية أخرى هي ثمرة المنطق القانوني السليم، وهي قواعد لا تتخلف عن نظائرها مما قدمناه في الفقه الغربي. ونورد بعضاً منها على سبيل المثال، ناقلين إياها عن المجلة وكتب القواعد المشار إليها:

١ - إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع (م ٤٦ مجلة). فإذا باع شخص داراً من آخر، واشترط أن يكون له ربعها طول حياته، فمقتضى تملك المشتري للدار جواز التصرف فيها، ولكن تعارض مع هذا المقتضى مانع هو اشتراط الريع للبائع فيجوز حتى يسلم الريع للبائع أن يفسر العقد على أن يمنع المشتري من التصرف في الدار طول حياة البائع، وذلك لتعارض المانع من التصرف مع المقتضى له وتقديم المانع. وجاء في «الأشباه والنظائر» لابن نجيم في هذا الصدد: «وقد رجحوا المانع على المقتضى في مسألة سفل لرجل وعلو لآخر، فإن كلا منهما ممنوع عن التصرف في ملكه لحق الآخر، فملكه مطلق له وتعلق حق الآخر به مانع. وكذا تصرف الراهن والمؤجر في المرهون والعين المؤجرة منع لحق المرتهن والمستأجر. وإنما قدم الحق هنا على الملك لأنه لا

تحت ستار أنهم يقدمون معاني العقود على صيغها. من ذلك ما جاء في «الأشباه والنظائر» للسيوطي: «هل العبرة بصيغ العقود أو معانيها؟ خلاف والترجيح مختلف. فمنها إذا قال: بعثك بلا ثمن أو لا ثمن لي عليك فقال: اشتريت وقبضه، فليس بيعاً، وفي انعقاده هبة قولان تعارض اللفظ والمعنى. ومنها إذا قال: بعثك ولم يذكر ثمناً، فإن راعينا المعنى انعقد هبة، أو اللفظ فهو بيع فاسد. ومنها إذا قال: بعثك إن شئت، إن نظرنا إلى المعنى صح فإنه لو لم يشأ لم يشتر وهو الأصح، وإن نظرنا إلى لفظ التعليق بطل. . . ومنها إذا قال لمن عليه الدين: وهبه منك، ففي اشتراط القبول وجهان، أحدهما يشترط اعتبار اللفظ الهبة، والثاني لا اعتباراً بمعنى الإبراء وصححه الرافعي في كتاب الصداق. ومنها لو صالحه من ألف في الدمة، ففي اشتراط القبول وجهان، قال الرافعي الأظهر اشتراطه. وقيل: وقد يقال: إنه مخالف لما صححه في الهبة وليس كذلك، فقد قال السبكي: إن اعتبرنا اللفظ اشترط القبول في الهبة والصلح، وإن اعتبرنا المعنى اشترط في الهبة دون الصلح. . . ومنها لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول، فهو إقالة بلفظ البيع ذكرها صاحب «التتمة»، وخرجه السبكي على القاعدة، ثم رأيت الترخيص للقاضي حسين إذ قال: إن اعتبرنا اللفظ لم يصح وإن اعتبرنا المعنى فإقالة. . . ومنها لو عقد الإجارة بلفظ البيع فقال: بعثك منفعة هذه الدار شهراً، فالأصح لا ينعقد نظراً إلى اللفظ، وقيل: ينعقد نظراً إلى المعنى. ومنها إذ قال: قارضتك على أن كل الربح لك، فالأصح أنه إقراض فاسد رعاية للفظ، والثاني إقراض صحيح رعاية للمعنى. وكذا لو قال: أن كله لي، فهل هو إقراض فاسد أو إبطاع، والأصح الأول. وكذا لو قال: أبعثتك على أن نصف الربح لي، فهل هو إبطاع أو إقراض، فيه الوجهان. . . ومنها إذا وقف على قبيلة غير منحصرة كبني تميم مثلاً أو أصلهم، فالأصح الصحة اعتباراً بالمعنى ويكون المقصود الجهة لا الاستيعاب كالفقراء والمساكين، والثاني لا يصح اعتباراً باللفظ فإنه تملك المجهول. . . ومنها هبة منافع الدار هل يصح ويكون إعارة نظراً إلى المعنى أولاً؟ وجهان حكاهما الرافعي في الهبة من غير ترجيح، ورجح البلقيني أنه تملك منافع الدار وأنه لا يلزم إلا ما استهلك من المنافع». «الأشباه والنظائر» للسيوطي (١١١ - ١١٢).

يفوت به إلا منفعة بالتأخير، وفي تقديم الملك تفويت عين على الآخر» «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (٦٠).

٢ - إعمال الكلام خير من إهماله (م ٦٠ مجلة). فلا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى، ومن ثم لو وقف ماله على أولاده، وليس له إلا أولاد الأولاد. حمل المعنى عليهم صوناً للفظ عن الإهمال. ويترتب على هذه القاعدة قاعدة أخرى، هي أنه إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز (م ٦١ مجلة). فإذا كان الكلام لا يمكن إعماله حقيقة وأمکن إعماله مجازاً، فإعماله بالانتقال من الحقيقة إلى المجاز خير من إهماله بتاتاً حقيقة ومجازاً، فإذا أقر من لا وارث له لشخص أجنبي عنه وأكبر منه سناً بأنه ابنه ووارثه، فحيث لا يمكن حمل كلامه على معناه الحقيقي يصار إلى المجاز، وهو معنى الوصية فيعتبر الأجنبي موصى له ولا وارثاً. جاء في «الأشباه والنظائر» لابن نجيم في هذا الصدد: إعمال الكلام خير من إهماله متى أمكن. . . ولذا اتفق أصحابنا في الأصول على أن الحقيقة إذا كانت متعذرة فإنه يصار إلى المجاز. لو وقف على مواله وليس له موال وإنما له موال موال، استحقوا. . . يدخل في هذه القاعدة قولهم التأسيس خير من التأكيد، فإذا دار اللفظ بينهما تعين الحمل على التأسيس ولذا قال أصحابنا: لو قال لزوجته أنت طالق طالق طالق طلقت ثلاثاً، فإن قال: أردت به التأكيد صدق ديانة لا قضاء. . . وفي النوازل رجل قال لآخر والله لا أكلمه يوماً والله لا أكلمه شهراً والله لا أكلمه سنة، إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان، وإن كلمه بعد الغد فعليه يمينان، وإن كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة، وإن كلمه بعد سنة فلا شيء عليه، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (٦٨ و ٦٩ و ٧٦ و ٧٧).

٣ - إذا تعذر إعمال الكلام يهمل (م ٦٢ مجلة). وهذه القاعدة تنمى لما قبلها، فإذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي أو مجازي أهمل، ويتفرع على ذلك أنه إذا أقر لزوجته التي هي من نسب آخر وأكبر منه سناً بأنها ابنته، فلا يمكن حمل كلامه هذا على معنى حقيقي لأنها أكبر منه سناً ومن نسب آخر، ولا على معنى مجازي أي معنى الوصية لكونها وارثة له والوصية للوارث لا تقع، ولذلك يهمل كلامه ولا يعتبر.

٤ - ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله (م ٦٣ مجلة). فلو أسقط ولي القتل نصف القصاص سقط كله، لأن القصاص لا يتجزأ. ولو ترك الشفيع شفيعته بنصف الدار وطلب النصف الآخر، بطلت شفيعته في كل الدار، لأن حق الشفيع لا يتجزأ. أما ذكر بعض ما يتجزأ فليس كذكر كله. فلو كفل له بنصف دينه فلا يعد كفيلاً بالكل بل بالنصف، ولو أبرأ مدينه من نصف الدين برىء من هذا النصف فقط، ولو قتل رجلان رجلاً فعفى الولي عن أحدهما كان له أن يقتل الآخر، ولو قتل رجل رجلين فعفى ولي أحد المقتولين فلولي الآخر أن يقتله.

٥ - المطلق يجري على إطلاقه، ما لم يقدّم دليل التقييد نصّاً أو دلالة (م ٦٤ مجلة). فإذا وكل شخص آخر في بيع داره بالثمن الذي يراه الوكيل مناسباً، كان للوكيل أن يبيعه بالثمن الذي يراه، لأن الوكالة في الثمن مطلقة. أما إذا عين الموكل مبلغاً، لم يجز للوكيل أن يبيع بثمان أقل من هذا المبلغ، لأن دليل التقييد قام نصّاً فلا يجوز مخالفته. وإذا وكل شخص آخر في شراء دار،

كان للوكيل أن يشتريها بثمان المثل أو بغبن يسير، لا بغبن فاحش لأن وكالته مقيدة دلالة بعدم التجاوز إلى الغبن الفاحش، لو اشتراها بغبن فاحش وقع الشراء له.

٦ - الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر (م ٦٥ مجلة). فلو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس، وقال في إيجابه: بعث هذا الفرس الأدهم وأشار إليه، وقبل المشتري، صح البيع، ولغا وصفه الأدهم لأن الوصف في الحاضر لغز. ولو باع فرساً غائباً وذكر أنه أشهب والحال أنه أدهم لا ينعقد البيع، لأن الوصف في الغائب معتبر.

٧ - السؤال معاد في الجواب (م ٦٦ مجلة). يعني أن ما قيل في السؤال المصدق فكأن المجيب المصدق قد أقر به. جاء في شرح المجلة للأستاذ سليم باز: «مثلاً لو سأل الحاكم المدعى عليه قائلاً: إن المدعي يدعي عليك بألف دينار من جهة كذا فماذا تجيب؟ فأجاب: نعم، فيكون قد أقر بالألف. وفيه لو قال: أعطني ثوب عبدي هذا، أو افتح لي باب داري هذا، أو جصص لي داري هذه، أو أسرج دابتي هذه أو أعطني سرجها أو لجامها، فقال: نعم، كان إقراراً منه بالعبد والدار والدابة» (شرح المجلة للأستاذ سليم باز) (٤٦). وجاء في «الأشباه والنظائر» للسيوطي في هذا الصدد: «السؤال معاد في الجواب. فلو قيل له على وجه الاستخبار: أطلقت زوجتك؟ قال: نعم، كان إقراراً يؤخذ به في الظاهر ولو كان كاذباً. ولو قيل له على وجه التماس الإنشاء، فاقصر على قوله: نعم، فقولان. أحدهما أنه كناية لا يقع إلا بالنية، والثاني وهو الأصح صريح لأن السؤال معاد في الجواب فكأنه قال: طلقته، وحيث لا يقدح في كونه صريحاً حصرهم ألفاظ الصريح في الطلاق والفراق والسراح. ولو قالت: ابني بألف، فقال: ابتك ونوى الزوج الطلاق دونها، فوجهان. أحدهما لا يقع الطلاق، لأن كلامه جواب على سؤالها فكان السؤال معاداً في الجواب، وهي لم يوجد منها القبول لعدم نية الفراق، وإنما هو رضا بعوض وهذا ما صححه الإمام. والثاني أنه يقع رجعيًا، ويحمل ذلك على ابتداء خطاب منه لأنه مستقل بنفسه: ورجحه البغوي»، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٩٧).

٨ - حكم النماء وحكم الأصل. جاء في «القواعد» لابن رجب في هذا الصدد: «النوع الثاني عقود موضوعة لغير تمليك العين، فلا يملك بها النماء بغير إشكال، إذ الأصل لا يملك فالفرع أولى. ولكن هل يكون النماء تابعاً لأصله في ورود العقد عليه، وفي كونه مضموناً أم غير مضمون، فإن كان العقد وارداً على العين وهو لازم فحكم النماء حكم الأصل، وإن كان غير لازم أو لازماً لكنه معقود على المنفعة ومن غير تأييد أو على ما في الذمة فلا يكون النماء داخلاً في العقد، وهل يكون تابعاً للأصل في الضمان وعدمه، فيه وجهان. أحدهما أنه تابع له فيهما، والثاني إن شارك الأصل في المعنى الذي أوجب الضمان أو الائتمان تبعه وإلا فلا. ويندرج تحت ذلك صور: منها المرهون، فنماؤه المنفصل كله رهن معه، سواء كان متوالداً من عينه كالثمرة والوالد أو من كسبه كالأجرة أو بدلاً عنه كالأرض، وهو داخل معه في عقد الرهن فيملك الوكيل في بيع الرهن بيعه معه وإن كان حادثاً بعد العقد والتوكيل. ومنها الأجير كالراعي وغيره، فيكون النماء في يده أمانة كأصله... ومنها المستأجر، يكون النماء في يده أمانة كاملة، وليس له الانتفاع

به لأنه غير داخل في العقد. . ومنها المقبوضة على وجه السوم إذا ولدت في يد القابض، قال القاضي وابن عقيل حكمه حكم أصله، إن قلنا هو مضمون فالولد مضمون وإلا فلا، «القواعد» لابن رجب (١٦٦ - ١٦٧).

٩ - الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر. جاء في «الفروق» للقرافي في هذا الصدد: «اعلم الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر، وهو شأن الشريعة. كما يقدم الغالب في طهارة المياه، وعقود المسلمين، ويقصر في السفر ويفطر بناء على غالب الحال وهو المشقة، ويمنع شهادة الأعداء والخصوم لأن الغالب منهم الحيف، وهو كثير في الشريعة لا يحصى كثرة»، «الفروق» للقرافي (١٠٤/٤).

١٠ - الخراج بالضمان. جاء في «الأشباه والنظائر» للسيوطي: «الخراج بالضمان هو حديث صحيح أخرجه الشافعي وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان من حديث عائشة. وفي بعض طرفه ذكر السبب، وهو أن رجلاً ابتاع عبداً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ فرده عليه. فقال الرجل: يا رسول الله قد استعمل غلامي، فقال: «الخراج بالضمان». قال أبو عبيدة: الخراج في هذا الحديث غلة يشتره الرجل، فيستعمله زماناً، ثم يعثر منه على عيب دسه البائع، فيرده ويأخذ جميع الثمن. ويفوز بغلته كلها، لأنه كان في ضمانه ولو هلك هلك من ماله انتهى. وكذا قال الفقهاء معناه ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة وعين فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة في مقابلة الغرم. وقد ذكروا هنا سؤالين: أحدهما لو كان الخراج في مقابلة الضمان لكانت الزوائد قبل القبض للبائع ثم العقد لو انفسخ لكونه من ضمانه ولا قائل به. وأجيب بأن الخراج معلل قبل القبض بالملك وبعده به وبالضمان معاً، واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان لأنه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه واستعاده أن الخراج للمشتري. الثاني لو كانت العلة الضمان لزم أن تكون الزوائد للغاصب لأن ضمانه أشد من ضمان غيره وبهذا احتج لأبي حنيفة في قوله: إن الغاصب لا يضمن منافع المغصوب، وأجيب بأنه ﷺ قضى بذلك في ضمان الملك وجعل الخراج لمن هو مالكة إذا تلف على ملكه وهو المشتري والغاصب لا يملك المغصوب»، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٩٣ - ٩٤) (١).

(١) وقد نقل التقنين المدني العراقي عن الفقه الإسلامي أكثر هذه القواعد في تفسير العقد على الوجه الآتي:

م ١٥٥: ١ - العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني. ٢ - على أن الأصل في الكلام الحقيقة، أما إذا تعذرت الحقيقة فيصار إلى المجاز.

م ١٥٧: لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح.

م ١٥٨: عمال الكلام أولى من إهماله، لكن إذا تعذر عمال الكلام يهمل.

م ١٥٩: ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله.

م ١٦٠: المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة.

يفسر الشك في مصلحة المدين في الفقه الإسلامي:

وقد أورد التقنين المدني العراقي قاعدة جوهرية في تفسير العقد، فنص في المادة (١٦٦) منه على أنه: «يفسر الشك في مصلحة المدين». وهذا النص وإن كان مأخوذاً من الفقه الغربي على ما رأينا، إلا أنه يتفق كل الاتفاق مع قواعد تفسير العقد في الفقه الإسلامي.

فهناك قواعد كلية ثلاث أوردتها ابن نجيم في «الأشباه والنظائر»، تتضافر كلها على إقرار هذا المبدأ: القاعدة الأولى: هي أن اليقين لا يزول بالشك. فإذا كان هناك شك في مديونية المدين، فاليقين أنه بريء الذمة، ولا يزال هذا اليقين بالشك. والقاعدة الثانية: أن الأصل بقاء ما كان على ما كان. وبراءة الذمة تسبق المديونية، فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت، ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين. ويقول ابن نجيم في هذا الصدد: «ومن فروع ذلك ما لو كان لزيد على عمرو ألف مثلاً، فبرهن عمرو على الأداء أو الإبراء، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (٢٨ - ٢٩). والقاعدة الثالثة: أن الأصل براءة الذمة. فيفرض فيمن يدعى عليه بالدين أنه بريء الذمة، حتى يقيم من يدعي الدين الدليل القاطع على أن له ديناً في ذمته، وإذا كان هناك شك في مديونية المدين استصحب براءة ذمته وفسر الشك في مصلحته. ويقول ابن نجيم في هذا الصدد: «الأصل براءة الذمة، ولذا لم يقبل في شغلها شاهد واحد، ولذا كان القول قول المدعى عليه لموافقة الأصل، والبيئة على المدعي لدعواه ما خالف الأصل. فإذا اختلفا في قيمة المتلف والمغصوب، فالقول قول الغارم لأن الأصل البراءة عما زاد. ولو أقر بشيء أو حق قبل تفسيره بما له من قيمة، فالقول للمقر مع يمينه... قاعدة: من شك هل فعل شيئاً أم لا، فالأصل أنه لم يفعل. وتدخل فيها قاعدة أخرى: من تيقن الفعل وشك في القليل والكثير، حمل على القليل لأنه المتيقن، إلا أن تشتغل الذمة بالأصل فلا يبرأ إلا باليقين. وهذا الاستثناء راجع إلى قاعدة ثالثة، هي ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين»، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (٢٩).

يخلص مما قدمناه أن قواعد تفسير العقد في الفقه الإسلامي قريبة من قواعد التفسير في الفقه الغربي، وأن الفرق الجوهرية بين الفقه الإسلامي والفقه اللاتيني هو أن العبرة في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة ومثله في ذلك الفقه الجرمانى، وفي الفقه اللاتيني العبرة بالإرادة الباطنة.

٢ - تحديد نطاق العقد**العوامل التي يسترشد بها في تحديد نطاق العقد:**

في الفقه الإسلامي، كما هو الأمر في الفقه الغربي على ما رأينا، يسترشد في تحديد نطاق العقد: ١- بالعرف والعادة. ٢- بطبيعة الالتزام، فيتبع العين ما تستلزمه طبيعتها من ملحقات.

م ١٦١: الوصف في الحاضر لغو، وفي الغالب معتبر.

م ١٦٢: السؤال المصدق معاد في الجواب المصدق.

العرف والعادة:

ورد في المجلة كثير من القواعد الكلية تلزم الأخذ بالعرف والعادة في تحديد نطاق العقد، نذكر منها القواعد الآتية:

١ - العادة محكمة (م ٣٦ مجلة). وجاء في «الأشياء والنظائر» لابن نجيم: «القاعدة السادسة العادة محكمة. وأصلها قوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، قال العلائي لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه موقوفاً عليه أخرجه أحمد في مسنده. واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة... إنما تعتبر العادة إذا طردت أو غلبت، ولذا قالوا في البيع: لو باع بدراهم أو دنانير وكانا في بلد اختلف فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرواج انصرف البيع إلى الأغلب. قال في «الهدية» لأنه هو المتعارف فينصرف المطلق إليه، ومنها لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن، ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدرأ معلوماً، انصرف إليه بلا بيان، قالوا لأن المعروف كالمشروط... ومنها في استئجار الكاتب قالوا الحبر عليه والأقلام. والخياط قالوا: الخيط والإبرة عليه عملاً بالعرف، وينبغي أن يكون الكحل على الكحال للعرف، ومن هذا القبيل طعام العبد فإنه على المستأجر، بخلاف علف الدابة فإنه على المؤجر حتى لو شرط على المستأجر فسدت كما في «البزازية»، بخلاف استئجار الظئر بطعامها وكسوتها فإنه جائز وإن كان مجهولاً للعرف»، «الأشياء والنظائر» لابن نجيم (٤٦ - ٤٧). وجاء في شرح المجلة للأستاذ سليم باز: «العادة المتعارفة في سائر البلاد تسمى العرف العام، والمتعارفة فقط عند قوم أو في بلدة يطلق عليها اسم العرف الخاص. والحكم العام يثبت بالعرف العام وبه يتخصص النص، فبيع المعدوم باطل وهذا حكم شرعي ثابت بالنص. ولكن بناء على تعامل الناس في كل البلاد جوزوا الاستصناع والإجارة على خلاف القياس، فلا يعمل بالنص إلا فيما سوى ذلك وأمثاله. أما العرف الخاص فلا يثبت به إلا حكم خاص، مثلاً سيأتي في المادة (١٨٨) من المجلة أن البيع بشرط متعارف على عرف البلدة صحيح والشرط معتبر، حتى لو باع فرواً بشرط أن يخيط به الظهارة صح البيع ووجب على البائع الوفاء بالشرط، ولكن لو جرى البيع بهذا الشرط في بلدة غير متعارف فيها البيع بذلك الشرط كان الشرط مفسداً والبيع فاسداً» (شرح المجلة) للأستاذ سليم باز (٣٥).

٢ - استعمال الناس حجة يجب العمل بها (م ٣٧ مجلة). فلو استعان برجل في سوق لبيع متاعه، وطالبه الرجل بعد البيع بأجرته، نظر إلى تعامل أهل السوق... فإن جرت العادة بأن من يعمل مثل هذا العمل يؤجر فله أجر مثله. وإلا فليس له أجر. ويصح وقف المنقول إذا كان متعارفاً عليه، كوقف الكتب والنقود.

٣ - الممتنع عادة كالممتنع حقيقة (م ٣٨ مجلة). فلو ادعى رجل معروف بالفقر بمبالغ كبيرة على آخر قال: إنه أقرضها إياه، حال كون المدعي لم يرث ولم يصب مالاً بوجه آخر، فلا تسمع دعواه لأنها مما يمتنع عادة فهي كالممتنع حقيقة.

٤ - الحقيقة تترك بدلالة العادة (م ٤٠ مجلة). فالفقيه لا يطلق عند الفقهاء إلا على المجتهد، ولكن لو وقف رجل ماله، أو أوصى به للفقهاء، دخل فيهم المقلد لأن لفظ الفقيه يطلق عليه عرفاً، فينصرف كلام الواقف أو الموصي إلى ما هو المتعارف في زمنه (شرح المجلة للأستاذ سليم باز) (٣٦). وجاء في «الأشباه والنظائر» لابن نجيم: «الحقيقة تترك بدلالة العادة، إذ ليست العادة إلا عرفاً عملياً.. حلف لا يأكل لحماً، حنث بأكل الكبد والكرش على ما في «الكنز» مع أنه لا يسمى لحماً عرفاً، ولذا قال في «المحيط» إنه إنما يحنث على عادة أهل الكوفة، وأما في عرفنا فلا يحنث لأنه لا يعد لحماً، انتهى وهو حسن جداً. ومن هذا وأمثاله علم أن العجمي يعتبر عرفه قطعاً، ومن هنا قال الزيلعي في قول صاحب «الكنز» والواقف على السطح داخل إن المختار ألا يحنث في العجم لأنه لا يسمى داخلاً عندهم»، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (٤٩).

٥ - إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت (م ٤١ مجلة). جاء في «الأشباه والنظائر» للسيوطي: «إنما تعتبر العدة إذا اضطردت، فإن اضطربت فلا، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاص. قال الإمام في باب الأصول والثمار كل ما يصح في اطراد العادة فهو الحكم ومضمره كالمذكور صريحاً، وكل ما تعارض الظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه فهو مثال الخلاف انتهى. وفي ذلك فروغ: منها باع شيئاً وأطلق، نزل على النقد الغالب، فلو اضطربت العادة في البلد وجب البيان وإلا بطل البيع. ومنها غلبت المعاملة بجنس من العروض أو نوع منه، انصرف الثمن إليه عند الإطلاق في الأصح كالنقد. ومنها استأجر للخياطة والنسخ والكحل، فالخيط والحبر والكحل على من؟ خلاف، صحح الرافعي في «الشرح» الرجوع فيه إلى العادة، فإن اضطربت وجب البيان وإلا فتبطل الإجارة. ومنها البطالة في المدارس، سأل عنها ابن الصلاح فأجاب بأن ما وقع منها في رمضان ونصف شعبان لا يمنع من الاستحقاق حيث لا نص فيه من الواقف على اشتراط الاشتغال في المدة المذكورة، وما يقع منها قبلها يمنع لأنه ليس فيها عرف مستمر ولا وجود لها قطعاً في أكثر المدارس والأماكن، وإذا سبق بها عرف في بعض البلاد واشتهر غير مضطرب فيجري فيها في ذلك البلد الخلاف في أن العرف الخاص هل ينزل في التأثير منزلة العرف العام. والظاهر تنزيله في أهله بتلك المنزلة انتهى. ومنها المدارس الموقوفة على درس الحديث ولا يعلم مراد الواقف فيها هل يدرس فيها علم الحديث الذي هو معرفة المصطلح كـ «مختصر ابن الصلاح» ونحوه، أو يقرأ متن الحديث كالبخاري ومسلم ونحوهما ويتكلم على ما في الحديث من فقه وغريب ولغة ومشكل واختلاف كما هو عرف الناس الآن وهو شرط المدرسة الشيعونية كما رأيته في شرط واقفها. وقد سأل شيخ الإسلام أبو الفضل بن حجر شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي عن ذلك، فأجاب بأن الظاهر اتباع شروط الواقفين فإنهم يختلفون في الشروط، وكذلك اصطلاح أهل كل بلد، والشام يلقون دروس الحديث كالشيخ المدرس في بعض الأوقات، بخلاف المصريين فإن العادة جرت بينهم في هذه الأعصار بالجمع بين الأمرين بحسب ما يقرأ فيه من الحديث»، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٦٥).

٦ - العبرة للغالب الشائع لا للنادر (م ٤٢ مجلة). قال الأستاذ سليم باز في «شرح المجلة»:

«هذه المادة والتي قبلها عبارة عن شروط العادة التي تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي. فمن شروطها أن تكون غالبية مطردة. ولهذا قدر الفقهاء سن البلوغ بالسنة الخامسة عشرة، لأنها السن الذي يبلغ الأولاد فيه غالباً، فمن خرج منهم عن هذه القاعدة كان نادراً لا يعتد به. ولهذا أيضاً قدروا مدة الحضانة بسبع سنين للصغير وتسع سنين للصغيرة، لأنهم صرحوا بترك الغلام عند أمه حتى يستغني عنها. . . ويترك الصغيرة عند أمها حتى تصير مشتهاة. وحيث إن ذلك يتفاوت بالنظر إلى الأولاد والزمان والمكان، فقد عينوا مدة هي الأصح في الغالب. . . لأنه غالباً تصير الابنة مشتهاة والصغير قادراً على مفارقة أمه عند بلوغهما هذين العمرين، ومن شذ عن هذه القاعدة كان نادراً لا عبرة له، لأن العبرة للغالب الشائع لا للنادر. ومن شروط العادة أيضاً أن تكون جارية قبل وقوع الحادثة، فالعرف الطارئ بعد وقوعها لا عبرة له»، «شرح المجلة» للأستاذ باز (٣٧).

٧ - المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (م ٤٣ مجلة). والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم (م ٤٤ مجلة). والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص (م ٤٥ مجلة). جاء في «الأشباه والنظائر» لابن نجيم: «قال في إجازة الظهيرية والمعروف عرفاً كالمشروط شرعاً انتهى. وقالوا في الإجازات: لو دفع ثوباً إلى خياط ليخيطه له أو إلى صباغ ليصبغه له، ولم يعين له أجره، ثم اختلفا في الأجر وعدمه، وقد جرت العادة بالعمل بالأجرة، فهل ينزل منزلة شرط الأجرة؟ فيه اختلاف: قال الإمام الأعظم لا أجر له، وقال أبو يوسف رحمه الله إن كان الصباغ حريفاً له أي معاملاً له فله الأجر وإلا لا، وقال محمد رحمه الله إن كان الصباغ معروفاً بهذه الصنعة بالأجر وقيام حاله بها كان القول قوله وإلا فلا اعتباراً للظاهر المعتاد، وقال «الزيلعي» والفتوى على قول محمد رحمه الله انتهى. ولا خصوصية لصباغ. بل كل صانع نصب نفسه للعمل بأجرة فإن السكوت كالاتسار، ومن هذا القبيل نزول الخان ودخول الحمام والدلال كما في «البزازية»، ومن هذا القبيل المعد للاستغلال كما في «الملتقط». ولذا قالوا: المعروف كالمشروط فعلى المفتي به صارت عادته كالمشروط صريحاً. . . وفي «البزازية» المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً. منها لو جرت عادة المقرض برد أزيد مما اقترض هل يحرم إقراضه تنزيلاً لعادته بمنزلة الشرط. . . وحين تأليف هذا المحل ورد على سؤال فيمن أجر مطبخاً لطبخ السكر وفيه فخار إذن للمستأجر في استعمالها فتلف ذلك وقد جرى العرف في المطابع بضماتها على المستأجر، فأجبت بأن المعروف كالمشروط فصار كأنه صرح بضماتها عليه. . . ومما تفرع على أن المعروف كالمشروط لو جهز الأب بنته جهازاً ودفعه لها ثم ادعى أنه عارية ولا بينة» ففيه اختلاف، والفتوى أنه إن كان العرف مستمراً أن الأب يدفع ذلك بالجهاز ملكاً لا عارية لم يقبل قوله، وإن كان العرف مشتركاً فالقول للأب. . . وفي الملتقط من البيوع، أن دخول البرذعة والإكاف في بيع الحمار مبني على العرف، وفيه أيضاً أن حمل الأجير الأحمال إلى داخل الباب مبني على التعارف. . . رجل دفع غلامه إلى حائك مدة معلومة ليتعلم النسيج ولم يشترط الأجر على أحد، فلما علم العمل طلب الأستاذ الأجر من المولى والمولى من الأستاذ، ينظر إلى عرف أهل تلك البلدة في ذلك العمل، فإن كان العرف يشهد للأستاذ يحكم بأجر مثل تعليم ذلك العمل على المولى، وإن كان يشهد للمولى فأجر مثل ذلك الغلام على الأستاذ»، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (٤٩ - ٥٠). وجاء في «الأشباه والنظائر»

للسيوطي: «العادة المطردة في ناحية هل تنزل عاداتهم منزلة الشرط؟ فيه صور: منها لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضج، فهل تنزل عاداتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط القطع! وجهان أصحهما لا وقال القفال: نعم. ومنها لو عم في الناس اعتياد إباحة الرهن للمرتهن، فهل ينزل منزلة شرطه حتى يفسد الرهن؟ قال الجمهور: لا وقال القفال: نعم، ومنها لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض، فهل ينزل منزلة الشرط فيحرم إقراضه؟ وجهان أصحهما لا. ومنها لو اعتاد بيع العينة بأن يشتري مؤجلاً بأكثر مما باعه نقداً؟ فهل يحرم ذلك؟ وجهان أصحهما لا... ومنها لو دفع ثوباً إلى خياط ليخيطه ولم يذكر أجره، وجرت عادة بالعمل بالأجرة، فهل ينزل منزلة شرط الأجرة؟ خلاف والأصح في المذهب لا، واستحسن الرافعي مقابلة»، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٦٧ - ٦٨). وجاء في «شرح المجلة» للأستاذ سليم باز: إذا دفع السمسار الثمن للبائع من ماله كان له أن يرجع به على المشتري، لأنه جرت العادة أن السمسار يدفعه من ماله حتى يرجع على المشتري، فصار كما لو أحاله البائع على المشتري نصاً، ولو عجز السمسار عن أخذ الثمن من المشتري لإفلاسه له أن يسترده من الآخر استحساناً. لو اشترى شيئاً من السوق بثمن معلوم، ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة أو كل شهر جميع الثمن أو بعضاً معيناً منه، انصرف إليه بلا بيان، لأنه حيث كان متعارفاً عند التجار فصار كأنهما قد اتفقا عليه... فلو استأجر حجرة في دار إجارة مطلقة لم يقيد بها بنوع من الأنواع، كان له أن يسكنها ويضع فيها أمتعة، وليس له استعمالها بما يخالف العادة بأن يشتغل فيها بصناعة الحدادة ونحوها، لأن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص. وكذا ليس الوكيل بالبيع، ولو كانت وكالته مطلقة، أن يبيع نسيئة إلى أجل بعيد غير مألوف بين الناس... ولو لم ينهه الموكل عن ذلك، كما ليس له أن يبيع نصف المال الذي في تبيعضه ضرر، لأن العرف يقتضي البيع إلى أجل مألوف كما يقتضي خلوه من ضرر يلحق الموكل كضرر الشركة في صورة بيع البعض»، «شرح المجلة» للأستاذ سليم باز (٣٨).

طبيعة الالتزام:

وطبيعة الالتزام، كما قدمنا، تقتضي أن يلحق العين ما هو تابع لها وما تستلزمه تلك الطبيعة من ملحقات. وقد أوردت المجلة قواعد كلية في هذا المعنى، نذكر منها:

١ - التابع تابع: فإذا بيع حيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع تبعاً (م ٤٧ مجلة) والتابع لا يفرد بالحكم (م ٤٨ مجلة). جاء في «الأشباه والنظائر» لابن نجيم: «القاعدة الرابعة التابع تابع. تدخل فيها قواعد الأولى أنه لا ينفرد بالحكم. ومن فروعها الحمل يدخل في بيع الأم تبعاً ولا يفرد بالبيع، والهبة كالبيع. ومنها الشرب والطريق يدخلان في بيع الأرض تبعاً ولا يفردان بالبيع على الأظهر»، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (٦٠). وجاء في «شرح المجلة» للأستاذ سليم باز: «وكذا لما كانت زوائد المرهون والمغصوب تابعة لهما في الوجود، كانت أيضاً تابعة لهما في الحكم، فهي من ثم ملك الراهن والمغصوب منه... وإذا بيع التابع تبعاً لمتبوعه، فلا يقابله شيء من الثمن... فلو اشترى فرساً حاملاً وقبل قبضها ولدت وهلك فلوها، فلا يسقط

شيء من الثمن»، «شرح المجلة» سليم باز (٣٩).

٢ - من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته: فمن اشترى داراً ملك الطريق الموصل إليها (م ٤٩ مجلة). قال الأستاذ سليم باز في «شرح المجلة»: «وإذا اشترى قفلاً دخل فيه مفتاحه، ولو اشترى بقرة لأجل حلبها دخل رضيعها في البيع وإن لم يذكر. لأنه لولا ذلك لما أمكن المشتري أن ينتفع من مشربه، إذ كيف يتأتى له دخول الدار والخروج منها إذا لم يكن لها طريق، «شرح المجلة» للأستاذ سليم باز (٤٠).

٣ - إذا سقط الأصل سقط الفرع (م ٥٠ مجلة)، وإذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه (م ٥٢ مجلة): جاء في «الأشباه والنظائر» لابن نجيم: «التابع يسقط بسقوط المتبوع... يقرب من ذلك ما قيل بسقوط الفرع إذا سقط ومن فروعه قولهم: إذا برىء الأصيل برىء الكفيل، بخلاف العكس. وقد ثبت الفرع وإن لم يثبت الأصل، ومن فروعه لو قال: لزيد على عمرو ألف وأنا ضامن به، فأنكر عمرو، لزم الكفيل إذا ادعاها زيد دون الأصيل كما في «الخانية». ومنها لو ادعى الزوج الخلع فأنكرت المرأة بانت ولم يثبت المال الذي هو الأصل في الخلع»، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (٦١) وقال الأستاذ سليم باز في «شرح المجلة»: «فإذا فسد الصلح والبيع، بطل ما وقع في ضمنهما من الإقرار والإبراء بين المتعاقدين... ولو أجر الموقوف عليه أرض الوقف ولم يكن ناظراً لم يصح، فلو أذن المستأجر في العمارة فعمّر لم يرجع على أحد وكان متطوعاً، لأنه لما بطلت الإجارة بطل ما في ضمنها من الإذن. ويخرج من هذه القاعدة مسائل: منها لو صالح الشفيع عن حق شفيعته بمال لم يصح، ولكن كان صلحه مسقطاً لحق شفيعته مع أن المتضمن للإسقاط الصلح ولم يبطل ما في ضمنه. وكذا لو باع شفيعته بمال لم يصح، وتبطل شفيعته فقد بطل المتضمن ولم يبطل المتضمن»، «شرح المجلة» للأستاذ سليم باز (٤١) (١).

(١) وقد نقل التقنين المدني العراقي عن الفقه الإسلامي القواعد المتعلقة بتحديد نطاق العقد عن طريق العرف والعدالة وطبيعة الالتزام في النصوص الآتية:

م ٢/١٥٠: ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.
م ١٥٦: تترك الحقيقة بدلالة العادة.

م ١٦٣: ١ - المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص، ٢ - والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم، ٣ - والممتنع عادة كالممتنع حقيقة.

م ١٦٤: ١ - العادة محكمة، عامة كانت أو خاصة، ١ - واستعمال الناس حجة يجب العمل بها.

م ١٦٥: إنما تعتبر العادة إذا اطردت وغلبت، والعبرة للغالب الشائع لا للنادر.

انظر أيضاً المواد (٤٦٩ - ٤٨٠) من «مرشد الحيران».

المطلب الثاني

إلزام المتعاقد بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد

القاعدة العامة والاستثناء منها:

في الفقه الإسلامي، كما في الفقه الغربي، القاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه نطاقه دون تعديل فيه، إلا ما اتفق عليه المتعاقدان. وقد يصلان في اتفاقهما لا إلى حد تعديل العقد فحسب، بل إلى حد التقايل منه كما سنرى. ويستثنى كذلك من وجوب تنفيذ للعقد ما ورد فيه نص من بطلان وفسخ، وقد درسنا في نظرية البطلان متى يفسخ العقد الفاسد، ومتى يبطل العقد الموقوف، ومتى يرجع العاقد في العقد غير اللازم إذا ثبت له خيار من الخيارات المعروفة.

ولا يجوز للقاضي أن يعدل العقد من غير رضا المتعاقدين جميعاً. ومع ذلك يعرف الفقه الإسلامي نظرية في فسخ العقد للعدر قريبة من نظرية الحوادث الطارئة التي درسناها في الفقه الغربي^(١).

فنبحث أولاً: القاعدة العامة وهي وجوب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه - ثانياً: الاستثناء وهو فسخ العقد للعدر أو الحوادث طارئة.

١ - تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه

تقسيم العقود في الفقه الإسلامي:

قدمنا أنه لا توجد نظرية عامة للعقد في كتب الفقه الإسلامي، وإنما تستخلص هذه النظرية من ثانياً الأحكام يوردها الفقهاء في مناسبة كل عقد من العقود المسماة، وبخاصة عقد البيع. لذلك

(١) وقد ورد في التقنين المدني العراقي في المعاني المتقدمة النصوص الآتية.

م ١٤٥: أيًا كان المحل الذي يرد عليه العقد، فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه.

م ١٤٦: ١ - إذا نفذ العقد كان لازماً، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي، ٢ - على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أو تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

م ١٥٠: ١ - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢ - ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

وجاء في المادة (٣٠٦) من «مرشد الحيران»: إنما تجري أحكام العقود في حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما. ولا يجوز فسخ العقود اللازمة إلا بتراضيهما في الأحوال التي يجوز فيها فسخها.

إذا أردنا أن نبحث في الفقه الإسلامي كيف يكون تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه، لم نجد نظرية عامة تجزئ الإشارة إليها كما وجدنا هذه النظرية في الفقه الغربي، بل يجب أن نستعرض العقود المعروفة في الفقه الإسلامي عقداً عقداً، للنظر كيف يقوم المتعاقدان بتنفيذ كل عقد منها. ويحسن لهذا الغرض تقسيم هذه العقود طوائف، تجتمع كل طائفة منها في مقومات مشتركة.

وفي الفقه الإسلامي تقسيمات متعددة للعقود، ومن أشهرها تقسيم العقود إلى تملكيات ووكالات وتوثيقات وإسقاطات وإطلاقات وتقييدات.

ولكن التقسيم الذي يحسن الوقوف عنده لتيسير البحث الذي نحن بصددده هو التقسيم الذي يتركز في محل العقد، فيدور حوله. ومحل العقد إما أن يكون عيناً أو منفعة أو ديناً أو عملاً أو توثيقاً أو وكالة. ومن ثم تنقسم العقود تبعاً لتقسيم المحل على هذا النحو، إلى الطوائف الآتية:

أولاً: عقود تقع على الأعيان، وذلك للتمليك بعوض كالبيع والقسمة والصلح، أو للتمليك بغير عوض كالهبة، أو للحفظ كالوديعة، أو للتسليم كالبيع والإيجار.

ثانياً: عقود تقع على المنافع، وذلك للتمليك بعوض كالإيجار والمزارعة والمساقاة، أو للتمليك بغير عوض كالعارية.

ثالثاً: عقود تنشيء الديون، وذلك كالبيع ينشيء ديناً بالثمن في ذمة المشتري، وكالإيجار ينشيء ديناً بالأجرة في ذمة المستأجر وكالقرض ينشيء ديناً برد مثل القرض في ذمة المقرض.

رابعاً: عقود تقع على العمل، وذلك كعقد الاستصناع وعقد إيجار العمل سواء كان العمل عمل أجير خاص أو عمل أجير مشترك.

خامساً: عقود التوثيق، وذلك كال كفالة والحوالة والرهن.

سادساً: عقود التوكيل، وذلك كالوكالة والشركة والمضاربة.

آثار العقد طبقاً لهذا التقسيم:

ويستخلص مما قدمناه أن آثار العقد في الفقه الإسلامي يمكن ردها إلى ما يأتي:

(أ) نقل الملك بعوض أو بغير عوض^(١).

(ب) نقل المنفعة بعوض أو بغير عوض^(٢).

(ج) ترتيب الدين في الذمة.

(١) وتنص المادة (١٣٤) من التقنين المدني العراقي على أن: «عقد المعاوضة الوارد على الأعيان يقتضي ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين في بدل ملكه، والتزام كل منهما بتسليم ملكه المعقود عليه للآخر».

(٢) وتنص المادة (١٤٤) من التقنين المدني العراقي على أن: «عقد المعاوضة الوارد على منافع الأعيان يستوجب التزام المتصرف في العين بتسليمها للمتفع، والتزام المتفع بتسليم بدل المنفعة لصاحب العين».

- (د) الإلزام بعمل معين، ويدخل في ذلك العقود التي تقع على العمل وعقود التوكيل.
 (هـ) التوثيق للديون^(١).
 (و) وتتناول بالبحث كلا من هذه الآثار.

أ - نقل الملك

النصوص وما يستخلص منها من نتائج:

- ورد كثير من النصوص من «مرشد الحيران» في صدد نقل العقد للملك في الأعيان نختر منها ما يأتي:
- م ٧٣: يصح أن تملك الأعيان بعوض وبغير عوض، سواء كانت عقاراً أو منقولاً.
- م ٧٤: ينتقل ملك العين المبيعة للمشتري بمجرد حصول عقد المعاوضة ووقوعه صحيحاً باتاً نافذاً لازماً، سواء كانت عقاراً أو منقولاً.
- م ٧٥: للمشتري أن يتصرف في العين المبيعة بالبيع قبل استلامها إن كانت عقاراً لا يخشى هلاكه، وليس له أن يؤجرها قبل قبضها. كما أنه ليس له أن يتصرف في المبيع قبل قبضه لا بيعاً ولا إجارة إن كان منقولاً.
- م ٧٦: إذا استلم المشتري العين المبيعة، عقاراً كانت أو منقولاً، على أنها مملوكة للبائع، فله أن يتصرف فيها بجميع التصرفات. ولا يمنع تصرفه من استرداد العين لمستحقها، إذا ظهر أنها مستحقة للغير وثبت حقه فيها.
- م ٧٧: الهبة تملك العين بلا عوض، وقد تكون بعوض.
- م ٨٠: لا يثبت ملك العين للموهوب له إلا إذا قبض العين الموهوبة قبضاً كاملاً في محوز مقسوم أو مشاع لا يحتمل القسمة.
- م ٨٢: إذا مات الواهب قبل تسليم العين للموهوب له، بطلت الهبة.
- م ٨٣: إذا مات الواهب له قبل استلامه العين الموهوبة، بطلت الهبة ولا حق لورثته فيها.
- م ٤٦٣: إذا مات المشتري مفلساً بعد قبض المبيع وقبل نقد الثمن، فالبايع أسوة الغرماء ولو وجد متاعه باقياً بعينه، فلا يكون أحق به من غيره من أرباب الحقوق على المشتري.
- م ٤٦٤: إذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع ودفع الثمن، فالبايع أحق بحبسه إلى أن يستوفي الثمن من تركة المشتري أو يبيعه القاضي ويؤدي للبايع حقه من ثمنه. فإن زاد الثمن عن حق البايع يدفع الزائد لباقي الغرماء. وإن نقص ولم يعرف حق البايع بتمامه فيكون أسوة الغرماء فيما بقي له.

(١) ويمكن القول بوجه عام أن العقد ينقل الملك، ويقوم المنفعة، ويرتب الدين في الدمة، ويلزم بالعمل، ويوثق الديون.

م ٤٦٥: إذا مات البائع مفلساً بعد قبض ثمن المبيع وقبل تسليمه للمشتري، فالمشتري أحق به من سائر الغرماء، وله أخذه إن كانت عينه قائمة، أو استرداد الثمن إن كان قد هلك عند البائع أو عند ورثته.

م ٤٨٠: الزوائد التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض، كالثمار والنتاج، تكون حقاً للمشتري.

وانظر في عقد الصلح من حيث أن له حكم البيع المادة (١٠٣٠) «مرشد الحيران»، وفي حكم المقايضة المادة (١٠٣٢) «مرشد الحيران».

وتستخلص من هذه النصوص النتائج الآتية:

أولاً: أن العقد ينقل الملك بعوض أو بغير عوض، والعقد ذاته هو الذي ينقل الملك.

ثانياً: أن الملك ينتقل بمجرد صدور العقد، فلا يتأخر انتقاله إلى وقت التسليم ولو في المنقول، وذلك ما لم يكن العقد هبة فلا يتم إلا بالقبض.

ثالثاً: ويترتب على أن الملك ينتقل بمجرد صدور العقد أن زوائد العين التي تحصل بعد العقد وقبل القبض، كالثمار والنتاج، تكون لمن انتقل له ملك العين.

رابعاً: ويترتب على ذلك أيضاً، أنه إذا مات البائع مفلساً بعد قبض ثمن المبيع وقبل تسليمه للمشتري، فالمشتري وقد أصبح مالكاً بالمبيع أحق بالمبيع من سائر الغرماء. فإذا مات المشتري مفلساً قبل نقد الثمن، فقد أصبح مع ذلك مالكاً للمبيع بالمبيع، فيبقى المبيع في التركة، والبائع أسوة الغرماء بالثمن وليس له امتياز على المبيع. إلا أن البائع إذا كان لم يسلم المبيع ولم ينقد الثمن، فله حبس المبيع حتى يستوفي الثمن، ويبيعه القاضي وينقد الثمن للبائع.

خامساً: وما دام المشتري قد أصبح مالكاً للمبيع حتى قبل القبض. فله التصرف فيه إن كان عقاراً، فإن كان معقولاً فليس له التصرف فيه إلا بعد القبض.

ونستعرض الآن هذه المسائل الخمس بعض نصوص الفقه الإسلامي.

أولاً: العقد ذاته ينقل الملك في الفقه الإسلامي:

جاء في «البدائع» (٢٤٣/٥): «وأما بيان صفة الحكم، فله صفتان... الثانية الحلول، وهو ثبوت الملك في البدلين للحال، لأنه تمليك بتمليك، وهو إيجاب الملك من الجانبين للحال، فيقتضي ثبوت الملك في البدلين في الحال، بخلاف البيع بشرط الخيار، لأن الخيار يمنع انعقاد القعد في حق الحكم، فيمنع وقوعه تمليكاً للحال، وبخلاف البيع الفاسد، فإن ثبوت الملك فيه موقوف على القبض، فيصير تمليكاً عنده».

وبين من هذا النص أن العقد ذاته هو الذي ينقل الملك، وفي ذلك يختلف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في الفقه اللاتيني. ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد، أما في الفقه اللاتيني فالعقد ينشيء التزاماً بنقل الملك، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه، فينتقل

الملك ولكن تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد.

ثانياً: ينتقل الملك بمجرد صدور العقد إلا في الهبة فيتوقف على القبض:

وقد رأينا من النص المتقدم الذكر أن الملك ينتقل بالعقد في الحال. أي بمجرد صدور العقد، فلا يتأخر انتقال الملك إلى وقت القبض، ويستوي في ذلك العقار والمنقول. وهذا في عقود المعاوضة، كالبيع والقسمة والصلح.

أما إذا كان العقد هبة، فلا ينفذ العقد ولا ينتقل الملك إلا بالقبض. ويجب أن يكون القبض بإذن الواهب، لأن القبض في الهبة يشبه الركن وإن لم يكن ركناً، فيشبه القبول في البيع ولا يجوز القبول من غير إذن البائع ورضاه. ولا بد أن يتم القبض في حياة كل من الواهب والموهوب له وإن كان في المسألة خلاف، فلو مات الواهب أو مات الموهوب له، قبل القبض بطلت الهبة، وهذا في مذاهب الحنفية والشافعية والحنابلة.

جاء في «الهداية»، «فتح القدير» (١١٣/٧ - ١١٧): «القبض لا بد منه لثبوت الملك، وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»، والمراد نفي الملك لأن الجواز بدونه ثابت. ولأنه عقد تبرع وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح، بخلاف الوصية لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها. قال: فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً، وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض. والقياس ألا يجوز في الوجهين، وهو قول الشافعي، لأن القبض تصرف في ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه. ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك، والمقصود منه إثبات الملك، فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق، لأننا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يخلق به: بخلاف ما إذا ناه عن القبض في المجلس، لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة التصريح».

وجاء في «المهذب» (٤٤٧/١): «ولا يملك الموهوب له الهبة من غير قبض، لما روت عائشة رضي الله عنها أن أباهما نحلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله، فلما حضرته الوفاة قال: يا بنية إن أحب الناس غنى بعدي لأنت وإن أعز الناس على فقرأ بعدي لأنت، وإني كنت نحلكتك جذاذ عشرين وسقاً من مالي ووردن أنك جذذته وحزته، إنما هو اليوم مال الوارث. فإن مات قبل القبض: قام وارثه مقامه إن شاء قبض وإن شاء لم يقبض. ومن أصحابنا من قال: يبطل العقد بالموت لأنه غير لازم فبطل بالموت كالعقود الجائزة. والمنصوص أنه لا يبطل، لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم يبطل بالموت كالبيع بشرط الخيار. فإذا قبض ملك بالقبض، ومن أصحابنا من قال ويتبين أنه ملك بالعقد فإن حدث منه نماء قبل القبض كان للموهوب له، لأن الشافعي رضي الله عنه قال: فيمن وهب له عبد قبل أن يهل عليه هلال شوال قبض بعد ما أهل إن فطرة العبد على الموهوب، المذهب الأول وما قال في زكاة الفطر فرعه على قول مالك رحمه الله».

وجاء في «المغني» (٥/٥٩١ - ٥٩٣): «المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض، وهو قول أكثر الفقهاء منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي. وقال مالك وأبو ثور: يلزم ذلك بمجرد العقد... وقول الخرقى: «لا يصح، يحتمل أن يريد لا يلزم ويحتمل أن يريد لا يثبت بها الملك قبل القبض، فإن الملك حكم الهبة والصحة اعتباراً لشيء في حق حكمه، وأما صحته بمعنى انعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر ويثبت حكمه فلا يصح حمل لفظه على نفيه لعدم الخلاف فيه... والواهب بالخيار قبل القبض، إن شاء أقبضها وأمضاها، وإن شاء رجع فيها ومنعها. ولا يصح قبضها إلا بإذنه، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض... وإن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة، سواء كان قبل الإذن في القبض أو بعده».

أما في مذهب مالك فتجوز الهبة دون قبض، ويجبر الواهب على تسليم الموهوب للموهوب له، جاء في «الخرشي» (٧/١٠٥ - ١٠٦): «الشيء الموهوب يحاز عن واهبه ولو لم يأذن في ذلك، فإن أبى الواهب فإنه يجبر على حيازته للموهوب له، لأن الهبة تملك بالقول على المشهور... ثم إن الهبة تبطل إذا تأخر حوزها عن الواهب في صحته حتى لحقه دين محيط بماله، سواء كان قبل الهبة أو بعدها... الواهب إذا وهب الهبة لشخص ثان وحازها هذا الثاني قبل الأول، فإنها تكون للثاني لأنه تقوى جانبه بالحيازة لها، ولا قيمة على الواهب للأول لأنه فرط في الحوز، وهذا هو المشهور، وسواء علم الأول وفرط أم لا، مضى من الزمان ما يمكنه فيه القبض أم لا. وكذلك تبطل الهبة إذا أعتق الواهب العبد قبل أن يحوزه الموهوب له، وسواء كان العتق ناجزاً أو إلى أجل أو كان تدبيراً أو كتابة، وسواء علم المعطي بالهبة أو لم يعلم. وكذلك تبطل الهبة إذا استولد الأمة التي وهبها قبل أن يحوزها الموهوب له... ولا قيمة على الواهب للموهوب له في الفروع الثلاثة على المشهور».

ثالثاً: زوائد المبيع التي تحصل بعد العقد وقبل القبض تكون حقاً للمشتري:

ولما كان المشتري يملك المبيع من وقت البيع وقبل القبض، فإن الزوائد التي تحصل للمبيع - كالثمار والريع والنتاج - تحصل في ملك المشتري، فيملكها مع المبيع. واختلفت الحنفية والشافعية في تأصيل ملكية المشتري لهذه الزوائد. فقال الحنفية: إن المشتري يملكها بالبيع لأنه يملك الأصل بالبيع فملك التبع به، وتعتبر مبيعة مع المبيع. وقال الشافعية: لا تدخل في البيع وليست بمبيعة أصلاً، وإنما يملكها المشتري بملك الأصل وهو المبيع ومن ملك الأصل ملك التبع. فالحنفية يملكون المشتري الزوائد بموجب تصرف قانوني هو العقد، أما الشافعية فيملكونها إياه بموجب واقعة مادية هي تولد الزوائد من الأصل أو تبعيتها له. وينبني على هذا الخلاف أن الزوائد عند الحنفية تعتبر جزءاً من المبيع يجري عليها حكمه ولها حصة من الثمن، أما عند الشافعية فهي مستقلة عن المبيع لا يجري عليها حكمه ولا حصة لها من الثمن. وتترتب على ذلك النتائج الآتية:

١ - عند الحنفية يجوز للبائع أن يحبس الزوائد مع المبيع حتى يستوفي الثمن، وعند الشافعية

لا يجوز.

٢ - عند الحنفية إذا أتلّف البائع الزوائد سقطت حصتها من الثمن وعند الشافعية يضمن البائع قيمتها للمشتري إذ لا حصة لها من الثمن.

٣ - عند الحنفية إذا وجد المشتري عيباً بالزوائد ردها بحصتها من الثمن أو بالأصل رده أيضاً بحصته من الثمن، وعند الشافعية لا يرد الزوائد بالعيب أصلاً ويرد الأصل بكل الثمن.

٤ - عند الحنفية إذا أتلّف المشتري الزوائد قبل القبض وجب عليه دفع حصتها من الثمن لأنه صار قابضاً لها بالإتلاف، وعند الشافعية لا حصة لها من الثمن بحال.

٥ - عند الحنفية إذا هلك المبيع، وبقيت زوائده بقي العقد في قدر الزوائد وكانت لها حصة من الثمن، وعند الشافعية يفسخ العقد أصلاً في المبيع وزوائده جميعاً.

وهذا ما يقوله الكاساني فيما قدمناه: «إن زوائد المبيع مبيعة عندنا، سواء كانت منفصلة أو متصلة، متولدة من الأصل أو غير متولدة منه، إلا الهبة والصدقة والكسب. وعنده (أي عند الشافعي) ليست بمبيعة أصلاً، وإنما تملك الأصل لا بالبيع السابق. وجه قول الشافعي رحمه الله في إثبات هذا الأصل أن المبيع ما أضيف إليه البيع، ولم توجد الإضافة إلى الزوائد لكونها منعدمة عند البيع فلا تكون مبيعة، ولهذا لم يكن الكسب مبيعاً. ولأن المبيع ما يقابله ثمن إذ البيع مقابلة المبيع بالثمن، والزيادة لا يقابلها ثمن لأن كل الثمن مقابل بالأصل، فلم تكن مبيعة كالكسب، ولهذا لم تجز الزيادة عنده في المبيع والثمن، ولنا أن المبيع ما يثبت فيه الحكم الأصلي للمبيع، والحكم الأصلي للبيع يثبت للزوائد بالبيع السابق فكانت مبيعة. وبيان ذلك أن الحكم الأصلي للبيع هو الملك، والزوائد مملوكة بلا خلاف. والدليل على أنها مملوكة بالبيع السابق أن البيع السابق أوجب الملك في الأصل ومتى ثبت الملك في الأصل ثبت في التبعية، فكان ملك الزيادة بواسطة ملك الأصل مضافاً إلى البيع السابق، فكانت الزيادة مبيعة ولكن تبعاً لثبوت الحكم الأصلي فيها تبعاً. وعلى هذا الأصل مسائل بيننا وبين الشافعي رحمه الله. منها أن للبائع حق حبس الزوائد لاستيفاء الثمن كما له حق حبس الأصل عندنا، وعنده ليس له أن يحبس الزوائد. ومنها أن البائع إذا أتلّف الزيادة سقطت حصتها من الثمن عن المشتري عندنا كما لو أتلّف جزءاً من المبيع، وعنده لا يسقط شيء من الثمن وعليه ضمانها كما لو أتلّفها أجنبي... ولو هلكت الزيادة بأفة سماوية لا يسقط شيء من الثمن بالإجماع وإن كانت مبيعة عندنا، لأنها مبيعة تبعاً بمنزلة أطراف الأم لا مقصوداً، والأطراف كالأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن إلا أن تصير مقصودة بالفعل من القبض أو الجناية ولم يوجد... ومنها أن المشتري إذا قبض الزوائد يصير لها حصة من الثمن بالقبض عندنا، فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض، حتى لو اطلع المشتري على عيب بالأصل فإنه يردده بحصته من الثمن لا بجميع الثمن عندنا. وعنده لا حصة للزيادة من الثمن بحال وعند ظهور العيب بالأصل يرد بكل الثمن ولا يكون بإزاء الزيادة شيء. وكذا إذا وجد بالزيادة عيباً يرددها بحصتها من الثمن، وعنده لا يرددها بالعيب أصلاً. وكذا المشتري إذا أتلّف الزيادة قبل القبض يصير لها حصة من الثمن عندنا لأنه صار قابضاً له بالإتلاف

وبالقبض يصير لها حصة من الثمن على ما ذكرنا، وعنده لا حصة لها من الثمن بحال. ولو هلك الأصل وبقيت الزيادة، يبقى العقد في قدر الزيادة عندنا ويصير لها حصة من الثمن، فينقسم الثمن على الأصل يوم العقد وعلى الزيادة يوم الهلاك، فيبطل ملك الثمن بقدر قيمة الأصل ويبقى بحصة الزيادة. بخلاف ما إذا هلك قبل حدوث الزيادة حيث يفسخ العقد أصلاً ورأساً ويسقط كل الثمن، لأن هناك لا فائدة في بقاء العقد إذ لو بقي لطلب البائع من المشتري الثمن ليطلب المشتري منه تسليم المبيع ولا يمكنه تسليمه فيفسخ ضرورة لانعدام فائدة البقاء، وإذا بقيت الزيادة كان في بقاء العقد في الزيادة فائدة لإمكان تسليمها فبقي العقد فيها وصار لها حصة من الثمن فينقسم على الأصل والزيادة على ما ذكرنا. وعنده إذا هلك الأصل، انفسخ العقد أصلاً ورأساً، «البدائع» (٥/٢٥٦).

رابعاً: إذا تسلم المشتري المبيع وأفلس البائع أو المشتري بقي الملك للمشتري، أما إذا لم يتسلم المشتري المبيع وأفلس فللبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن:

ولما كانت ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري بالعقد، فإنه إذا أفلس المشتري قبل أن ينقد البائع الثمن، بقي المبيع على ملكه بالرغم من الإفلاس. ولكن إذا كان البائع لم يسلم المبيع إلى المشتري، فله حق حبسه حتى يستوفي الثمن كاملاً، أو يبيع القاضي المبيع ويستوفي البائع منه الثمن، فإن فضل شيء كان لغرماء المشتري، وإن بقي للبائع شيء من الثمن كان أسوة غرماء المشتري فيه.

فإذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري، فهل يستطيع أن يسترد عين المبيع من مال المشتري المفلس ويكون ذلك عن طريق فسخ البيع واسترداد المبيع؟ قدمنا في (١٤٤/٥ و ١٥٥ و ١٦٦ و ١٧١) أن المالكية والشافعية والحنابلة يذهبون إلى هذا الرأي، أما الحنفية (١٢٩/٥)، فلا يجيزون فسخ البيع لاسترداد المبيع، بل يبقى المشتري مالكاً للمبيع، ويطالبه البائع بالثمن فيكون أسوة غرماء المشتري فيه.

أما إذا كان البائع هو الذي أفلس بعد البيع، فإن المشتري وقد أصبح مالكاً للمبيع يستطيع أن يطالب البائع بتسليم عين المبيع دون اعتداد بإفلاس البائع ما دام قد نقده الثمن.

وقد سبق إيراد النصوص الفقهية في هذا الصدد انظر الجزء الخامس. ونضيف هنا ما جاء في «البدائع»: «ومنها ثبوت حق الحبس للمبيع لاستيفاء الثمن. ثم الكلام في هذا الحكم في موضعين، أحدهما في بيان شروط ثبوت هذا الحكم والثاني في بيان ما يبطل به بعد ثبوته. أما شرط ثبوته فشيئان، أحدهما أن يكون أحد البدلين عيناً والآخر ديناً، فإن كانا عينيْن أو دينين فلا يثبت حق الحبس بل يسلمان معاً لما ذكرنا فيما تقدم. والثاني أن يكون الثمن حالاً، فإن كان مؤجلاً لا يثبت حق الحبس، لأن ولاية الحبس تثبت حقاً للبائع لطلبه المساواة عادة لما بينا، ولما باع بضمن مؤجل فقد أسقط حق حبسه فيطلب الولاية. وأما بيان ما يبطل به حق الحبس بعد ثبوته. . إذا أخرج الثمن بعد العقد بطل حق الحبس، لأنه أخرج حق نفسه في قبض الثمن فلا يتأخر

حق المشتري في قبض المبيع . وكذا المشتري إذا نقد الثمن كله أو أبرأه البائع عن كله بطل حق الحبس . . ولو أعار البائع المبيع للمشتري أو أودعه بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه لا يبطل للبائع أن يسترده . . ولو قبض المشتري المبيع بإذن البائع، بطل حق الحبس حتى لا يملك الاسترداد، لأنه أبطل حقه بالإذن بالقبض . ولو قبض بغير إذنه، لم يبطل وله أن يسترده، لأن حق الإنسان لا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه . . . ولو قبض المشتري المبيع بإذن البائع، ثم أفلس أو مات قبل نقد الثمن أو بعد ما نقد منه شيئاً، وعليه ديون لأناس شتى، هل يكون البائع أحق به من سائر الغرماء؟ اختلف فيه . قال أصحابنا: لا يكون له بل الغرماء كلهم أسوة فيه، فيباع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص . وقال الشافعي رحمه الله البائع أحق به . وإن لم يكن قبضه حتى أفلس أو مات، فإن كان الثمن مؤجلاً فهو على هذا الاختلاف، وإن كان حالاً فالبايع أحق به بالإجماع»، «البدائع» (٢٤٩/٥ - ٢٥٢).

ويخلص مما قدمناه أن البيع ينقل الملك إلى المشتري . والقبض بإذن البائع يزيد نقل الملك تأكيداً، إذ أنه يسقط حق الحبس وحق الامتياز معاً إذا كان الثمن حالاً لم يدفع ومع ذلك أذن البائع المشتري في قبض المبيع . وسنرى فيما يلي أن للقبض أثراً آخر في إطلاق يد المشتري في التصرف في المبيع .

خامساً: تصرف المشتري في المبيع:

وقد كان مقتضى انتقال الملك إلى المشتري بالبيع أن يملك التصرف في المبيع بمجرد البيع، حتى قبل القبض .

وهذا هو مذهب مالك، فيجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع قبل بيعه، سواء كان عقاراً أو منقولاً إلا الطعام ففيه خلاف لربوبيته . جاء في «بداية المجتهد» لابن رشد: «وأما بيع ما سوى الطعام قبل القبض، فلا خلاف في مذهب مالك في إجازته . أما الطعام الربوي، فلا خلاف في مذهبه أن القبض شرط في بيعه . وأما غير الربوي من الطعام، فعنه في ذلك روايتان: إحداهما المنع وهي الأشهر، وبها قال أحمد وأبو ثور إلا أنهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن، والرواية الأخرى الجواز»، «بداية المجتهد»، (١٣٥).

أما عند الشافعية والحنابلة، فلا يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع قبل قبضه، سواء كان منقولاً أو عقاراً . ويذكرون لتعليل ذلك أسباباً مختلفة: منها أن انتقال ملك المبيع إلى المشتري لا يتأكد إلا بالقبض فإذا تأكد بالقبض استطاع المشتري أن يتصرف فيه . ومنها أن المبيع قبل القبض يكون في ضمان البائع لا في ضمان المشتري، ولا يجوز للمشتري أن يبيع ما ليس في ضمانه . ومنها أن المشتري الذي يبيع ما لم يقبض لا يكون قادراً على التسليم، فلا يجوز له أن يبيع المبيع حتى يقبضه ليكون قادراً على تسليمه جاء في «الأم» للشافعي: «قال الشافعي: أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» . وقال ابن عباس: أما الذي نهى عنه رسول الله ﷺ وهو الطعام أن يباع حتى يكتال . وقال ابن عباس برأيه: ولا أحسب كل شيء إلا مثله . قال الشافعي: وإذا نهى ﷺ عن بيع الطعام حتى يقبض، لأن

ضمانه من البائع، ولم يتكامل للمشتري فيه تمام ملك فيجوز به البيع. كذلك قسنا بيع العروض قبل القبض، لأنه بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن... ومن ورث طعاماً كان له بيعه قبل أن يقبضه، لأنه غير مضمون على غيره، «الأم» (١٨٠/٢) في «الهامش». وجاء أيضاً في «الأم» في موضع آخر: «أما الذي نهى عنه رسول الله ﷺ أن يباع حتى يقبض: الطعام. قال ابن عباس برأيه: ولا أحسب كل شيء إلا مثله. قال الشافعي: وبهذا نأخذ. فمن ابتاع شيئاً، كائناً ما كان، فليس له أن يبيعه حتى يقبضه، وذلك أن من باع ما لم يقبض فقد دخل في المعنى الذي يروي بعض الناس عن النبي ﷺ أنه قال لعتاب بن أسيد حين وجهه إلى أهل مكة: «انهم عن بيع ما لم يقبضوا وربح ما لم يضمنوا». قال الشافعي: هذا بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن، وهذا المقياس على حديث النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام حتى يقبض»، «الأم» (٦٠/٣). وجاء في «فتاوى ابن تيمية»: «ويملك المشتري المبيع بالعقد، ويصح عتقه قبل القبض إجماعاً فيهما. ومن اشترى شيئاً لم يبيعه قبل قبضه، سواء المكمل والموزون وغيرهما، وهو رواية عن أحمد اختارها ابن عقيل ومذهب الشافعي وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما. وسواء كان المبيع من ضمان المشتري أولاً، وعلى ذلك تدل أصول أحمد... وعلة النهي عن البيع قبل القبض ليست توالي الضمانين، بل عجز المشتري عن تسليمه، لأن البائع قد يسلمه وقد لا يسلمه، لا سيما إذا رأى المشتري قد ربح، فيسعى في رد البيع إما بجحد أو باحتيال في الفسخ، وعلى هذه العلة تجوز التولية في المبيع قبل قبضه، وهو مخرج من جواز بيع الدين، ويجوز التصرف فيه بغير البيع، ويجوز بيعه لبائعه، والشركة فيه، وكل مالك بعقد سوى البيع فإنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه بالبيع وغيره لعدم قصد الربح، وإذا تعين ملك إنسان موروث أو وصية أو غنيمة، لم يعتبر لصحة تصرفه قبضه بلا خلاف». «فتاوى ابن تيمية» (٧٤/٤ - ٧٥).

وأما عند الحنفية فلا يجوز للمشتري التصرف في المنقول قبل قبضه، إذ يجوز أن يتلف قبل القبض فيبطل البيع لذلك ويؤدي إلى الضرر بالمشتري الجديد، ولكن يجوز للمشتري أن يهب المنقول قبل القبض أو يقرضه أو يرهنه لغير البائع عند محمد وهو الأصح، خلافاً لأبي يوسف، ويقوم قبض الموهوب له أو المقترض أو المرتهن حيثئذ مقام قبض المشتري. وإذا كان المبيع غير المقبوض عقاراً، جاز للمشتري التصرف فيه بالبيع والهبة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، لأن هلاك العقار غير محتمل. وقال محمد: لا يصح التصرف أيضاً في العقار قبل قبضه بالبيع دون الهبة، لورود الحديث بالنهي عن ذلك من غير تمييز بين عقار ومنقول، وهو قوله عليه الصلاة والسلام لحكيم بن حزام. إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه». جاء في «مختصر الطحاوي»: «ولا يجوز بيع ما لم يقبض من الأشياء المبيعات، إلا العقار فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يجيز بيعه قبل قبضه. وأما أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهما، فكانا لا يجيزان بيع ذلك أيضاً حتى يقبض، وبه نأخذ. ثم رجع أبو يوسف عن ذلك إلى قول أبي حنيفة. ولا يجوز لمن اشترى شيئاً كيلاً، وإن قبضه، أن يبيعه حتى يكتاله، وكذلك حتى يتزنه إن كان اشتراه وزناً، وكذلك حتى يعده إن كان اشتراه عدداً، ولا بأس أن يبيعه قبل أن يذرع إن كان اشتراه مذارعة. وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رضي الله عنهم، وبه نأخذ. غير أن أبا يوسف قد قال بأخرة في المعداد: له أن

يبيعه قبل أن يعده وإن كان قد قبضه، وقد روي ذلك أيضاً عن محمد بن الحسن، «مختصر الطحاوي» (٨٤ - ٨٥).

ويخلص مما تقدم أن الملك ينتقل بالعقد، ولكن القبض يزيد نقل الملك تأكيداً فهو الذي يطلق يد المشتري في التصرف في أكثر المذاهب على ما رأينا.

(ب) نقل المنفعة

النصوص وما يستخلص منها من نتائج:

ورد هنا أيضاً في «مرشد الحبران» كثير من النصوص، نختار منها ما يأتي:

م ٣٠٨: عقد المعاوضة من الجانبين إذا وقع على منافع الأعيان المالية، مستوفياً شرائط الصحة والنفاذ، يستوجب التزام المتصرف في العين بتسليمها للمنتفع، والتزام المنتفع بتسليم ما استحق من بدل المنفعة لصاحب العين.

م ٥٧٧: عقد الإجارة هو تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجره.

م ٥٨٩: من استأجر دابة للحمل فله أن يركبها، وإن استأجرها للركوب فليس له أن يحمل عليها، وإن حمل فلا أجر عليه.

م ٥٩٥: من استحق منفعة مقدرة بالعقد، فله أن يستوفي مثلها أو دونها، لا أكثر منها، فمن استأجر دابة للحمل وبين نوع ما يحمله وقدره وزناً، فله أن يحملها حملاً مساوياً له في الوزن أو حملاً أخف منه وزناً لا أكثر منه.

م ٦٣٧: لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة مدة الإجارة، ولا أن يحدث في العين المؤجرة تغييراً يمنع من الانتفاع بها أو يخل بالمنفعة المعقودة عليها.

م ٦٥٤: يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة كاعتنائه بملكه، ولا يجوز له أن يحدث بها تغيير بدون إذن مالِكها.

م ٦٥٨: إذا انتهت مدة الإجارة، وجب على المستأجر أن يفرغ الدار الخانوت المؤجرة، ويسلمها لصاحبها، ولا حاجة للتنبيه عليه بالتخلى.

م ٦٦١: من سكن في دار غيره ابتداء من غير عقد، وكانت الدار معدة للاستغلال أو وفقاً أو لليتيم، يجب عليه أجر المثل. وإن لم تكن كذلك فلا أجر عليه، إلا إذا تقاضاه صاحب الدار الأجرة وسكن فيها بعد ما تقاضاه وكان مقرأ له بالملك ولم يصرح بنفي الرضا بالأجر.

م ٦٦٢: إذا سكن أحد دار الغير بتأويل عقد كالمرتهن إذا سكن بيت الرهن ثم ظهر أنه للغير، أو سكنها بتأويل ملك كبيت مشترك سكنه أحد الشركاء فلا يجب الأجر على الساكن وإن كان ذلك معداً للاستغلال، ما لم يكن وفقاً أو لليتيم.

م ٦٦٣: بيع العين المأجورة يتوقف نفاذه على إجازة المستأجر، فإن أجازته جاز، وإن لم

يجزه يبقى موقوفاً إلى أن يسقط حق المستأجر .

م ٦٦٧ / ١ : تفسخ الإجارة بعذر لزوم دين على المؤجر حيث لا مال له غير العين المؤجرة، سواء ثبت الدين ببينة أو بإقرار المؤجر، ويتوقف انفساؤها على قضاء القاضي بنفاذ البيع لذلك في الصورتين .

م ٦٦٨ : تصح إجارة الأرض للزراعة، مع بيان ما يزرع فيها أو تخيير المستأجر بأن يزرع ما بدا له فيها .

م ٦٧٤ : إذا غلب الماء على الأرض المؤجرة، فاستبخرت ولم يمكن زرعها، أو انقطع الماء عنها فلم يمكن ريها، فلا تجب الأجرة أصلاً، وللمستأجر فسخ الإجارة .

م ٦٧٥ : إذا زرع الأرض المؤجرة فأصاب الزرع آفة فهلك، وجب عليه من الأجرة حصته ما مضى من المدة قبل هلاك الزرع، وسقط حصة ما بقي من المدة بعد هلاكه، إلا إذا كان متمكناً من زراعة مثل الأول أو دونه في الضرر فيجب حصة ما بقي من المدة أيضاً .

م ٧٧٧ : إذا أطلق المعير للمستعير الانتفاع في الوقت والمكان ونوع الاستعمال، جاز له أن ينتفع بالعارية في أي وقت وفي أي مكان وبأي استعمال أراد بشرط ألا يتجاوز المعهود والمعروف . فإن تجاوزه وهكلت العارية ضمنها .

م ٧٨٤ : لا يجوز للمستعير أن يؤجر العين المستعارة ولا أن يرهنها، إلا إذا كان استعارها ليرهنها بإذن المعير، فإن آجرها بلا إذنه فهلك في يد المستأجر، فللمعير الخيار إن شاء ضمن المستعير وإن شاء ضمن المستأجر، فإن ضمن المستعير فلا رجوع للمستعير على أحد بما ضمنه، وإن ضمن المستأجر فله الرجوع على المستعير إذا لم يعلم وقت الإجارة أنها عارية في يده . وإن رهنها وهلك الرهن المستعار في يد المرتهن، وضمن المعير المستعير، يتم الرهن فيما بين المستعير الراهن وبين المرتهن .

م ٧٨٥ : للمعير أن يسترد العارية ويرجع فيها في أي وقت شاء، ولو كانت موقته أو كان في استردادها ضرر إلا إذا كان الضرر لزواله نهاية معلومة كالزرع أو كان قريب الزوال فليس للمعير الاسترداد وتبقى العين في يد المستعير بأجر المثل حتى يزول الضرر .

م ٧٨٩ : العارية لا تضمن بالهلاك من غير عقد، وببطلان اشتراط ضمانها في العقد . وإنما تضمن بتعدي المستعير عليها أو بتقصيره أو إهماله في المحافظة عليها .

ونستخلص من هذه النصوص النتائج الآتية :

١ - الأصل في منفعة العين أنها معدومة وقت التعاقد عليها، فالتعامل فيها تعامل في شيء معدوم، فهو باطل في القياس وإنما أجاز استحساناً .

٢ - المنفعة التي تنتقل بالعقد يجب أن تكون منفعة مقصودة من العين في الشرع ونظر العقلاء . وتختلف المنافع باختلاف الأعيان المنتفع بها، ويستوفي المنتفع المنفعة المقدره لا أكثر .

٣ - يستوفي المنتفع منفعة العين بعد تسلمها من المالك، ويباشر الاستيفاء بنفسه. وأهم واجب عليه هو العناية بالعين المنتفع بها وردها إلى المالك عند نهاية الانتفاع، وأهم واجب على المالك ألا يتعرض للمنتفع في انتفاعه وأن يضمن له العيوب والهلاك وألا يتصرف في العين ما دام حق المنتفع متعلقاً بها، إلا أن العقد يفسخ بالعدر، وبموت المنتفع. والعين المنتفع بها أمانة في يد المنتفع، فهلاكها على المالك.

٤ - المنفعة لا تقوم إلا بالعقد.

٥ - فإذا كانت المنفعة بغير عوض، كما في العارية، فتتميز في أن تصرفات المستعير تكون أكثر تقيداً، وفي أن العين يجوز للمالك استردادها في أي وقت.

فنستعرض إذن في نصوص الفقه الإسلامي المسائل الخمس الآتية: أولاً: تكييف المنفعة من حيث إنها مال يجوز التعامل فيه. ثانياً: اختلاف المنافع باختلاف الأعيان. ثالثاً: كيفية استيفاء المنفعة وواجبات المالك. رابعاً: المنفعة لا تقوم إلا بالعقد. خامساً: خصائص المنفعة بغير عوض.

تكييف المنفعة من حيث إنها مال يجوز التعامل فيه:

يبدو أن الفقه الإسلامي يعتبر المنفعة في المال أقرب إلى أن تكون حقاً عينياً، سواء في ذلك حق المنتفع (usufruitier) أو حق المستأجر. أما في الفقه الغربي فقد تكون المنفعة حقاً عينياً كحق الانتفاع (usufruit)، وقد تكون حقاً شخصياً كحق المستأجر. وحق المستأجر في الفقه الإسلامي يماثل، من حيث تقييد تصرفات المالك، حتى المرتهن، فكلا الحقين يجعل تصرف المالك موقوفاً.

ثم إن هناك فرقاً آخر في خصوص المنفعة بين الفقهاء. وفي الفقه الغربي التعامل في المنفعة، سواء اعتبرت حقاً عينياً، أو حقاً شخصياً، يرد على مقتضى الأصل ولو كانت أموالاً مستقبلية. فالتعامل في الشيء المستقبل صحيح في الفقه الغربي كما رأينا. أما في الفقه الإسلامي، فالتعامل في المنفعة باعتبارها شيئاً مستقبلاً يتجدد لحظة فلهظة، غير جائز في أصل القياس وإنما يجوز على سبيل الاستحسان.

وقد جاء في «البدائع» (١٧٣/٤ - ١٧٤): «الإجارة جائزة عند عامة العلماء؟ وقال أبو بكر الأصم إنها لا تجوز. والقياس ما قاله، لأن الإجارة بيع المنفعة، والمنافع للحال معدومة، والمعدوم لا يحتمل البيع. فلا نجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ في المستقبل كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ في المستقبل، فإذن لا سبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المال، فلا جواز لها رأساً. لكننا استحسنا الجواز بالكتاب العزيز والسنة والإجماع... وأما الإجماع، فإن الأمة أجمعت على ذلك قبل وجود الأصم حيث يعقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا من غير نكير، فلا يعبأ بخلافه إذ هو خلاف الإجماع. وبه تبين أن القياس متروك لأن الله تعالى إنما شرع العقود لحوائج العباد، وحاجتهم إلى الإجارة ماسة، لأن كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها أو أرض مملوكة يزرعها أو دابة مملوكة يركبها، وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم

الشن ولا بالهبة والإعارة لأن نفس كل واحد لا تسمح بذلك فيحتاج إلى الإعارة، فجوزت بخلاف القياس لحاجة الناس كالسلم ونحوه وتحقيقه أن الشرع شرع لكل حاجة عقداً يختص بها، فشرع لتمليك العين بعوض عقداً وهو البيع، وشرع لتمليكها بغير عوض عقداً وهو الهبة. وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقداً وهو الإعارة، فلو لم يشرع الإعارة مع مساس الحاجة إليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلاً وهذا خلاف موضوع الشرع».

ويعترض ابن القيم على أن الإعارة جاءت على خلاف القياس. ويذهب إلى أنه يجب التمييز بين ما يمكن إيراد العقد عليه في حال وجوده وحال عدمه كالأعيان فمنهى الشارع عن بيعه حتى يوجد، وبين ما لا يمكن إيراد العقد عليه إلا في حال عدمه كالمنافع فيجوز التعامل فيه قياساً لا استحساناً لأن طبيعته تقتضي ذلك. وهذا هو ما يقول: «وأما الإعارة فالذين قالوا هي على خلاف القياس قالوا: هي بيع معدوم، لأن المنافع معدومة حين العقد. فقولهم إن الإعارة بيع معدوم وبيع المعدوم باطل دليل مبني على مقدمتين مجملتين غير مفصلتين قد اختلط في كل منهما الخطأ بالصواب. فأما المقدمة الأولى وهي كون الإعارة بيعاً، إن أردتم به البيع الخاص الذي يكون العقد فيه على الأعيان لا على المنافع فهو باطل، وإن أردتم به البيع العام الذي هو معاوضة إما على عين وإما على منفعة فالمقدمة الثانية باطلة. فإن بيع المعدوم ينقسم إلى بيع الأعيان وبيع المنافع، ومن سلم بطلان بيع المعدوم فإنما يسلمه في الأعيان. ولما كان لفظ البيع يحتمل هذا وهذا، تنازع الفقهاء في الإعارة هل تنعقد بلفظ البيع على وجهين. والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت بأي لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما، وهذا حكم شامل لجميع العقود... والمقصود أن قوله إن الإعارة نوع من البيع إن أراد به البيع الخاص فباطل، وإن أراد به البيع العام فصحيح. ولكن قوله إن هنا البيع يرد على معدوم دعوى باطلة، فإن الشارع جوز المعاوضة العامة على المعدوم، فإن قسم بيع المنافع على بيع الأعيان فهذا قياس في غاية الفساد. فإن المنافع لا يمكن أن يعقد عليها في حال وجودها ألبتة، بخلاف الأعيان. وقد فرق بينهما الحس والشارع، فإن النبي ﷺ أمر أن يؤخر العقد على الأعيان التي لم تخلق إلى أن تخلق، كما نهى عن بيع السنين وحبل الحبلية والتمر قبل أن يبدو صلاحه والحب حتى يشتد ونهى عن الملاقيح والمضامين ونحو ذلك. وهذا يمتنع مثله في المنافع، فإنه لا يمكن أن تباع إلا في حال عدمها. فهنا أمران أحدهما يمكن إيراد العقد عليه في حال وجوده وحال عدمه، فمنهى الشارع عن بيعه حتى يوجد، وجوز منه بيع ما لم يوجد تبعاً لما وجد إذا دعت الحاجة إليه، وبدون الحاجة لم يجوزه والثاني ما لا يمكن إيراد العقد عليه إلا في حال عدمه كالمنافع، فهذا جوز العقد عليه ولم يمنع منه. فإن قلت: أنا أقيس أحد النوعين على الآخر وأجعل العلة مجرد كونه معدوماً، قيل: هذا قياس فاسد لأنه يتضمن التسوية بين المختلفين. وقولك: إن العلة مجرد كونه معدوماً دعوى بغير دليل بل دعوى باطلة، فلم لا يجوز أن تكون العلة في الأصل كونه معدوماً يمكن تأخير بيعه إلى زمن وجوده؟ وعلى هذا التقرير فالعلة مقيدة بعدم خاص، وأنت لم تبين أن العلة في الأصل مجرد كونه معدوماً، فقياسك فاسد. وهذا كاف في بيان فساده بالمطالبة، ونحن نبين فساده في نفسه فنقول: ما ذكرناه علة منتقضة. فإنك إذا عللت بمجرد عدم، ورد عليك النقض بالمنافع كلها وبكثير من

الأعيان، وأما علتنا به لا تنتقص. وأيضاً فالقياس المحض وقواعد الشريعة وأصولها ومناسبتها تشهد لهذه العلة، فإنه إذا كان له حال وجود وعدم كان في بيعه حالة العدم مخاطرة وقمار... وأما ما ليس له إلا حال واحد والغالب فيه السلامة، فليس العقد عليه مخاطرة ولا قماراً، وإن كان فيه مخاطرة يسيرة فالحاجة داعية إليه»، «أعلام الموقعين» (١/ ٣٥٢ - ٣٥٦).

على أن ابن القيم يرى، فوق ذلك أن عدم جواز بيع المعدوم في الأعيان لم يرد: «في كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ ولا في كلام أحد من الصحابة... لا بلفظ عام ولا بمعنى عام، وإنما في السنة النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة. فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود. بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً»، «أعلام الموقعين» (١/ ٣٥٧ - ٣٥٨).

ثانياً: اختلاف المنافع باختلاف الأعيان:

وتختلف المنافع باختلاف الأعيان المنتفع بها. فمنفعة الدار غير منفعة الحانوت أو الأرض الزراعية أو أرض البناء، وغير منفعة الزرع والأشجار، وغير منفعة الدواب، وغير منفعة العبيد، وغير منفعة الآدمي سواء كان أجيراً خاصاً أو أجيراً مشتركاً. وكل هذه المنافع يرد عليها العقد، فينقلها من المالك إلى المنتفع.

وقد جاء في «البدائع» (٤/ ١٧٤ - ١٧٥) في هذا المعنى: «وسواء أضيف إلى الدور والمنازل والبيوت والحوانيت والحمامات والفساطيط وعبيد الخدمة والدواب والثياب والحلي والأواني والظروف ونحو ذلك، أو إلى الصناعات من القصار والخياط والصباغ والنجار والبناء وغيرهم. والأجير قد يكون خاصاً وهو الذي يعمل لواحد وهو المسمى بأجير الوجد، وقد يكون مشتركاً وهو الذي يعمل لعامة الناس وهو المسمى بالأجير المشترك. وذكر بعض المشايخ أن الإجارة نوعان، إجارة على المنافع وإجارة على الأعمال، وفسروا النوعين بما ذكرنا وجعلوا المعقود عليه في أحد النوعين المنفعة وفي الآخر العمل. وهي في الحقيقة نوع واحد لأنها بيع المنفعة، فكان المعقود عليه المنفعة في النوعين جميعاً، إلا في المنفعة تختلف باختلاف محل المنفعة، فيختلف استيفائها باختلاف منافع المنازل بالسكنى والأراضي بالزراعة والثياب والحلي باللبس وعبيد الخدمة بالخدمة والدواب بالركوب والحمل والأواني والظروف بالاستعمال والصناعات بالعمل من الخياطة والقصارة ونحوهما. وقد يقام فيه تسليم النفس مقام الاستيفاء، كما في أجير الوجد، حتى لو سلم نفسه في المدة ولم يعمل يستحق الأجر».

ثالثاً: كيفية استيفاء المنفعة وواجبات المنتفع وواجبات المالك:

يستوفي المنتفع المنفعة، وقد أصبح مالكا لها، بحسب طبيعة العين وما أعدت له، ويستوفيا بنفسه أو غيره كمستأجر أو مستعير، فإن كانت العين داراً، فله أن يسكن فيها نفسه ومع غيره، وله أن يسكن فيها غيره بالإجارة والإعارة. وله أن يضع فيها متاعاً وغيره. غير أنه لا يجعل فيها حداً ولا قصاراً ولا طحاناً ولا ما يضر البناء ويوهنه، لأن ذلك إتلاف العين ولم يدخل تحت العقد، إذ الإجارة بيع المنفعة لا بيع العين، ولأن مطلق العقد ينصرف إلى المعتاد، والحنوت

الذي يكون في صف البزازين لا يؤجر لعمل الحداد والقصار والطحان، فلا ينصرف مطلق القصد إليه، إذ المطلق محمول على العادة فلا يدخل غيره في العقد إلا بالتسمية أو الرضا، حتى لو أجر حانوتاً في صف الحدادين إلى حداد يدخل عمل الحدادة فيه من غير تسمية للعادة. وإنما كان له أن يؤجر من غيره ويعير لأنه ملك المنفعة، فكان له أن يؤجر من غيره بعوض أو بغير عوض. وأما في إجارة الأرض، فلا بد فيها من بيان ما تستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك، فإن لم يبين كانت الإجارة فاسدة، إلا إذا جعل له أن ينتفع بها بما شاء. وكذا إذا استأجرها للزراعة فلا بد من بيان ما يزرع فيها، أو يجعل له أن يزرع فيها ما يشاء، وإلا فلا يجوز العقد، لأن منافع الأرض تختلف باختلاف البناء والغرس والزراعة، وكذا المزروع يختلف منه ما يفسد الأرض ومنه ما يصلحها، فكان المعقود عليه مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة، فلا بد من البيان، بخلاف السكنى فإنها لا تختلف. وأما في إجارة الدواب فلا بد فيها من بيان أحد الشئتين المدة أو المكان، فإن لم يبين أحدهما فسدت، لأن ترك البيان يفضي إلى المنازعة، ولا بد من بيان العمل في استئجار الصناع والعمال، وبيان المصنوع في الأجير المشترك وبيان المدة في الأجير الخاص.

ويجب على المالك أن يضمن سلامة المستأجر من حدوث عيب يخل بالانتفاع به، بخلاف البيع إذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض فليس للمشتري أن يردّه، لأن الإجارة بيع المنفعة والمنافع تحدث شيئاً فشيئاً، فكان كل جزء من أجزاء المنافع معقوداً مبتدأً فإذا حدث العيب بالمستأجر كان هذا عيباً حدث قبل القبض. ولا يجوز للمالك أن يتصرف في العين المنتفع بها، ويكون التصرف موقوفاً لحق صاحب المنفعة.

ويجب على المنتفع أن يرد العين إلى المالك بعد استيفاء المنفعة، ولكن قبض العين بعد الانتفاع بها على المؤجر لا على المستأجر، حتى لو استأجر دابة ليركبها في حوائجه في المصر وقتاً معلوماً فمضى الوقت، فليس عليه تسليمها إلى صاحبها بأن يمضي بها إليه، وعلى الذي أجرها أن يقبضها من منزل المستأجر وهذا بخلاف المستعار، فإن رده على المستعير لأن نفعه له على الخلو، ولهذا كانت نفقته عليه فكذا مؤونة الرد.

والعين المنتفع بها أمانة في يد المنتفع، فإذا هلكت بغير عمد أو تعد كان هلاكها على المالك.

ويبين الكاساني كيف يثبت ملك المستأجر في المنفعة وملك المؤجر في الأجرة على النحو الآتي: «وأما حكم الإجارة... فهو ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر وثبوت الملك في الأجرة المسماة للآجر، لأنها عقد معاوضة إذ هي بيع المنفعة، والبيع عقد معاوضة فيقتضي ثبوت الملك في العوضين. وأما وقت ثبوته فالعقد لا يخلو إما إن كان عقداً مطلقاً عن شرط تعجيل الأجرة، وإما إن شرط فيه تعجيل الأجرة أو تأجيلها. فإن عقد مطلقاً، فالحكم يثبت في العوضين في وقت واحد، فيثبت الملك للمؤجر في الأجرة وقت ثبوت الملك للمستأجر في المنفعة، وهذا قول أصحابنا. وقال الشافعي حكم الإجارة المطلقة وهو ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد بلا فصل. وأما كيفية ثبوت حكم العقد، فعندنا يثبت شيئاً فشيئاً على حسب حدوث محله وهو المنفعة

لأنها تحدث شيئاً فشيئاً، وعنده تجعل المدة موجودة تقديراً كأنها أعيان قائمة ويثبت الحكم فيها في الحال. وعلى هذا يبني أن الأجرة لا تملك بنفس العقد المطلق عندنا وعنده تملك. وجه قوله: إن الإجارة عقد معاوضه، وقد وجدت مطلقة، والمعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد كالبيع. إلا أن الملك لا بد له من محل يثبت فيه منافع المدة معلومة في الحال حقيقة فتجعل موجودة حكماً تصحيحاً للعقد، وقد يجعل المعدوم حقيقة موجوداً تقديراً عند تحقيق الحاجة والضرورة ولنا أن المعاوضة المطلقة إذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر، إذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة لأنه لا يقابله عوض، ولأن المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقلين، ولا مساواة إذا لم يثبت الملك في أحد العوضين، والملك لم يثبت في أحد العوضين وهو منافع المدة لأنها غير معلومة حقيقة، فلا تثبت في الأجرة في الحال تحقيقاً للمعاوضة المطلقة... فالحاصل أن الأجرة لا تملك عندنا إلا بأحد معان ثلاثة، أحدها شرط التعجيل في نفس العقد، والثاني التعجيل من غير شرط، والثالث استيفاء المعقود عليه. أما ملكها بشرط التعجيل، فلأن ثبوت الملك في العوضين في زمان واحد لتحقيق معنى المعاوضة المطلقة وتحقيق المساواة التي هي مطلوب العاقلين، ومعنى المعاوضة والمساواة لا يتحقق إلا في ثبوت الملك فيهما في زمان واحد. فإذا شرط التعجيل، فلم توجد المعاوضة المطلقة بل المقيدة بشرط التعجيل، فيجب اعتبار شرطهما لقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»، فيثبت الملك في العوض قبل ثبوته في المعوض، ولهذا صح التعجيل في ثمن المبيع وإن كان إطلاق العقد يقتضي الحلول، كذا هذا. وللمؤجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفي الأجرة... وأما إذا عجل الأجرة من غير شرط، فلأنه لما عجل الأجرة فقد غير مقتضى مطلق العقد وله هذه الولاية، لأن التأخير ثبت حقاً له فيملك إبطاله بالتعجيل كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله، ولأن العقد سبب استحقاق الأجرة فالاستحقاق وإن لم يثبت فقد انعقد سببه وتعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب جائز كتعجيل الكفارة بعد الجرح قبل الموت. وأما إذا استوفى المعقود عليه، فلأنه يملك المعوض فيمتلك المؤاجر العوض في مقابلته، تحقيقاً للمعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقلين في حكم العقد المطلق «البدائع» (٢٠١/٤ وما بعدها).

رابعاً: العقد يقوم بالمنفعة:

الأصل في المنفعة في المذهب الحنفي أنها ليست مالاً متقوماً في ذاته، فلا يجب التعويض عن المنفعة. فلو غصب شخص داراً وانتفع بها مدة من الزمن، فإنه يجبر على ردها إلى صاحبها ولكن لا يدفع تعويضاً عن المدة التي انتفع فيها بالدار. وإذا رد المشتري داراً بالعيب على البائع. فإنه يسترد الثمن وليس عليه شيء في مقابل انتفاعه بالدار.

ولا تقوم المنفعة إلا بعقد كعقد الإيجار، فعند ذلك تستحق الأجرة عن المنفعة، لا بحكم الضمان بل بحكم العقد الذي قومها. وهذه النظرة الضيقة إلى المنفعة وكونها ليست مالاً في ذاتها وأن العقد هو الذي يقومها أخذت تتسع شيئاً فشيئاً في الفقه الإسلامي، فجعلت منافع العين إذا كانت وقفاً أو مملوكة ليتيم مضمونة ولو بغير العقد، وكذلك العين المعدة للاستغلال إذا لم يكن

الانتفاع بها بتأويل ملك أو عقد. وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلاً عن الكلام في فكرة الضرر والتعويض عنه في الفقه الإسلامي.

خامساً: خصائص المنفعة بغير عوض:

إذا كانت المنفعة بغير عوض، كانت لها خصائص تميزها عن المنفعة بعوض، ونذكر من هذه الخصائص ثلاثاً:

١ - تكون المنفعة شخصية للمنتفع، فلا يجوز له النزول عنها لغيره، لا بإجارة ولا بإعارة. ومن ثم لا يجوز للمستعير أن يؤجر العين المستعارة ولا أن يعيرها ولا يجوز له كذلك أن يرهنها إلا إذا كان استعارها ليرهنها بإذن المعير. وهذا بخلاف ما إذا كانت المنفعة بعوض، فقد رأينا أن للمنتفع أن يستوفيها بنفسه أو بغيره، فله أن يسكن الدار غيره بالإجارة والإعارة.

٢ - تكون المنفعة بغير عوض قابلة للانتقاض في أي وقت، حتى لو كانت لها مدة محدودة. فيجوز للمالك أن يسترد العين المنتفع بها من تحت يد المنتفع حتى قبل انقضاء المدة. ومن ثم يجوز للمعير أن يرجع في العارية في أي وقت شاء ولو قبل انقضاء مدتها، وأن يسترد العارية من المستعير ولو كان في استردادها ضرر على المستعير. فإذا كان لزوال الضرر نهاية معلومة كما لو زرع المستعير الأرض المستعارة، فليس للمعير استرداد الأرض قبل نهاية الزرع، على أن يدفع المستعير أجر المثل من وقت انقضاء العارية إلى وقت رد الأرض، أما في المنفعة بعوض، فإنه إذا حددت لها مدة لم يستطع المالك استرداد العين المنتفع بها قبل انقضاء هذه المدة.

٣ - قدمنا أنه في المنفعة بغير عوض يكون رد العين المنتفع بها على المنتفع لأن نفعها له على الخلوص. ولهذا كانت نفقتها عليه، فكذا مؤونة الرد. أما في المنفعة بعوض فاسترداد العين ونفقتها على المالك لا على المنتفع، وليس على المستأجر تسليم العين إلى المؤجر بل على المؤجر أن يقبضها من تحت يد المستأجر.

(ح) ترتيب الدين في الذمة

ما يستخلص من النتائج في ترتيب الدين في الذمة:

يخلص من النصوص الفقهية أن العقد قد يرتب ديناً في الذمة. ومن أمثلة الدين الذي يترتب في الذمة ثمن المبيع أو أجرة العين المؤجرة أورد القرض ويتصل بفكرة الدين فكرة الضمان، كضمان الاستحقاق وضمان العيب.

فنبحث هنا المسائل الآتية: أولاً: تحديد معنى الدين الذي يترتب في الذمة. ثانياً: ترتيب العقد لثمن المبيع ديناً في ذمة المشتري. ثالثاً: ترتيب العقد لأجرة العين المؤجرة ديناً في ذمة المستأجر، رابعاً: ترتيب العقد رد مثل المال المقرض ديناً في ذمة المقرض. خامساً: ترتيب العقد للضمان.

أولاً: تحديد معنى الدين الذي يترتب في الذمة:

ذكرنا في الجزء الأول من «مصادر الحق في الفقه الإسلامي» (١/ ١٠ - ١١) أن الدين في

الفقه الإسلامي هو التزام محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية. وقلنا أيضاً (١١) إن الذي يقابل الالتزام بالدين في الفقه الإسلامي هو الالتزام بالعين، والالتزام بالعين هو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تمليك منفعتها أو تسليمها أو حفظها، كتمليك أرض معروفة الحدود أو منفعة دار أو تسليم عبد أو حفظ حيوان. وقررنا أخيراً (١٤ - ٢٠) أن التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي هو غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الغربي. فالدين ليس كل الحق الشخصي، بل هو صورة من صوره. والعين تستغرق لحق العيني، وتضم بعضاً من الحق الشخصي هو الالتزام بالعين. ومن ثم فالدين أضيق من الحق الشخصي، والعين أوسع من الحق العيني. والتمييز بين الدين والعين هو التمييز البارز في الفقه الإسلامي، ويقوم هذا التمييز على أساس الذمة، فيقال إن الدين يتعلق بذمة المدين، أما العين فلا تتعلق بالذمة بل يكون الحق - عينياً كان أو شخصياً - متعلقاً بالعين ذاتها. فالتعلق بالذمة أو عدم التعلق بها هو الذي يقوم عليه التمييز بين الدين والعين. ولما وضعت نظرية الذمة في الفقه الإسلامي، نظر الفقهاء إلى الحقوق المختلفة من هذه الناحية. فوجدوا أن الحق العيني والالتزام بالعين ينصبان على عين معينة بالذات، فأمكن أن يتعلق الحق بالعين. أما الدين فمحله كما قدمنا مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية، فتعذر أن يتعلق الدين بعين معينة بالذات. فلم يبق إلا تعليقه بالذمة. ومذ تعلق الدين بالذمة استتبع ذلك عدة أمور:

١ - منها أن الالتزام بالدين يحتاج في استيفائه إلى وساطة المدين، أما الالتزام بالعين فينصب على العين ذاتها ولا حاجة فيه إلى هذه الوساطة. ٢ - ومنها أن الدين تتبعه المطالبة إذ أن وساطة المدين تقتضي مطالبته، أما العين فلا وساطة فيها ولا مطالبة. ٣ - ومنها أن الدين يرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء، أما الالتزام بالعين وهو متصل بها مباشرة كالحق العيني لا يتصور فيه أجل ولا مقاصة ولا إبراء. ومذ برز التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي، لم يظهر التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني. فإن الالتزام بالعين اقترب من الحق العيني في خصائصه وابتعد عن الدين، فالالتزام بالعين كما رأينا ينصب كالحق العيني على العين بالذات، وهو كالحق العيني أيضاً لا يحتاج إلى وساطة المدين ولا تتبعه المطالبة ولا يرد عليه الأجل ولا تصح به المقاصة ولا يجوز فيه الإبراء. أما الدين فهو لا ينصب على عين بالذات بل يتعلق بالذمة، وهو يحتاج إلى وساطة المدين وتتبعه المطالبة ويرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء. ولما اقترب الالتزام بالعين من الحق العيني وابتعد عن الدين، أمكن إدماج الالتزام بالعين في الحق العيني وإطلاق لفظ العين عليهما جميعاً، وأمكنت بعد ذلك المقابلة بين العين والدين، فبرز التمييز بينهما، وستر ببروزه التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي.

ونرى مما قدمنا أن الدين في الفقه الإسلامي أضيق من الحق الشخصي في الفقه الغربي. فهو حق شخصي محله نقود أو أشياء مثلية. أما إذا كان محل الحق الشخصي نقل ملكية عين معينة بالذات أو نقل منفعتها أو تسليمها أو حفظها، فالحق هنا ينصب على العين في الفقه الإسلامي ويندمج في الحق العيني ويصبح عيناً مثله. وقد رأينا كيف أن العقد ينقل ملك الأعيان وينقل

منافعها، وسنرى كيف يقع على تسليم الأعيان وعلى حفظها. فنستبعد هنا كل هذه الصور، ونقتصر على صورة الدين بمعناه الضيق في الفقه الإسلامي، حيث لا يكون محل الحق لا نقوداً ولا أشياء مثلية، فلا يمكن أن ينصب الحق على عين بالذات ووجب ضرورة أن يتعلق بالذمة. ومن أمثلة الديون الأثمان والأجور ورد المال المقترض، فنستعرض هذه الأمثلة متعاقبة، ثم نقول بعد ذلك كلمة في الضمان.

ثانياً: الأثمان:

يرتب العقد ثمن المبيع ديناً في ذمة المشتري، إذا كان الثمن كما هو الغالب نقوداً أو أشياء مثلية^(١). فإذا كان الثمن ديناً على هذا الوجه، فالذي يرتبه في ذمة المشتري هو عقد البيع، فالبيع المطلق، الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله، يرتب في ذمة المشتري ديناً واجب الأداء في الحال. فإذا اتفق على تأجيل الثمن أو على تقسيطه، رتب البيع في ذمة المشتري ديناً مؤجلاً أو ديناً مقسطاً بحسب الأحوال. وعقد البيع ذاته هو مصدر الدين بالثمن كما قدمنا، ويترتب الدين بمجرد انعقاد البيع صحيحاً^(٢).

(١) وقد يكون الثمن عيناً، فيصعب إذ ذاك التمييز بين المبيع والثمن فكلاهما عين، ولا يكون الثمن عند ذلك ديناً. وقد جاء في «البدائع» في صدد التمييز بين المبيع والثمن ما يأتي: «ثم الدراهم والدنانير عندنا أثمان على كل حال، أي شيء كان في مقابلتها، وسواء دخله حرف الباء فيهما أو فيما يقابلهما، لأنها لا تتعين بالتعيين بحال، فكانت أثماناً على كل حال. وأما ما سواهما من الأموال، فإن كان مما لا مثل له من العدديات المتفاوتة والذريعات فهو مبيع على كل حال لأنها تتعين بالتعيين بل لا يجوز بيعها إلا عيناً، إلا الثياب الموصوفة المؤجلة سلباً فإنها تثبت ديناً في الذمة مبيعة بطريق السلم استحساناً، وإن كان مما لا مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، فإن كان في مقابلة المكيل أو الموزون دراهم أو دنانير فهو مبيع، وإن كان في مقابلته ما لا مثل له من الأعيان التي ذكرنا فإنه ينظر، إن كان المكيل أو الموزون معيناً فهو مبيع، وإن لم يكن معيناً يحكم فيه حرف الباء فما دخله فهو ثمن والآخر مبيع، وإن كان أحدهما معيناً والآخر موصوفاً أو كان كل واحد منهما موصوفاً يحكم فيه حرف الباء فما صحبه فهو الثمن والآخر المبيع. وأما الفلوس الرائجة، فإن قوبلت بخلاف جنسها فهي أثمان، وكذا إن قوبلت بجنسها متساوية في العدد، وإن قوبلت بجنسها متفاضلة في العدد فهي مبيعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد هي أثمان على كل حال»، «البدائع» (٢٣٤/٥).

ونرى من ذلك أن المبيع يتعين حتماً، أما الثمن فالغالب فيه ألا يتعين بالتعيين ولكن قد يتعين هو أيضاً بالتعيين كالمبيع، فإذا تعين الثمن بالتعيين، نقل البيع ملك العين التي هي ثمن للبائع، وصار هذا ملكاً لها بمجرد البيع. ويختلف حكم العين في هذه الحالة عن حكم العين إذا كان مبيعاً لا ثمناً في أن العين الثمن يجوز للبائع أن يتصرف فيها قبل أن يقبضها، بخلاف العين المبيعة إذا كانت منقولاً فلا يجوز للمشتري التصرف فيها قبل القبض كما سبق القول. وتقول المادة (٤٨٩) من «مرشد الحيران»: «إذا كان الثمن عيناً، يجوز للبائع أن يتصرف فيه قبل أن يقبضه من المشتري، يبيع أو هبة أو وصية أو غير ذلك».

(٢) فإذا انعقد البيع فاسداً وقبض المشتري المبيع، ترتب في ذمته دين ليس هو الثمن المسمى بل هو قيمة المبيع، وهذا دين يضاوي دين الثمن. والعقد الفاسد مع القبض - أي الواقعة المادية - هو مصدر هذا الدين.

فإذا لم يدفع المشتري الثمن حالاً إن كان معجلاً، أو عند حلول أجله إن كان مؤجلاً، أجبر على دفعه. فإن امتنع لم يفسخ البيع، ويباع من متاع المشتري ما يفي بالثمن المطلوب منه. ولا يجوز للقاضي أن يمهّل المشتري في دفع الثمن للبائع، ما لم يكن المشتري معسراً لا يقدر على الوفاء، فينظر إلى الميسرة.

ويجوز للبائع أن يحيل غريمه بالثمن على المشتري، وليس له أن يتصرف فيه قبل قبضه ولا يملكه لأحد غير المشتري الثابت الدين في ذمته.

ثالثاً: الأجور:

والأجرة في الإيجار قد تكون نقوداً أو من المثلثات، وعند ذلك تكون ديناً في ذمة المستأجر ترتب على عقد الإيجار. وقد تكون عيناً تتعين بالتعيين، فلا تكون ديناً بل عيناً، وينتقل الملك فيها إلى المؤجر بعقد الإيجار. ولا يصعب التمييز في الإيجار بين ما يقابل المبيع وبين ما يقابل الثمن. فما يقابل المبيع في الإيجار يكون دائماً منفعة، أما الأجرة وهي التي تقابل الثمن فقد تكون عيناً أو منفعة من غير جنس المنفعة الأولى أو ديناً.

ومتى انعقد الإيجار صحيحاً، وكانت الأجرة ديناً، ترتب هذا الدين في ذمة المستأجر للمؤجر. ويصح اشتراط تعجيله وتأجيله وتقسيطه. ولا يلزم التعجيل إلا إذا اشترط وكانت الإجارة منجزة، وللمؤجر في هذه الحالة أن يمتنع عن تسليم العين المؤجرة للمستأجر حتى يستوفي منه الأجرة، وله أن يفسخ الإيجار عند عدم الإيفاء من المستأجر. وفي غير اشتراط التعجيل لا تجب الأجرة إلا بتسليم العين المؤجرة للمستأجر واستيفائه المنفعة فعلاً، أو بتمكنه من استيفائها بتسليمها له ولو لم يستوفها.

رابعاً: القرض:

وعقد القرض، إذا تم صحيحاً، رتب في ذمة المقرض ديناً برد مثل المال المقرض. والمال المقرض لا بد أن يكون من المثلثات أو النقود، فيرتب عقد القرض دائماً في ذمة المقرض ديناً برده. وميعاد حلول الدين هو الوقت الذي يختاره المقرض، فيستطيع استرداد القرض في أي وقت شاء حتى لو كان متفقاً على تأجيل الرد إلى وقت معين، فلا يلزمه التأخر إلى هذا الوقت. إلا أن للقاضي أن يمهّل المقرض إذا رأى أنه معسر، فينظره إلى وقت الميسرة.

خامساً: الضمان:

ونضع الضمان إلى جانب الدين لنقول إن العقد قد يرتب الضمان. فالبيع يرتب ضمان الاستحقاق وضمان العيب على البائع، والإيجار يرتب نفس الضمانين على المؤجر.

وفي صناعة الفقه الإسلامي يختلف الضمان عن الدين. فالفقه الغربي يصل إلى الضمان عن طريق الدين، فيقال: إن البائع يلتزم بضمان الاستحقاق والعيب، وتنفيذاً لهذا الالتزام يجب عليه التعويض للمشتري. أما في الفقه الإسلامي، فلا يقال: إن البائع مدين بضمان الاستحقاق أو بضمان العيب، ولكن يقال: إن مقتضى هذا الضمان أن يفسخ المشتري البيع فيسترد الثمن في

الاستحقاق، وكذلك يسترد الثمن في العيب بعد أن يرد المبيع، وقل مثل ذلك في ضمان المؤجر للاستحقاق والعيب. فيصل الفقه الإسلامي إلى نتيجة قريبة من النتيجة التي وصل إليها الفقه الغربي، ولكن عن طريق فسخ البيع أو الإيجار والرجوع بالثمن على البائع أو بالأجرة على المستأجر. فالتزام البائع برد الثمن أو التزام المؤجر برد الأجرة إنما هو دين كسائر الديون، وسبب استحقاقه ليس هو الضمان مباشرة، بل إن الضمان كان سبباً في فسخ العقد، وفسخ العقد هو الذي أوجب رد الثمن أو الأجرة.

(د) الإلزام بعمل معين

ما يستخلص من النتائج في إلزام العقد بالعمل:

- قد يترتب على العقد إلزام العاقد بالقيام بعمل معين، ويدخل في ذلك طوائف العقود الآتية:
- ١ - عقد الأجير الخاص وعقد الأجير المشترك وشركة الأعمال وشركة العقد والمزارعة والمساقاة، وكلها عقود تلزم العاقد القيام بعمل مادي معين.
 - ٢ - عقد البيع وعقد إيجار الأشياء ونحوهما، وكلها عقود تلزم العاقد بتسليم شيء معين.
 - ٣ - عقد الوديعة وعقد العارية وعقد الإيجار ونحوها، وكلها عقود تلزم العاقد بحفظ شيء معين.
 - ٤ - عقد الوكالة وبعض عقود الشركة، وكلها عقود تلزم العاقد بالقيام بعمل معين لمصلحة موكله.
- فنبحث إذن في إيجاز المسائل الآتية: أولاً: القيام بعمل مادي. ثانياً: التسليم. ثالثاً: الحفظ. رابعاً: تنفيذ الوكالة.

أولاً: القيام بعمل مادي معين:

قد يكون هذا العمل المادي خدمة أو غيرها من أنواع العمل يقوم بها أجير خاص أو أجير مشترك، فالأجير الخاص هو الذي يتخصص في العمل لغيره فلا يعمل لآخر، فيقوم بعمل من أعمال الخدمة المنزلية أو غير ذلك من أعمال المصانع والمتاجر وما إليها. والأجير المشترك هو الذي يقوم للغير بعمل معين دون أن يتخصص لهذا الغير وحده، وذلك كالقيام بعمل من أعمال البناء أو النجارة أو القصارة أو غير ذلك وليس للأجير الخاص أن يعمل في مدة الإجارة لغير مستأجره، وإن عمل للغير ينقص من الأجر بقدر ما عمله، ويستحق الأجرة بتسليم نفسه للخدمة وتمكنه منها سواء خدم أو لم يخدم. أما الأجير المشترك فلا يستحق إلا إذا عمل.

ويجوز أن يلتزم العاقد بأداء عمل معين بموجب شركة تقبل الأعمال. فإذا تعهد شريكان في شركة تقبل الأعمال لأحد بعمل، فلصاحب العمل طلب إيفائه من أيهما أراد، ويجبر كل منهما على إيفائه، وأيهما أوفاه برى الآخر. ولكل واحد من شريكي الصنعة أن يطالب صاحب العمل بأجرته، ويبرأ صاحب العمل بدفعها إلى أيهما أراد.

ويجوز أن يلتزم العاقد بأداء عمل معين بموجب شركة عقد تكون شركة بالأعمال . وشركة العقد هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال وفي الربح ، وهي إما شركة بالمال وإما شركة بالأعمال وإما شركة وجوه . ويشترط لجواز شركة العقد أن يكون المعقود عليه قابلاً للوكالة ، وأن يكون الربح معلوم القدر ، وأن يكون جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً .

وفي المزارعة يلتزم المزارع بزراعة الأرض ، ويقسم المحصول بينه وبين صاحب الأرض على الوجه الذي اشترطاه . وإذا قصر المزارع في سقي الأرض حتى هلك الزرع بهذا السبب ، وجب عليه الضمان . وإذا ترك حفظ الزرع حتى أكلته الدواب أو الجراد ، ضمن أيضاً .

وفي المساقاة يدفع الكروم إلى من يصلحها ويسقيها بجزء معلوم من ثمرها . وإذا عجز العامل عن العمل ، أو كان غير مأمون على الثمر ، جاز فسخ المساقاة ، والأعمال اللازمة للثمر قبل إدراكه كسقيه وتلقيحه وحفظه تلزم العامل ، والأعمال اللازمة بعد إدراك الثمر كالجذاذ ونحوه تلزم كلا من العاقلين .

ثانياً: التسليم:

والقيام بتسليم شيء يجوز أن يكون من الأعمال التي يلتزم بها العاقد . فالبائع يلتزم بتسليم المبيع للمشتري ، والمؤجر يلتزم بتسليم العين المؤجرة للمستأجر للانتفاع بها ، والمستأجر يلتزم برد العين المؤجرة إلى المؤجر بعد الانتفاع ، والمستعير يلتزم برد العين المعارة ، وحافظ الوديعة يلتزم برد العين المودعة .

ونأخذ مثلاً للالتزام بالتسليم التزام البائع بأن يسلم المبيع للمشتري . فالتسليم هنا هو أن يخلي البائع بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه من غير حائل ولا مانع . والتخلية قبض حكماً ، وهي تختلف بحسب حال المبيع ، فإن كان المبيع عقاراً كدار أو حانوت أو نحوه مما له فقل ، فتسليمه يكون بدفع المفتاح إلى المشتري مع الإذن له بقبضه ، كما يكون بالتخلية بين المبيع والمشتري والإذن له بتسلمه إن كان المبيع قريباً منه . وإذا كان المبيع أرضاً فتسليمها إلى المشتري يكون بالتخلية من البائع على وجه يتمكن المشتري من قبضها بأن تكون قريبة منه ، فإن كانت بعيدة عن المشتري فلا يعتبر قابضاً بمجرد إذن البائع بالقبض . وإذا كان المبيع منقولاً ، فتسليمه بمناولته من يد البائع إلى يد المشتري ، كما يكون بالتخلية والإذن بالقبض ، فإن كان المبيع داخل حانوت أو صندوق يكون تسليمه بدفع مفتاح الحانوت أو الصندوق إلى المشتري مع الإذن له بقبضه . وكيل المكيلات ووزن الموزونات المعينة بأمر المشتري ، ووضعها في الأوعية والجوالت التي هيأها المشتري لوضع المبيع فيها ، يكون تسليمها . وإذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع بغصب أو بعقد فاسد فاشترها من المالك ، ينوب القبض الأول عن الثاني . وإن كان المبيع في يد المشتري عارية أو وديعة أو رهناً ، فلا يصير قابضاً بمجرد العقد إلا أن يكون المبيع بحضرته أو يذهب إليه حتى يتمكن من قبضه ويشترط في التسليم أن يكون المبيع مفزراً غير مشغول بحق البائع ، فإن كان المبيع داراً مشغولة بمتاع للبائع أو أرضاً مشغولة بزرعة فلا يصح التسليم إلا إذا فرغ الدار من المتاع والأرض من الزرع ، ويجبر على التفريغ والتسليم

للمشتري إذا نقده الثمن. وإذا قبض المشتري المبيع، ورآه البائع وهو يقبضه ولم يمنعه من قبضه، يعتبر ذلك إذناً من البائع له بالقبض. وعلى البائع مصروفات التسليم، كأجرة الكيل والوزن والقياس ونحوه.

(انظر فيما تقدم المواد (٤٣٤ - ٤٤١ و ٤٦٧) من «مرشد الحيران».

ثالثاً: الحفظ:

وقد يلتزم العاقد بحفظ العين بعقد ودیعة أو عارية أو إيجار أو رهن أو غير ذلك من العقود التي تلزم العاقد بالحفظ.

وخير مثال للالتزام بالحفظ هو التزام حافظ الوديعة. فيجب على المستودع أن يعني بحفظ الوديعة بما يحفظ به ماله. وأن يضعها في حرز مثلها على حسب نفاستها. وله أن يحفظها بنفسه، أو بمن يأتّمه على حفظ ماله ممن هو في عياله. والوديعة أمانة لا تضمن بالهلاك مطلقاً سواء أأمكن التحرز أو لا. وإنما يضمنها المستودع بتعديه عليها أو بتقصيره في حفظها. أما إذا كان الإيداع بأجر، فهلك الوديعة أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه، ف ضمانها على المستودع. والوديعة التي تحتاج إلى نفقة ومؤونة تكون مصروفات مؤنتها على صاحبها. وإذا طلب صاحب الوديعة ودیعتة، فعلى المستودع تسليمها إليه، فإن منعها منه بلا حق حال كونه قادراً على تسليمها فهلك فعليه ضمانها، فإن كان عاجزاً عن تسليمها فلا ضمان عليه بهلاكها. وفي كل موضع لزم ضمان الوديعة تضمن بمثلها إن كانت من المثليات ووجد مثلها في السوق، أو بقيمتها إن كانت من القيميات أو من المثليات ولم يوجد مثلها في السوق.

(انظر فيما تقدم المواد: ٨١٥ و ٨١٧ - ٨١٨ و ٨٢٩ و ٨٣٣ و ٨٣٨) من «مرشد الحيران».

رابعاً: تنفيذ الوكالة:

ويلتزم الوكيل بعقد الوكالة بأن يقوم بتصرف معين لحساب الموكل. ويشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه وفيما وكل به. وكل عقد جاز للموكل أن يعقده بنفسه جاز أن يوكل به غيره. فيجوز لمن توافرت فيه شروط الأهلية أن يوكل غيره بإيفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات وبالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والرهن والارتهان والإيداع والاستيداع والهبة والانتهاج والصلح والإبراء والإقرار والدعوى وطلب الشفعة والقسمة ونحو ذلك من الحقوق، ما عدا التوكيل باستيفاء القصاص حالة غيبة الموكل فإنه لا يجوز. ويصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به، وتعميمها بتعميمه فمن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق هو له وبالخصومة في كل حق له، صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم. ويصح تفويض الرأي للوكيل، فيتصرف فيما وكل به كيف شاء، ويصح تقييده بتصرف مخصوص.

والمبيع في يد الوكيل بالشراء أمانة، فإذا هلك أو ضاع بدون تعديه هلك على الموكل ولا يسقط من الثمن شيء. وإذا قبض الوكيل بالبيع الثمن، كان في يده أمانة، فلا يضمنه إلا إذا تعدى عليه أو قصر في حفظه.

وللموكل أن يعزل وكيله عن الوكالة، وللوكيل أن يعزل نفسه.

(انظر فيما تقدم المواد: ٩١٦ و ٩٢١ و ٩٢٣ و ٩٤٢ و ٩٥٧ و ٩٧٠ و ٩٧٢) من «مرشد الحيران».

(هـ) توثيق الديون

عقود التوثيق:

وقد يكون العقد لتوثيق الدين وكفالاته. وعقود التوثيق هي الكفالة والحوالة والرهن. ويلحق بالرهن بيع الوفاء.

الكفالة:

الكفالة هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين. وتصح الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها على الأصيل، وهي التي تجب قيمتها عند هلاكها إن كانت قيمة أو مثلها إن كانت مثلية، كالمبيع فاسداً أو المغصوب أو المقبوض على سوم الشراء إن سمي له ثمناً. ولا تصح الكفالة بالأعيان المضمونة على الأصيل بغيرها لا بنفسها، وهي الأعيان الواجبة التسليم وهي قائمة وعند هلاكها لا يجب مثلها ولا قيمتها كالمبيع قبل القبض والرهن فهما مضمونان بالثمن والدين. ولا تصح الكفالة بالأمانات، كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية والمؤجر في يد المستأجر.

وتصح الكفالة بالمال سواء كان معلوماً أو مجهولاً، وإنما تصح بالدين الصحيح الثابت في الذمة وهو مالا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، ولا تصح الكفالة بالدين غير الصحيح إلا بدين النفقة المقدرة للزوجة بالتراضي أو بأمر القاضي.

وإذا توثق دين بكفالة، جاز للدائن المكفول دينه مطالبة الأصيل أو مطالبة الكفيل أو مطالبتهم معاً، وإن كان للكفيل كفيل. فللدائن مطالبة من شاء منهما. وإذا أدى الكفيل ما كفل به من ماله، فله الرجوع بما أدى على الأصيل إن كانت الكفالة بأمر الأصيل، ولكن ليس للكفيل مطالبة الأصيل بالدين المكفول، قبل أن يؤديه للدائن المكفول له ولو كانت الكفالة بأمر الأصيل. وأداء الأصيل أو الكفيل المال المكفول به يوجب براءة الأصيل والكفيل وكفيل الكفيل. وإبراء الدائن الأصيل يوجب براءة الكفيل، ولكن إبراء الدائن الكفيل لا يوجب براءة الأصيل.

(انظر فيما تقدم المواد: ٨٣٩ - ٨٤٤ - ٨٤٧ - ٨٥٢ - ٨٥٣ - ٨٥٦ - ٨٦٢ - ٨٦٣ - ٨٧٠ - ٨٧٢) من «مرشد الحيران».

الحوالة:

والحوالة هي أيضاً عقد أقرب إلى أن يكون عقد توثيق. وقد قدمنا في الجزء الخامس من «مصادر الحق» (٨٢) في الهامش أن الحوالة لا تنقل الدين ولا المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه عند زفر، بل تضم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين في المطالبة، فلا تعدو أن تكون

كفالة محضة. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف، حيث تنتقل المطالبة والدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه، فإن الدين الأصلي ينقضي، ويحل محل الدين الأصلي دين جديد في ذمة المحال عليه، وتكون حوالة الدين في هذه الحالة تجديداً بتغيير المدين. وعند محمد، حيث لا ينقل الدين إلى ذمة المحال عليه، وإنما تنتقل المطالبة وحدها، فإن حوالة الدين أقرب إلى أن تكون كفالة محورة، ووجه التحوير فيها أن الدائن يرجع على الكفيل - المحال عليه - أولاً، فإن توى الدين عند الكفيل رجع على المدين الأصلي، أما في الكفالة العادية فالدائن كما رأينا بالخيار إن شاء طالب المدين الأصلي أولاً، وإن شاء طالب الكفيل لأن المطالبة بقيت عند المدين، وإنما ضمت فيها إلى ذمته ذمة الكفيل.

وحوالة الدين في المذاهب الثلاثة الأخرى لا تكون إلا حيث يكون المدين دائناً في الوقت ذاته للمحال عليه بجنس ما عليه وبمقداره. فهي إذن وفاء دين بحق عن طريق إسقاط كل من الدين والحق، فتنتهي إلى تجديد بتغيير الدائن بالنسبة إلى استيفاء الحق وإلى تجديد بتغيير المدين بالنسبة إلى الوفاء بالدين. أما الحوالة حيث لا يكون للمدين دين في ذمة المحال عليه، فهذه ليست حوالة أصلاً بل هي محض كفالة.

فالحوالة إذن، إذا هي لم تكن تجديداً للدين بتغيير المدين، لا تعدو أن تكون كفالة محورة أو كفالة محضة.

(انظر في هذه المسألة «الوسيط» للمؤلف (٣/ فقرة ٢٤٠).

الرهن:

والرهن هو أيضاً عقد لتوثيق الدين، فهو جعل مال محبوساً في يد المرتهن بدين للمرتهن يمكن استيفاءه من المال المرهون كلاً أو بعضاً. ويشترط في المال المرهون أن يكون مالاً موجوداً متقوماً مقدور التسليم، محوزاً لا متفرقاً، مفرغاً لا مشغولاً بحق الراهن، مميزاً لا مشاعاً ولا متصلاً بغيره. ويشترط في مقابل الرهن أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة أو موعوداً به، أو عيناً من الأعيان المضمونة، فلا يصح الرهن بالأمانات ويشترط لتمام الرهن ولزومه على الراهن أن يقبضه المرتهن قبضاً تاماً، وللراهن قبل تسليم الرهن للمرتهن أن يرجع فيه ويتصرف في العين المرهونة.

وإذا توثق دين برهن، فللمرتهن حبس الرهن لاستيفاء الدين الذي رهن به. وهو أحق بالرهن من الراهن، وإذا مات الراهن مديوناً فالمرتهن أحق من سائر الغرماء إلى أن يستوفي به حقه، وما فضل منه للغرماء. ويصح توكيل الراهن المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل لاستيفاء دينه من ثمنه، ولكن لا يصح اشتراط تمليك العين المرهونة للمرتهن في مقابلة دينه إن لم يؤده الراهن في الأجل المعين لأدائه، بل يصح الرهن ويبطل الشرط. وإذا حل أجل الدين المضمون يجبر الراهن على بيع الرهن ووفاء الدين من ثمنه، إن لم يدفعه ويفك الرهن. وإذا امتنع الراهن من أداء الدين وعن بيع الرهن ووفائه من ثمنه بعد أمر الحاكم له بذلك، يبيعه الحاكم قهراً ويعطي الدين من ثمنه.

وكل تصرف من التصرفات المحتملة للفسخ، كالبيع والإجارة والهبة والصدقة ونحو ذلك،

إذا فعله الراهن قبل سقوط الدين عنه، يتوقف نفاذه على رضا المرتهن، ولا يبطل حقه في حبس الرهن إلا إذا أجازاه المرتهن أو قضى الراهن دينه، فحينئذ تنفذ تصرفاته ويخرج المرهون عن عهدة المرتهن، لكن في صورة البيع يتحول حق المرتهن إلى الثمن بخلاف بدل الإجارة.

ويجب على المرتهن أن يعتني بحفظ الرهن كاعتنائه بحفظ ماله، وله أن يحفظه بنفسه أو بغيره ممن هم في عياله ممن يأتهم على حفظ ماله. والرهن مضمون بهلاكه بعد قبضه بالأقل من قيمته ومن الدين، ويعتبر قيمته يوم قبضه لا يوم هلاكه. فإذا هلك الرهن في يد المرتهن وكانت قيمته مساوية لقدر الدين، سقط الدين بتمامه عن الراهن، وصار الدائن مستوفياً لحقه، سواء كان هلاكه بتعدي المرتهن أو بأفة سماوية. وإذا هلك الرهن في يد المرتهن وكانت قيمته أكثر من الدين. سقط الدين عن الراهن. أما الزيادة فلا تلزم المرتهن ولا يضمنها للراهن إن كان هلاك الرهن بدون تعديه، ويكون عليه ضمانها للراهن إن كان هلاك الرهن ناشئاً عن تعديه أو تقصيره في حفظه: وإذا هلك الرهن في يد المرتهن وكانت قيمته أقل من الدين، سقط من الدين بقدره، ورجع المرتهن بما بقي له من الدين على الراهن.

ولا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن منقولاً كان أو عقاراً بدون إذن الراهن وللراهن أن يرجع في الإذن في أي وقت شاء. والمصرفوات اللازمة لحفظ الرهن وصيانته تكون على المرتهن. والمصرفوات اللازمة لنفقته كعمارته إذا كان عقاراً أو سقي الأرض وتلقيح الشجر وكل ما به إصلاحه وبقاؤه يكون على الراهن. وكل ما وجب على أحدهما فأداه الآخر، فإن كان أداه بأمر القاضي ويجعله ديناً له على الآخر فله الرجوع عليه به، وإن أداه بلا أمر القاضي فهو متبرع لا رجوع له على الآخر بشيء مما أداه.

(انظر فيما تقدم المواد: ٩٧٥ - ٩٧٨ و ٩٨٦ - ٩٨٧ و ١٠٠٠ و ١٠٠٧ - ١٠١٣ و ١٠٢١ - ١٠٢٢) من «مرشد الحيران».

بيع الوفاء:

وبيع الوفاء في الفقه الإسلامي ضرب من الرهن وجد لتوثيق الدين. فيبيع الشيء صاحبه، ويشترط أنه متى رد الثمن إلى المشتري رد المشتري له المبيع. فالبايع وفاء هو الراهن، والمشتري وفاء هو المرتهن. ويجوز للمشتري وفاء أن ينتفع بالمبيع بإذن ولا يجوز للبايع الرجوع في الإذن وهذا هو الذي يميز بيع الوفاء من الرهن حيث يجوز للراهن الرجوع في الإذن كما قدمنا.

وإذا قبض المشتري المبيع وفاء بعد أن دفع الثمن للبايع، وجاء وقت رد الثمن لاسترداد المبيع فلم يرد البايع الثمن، أمر البايع ببيع المبيع وقضاء الدين من ثمنه. فإذا امتنع باع الحاكم عليه. وهذا هو حكم الرهن، ومن ثم اقترب بيع الوفاء من الرهن وابتعد عن البيع.

ومن أحكام الرهن التي تسري على بيع الوفاء أيضاً أنه إذا هلك المبيع وفاء وكانت قيمته مساوية للدين المطلوب من البايع سقط الدين في مقابلته، وإن كانت قيمته أقل من الدين المطلوب سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي من البايع، وإن كانت قيمته زائدة على مقدار

الدين سقط من قيمته ما يقابل الدين وضمن المشتري الزيادة إن كان هلاك المبيع بتعديه وإن كان بدون تعديه فلا تلزمه الزيادة. وليس لسائر الغرماء أن يزاحموا المشتري في المبيع وفاء حتى يستوفي دينه من المبيع. وإذا مات أحد المتبايعين وفاء، قامت ورثته مقامه في أحكام بيع الوفاء. (انظر فيما تقدم المواد: ٥٦١ - ٥٦٨) من «مرشد الحيران».

٢ - فسخ العقد للعدر أو لحوادث طارئة

تطبيقات متفرقة لفسخ العقد للعدر أو لحوادث طارئة في الفقه الإسلامي:

قد يصعب القول بأن الفقه الإسلامي شاد نظرية متماسكة الأطراف للحوادث الطارئة تماثل نظرية الفقه الغربي الحديث. ويحول دون ذلك سببان: أولهما أن الفقه الإسلامي، لا في نظرية الحوادث الطارئة ولا في غيرها من النظريات، ألف وضع النظريات العامة المتماسكة. فقد قدمنا أن الفقه الإسلامي، كالفقه الروماني وككل فقه آخر أصيل، إنما يعالج المسائل مسألة مسألة، ويضع لها حلولاً عملية عادلة ينساب فيها تيار خفي من المنطق القانوني المتسق، وعلى الباحث أن يكشف عن هذا التيار وأن يشيد نظرية متماسكة يسودها منطق قانوني سليم من الحلول المتفرقة الموضوعة للمسائل المختلفة، وهكذا يبني بهذه الأحجار بناء راسخ الأركان.

والسبب الثاني أن الفقه الغربي اضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة، لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل للتخفيف منها نزولاً على مقتضيات العدالة، وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية والتخفيف تحت تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي. أما في الفقه الإسلامي حيث مقتضيات العدالة تسود دائماً عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد، فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد دون أن يرى الفقهاء داعياً لوضع نظرية يرجع إليها في تبرير ذلك، ما دامت مقتضيات العدالة هي التي يلجأ إليها عادة في هذا التبرير.

وإذا كان الفقه الإسلامي لم يشيد نظرية عامة للحوادث الطارئة للسببين اللذين قدمناهما، فإن هذا لا يمنع من أنه عرف تطبيقات متنوعة لهذه النظرية في مسائل مختلفة نذكر منها مسألتين:

١ - الأعذار في عقد الإيجار. ٢ - والجوائح في بيع الثمار.

ونتناولهما بالبحث (انظر في هاتين المسألتين وغيرهما رسالة الدكتور محمد الحداد عبد الجواد في القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي وفي نظرية الحوادث الطارئة في القانون المصري باللغة الفرنسية غير مطبوعة باريس سنة ١٩٥٧).

(أ) الأعذار في عقد الإيجار

تفاوت المذاهب المختلفة في فسخ الإيجار بالعدر:

لم تتفق المذاهب المختلفة على حكم واحد في فسخ الإيجار بالعدر. فمنها ما توسع في ذلك توسعاً كبيراً، وهذا هو المذهب الحنفي، ومنها ما ضيق مع تفاوت في التضييق، وهذه هي

المذهب الحنفي في فسخ الإيجار بالعذر

الأعذار التي يفسخ بها عقد الإيجار:

توسع المذهب الحنفي كثيراً في الأعذار التي يفسخ بها عقد الإيجار، فعنده أن الإيجار قد يفسخ لعذر يقوم في جانب المستأجر، أو لعذر يقوم في جانب المؤجر، أو لعذر يقوم بالنسبة إلى العين المؤجرة.

فأما العذر في جانب المستأجر فنحو أن يفلس مستأجر الحانوت فيقوم من السوق، ويكون هذا عذراً لفسخ الإجارة في الحانوت. كذلك لو أراد المستأجر السفر لمصلحة له لا يستطيع تفويتها إلا بمضرة، أو انتقل من الحرفة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى التجارة أو من حرفة إلى حرفة أخرى، كانت كل هذه أعذاراً في فسخ الإيجار. وإذا استأجر رجل حانوتاً ليتجر في السوق، ثم كسد السوق حتى لا يمكنه التجارة فله فسخ الإجارة لهذا العذر. ولو استأجر رجل رجلاً لما لا يصل إلى الانتفاع به من غير ضرر يدخل في ملكه بأن يستأجر رجلاً ليهدم داراً، أو من غير ضرر يدخل في بدنه كأن يستأجر رجلاً ليقلع له ضرساً، ثم بدا للمستأجر ألا يفعل، كان هذا عذراً لفسخ الإجارة. ولو استأجر إبلأً إلى مكة، ثم بدا له ألا يخرج، كان هذا عذراً، ولو استأجر رجلاً ليحفر بئراً، فوجدها صلبة أو رخوة، كان هذا عذراً.

وأما العذر في جانب المؤجر فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة، لأن بيع العين لا ينفذ من غير إجازة المستأجر، وإبقاء الإجارة مع لحوق الدين الفاحش إضراراً بالمؤجر لأنه يحبس به إلى أن تظهر حاله، ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد، كذلك لو اشترى شيئاً فأجره، ثم وجد به عيباً، فله أن يرده بالعيب على البائع بعد فسخ الإجارة لهذا العذر. ولو أجر نفسه لعمل وضع لم يكن مما اشتغل به من قبل، كأن يعمل حجاماً أو يعمل ظئراً، ثم أنف منه، كان له أن يفسخ الإيجار للعذر على أنه إذا انهدم المنزل الذي يسكنه المؤجر، لم يكن هذا عذراً لفسخ إجارة منزل آخر يملكه المؤجر وأجره، إذ يمكنه أن يؤجر أو يشتري منزلاً لسكنه.

وأما العذر بالنسبة إلى العين المؤجرة فنحو أن يؤجر رجل عبده سنة ثم يعتقه بعد ستة أشهر، فله أن يفسخ الإجارة، وله أن يبقياها والأجرة للستة الأشهر الباقية تكون للعبد المعتق إلا إذا عجلت الأجرة أو اشترط تعجيلها فتكون للمولى. وإذا أجر أب ولده ثم بلغ الولد أثناء الإجارة، كان هذا عذراً، لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضرراً بالصبي، فيعجز في المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه. ولو استأجر ظئراً، ثم لم يأخذ الصبي من لبنها أو مرضت أو أراد أهل الصبي السفر فامتنعت، كان هذا عذراً في فسخ الإجارة. وإذا غلا أجر المثل في الوقف، فسخ الإيجار نظراً للوقف، وجدد العقد في المستقبل على أجرة معلومة، وفيما مضى وجب المسمى بقدره. وقيل:

هذا إذا ازداد أجر مثل الدار فأما إذا جاء واحد وزاد في الأجرة تعنتاً على المستأجر الأول، فلا يعتبر ذلك. ثم إنما تفسخ هذه الإجارة إذا أمكن الفسخ، فأما إذا لم يمكن فلا تفسخ بأن كان في الأرض زرع لم يستحصد فتترك بأجر المثل إلى أن يستحصد الزرع. وإذا رخص أجر مثل الوقف، لم تفسخ الإجارة، لأن الفسخ للغلاء إنما كان نظراً للوقف، موهناً فيه ضرر بالوقف. وتزيد أجرة الحكر أو تنقص إذا زادت أجرة المثل أو نقصت وهذا ما يسمى بتقصيع الحكر (انظر المادة (٧٠٣) من «مرشد الحيران» والمادتين: (١٠٠٤ و ١٠٠٦) من التقنين المدني المصري).

ونورد بعض النصوص في فسخ الإيجار بالعدر في المذهب الحنفي:

جاء في «الفتاوى الهندية» (٤٥٨/٤ - ٤٥٩): «وإن استأجر دابة بعينها إلى بغداد لطلب غريم له أو لطلب عبد أبق له، ثم حضر الغريم وعاد العبد من الإباق، تنتقص الإجارة لأنها وقعت لغرض وقد فات ذلك الغرض وكذا لو ظن أن في بناء داره خللاً فاستأجر رجلاً لهدم البناء ثم ظهر أنه ليس في البناء خلل، أو استأجر طباحاً لوليمة العرس فماتت العروس، بطلت الإجارة.. استأجر حانوتاً ليتجر في السوق ثم كسد السوق حتى لا يمكنه التجارة، فله فسخ الإجارة لأنه عذر».

وجاء في «البدائع» (٢٩٧/٤ وما بعدها): «العدر قد يكون في جانب المستأجر. وقد يكون في جانب المؤجر، وقد يكون في جانب المستأجر. أما الذي في جانب المستأجر فنحو أن يفلس فيقوم من السوق، أو يريد سفراً، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى التجارة أو ينتقل من حرفة إلى حرفة. لأن المفلس لا ينتفع بالحنوت، فكان في إبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة إضراراً به ضرراً لم يلتزمه بالعقد، فلا يجبر على عمله. وإذا عزم على السفر، ففي ترك السفر مع العزم عليه ضرر به، وفي إبقاء العقد مع خروجه إلى السفر ضرر به أيضاً لما فيه من لزوم الأجرة من غير استيفاء المنفعة. والانتقال من عمل لا يكون إلا للإعراض عن الأول ورغبته عنه، فإن منعناه عن الانتقال أضربنا به، وإن أبقينا العقد بعد الانتقال لألزمناه الأجرة من غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به.. وعلى هذا إذا استأجرنا رجلاً لما لا يصل إلى الانتفاع به من غير ضرر يدخل في ملكه أو بدنه ثم بدا له أن يفسخ الإجارة، بأن استأجر رجلاً ليقصر له ثياباً أو ليقطعها أو يخطبها أو يهدم داراً له أو يقطع شجراً له أو ليقلع ضرسه أو ليحجم أو ليفصد أو ليزرع أرضاً أو يحدث في ملكه شيئاً من بناء أو نجارة أو حفر ثم بدا له ألا يفعل، فله أن يفسخ الإجارة ولا يجبر على شيء من ذلك.. وكذلك لو استأجر إبلاً إلى مكة ثم بدا للمستأجر ألا يخرج فله ذلك ولا يجبر على السفر، لأنه لما بدا له علم أن السفر ضرر فلا يجبر على تحمل الضرر.. وأما الذي هو في جانب المؤجر. فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن المستأجر من الإبل والعقار ونحو ذلك.. لأن إبقاء الإجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل إضراراً بالمؤجر لأنه يحبس به، ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد.. وكذلك لو اشترى شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب به، له أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب على بائعه وإن رضي المستأجر بالعيب، ويجعل حق الرد بالعيب عذراً له في فسخ الإجارة لأنه لا يقدر على استيفائها إلا بضرر وهو التزام

المبيع المعيب . . ولو أجر صانع . . نفسه للعمل . . ليس من عمله وصنعتة بل أسلم نفسه فيها وذلك مما يعاب عليه، أو كانت امرأة أجرت نفسها ظئراً وهي مما تعاب بذلك، فلاهلها أن يخرجوها وكذلك إن أبت هي أن ترضعه، لأن من لا يكون من أهل الصنائع الدينية إذا دخل فيها يلحقه العار . . . وأما الذي هو في جانب المستأجر فمنها عتق العبد المستأجر فإن عذر في فسخ الإجارة، حتى لو أجر رجل عبده سنة فلما مضت ستة أشهر أعتقه فهو بالخيار إن شاء مضى على الإجارة وإن شاء فسخ، أما العتق فلا شك في نفاذه . . وأما الخيار فلأن العقد على المنافع ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فيصير بعد الحرية كأنه عقد عليه ابتداء . . ومنها بلوغ الصبي المستأجر أجره أبوه . . فبلغ في المدة، فهو عذر إن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ . . فأما غلاء أجر المثل فليس بعذر تنفسخ به الإجارة إلا في إجارة الوقف . . فإنه يفسخ نظراً للوقف، ويجدد العقد في المستقبل على أجرة معلومة، وفيما مضى يجب المسمى بقدره. وقيل: هذا إذا ازداد أجر مثل الدور، فأما إذا جاء واحد وزاد في الأجرة تعنتاً على المستأجر الأول فلا يعتبر ذلك. ثم إنما تفسخ هذه الإجارة إذا أمكن الفسخ، فأما إذا لم يمكن فلا تفسخ بأن كان في الأرض زرع لم يستحصد . . بل تترك إلى أن يستحصد الزرع بأجر المثل . . هذا إذا غلا أجر الوقف، فأما إذا رخص فإن الإجارة لا تفسخ . . لأن الفسخ في الوقف عند الغلاء لمعنى النظر للوقف وفي هذا ضرر فلا تفسخ».

كيف يكون فسخ الإيجار بالعدر:

ينظر إلى العذر إن كان يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعاً بأن كان المضي فيه حراماً، كالإجارة عن قلع الضرس ثم سكنت وعلى قطع اليد المتأكلة ثم برأت، فالإجارة تنفسخ من تلقاء نفسها. وإن كان العذر لا يوجب العجز عن ذلك، لأنه يتضمن نوع ضرر لم يوجبه العقد، لم تنفسخ الإجارة إلا بالفسخ وفي هذه الحالة يستقل العاقد بالفسخ في قول، وفي قول ثان لا تنفسخ الإجارة إلا بالتراضي أو التقاضي، وفي قول ثالث: إن كان العذر ظاهراً فلا حاجة إلى القضاء وإن كان خفياً كالدين اشترط القضاء.

الأساس الذي يقوم عليه فسخ الإيجار بالعدر:

يظهر مما قدمناه أن العذر هو أمر غير متوقع وقت الإيجار، وفي هذا يتفق مع الحادث الطارئ في الفقه الغربي، ولكنه بخلاف الحادث الطارئ، أمر ممكن الدفع، فمجرد طروء مصلحة لأحد العاقلين كأن يبدو له أن يسافر لتحقيق غنم كاف لفسخ الإيجار للعدر. ثم إن العذر في الفقه الإسلامي، كالعذر في الفقه الغربي، لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، بل يجعله مرهقاً فحسب. وجزاء العذر هو فسخ الإيجار أو انفساخه من تلقاء نفسه، أما الحادث الطارئ في الفقه الغربي فجزاؤه كما رأينا هو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

والفكرة التي يقوم عليها العذر في الفقه الحنفي ليست هي طروء الحادث واستحالة دفعه، بل هي تحمل العاقد ضرراً لم يلتزمه بعقد الإيجار. فحيث يعجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه - أي لم يدخل في حسابه وقت الإيجار - فإنه لا يجبر على المضي في العقد،

ويكون له أن يفسخ الإيجار للعذر.

ومما يسر قبول العذر بهذا المعنى الواسع المرن في عقد الإيجار أن هذا العقد ينعقد على المنافع شيئاً فشيئاً. فلكل منفعة تستجد حكم العقد الجديد. والمنافع في الإيجارة لا تملك جملة واحدة بل شيئاً فشيئاً، فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض، والعيب الحادث قبل القبض في باب البيع يوجب للعائد حق الفسخ.

جاء في «البدائع» (١٩٧/٤): «الإجارة تفسخ بالأعذار عندنا خلافاً له (للسافعي). وجه قوله: إن الإجارة أحد نوعي البيع فيكون لازماً كالنوع الآخر وهو بيع الأعيان، والجامع بينهما أن العقد انعقد باتفاقهما فلا يفسخ إلا باتفاقهما. ولنا أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد. وقد خرج الجواب عن قوله: إن هذا بيع، لأننا نقول: نعم لكنه عجز من المضي في موجهه إلا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد، فكان محتملاً للفسخ في هذه الحالة كما في بيع العين إذا اطلع المشتري على عيب بالمبيع وكما لو حدث عيب بالمستأجر. وكذا عن قوله: العقد انعقد باتفاقهما فلا يفسخ إلا باتفاقهما، إن هذا هكذا إذا لم يعجز عن المضي على موجب العقد إلا بضرر غير مستحق بالعقد، وقد عجز ههنا فلا يشترط التراضي عن الفسخ كما في بيع العين وحدث العين بالمستأجر. ثم إنكار الفسخ عند تحقيق العذر خروج عن العقل والشرع، لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره فاستأجر رجلاً ليقطعها فسكن الوجع ثم برأت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلاً وشرعاً».

وجاء في «الزيلعي» (١٤٣/٥ - ١٤٤): «تفسخ الإجارة بالعيب لأن العقد يقتضي سلامة البديل عن العيب، فإذا لم يسلم فات رضاه فيفسخ كما في البيع. والمعقود عليه في هذا الباب المنافع، وهي تحدث ساعة فساعة، فما وجد من العيب يكون حادثاً قبل القبض في حق ما بقي من المنافع فيوجب الخيار كما إذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض، ثم إذا استوفى المستأجر المنفعة مع العيب، فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البديل كما في البيع، فإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر، لأن الموجب للرد قد زال قبل الفسخ، والعقد يتجدد ساعة فساعة، فلم يوجد فيما يأتي بعده، فسقط خياره».

المذاهب الثلاثة الأخرى في فسخ الإيجار بالعذر

المذهب المالكي:

يقر المذهب المالكي فسخ الإيجار للعذر في حدود أضيق بكثير من المذهب الحنفي. ففي هذا المذهب تنفسخ الإجارة بمنع استيفاء المنفعة شرعاً، كسكون ألم السن المستأجر على قلعها أو العفو عن القصاص المستأجر على استيفائه. وتنفسخ الإجارة بحمل الظئر، لأنه يخاف على الولد من لبنها. وإن انقطع الماء عن الرحي المستأجرة، فسخت الإجارة للعذر، وكذلك إن أبق العبد المستأجر. وإن أجز يتيماً في حجره ثلاث سنين وهو يظنه لا يحتلم إلى ثلاث، فاحتلم بعد سنة أو

سنتين، لم تلزمه الإجارة بعد احتلامه. وإن استأجر عبداً للخدمة فمرض أو دابة فاعتلت، كان هذا عذراً، وإذا اكرت الرجل الأرض فجاءه من الماء ما منعه الزرع، فلا كراء عليه. واختلف فيما إذا أصاب الأجير في بناء مطر منعه من البناء في بعض اليوم، فقبل له بحساب ما مضى، ويفسخ في بقية اليوم.

جاء في «الحطاب» (٤٣٢/٥ - ٤٣٣): «سئل ابن أبي زيد إذا أصاب الأجير في البناء مطر في بعض اليوم منعه من البناء في بعض اليوم، قال: فله بحساب ما مضى ويفسخ في بقية اليوم. ومثله لسحنون. ولغيره يكون له جميع الأجر لأن المنع لم يأت من قبله، وقال ابن عرفة قال سحنون في وثائقه إن منع أجير البناء أو الحصد أو عمل ما مطر، لم يكن له بحساب ما عمل من النهار، وأجيره له كل الأجر، لأن المنع لم يكن منه. قال ابن عرفة: ولا يدخل هذا الخلاف في نوازل وقعت في بلدنا بتونس، لأن العرف تقرر عندهم بفسخ الإجارة بكثرة المطر ونزول الخوف»، وجاء أيضاً في «الحطاب» (٤٣٣/٥): «وتنفسخ بمنع استيفاء المنفعة شرعاً، كسكون ألم السن المستأجر على قلعهما، أو عفو عن القصاص المستأجر على استيفائه. قال ابن عرفة قلت: هذا إذا كان العفو من غير المستأجر، وانظر هل يقبل قول المستأجر في ذهاب ألمه والأظهر أنه لا يصدق إلا أن يقوم على ذلك دليل وفي يمينه مع ذلك نظر».

وجاء في «المدونة» (٥٦/١١): «قلت: هل يجوز لي أن أستأجر رحي الماء في قول مالك؟ قال: سأل مالكاً عن هذه المسألة أهل الأندلس فقال: لا بأس بذلك. . قلت: وإن انقطع الماء عنها أكون هذا عذراً تنفسخ به الإجارة؟ قال: لم أسمع من مالك في انقطاع الماء عنها شيئاً، وأراه عذراً. قلت: أرأيت إن عاد الماء في بقية من وقت الإجارة؟ قال: قال مالك في العبد يؤاجر فيمرض إنه إن صح لزم المستأجر الإجارة فيما بقي من الوقت، فكذلك رحي الماء أيضاً، وقد قال غيره إلا أن يتفاسخا قبل أن يصح العبد». وجاء أيضاً في «المدونة» (٧٨/١١): «قلت: أرأيت إن استأجرت عبداً فأبق أنفسخ الإجارة في قول مالك؟ قال: نعم: قلت: فإن رجع في بقية من وقت الإجارة أو قدر عليه؟ قال: يرجع في الإجارة بحال ما وصفت لك. قلت: أرأيت إن استأجرت من رجل عبداً يخدمني سنة فهرب العبد من يدي إلى دار الحرب؟ قال: تنفسخ الإجارة فيما بينهما، إلا أن يرجع العبد في بقية من وقت الإجارة كما وصفت لك. قلت: أرأيت إن هرب السيد؟ قال: الإجارة بحالها لا تنتقض». وجاء أيضاً في «المدونة» (٨٤/١١): «قلت: أرأيت إن حملت هذه المرضع فخافوا على الصبي أكون لهم أن يفسخوا الإجارة؟ قال: نعم. قلت: تحفظه عن مالك؟ قال: لا ولكنه رأيي. قلت: لم يكون لهم أن يفسخوا الإجارة ولم يكن لهم أن يلزموها أن تأتي بمن ترضع هذا الصبي؟ قال: لأنهم إنما اكتروها بعينها على أن ترضع لهم». وجاء أيضاً في «المدونة» (٩٧/١١): «قلت: أرأيت لو أن يتيماً في حجري أجرته ثلاث سنين وأنا أظنه لا يحتلم إلى ثلاث سنين، فاحتلم بعد سنة أو سنتين، فأراد أن ينقض الإجارة حين احتلم، أكون ذلك له أم لا؟ قال: لا أرى أن تلزمه الإجارة بعد احتلامه إلا أن يكون الشيء الخفيف نحو الأيام والشهر وما أشبهه». وجاء أيضاً في «المدونة» (١١٧/١١): «قلت: أرأيت إن استأجرت عبداً للخدمة فمرض أو دابة أركبها إلى موضع كذا وكذا فاعتلت الدابة، أكون هذا عذراً، وأناقضه الكراء؟

قال: نعم، إلا أن العبد إن صح في بقية من وقت الإجارة، عمل لك ما صح فيه من ذلك، وكان عليك كراء ما عمل لك، ويسقط عنك كراء ما مرض فيه». وجاء أيضاً في «المدونة» (١١/١٧٢ - ١٧٣): «قلت: أرأيت إن زرعته فأصابها مطر شديد فاستعذرت الأرض وفيها الزرع، أيلزم المتكاري الكراء كله ويجعله مالك بمنزلة البرد والجراد والجليد أم يجعل هذا بمنزلة القحط؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئاً، إلا أن ذلك إذا كان بعد مضي أيام الحرث فهو عندي بمنزلة البرد والجليد، وإن كانت الأرض إنما استعذرت في أيام الحرث فقتلت زرعته الذي كان زرع فيها، فالماء إن انكشف عنها قدر على أن يزرعها ثانية فلم ينكشف الماء عنها حتى مضت أيام الحرث، قال: فأرى هذا مثل الرجل يتكاري الأرض فتغرق في أيام الحرث فلا كراء عليه. وكذلك قال لي مالك إن الأرض إذا اكترها الرجل فجاءه من الماء ما منعه الزرع إنه لا كراء عليه، فهذا الذي سألت عنه. وإن كان قد زرعها ثم جاءه الماء فغرق زرعته في أيام الحرث وهو لو أن الماء انكشف عن الأرض كان يقدر على الحرث لأن إبان الحرث لم يذهب فمنعه الماء من أن يعيد زرعته، فلا كراء عليه، وإن كان أصابها في زمان الحرث فهلك زرعته ثم انكشف الماء في إبان يدرك فيه الحرث، فالكراء له لازم لأنه قد يدرك أن يزرع. وليس هذا بمنزلة ما أصابها بعد ذهاب أيام الحرث، وذلك بمنزلة الجراد والجليد والبرد».

مذهب الشافعي:

والأصل في مذهب الشافعي ألا تفسخ الإجارة بالعدر، إلا إذا أوجب خللاً في المعقود عليه أو كان عيباً فيه تنقص به المنفعة أو تعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً. فتعثر ظهر الدابة في المشي والعرج الذي تتأخر به عن القافلة وضعف البصر في المستأجر للخدمة وانهدام الحائط في الدار وانقطاع الماء في البئر والعين والرحى وغير ذلك من العيوب في المعقود عليه التي توجب خللاً فيه تكون أعذاراً ترد بها العين للعيب. ولو استأجره لقلع سن مؤلم فزال ألمه، فسخت الإجارة للتعذر الشرعي. ولا يعتد بالعدر في غير ذلك، فإن اكترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجز له الرد، وإن اكترى حماماً فتعذر عليه ما يوقده لم يجز له الرد لأن المعقود عليه باق وإنما تعذر الانتفاع لمعنى في غيره، وإن اكترى أرضاً للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج أو أكل جراد لم يجز له الرد لأن الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض، ولو خرب ما حول الدار أو الدكان أو أبطل أمير البلدة التفرج في السفن وقد اكترها لم يجز له الرد لأن تعذر الانتفاع يرجع لمعنى في غير المعقود عليه.

جاء في «المهذب» (١/٤٠٥ - ٤٠٦): «وإذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً جاز له أن يرد، لأن الإجارة كالبيع... والعيب الذي يرد به ما تنقضي به المنفعة، كتعثر الظهر في المشي والعرج الذي يتأجر به عن القافلة وضعف البصر والجدام والبرص في المستأجر للخدمة وانهدام الحائط في الدار وانقطاع الماء في البئر والعين والتغير الذي يمتنع به الشرب أو الضوء وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة. فأما إذا اكترى ظهراً فوجده خشين المشي لم يرد لأن ذلك لا تنقص به المنفعة. وإن اكترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجز

له الرد، وإن اكرى حمماً فتعذر عليه ما يوقده، لم يجز له الرد لأن المعقود عليه باق وإنما تعذر الانتفاع لمعنى في غيره فلم يجز له الرد، كما لو اشترى ظهراً ليحج عليه فعجز من الحج لمرض أو ذهاب المال. وإن اكرى أرضاً للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج أو أكل جراد لم يجز له الرد، لأن الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض فلم يجز له الرد... وإن مات الصبي الذي عقد الإجارة على إرضاعه، فالمنصوص أنه يفسخ العقد لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع فبطل. ومن أصحابنا من خرج فيه قولاً آخر إنه لا يفسخ، لأن المنفعة باقية وإنما هلك المستوفي فلم يفسخ العقد كما لو استأجر داراً فمات، فعلى هذا إن تراضيا على إرضاع صبي آخر جاز، وإن تشاحا فسخ العقد لأنه تعذر إمضاء العقد ففسخ... وإن استأجر رجلاً ليقطع له ضرساً فسكن الوجع، أو ليكحل عينه فبرئت، أو ليقصص له فعفا عن القصاص، انفسخ العقد على المنصوص في المسألة قبلها لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ كما لو تعذر بالموت، ولا يفسخ على قول من خرج القول الآخر.

وجاء في «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» للرملي (٣١٢/٥ - ٣١٣): «لا تفسخ إجارة عينية أو في الذمة بنفسها ولا يفسخ أحد العاقلين بعذر لا يوجب خللاً في المعقود عليه، كتعذر وقود... حمام على مستأجره، ومثله فيما يظهر ما لو عدم دخول الناس فيه لفتنة أو خراب ما حوله كما لو خرب ما حول الدار أو الدكان أو أبطل أمير البلدة التفرج في السفن وقد اكرهاها أو داراً لذلك... تعذر سفر... ونحو مرض مستأجر دابة السفر ومؤجرها الذي يلزمه الخروج معها لانتفاء الخلل في المعقود عليه والاستنابة ممكنة. نعم التعذر الشرعي يوجب الانفساح، كأن استأجره لقلع سن مؤلم فزال ألمه وإمكان عوده لا أثر له لأنه خلاف الأصل، وكذا الحسى إن تعلق بمصلحة عامة كأن استأجر الإمام ذمياً لجهاد فصالح قبل المسير، بناء فيهما على ما مر من عدم جواز إبدال المستوفى به، والأصح خلافه... ولو استأجر أرضاً للزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحة كجراد أو سيل، فليس له الفسخ ولا حط شيء من الأجرة، لانتفاء خلل في منفعة الأرض كما لو احترقت أمتعة مستأجر حانوت».

وجاء أيضاً في «نهاية المحتاج» (٣١٧/٥): وتعطل الرحى بانقطاع مائها والحمام بنحو خلل أبنيته أو نقص ماء بئر فيها يفسخها، كذا قاله، وما اعترض به من كونه مبنياً على الضعيف في المسألة بعده يمكن حمله على تعذر سوق ماء إليها من محل آخر كما يرشد لذلك قولهم الآتي لإمكان سقيها بماء آخر». وجاء أيضاً في: «نهاية المحتاج» (٣١٨/٥): «الأصل يقتضي منع الإجارة لأنها بيع معدوم، وإنما جوزت للحاجة، فاغتفر فيها الفسخ، بخلاف البيع».

المذهب الحنبلي:

والأصل أيضاً في المذهب الحنبلي ألا تفسخ الإجارة بالعدر، إلا إذا أوجب خللاً أو عيباً في المعقود عليه تنقص به المنفعة أو تعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً. فإن تعذر الزرع بسبب غرق الأرض أو انقطاع مائها. فللمستأجر الخيار لأنه لمعنى في العين، وإن قل الماء بحيث لا يكفي

الزراع فله الفسخ لأنه عيب، أما إذا غرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غير ذلك فلا فسخ لأن التالف غير المعقود عليه، وتفسخ الإجارة بموت المرضعة وموت الطفل. لتعذر استيفاء المعقود عليه، وكذا لو برأ الضرر قبل قلعه انفسخت الإجارة. ولا يعتد بالعدر في غير ذلك، إلا أن المذهب الحنبلي يزيد بأن يعتد بالعدر في غير ذلك إذا كان حادثاً عاماً يشمل جميع الناس لا خاصاً بالعاقده وحده، وفي هذا يقرب المذهب الحنبلي من القانون المدني المصري فيما قدمناه. والخوف العام الذي يمنع من سكنى المكان الذي فيه العين المستأجرة أو حصر البلد بحيث يمنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزراع، كل هذه أعتد يثبت بها الخيار لأنها عامة شاملة للناس. أما إن كان الخوف خاصاً بالمستأجر، كأن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلو لهم في طريقه، وكأن يحبس أو يمرض أو يتلف متاعه، فليست هذه بأعتد لأنها خاصة به ولا تمنع استيفاء المنفعة منعاً مطلقاً.

جاء في «المغني» (٤١٨/٥): «القسم الخامس أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزراع ونحو ذلك، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ، لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار، كغصب العين. ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث، أو اكرت إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق، فلكل واحد منهما فسخ الإجارة. وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز، لأن الحق لهما لا يعدوهما، فأما إن كان الخوف خاصاً بالمستأجر، مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه، لم يملك الفسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية، فأشبه مرضه وكذلك لو حبس أو مرض أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه، لم يملك فسخ الإجارة لذلك، لأنه ترك استيفاء المنافع لمعنى في جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختياراً». وجاء أيضاً في «المغني» (٤٤٥/٥ - ٤٤٦): «ومتى غرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره، فلا ضمان على المؤجر ولا خيار للمكتر، نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً وهو مذهب الشافعي. لأن التالف غير المعقود، وإنما تلف مال المكتر في فاشبه من اكرت دكاناً فاحترق متاعه فيه. . . وإن تعذر زرع الأرض أو انقطاع مائها، فللمستأجر الخيار لأنه لمعنى في العين. . . وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع، فله الفسخ لأنه عيب». وجاء أيضاً في «المغني» (٤٥٦/٥ - ٤٥٧): «وتفسخ الإجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها. وحكي عن أبي بكر أنها لا تفسخ ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين. ولنا أنه هلك المعقود عليه، أشبه ما لو هلكت البهيمة المستأجرة. وإن مات الطفل انفسخ العقد، لأنه يتعذر استيفاء المعقود عليه، لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم فإنه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر، وهذا منصوص الشافعي». وجاء أيضاً في «المغني» (٤٩٥/٥): «وإن برأ الضرر قبل قلعه انفسخت الإجارة، لأن قلعه لا يجوز. وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه، لأن إتلاف جزء من الآدمي محرم في الأصل، وإنما أبيح إذا صار بقاؤه ضرراً وذلك مفوض إلى كل إنسان في نفسه إذا كان أهلاً لذلك،

وصاحب الضرر أعلم بمضرته ومنفعته وقدر المدة».

(ب) الجوائح في بيع الثمار

المذاهب المختلفة:

كما أن الحنفية يفسحون المجال لنظرية الفسخ بالعدر في عقد الإيجار، كذلك نرى المالكية يفسحون المجال لنظرية إنقاص الثمن للجوائح في بيع الثمار، ويتفق الحنابلة مع المالكية في نظرية الجوائح. أما الشافعية والحنفية فلا يقرون هذه النظرية.

معنى الجائحة:

الجائحة هي ما يصيب الثمر من السماء كالبرد أو من آفة كالعفن، والعطش، يعتبر جائحة بلا خلاف.

فإذا كانت الجائحة من صنع آدميين «فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة». والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين. فبعض رأى منه جائحة ما كان غالباً كالجيش، ولم ير ما كان منه بمغافصة (الأخذ على غرة) جائحة مثل السرقة. وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأي وجه. فمن جعلها في الأمور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «أرأيت إن منع الله الثمرة»، ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالأمور السماوية، ومن استثنى اللص قال: يمكن أن يتحفظ منه «بداية المجتهد» لابن رشد (١٥٤/٢). فإذاً هناك آراء ثلاثة في مذهب مالك: فرأي يذهب إلى أن الجائحة في الأمور السماوية وحدها، ورأي ثانٍ يذهب إلى أن الجائحة تشمل أيضاً أعمال الآدميين التي لا يمكن التحرز عنها، ورأي ثالث يذهب إلى أن الجائحة تشمل جميع أعمال الآدميين حتى تلك التي يمكن التحرز منها ما دامت من غير فعل المشتري.

ومحل الجوائح هي الثمار والبقول. فأما الثمار فلا خلاف فيها، وأما البقول ففيها خلاف والأشهر فيها الجائحة. وإنما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالأصل وهو الثمر ابن رشد (١٥٤/٢).

والأصل في بيع الثمار أن تباع على الشجر قائمة قبل جنيها، ويتسلمها المشتري وهي لا تزال قائمة على الشجر ويجنيها عادة بالتدرج بمجرد نضوجها، ومذهب مالك يجيز بيع الثمار إذا تلاحت أحادها، فبياع ما ظهر منها وما لم يظهر. فإذا كان المشتري قد تسلم الثمار وهلكت بجائحة كلها أو بعضها بعد التسليم وإن كانت لا تزال قائمة على الشجر، فهلاكها على المشتري كما تقتضي القاعدة العامة. وبهذا يقول المذهب الحنفي ومذهب الشافعي. أما المالكية والحنابلة فيذهبون إلى أنه بالرغم من أن المشتري قد تسلم الثمار، فإنها لا تزال قائمة على الشجر، فهلاكها بالجوائح غير المنظورة يكون على البائع، لأن طبيعة البيع تقتضي ذلك فلا يزال البائع مسؤولاً عن

سلامة الثمار، وريها ما دامت لا تزال قائمة على الشجر، وفي هذا تطبيق خاص لنظرية الحوادث الطارئة.

حكم الجوائح في المذهب المالكي:

وقت إصابة الثمار بالجائحة: هو الوقت الذي يحتاج فيه إلى تبقية الثمر على رؤوس الشجر حتى يستوفي طيبه. واختلفوا إذا استبقى المشتري الثمار بعد أن استوفت طيبها ليبعها على النضارة شيئاً فشيئاً، «ف قيل: فيه الجائحة تشبيهاً بالزمان المتفق عليه، وقيل: ليس فيه جائحة تفريقاً بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه، وذلك أن هذا الزمان يشبه الزمان عليه من جهة ويخالفه من جهة. فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة، ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة. أعني من رأى أن النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال: بوجوب الجائحة فيه، ومن لم ير فيهما واحداً قال: ليس فيه جائحة. ومن ههنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول». ابن رشد (١٥٥/٢).

المقدار الذي يجب فيه الجائحة وكيفية إنقاص الثمن: والمقدار الذي تجب فيه الجائحة في الثمار هو الثلث. وأما البقول فقيل أيضاً الثلث، وقيل: لا يشترط الثلث فتجب الجائحة حتى في أقل من الثلث ما دامت الخسارة تزيد على المألوق مما جرت العادة أن يلتقطه الطير. وفي المذهب المالكي رأيان في كيفية حساب الثلث: ١ - فابن القاسم يحسب ثلث الثمار بالكيل أولاً، فإذا بلغت الخسارة هذا المقدار من الكيل، فإن كانت الثمار نوعاً واحداً لا تختلف قيمة بطونه، حط من الثمن الثلث أو أكثر بمقدار الخسارة. وإن كانت الثمار أنواعاً كثيرة مختلفة القيم أو كان بطوناً مختلفة القيم بحسب وقت جنيها، اعتبرت قيمة الثلث التالف من قيمة الجميع. ٢ - وأشهب يعتبر الثلث في القيمة، فإذا ذهب من الثمر ما قيمته الثلث، سواء كان ثلثاً في الكيل أو أقل أو أكثر وضع عنه الثلث من الثمن ابن رشد (١٥٤/٢).

جاء في «بداية المجتهد» لابن رشد (١٥٥/٢): «والمالكية يحتجون في مصيرهم إلى التقدير في وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيه مطلقاً بأن القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير، إذ كان معلوماً أن القليل يذهب من كل ثمرة. فكان المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة، وإن لم يدخل بالنطق، وأيضاً فإن الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير، قالوا: وإذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث إذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة. وإن كان المذهب يضطرب في هذا الأصل، فمرة يجعل الثلث من حيث الكثير كجعله إياه ههنا، ومرة يجعله في حيز القليل، ولم يضطرب في أنه الفرق بين القليل والكثير. والمقدرات يعسر إثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء، ولذلك قال الشافعي لو قلت بالجائحة^(١) لقلت بالقليل

(١) والشافعي يميز بين فرضين: (أ) يتفق المشتري مع البائع على بقاء الثمر على الشجر إلى يوم قطفه فلا يعتبر أنه قد تسلمه قبل تسلمه قبل القطف، ومن ثم تكون الجائحة على البائع تطبيقاً للقاعدة العامة من أن الهلاك على البائع قبل التسليم. (ب) يخلي البائع الثمار من وقت البيع، فيعتبر المشتري قد تسلمها ولو قبل قطفها، ومن ثم تكون الجائحة على المشتري تطبيقاً للقاعدة العامة أيضاً من أن الهلاك على المشتري بعد التسليم.

والكثير. وكون الثلث فرقاً بين القليل والكثير هو نص في الوصية في قوله عليه الصلاة والسلام: «الثلث والثلث كثير».

وجاء في «المدونة الكبرى» (٢٥/١٢ - ٢٦): «قلت لابن القاسم أرأيت المقائي هل فيها جائحة في قول مالك، قال: نعم إذا أصابت الثلث فصاعداً وضع من المشتري ما أصابت الجائحة. قلت: أرأيت إن اشتراها وفيها بطيخ وقثاء، فأصابت الجائحة جميع ما في المقثاة من ثمرتها وهي تطعم في المستقبل، كيف يعرف ما أصابت الجائحة منها؟ قال ابن القاسم تفسير ذلك أنه يكون مثل كراء الأرضين والدور، إنه ينظر إلى المقثاة كم كان نباتها من أول ما اشترى إلى آخر ما تنقطع ثمرتها. فينظر كم قطف منها وكم أصابت الجائحة منها، فإذا كانت ما أصابت الجائحة منها ثلث الثمرة، نظر إلى قيمة ما قطف منها، فإن كانت قيمته النصف أو أقل من الثلث لم يكن له إلا قدر ذلك. لأن حملها في الأشهر ونفاقها في الأشهر مختلف، فتقوم ويقوم ما بقي من النيات مما لم يأت بعد في كثرة نباته ونفاقه في الأسواق مما يعرف من ناحية نباته، فينظر إلى الذي لم تصبه الجائحة فيقوم على حدته، ثم يقوم الذي أصابته الجائحة على حدته، فينظر ما مبلغ ذلك من جميع الثمرة. فإن كانت الثمرة التي أكلها المشتري هو نصف القيمة أو أقل من النصف أو أكثر، فربما كان إطعام المقثاة في أوله هو أقله وأغلاه ثمناً تكون البطيخة أو الفقوسة أو القثاة بعشرة أفلس أو بنصف درهم أو بدرهم والبطيخة مثل ذلك وفي آخر الزمان تكون بالفلس والفلسين والثلاث، فيكون القليل الذي كان في البطن الأول أكثر المقثاة ثمناً لنفاقه في السوق، وعلى هذا يقع شراء الناس إنما يحمل أوله آخره وآخره أوله. ولو كان إنما وقع الشراء على كل بطن على حدته لكان لكل بطن جزء من الثمن مسمى. وإنما تحسب بطون المقثاة التي تطعم فيها بقدر إطعامها من قدر نفاقها في الأسواق من كل بطن، ثم يقوم ما أطعمت في كل زمان على قدر نفاقه في الأسواق في كل بطن، ثم يقسم الثمن على جميع ذلك. فإن كان البطن الأول هو النصف أو الثلثين رد بقدر ذلك، وإن كان البطن الآخر الذي انقطع فيه هو النصف أو الثلثين رد بقدر ذلك، ولا يتلفت إلى نباتها في إطعامها فيقسم على قدر كثرته وعدده من غير أن ينظر إلى أسواقه، ولكن ينظر إلى كثرته ونفاقه في الأسواق». وجاء أيضاً في «المدونة» (٣٢/١٢): «أرأيت البقول والكراث والسلق وما أشبه هذا والجزر والبصل والفجل، إذا اشترى الرجل هذه الأشياء التي ذكرت لك وما أشبهها فأصابته جائحة أقل من الثلث، هل يوضع عن المشتري شيء أم لا؟ قال مالك أرى أن يوضع عن المشتري كل شيء أصابته الجائحة منها قل أو كثر، ولا ينظر فيه إلى الثلث، وقد ذكر علي بن زياد عن مالك أن البقل إذا أتلقت جائحته الثلث وضع عن المشتري، وإن لم تبلغ الثلث لم يوضع فيه شيء». هذا ويبدو أن الرأي الذي يذهب إلى أن يوضع عن المشتري في البقول كل ما أصابته الجائحة قل أو كثر ولا ينظر إلى الثلث، إنما يعتمد على أن البقول تحتاج إلى ماء كثير، فإذا أصابته جائحة رجع هذا في الغلب إلى العطش، والبائع مسؤول عنه دائماً.

وجاء أيضاً في «المدونة الكبرى» (٣٧/١٢ - ٣٨) في تعداد الجوائح: «قلت: أرأيت الجراد أهو جائحة في قول مالك أو لا؟ قال: الجراد جائحة عند مالك. قلت: وكذلك النار في قول مالك؟ قال: نعم. قلت: وكذلك البرد والمطر والطير الغالب تأتي فتأكل الثمرة والدود وعفن

الثمار في رؤوس الشجر والسموم تصيب الثمرة والعطش يصيب الثمرة من انقطاع مائها أو السماء احتبست عن الثمرة حتى ماتت أترى هذا من الجوائح؟ قال: قال مالك في الماء إذا نقطع عن الثمرة ماء العيون وضع عن المشتري ما ذهب من الثمرة من قبل الماء قليلاً كان أو كثيراً وما بقي فهو للمشتري بما يصيبه من الثمن... قلت: وماء السماء إذا انقطع عن الثمرة؟ قال: لم أسمع من مالك في ماء المطر شيئاً، إلا أنه قال ما كان من فساد الثمرة من قبل العطش من الماء وضع عن المشتري قليلاً كان أو كثيراً، فأرى ماء المطر وماء العيون سواء... وأما ما سألت عنه كله فإن ذلك جائحة من الجوائح توضع عن المشتري... وقال مالك في الجيش يمرون بالنخل فيأخذون ثمرته، قال: هو جائحة من الجوائح. قال ابن القاسم ولو أن سارقاً سرقها كانت جائحة أيضاً في رأيي، قال ابن نافع ليس السارق بجائحة».

حكم الجوائح في المذهب الحنبلي:

المذهب الحنبلي يقر إنقاص الثمن للجائحة كالمذهب المالكي. وبين ذلك على أن بيع الثمار قائمة على الأشجار وإن خلى البائع بينها وبين المشتري لا تكون التخلية قبضاً كاملاً، فحكم الهلاك بالجائحة في هذه الحالة هو حكم الهلاك قبل القبض فيكون على البائع، ويقول ابن قدامة: «ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض، بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر، كذلك الثمرة فإنها في شجرها كالمنافع توجد حالاً فحالاً، وقياسهم يبطل بالتخلية في الإجارة»، «المغني» (٢١٦/٤).

والجائحة في المذهب الحنبلي كل آفة لا صنع للإنسان فيها، كالريح والبرد والجراد والعطش، لما روي أن النبي عليه السلام قضى في الجائحة والجائحة تكون في البرد والجراد وفي السيل وفي الريح، وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي عليه السلام فيجب الرجوع إليه. وأما ما كان بفعل آدمي، فالمشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة لأنه أمكن الرجوع ببطله بخلاف التالف بالجائحة «المغني» (٢١٦/٤).

وظاهر المذهب أنه لا يشترط الثلث في الجائحة، ولا يغتفر إلا ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضب فلا يلتفت إليه. قال أحمد: إني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة، ولا أدري ما الثلث، ولكن إذا كانت جائحة تتلف الثلث أو الربع أو الخمس توضع. على أن هناك رواية أخرى في المذهب تشترط الثلث في الجائحة، فما كان دون الثلث فمن ضمان المشتري، وهو مذهب مالك والشافعي في القديم، لأنه لا بد أن يأكل الطير منها وتنتثر الريح ويسقط منها، فلم يكن بد من ضابط وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة، والثلث قد اعتبره الشرع في مواضع منها الوصية وعطايا المريض، والثلث حده الكثرة وما دونه من القلة، بدليل قول النبي عليه السلام في الوصية: «الثلث والثلث كثير»، فبدل هذا على أنه آخر حد الكثرة فلهذا قدر به. ولكن قول ظاهر الرواية، وهو عدم اشتراط الثلث، يحتاج له بعموم الأحاديث، فإن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح وما دون الثلث داخل فيجب وضعه ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من مال البائع وإن كان قليلاً كالتي على وجه الأرض، وما أكله المطر أو سقط لا يؤثر في

العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في الخبر ولا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط، ومن ثم إذا تلف من الثمار قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذهاب، فإن تلف كل الثمر بطل العقد ورجع المشتري بجميع الثمن. وعلى الرواية الأخرى يعتبر ثلث المبلغ وقيل: ثلث القيمة، فإن تلف الجميع أو أكثر من الثلث رجع بقيمة التالف كله من الثمن «المغني» (٢١٦/٤ - ٢١٧).

فإن بلغت الثمرة أو ان الجذاذ فلم يجدها حتى اجتثت، لم يوضع شيء من الثمن لأن المشتري مفرط بترك النقل في وقته مع قدرته فكان الضمان عليه. ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت، فهي من ضمانه لأنه تلفها بتفريطه، وإن تلفت قبل إمكان قطعها فهي من ضمان بائعها «المغني» (٢١٧/٤). وهذا بخلاف ما إذا استأجر أرضاً فزرعها فتلف الزرع، فلا شيء على المؤجر، نص عليه أحمد ولا يعلم فيه خلاف، لأن المعقود عليه منافع الأرض، ولم تتلف، وإنما تلف مال المستأجر فيها، فصار كدار استأجرها ليقصر فيها ثياباً فتلفت الثياب فيها «المغني» (٢١٧/٤).

جاء في «المغني» (٢١٥/٤ - ٢١٦): «إن ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع، وبهذا قال أكثر أهل المدينة، منهم يحيى بن سعيد الأنصاري ومالك وأبو عبيدة وجماعة من أهل الحديث، وبه قال الشافعي في القديم. وقال أبو حنيفة والشافعي في «الجديد» هو من ضمان المشتري، لما روى أن امرأة أتت النبي ﷺ: فقالت إن ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبتها الجائحة فسألته أن يضع عنه فتألى ألا يقبل، فقال النبي ﷺ: «تألى فلان ألا يفعل خيراً»، متفق عليه. ولو كان واجباً لأجبر عليه، لأن التخلية يتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل، ولأنه لا يضمنه إذا أتلفه آدمي كذلك لا يضمنه بإتلاف غيره. ولنا ما روى مسلم في «صحيحه» عن جابر أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح، وعنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن بعث من أخيك ثمرأ فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، لم تأخذ مال أخيك بغير حق!» وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه، قال الشافعي لم يثبت عندي أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح، لو ثبت لم أعده، ولو كنت قائلاً بوضعها لوضعها في القليل والكثير. قلنا: الحديث ثابت... ولا حجة لهم في حديثهم فإن فعل الواجب خير فإذا تألى ألا يفعل الواجب فقد تألى ألا يفعل خيراً، فأما الإيجاب فلا يفعله النبي ﷺ بمجرد قول المدعي من غير إقرار من البائع ولا حضور، ولأن التخلية ليست بقبض تام بدليل ما لو تلف بعطش عند بعضهم، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر، كذلك الثمرة فإنها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها. توجد حالاً فحالاً، وقياسهم يبطل بالتخلية في الإجارة»^(١).

(١) انظر في مثل آخر الحوادث الطارئة في الفقه الإسلامي، كساد العملة وانقطاعها وتغير قيمتها «رسالة ابن عابدين في النقود» (٦٥ - ٦٧) «حاشية ابن عابدين» (٤٠ - ٤١)، «الهداية» (٥ - ٣٨٣ - ٣٨٤)، «الزيلعي» (٤/ ١٤٢ - ١٤٣)، رسالة الدكتور محمد الحداد عبد الجواد السابق الإشارة إليها (٣٧٤ - ٣٨٦).

الفرع الثاني

المسؤولية العقدية

المبحث الأول

المسؤولية العقدية

في الفقه الغربي

كيف تتحقق المسؤولية العقدية:

قيام المسؤولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه. ففي هذه الحالة يتعين على المدين تنفيذ التزامه العقدي تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً. فإذا أمكن التنفيذ العيني وطلبه الدائن، أجبر المدين عليه. وإلى هنا لا تقوم المسؤولية العقدية، إذ نحن في صدد التنفيذ العيني للالتزام، لا في صدد التعويض عن عدم تنفيذه. أما إذا لم يمكن التنفيذ العيني - أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين استعداده للتنفيذ العيني - ففي هذه الحالة لا يسع القاضي إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه جزاء عدم تنفيذ الالتزام.

وهنا تقوم المسؤولية العقدية، فالدائن يطالب المدين بالتعويض، فعلى القاضي أن يبحث هل المدين مسؤول حقاً عن عدم تنفيذه التزامه العقدي؟ ويكون المدين مسؤولاً عن عدم تنفيذ التزامه، ويحكم عليه بالتعويض، ما لم يثبت أن تنفيذ الالتزام قد أصبح مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد له فيه. وهذه المسؤولية عن التعويض هي المسؤولية العقدية.

ونرى من ذلك أن المسؤولية العقدية لا شأن لها بالتنفيذ العيني للالتزام العقدي، وهي أيضاً لا تتحقق إذا أثبت المدين أن الالتزام قد أصبح تنفيذه مستحيلاً بسبب أجنبي. فلا تتحقق المسؤولية العقدية إذن إلا إذا لم ينفذ المدين التزامه العقدي تنفيذاً عينياً، وفي الوقت ذاته لم يستطع أن يثبت أن التنفيذ قد أصبح مستحيلاً بسبب أجنبي.

وأركان المسؤولية العقدية ثلاثة: ١ - الخطأ العقدي. ٢ - الضرر. ٣ - علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

المطلب الأول

الخطأ العقدي

مسألتان:

الأصل أن يكون المدين مسؤولاً عن خطأه العقدي، وقد تعدل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق. فعندنا إذن مسألتان: ١ - ما هو الخطأ العقدي. ٢ - تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق.

١. ما هو الخطأ العقدي

الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد:

إذا لم يقم المدين في العقد بتنفيذ التزامه، كان هذا هو الخطأ العقدي. ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمد أو عن إهماله أو عن فعله (أي دون أن يثبت في جانبه عمد وإهمال). بل أن الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة. ولكن يلاحظ في هذه الحالة الأخيرة أنه إذا سلمنا بتحقق الخطأ العقدي، فإن علاقة السببية - وهي ركن في المسؤولية العقدية - مع ذلك تنعدم، فلا تتحقق المسؤولية على ما سئرى.

الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية:

ويجب في هذا الصدد أن نميز بين نوعين من الالتزام:

فهناك التزام تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام، فالالتزام بنقل حق عيني، كنقل ملكية المبيع إلى المشتري، والالتزام بعمل كتسليم عين أو إقامة مبنى، والالتزام بالامتناع عن عمل معين كالكف عن المنافسة وعدم البناء على مسافة معلومة، كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة هي نقل الحق العيني أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل، فتنفيذه لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية. فإذا لم تتحقق الغاية - أيًا كان السبب في ذلك - بقي الالتزام غير منفذ. وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام في الفقه الفرنسي بعقارة الالتزام بنتيجة (Obligation de résultat)، ونسميه نحن «الالتزام بتحقيق غاية».

وهناك التزام لا يرمي إلى تحقيق غاية معينة، بل هو التزام ببذل الجهد للوصول إلى غرض، تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق. فهو إذن التزام بعمل هو بذل الجهد، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته، والمهم فيه أن يبذل المدين لتنفيذه مقدراً معيناً من العناية. والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التي يبذلها الشخص العادي، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعاً لما ينص عليه القانون أو يقضي به الاتفاق. فمتى بذل المدين العناية المطلوبة منه يكون قد نفذ التزامه، حتى لو لم يتحقق الغرض من بذل هذه العناية. فالمستأجر يجب أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد (م ٥٨٣/١ مدني)، دون أن يزيد أو ينقص. وعلى المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١/١ مدني)، فيجوز إذن أن يزيد على ذلك. وإذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد فيجوز أن ينقص عن ذلك، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد دون أن يزيد أو ينقص (م ٧٢٠ مدني). ومن ذلك نرى أن الأصل في العناية التي تطلب من المدين هي عناية الرجل المعتاد، وقد يتطلب القانون أو الاتفاق عناية أكبر أو عناية أقل في بعض حالات معينة، وقد عرضت المادة (٢١١) مدني لهذه المسألة فنصت على ما يأتي: «١ - في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من

المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى الالتزام إذا بدل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره. ٢ - وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم». وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام في الفقه الفرنسي بعبارة «الالتزام بوسيلة» (Obligation de moyen)، ونسميه نحن «الالتزام ببذل عناية».

فإذا قلنا بعد ذلك إن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد، وجب أن نميز في هذا الصدد بين هذين النوعين من الالتزام، فالالتزام بتحقيق غاية يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية أيًا كان السبب في ذلك ولو كان هذا السبب هو القوة القاهرة. والالتزام ببذل عناية يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة، فإذا بذلت هذه العناية فلا خطأ ولو لم يتحقق الغرض المقصود.

إثبات الخطأ العقدي:

الأصل أن الدائن هو المكلف بإثبات الدين، والمدين هو المكلف بإثبات التخلص منه. ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة يكون عندما يطالب الدائن المدين بتنفيذ التزامه عيناً، فعلى الدائن في هذه الحالة أن يثبت قيام العقد مصدر الالتزام، فإذا ادعى المدين أنه نفذ التزامه فعليه هو أن يثبت ذلك، وإلا حكم عليه بالتنفيذ العيني.

أما في إثبات الخطأ العقدي فالأمر مختلف: الدائن يطالب المدين بتنفيذ الالتزام عيناً، بل يطالبه بتعويض لعدم الالتزام. فالدائن هو الذي يدعي أن المدين لم ينفذ التزامه ومن أجل ذلك يطالبه بالتعويض، فعلى الدائن إذن يقع عبء إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه، فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً للخطأ العقدي على النحو الذي أسلفناه.

ففي الالتزام بغاية كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع، يثبت المشتري عقد البيع وعدم انتقال ملكية المبيع إليه، فيثبت بذلك في جانب البائع خطأ عقدياً، لا يستطيع هذا أن ينفيه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه لنقل ملكية المبيع إلى المشتري فلم يستطع، لأنه ملتزم بتحقيق غاية ولم يحققها. وليس أمامه إلا أن يثبت السبب الأجنبي لنفي علاقة السببية، وإلا فالخطأ ثابت في جانبه ومسؤوليته العقدية متحققة. وللبائع، عندما يثبت المشتري عقد البيع، ألا يقف موقفاً سلبياً فيترك المشتري يثبت الخطأ العقدي على النحو الذي بيناه، بل يقف موقفاً إيجابياً فيثبت أنه قام بتنفيذ التزامه عيناً ونقل ملكية المبيع إلى المشتري فلا محل إذن لمطالبته بالتعويض، فنخرج بذلك من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني.

وفي الالتزام بعناية، كالتزام الطبيب بعلاج المريض، يثبت المريض أن الطبيب التزم بعلاجه - وهذا هو العقد مصدر الالتزام - ويثبت إلى جانب ذلك أن الطبيب لم ينفذ التزامه فلم يبذل في علاجه العناية المطلوبة، بأن يثبت على الطبيب إهمالاً معيناً أو انحرافاً عن أصول الصنعة. فإذا أثبت ذلك، كان هذا إثباتاً لخطأ الطبيب العقدي. وما على المريض بعد ذلك إلا أن يثبت الضرر

ليستحق التعويض، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذه لالتزامه وقعوده عن بذل العناية المطلوبة إنما يرجع إلى سبب أجنبي، فننعدم علاقة السببية، ولا تتحقق المسؤولية العقدية. وللطبيب هنا أيضاً، عندما يثبت المريض العقد، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المريض يثبت عليه الخطأ العقدي، بل ينتقل من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً وبذل كل العناية المطلوبة منه في علاج المريض^(١).

نظرية مهجورة - تدرج الخطأ:

وهناك نظرية قديمة مهجورة تقسم الخطأ العقدي إلى خطأ عمد وخطأ غير عمد. فالخطأ العمد يسأل عنه المدين في أي العقود وفي جميع الأحوال. وينقسم الخطأ غير العمد إلى أقسام ثلاثة: ١ - خطأ جسيم، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمّل، وهو أقرب ما يكون إلى الخطأ العمد ويلحق به. ٢ - خطأ يسير هو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص معتاد. ٣ - خطأ تافه، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص حازم حريص. ثم تنقسم العقود إلى طوائف ثلاث: ١ - عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة، وفيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم لأنه لا ينتفع بالعقد أصلاً. ٢ - وعقد لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار، وفيه يسأل المدين عن الخطأ اليسير لأنه ينتفع بالعقد هو والدائن على السواء. ٣ - وعقد لمنفعة المدين وحده كالعارية، وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ التافه لأنه ينتفع وحده بالعقد.

وقد نسبت هذه النظرية خطأ إلى القانون الروماني. وهي ليست منه بل هي من خلق القانون

(١) وهناك رأي آخر يذهب إلى أن عبء الإثبات يقع على المدين، سواء كان ذلك في نطاق التنفيذ العيني أو كان في نطاق المسؤولية العقدية. فالدائن يثبت قيام العقد مصدر الالتزام، وعلى المدين بعد هذا أن يثبت أنه قام بتنفيذ الالتزام، فإن عجز عن ذلك حكم عليه بالتنفيذ العيني أو بالتعويض ويخلص من ذلك أن المدين في المسؤولية العقدية هو الذي يقع عليه عبء الإثبات، أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن هو الذي يقع عليه إثبات الخطأ التقصيري، ويبرر ذلك أن الخطأ التقصيري هو إخلال بالتزام قانوني عام بالامتناع عن الإضرار بالغير، ولما كان هذا الالتزام يترتب في ذمة الناس كافة فمن المعقول أن نفرض أنه مرعي منفذ حتى يثبت الدائن أن شخصاً بالذات لم ينفذه. أما الخطأ العقدي فهو إخلال بالتزام عقدي مترتب في ذمة مدين بالذات، فعلى هذا الدين أن يثبت أنه قام بتنفيذ التزامه للقواعد المقررة في الإثبات، وإلا لزم بالتنفيذ العيني أو بالتعويض.

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف، فإن أثره محدود من الناحية العملية. ففي العمل يبدأ الدائن بإثبات مصدر الالتزام، ثم هو لا يقف مكتوف اليد بعد ذلك ينتظر أن يثبت المدين أنه نفذ الالتزام أو حتى يعجز عن هذا الإثبات، بل هو يبأى المدين مقدماً بما عنده من الأدلة على عدم تنفيذ الالتزام. والمدين من جهته لا ينتظر حتى يفرغ الدائن من تقديم ما عنده من الأدلة، بل يتقدم بأدله هو أيضاً ليثبت أنه قد قام بتنفيذ الالتزام. وهكذا يتقدم كل من الدائن والمدين بأدله، والقاضي يوازن ما بينهما، ويحكم لمن ترجح أدلته أدلة الآخر. فإن كان هو الدائن حكم له بالتنفيذ العيني أو بالتعويض، بعد أن ثبت عنده أن المدين لم ينفذ التزامه. وإن كان هو المدين، رفض طلب الدائن، بعد أن ثبت أن المدين قد قام بتنفيذ الالتزام أو برئت ذمته منه.

الفرنسي القديم. وهجرت في القانون الحديث، إذ هي منتقدة من ناحيتين: ما تشتمل عليه من العموم، وما تقول به من التدرج.

أما من ناحية العموم، فالنظرية ليست صحيحة فهي لا محل لتطبيقها في الالتزام بتحقيق غاية. وقد رأينا أن الخطأ العقدي في هذه الطائفة من الالتزامات ليست إلا عدم تنفيذ الالتزام، فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدي ولم يحقق الغاية المتفق على تحقيقها، فهناك خطأ عقدي في جانبه، أيًا كانت درجة تقصيره. فقد يكون معتمداً ألا ينفذ التزامه، وقد يكون مقصراً تقصيراً جسيماً، أو تقصيراً يسيراً، أو تقصيراً تافهاً، بل قد لا يكون هناك أي تقصير في جانبه. فالخطأ العقدي قائم ما دام المدين لم ينفذ التزامه، وهو مسؤول عن خطئه في جميع هذه الأحوال. وقد ذهبنا إلى أبعد من ذلك، فقلنا: إن المدين قد يمنعه من تنفيذ التزامه سبب أجنبي كالقوة القاهرة، ومع ذلك يبقى خطأه العقدي قائماً لأنه لم ينفذ التزامه. وإن كانت رابطة السببية تنتفي بوجود السبب الأجنبي، فتتعدم المسؤولية لانعدام السببية لا لانعدام الخطأ.

وأما من ناحية التدرج، فالنظرية أيضاً ليست صحيحة. فنحن حتى إذا قصرنا نظرية تدرج الخطأ على الالتزام بعناية، لا نتبين أن الخطأ يتدرج من خطأ جسيم إلى خطأ يسير إلى خطأ تافه تبعاً لما إذا كان العقد لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المتعاقدين معاً أو لمصلحة المدين وحده. وقد هدم التقنين المدني الفرنسي في المادة (١١٣٧) هذه التقسيمات جملة واحدة، فقال إن الالتزام بالعناية في المحافظة على الشيء، سواء كان الغرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنين معاً، يلزم المدين ببذل عناية الرجل المعتاد. ففضى هذا النص على التقسيم في شقيه، تقسيم العقود إلى طوائف ثلاث وتقسيم الخطأ إلى أنواع ثلاثة. وأوجب في جميع العقود، كأصل عام، أن تكون العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد. وذلك هو أيضاً شأن التقنين المدني المصري، فقد جاءت المادة (٢١١) مدني - وقد سبق ذكرها - واضحة كل الوضوح في نفي نظرية تدرج الخطأ، وفي أن الأصل أن تكون العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد وإن كان يجوز الخروج على هذا الأصل بنص القانون أو بالاتفاق.

وقد نص القانون فعلاً في بعض العقود على عناية تزيد أو تقل عن عناية الرجل المعتاد، كما رأينا فيما تقدم. كذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على مقدار من العناية أزيد أو أقل، بل يجوز لهما الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية أصلاً إلا إذا ثبت في جانب المدين غش أو خطأ جسيم، وهذا ما تنتقل الآن إليه.

٢ - تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق

الأصل هو الحرية في تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق:

ولما كانت المسؤولية العقدية مصدرها العقد، وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين، فالإرادة الحرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية. إذا كانت الإرادة الحرة هي التي أنشأت قواعد هذه المسؤولية، فإن لها أن تعدلها. فالأصل إذن هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية، وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب.

مبدءان في جواز تعديل المسؤولية العقدية بالاتفاق:

يمكن رد أحكام جواز التعديل الاتفاقي للمسؤولية العقدية إلى مبدئين رئيسيين:

المبدأ الأول: يقضي بحرية المتعاقدين في التعديل من قواعد المسؤولية العقدية. فلهما أن يتفقا على التشديد من هذه المسؤولية بأن يجعل المدين مسؤولاً عن السبب الأجنبي ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن. ولهما أن يتفقا على التخفيف منها، بألا يجعل المدين مسؤولاً حتى عن تقصيره.

المبدأ الثاني: يقضي بأن النظام العام يقيد من حرية المتعاقدين، فلا يجوز التخفيف من المسؤولية العقدية إلى حد الإعفاء من الفعل العمد أو ما يلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم. وذلك أنه لو صح للمدين أن يعفي نفسه من المسؤولية عن الفعل العمد في عدم تنفيذ التزامه العقدي، لكان التزامه معلقاً على شرط إرادي محض، وهذا لا يجوز. والخطأ الجسيم ملحق بالفعل العمد، ويأخذ حكمه. ولكن يجوز للمدين أن يعفي نفسه من المسؤولية عن فعل الغير، حتى لو كان هذا الفعل عمداً أو خطأ جسيماً، فإن عمد الغير أو خطأه الجسيم لا ينزل منزلة الشرط الإرادي المحض.

تطبيق المبدئين على الالتزام بغاية والالتزام بعناية:

تتدرج العناية المطلوبة من المدين في تنفيذ التزامه العقدي تدرجاً ملحوظاً وتدرج هذه العناية بحيث تتدرج المسؤولية معها عن أخطاء متدرجة، من الفعل العمد إلى الخطأ الجسيم إلى الخطأ اليسير إلى الخطأ التافه، هو القدر الذي يصلح للبقاء في رأينا من نظرية تدرج الخطأ المهجورة. أما توزيع هذه الأخطاء المتدرجة على طوائف مقسمة من العقود، وهو الأساس الذي قامت عليه النظرية، فهذا هو الذي ظهر فساده وكان السبب في هجر النظرية. وبعد هذا التمهيد نطبق المبدئين المتقدمين الذكر على الالتزام بغاية والالتزام بعناية.

ففي الالتزام بغاية، كالالتزام أمين النقل بنقل البضاعة سالمة أو الراكب سالماً، يبلغ مقدار العناية المطلوبة من أمين النقل الدرجة القصوى إذ يطلب منه دائماً تحقيق الغاية المتعاقد عليها، فلا تنتفي مسؤولية المدين إلا في حالة السبب الأجنبي، ويكون أمين النقل مسؤولاً عن الفعل العمد وعن أي خطأ جسيماً كان أو يسيراً، أو تافهاً بل وعن الفعل مجرداً عن أي خطأ. ويمكن تبعاً لهذا التدرج أن نتصور الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية حتى تشمل المسؤولية عن السبب الأجنبي. وهذا ضرب من التأمين يلتزم به أمين النقل نحو صاحب البضاعة أو الراكب. كذلك يمكن أن نتصور الاتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية في أدنى صورة من صوره. فلا يكون أمين النقل مسؤولاً عن فعله المجرد من الخطأ. وعند ذلك ينقلب الالتزام بغاية إلى التزام بعناية، ولا يكون أمين النقل مسؤولاً إلا إذا أثبت الدائن أنه ارتكب خطأ ولو تافهاً. وقد يتدرج أمين النقل في التخفيف من مسؤوليته، فيشترط إعفاءه من مسؤوليته عن الخطأ التافه، ثم عن الخطأ اليسير. فإذا وصل إلى هذا المدى، لا يكون مسؤولاً إلا إذا أثبت الدائن في جانبه العمد أو الخطأ الجسيم. ولكن إلى هنا فقط يستطيع أن يصل في التخفيف من مسؤوليته، ولا يستطيع أن يصل إلى مدى

أبعد. فلا يجوز أن يشترط إعفاء من المسؤولية عن فعله العمد أو عن خطئه الجسيم، ما لم تكن المسؤولية مترتبة على فعل الغير فيجوز له ذلك كما قدمنا. وقد ورد نص تشريعي في ضمان استحقاق البيع - وهو التزام بغاية - يعتبر تطبيقاً لهذه الأحكام، إذا نصت الفقرة الأولى من المادة (٤٤٥) مدني على أنه: «يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق، أو أن ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان» ثم نصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أنه: «يقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي». وكذلك الأمر في ضمان العيوب الخفية في المبيع، حيث نصت المادة (٤٥٣) مدني على أنه: «يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه».

وفي الالتزام بعناية تكون درجة العناية المطلوبة، حيث لا يوجد نص أو اتفاق خاص، هي عناية الشخص المعتاد، فلا يكون المستأجر مثلاً مسؤولاً في حفظ العين المؤجرة عن السبب الأجنبي، ولا عن الفعل المجرد عن الخطأ، ولا عن الخطأ التافه. ويكون مسؤولاً عن فعله العمد، وعن خطئه الجسيم، وعن خطئه اليسير. وقد يشدد اتفاق خاص هذه المسؤولية فيصبح المستأجر مسؤولاً عن الخطأ التافه، ثم عن الفعل المجرد عن الخطأ. وهنا ينقلب الالتزام بعناية إلى التزام بغاية، إذا أصبح المستأجر مسؤولاً عن تحقيق غاية هي رد العين المؤجرة سالمة، ولا يتخلص من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي. وقد يشدد الاتفاق من مسؤوليته إلى مدى أبعد، فيصبح مسؤولاً حتى عن السبب الأجنبي، وهذا ضرب من التأمين يقدمه المستأجر للمؤجر كما أسلفنا القول. وقد يتخفف المستأجر من مسؤوليته باتفاق خاص، فلا يكون مسؤولاً عن الخطأ اليسير. ويبقى دائماً مسؤولاً عن الفعل العمد وعن الخطأ الجسيم، فلا يستطيع أن يعفي نفسه بشرط خاص من المسؤولية عنهما، ما لم تكن المسؤولية مترتبة على فعل الغير^(١).

ونرى من ذلك أن الالتزام بغاية قد ينقلب إلى الالتزام بعناية، وأن الالتزام بعناية قد ينقلب إلى التزام بغاية، وأن المهم في كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين، فمن السبب الأجنبي، إلى الفعل المجرد عن الخطأ، إلى الخطأ التافه، إلى الخطأ اليسير، إلى الخطأ الجسيم، إلى الفعل العمد، يتدرج المدين في مسؤوليته العقدية عن نفسه أو عن الغير، وفقاً لما ينص عليه القانون أو يقضي به الاتفاق، ولا يقف دون ذلك هذا التقسيم الجوهرى للالتزام إلى التزام بغاية والالتزام بعناية.

(١) ويقع أن تشترط شركة إعفاءها من المسؤولية العقدية عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من مديرها، فتجب ملاحظة أن مدير الشركة لا يعتبر وكيلاً عنها، بل يعتبر أداة (organe) لها. ومن ثم تكون مسؤولية الشركة عن فعلية مسؤولية عن فعل شخصي لا عن فعل الغير، فلا يجوز إذن للشركة أن تعفي نفسها من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر منها أو من مديرها، فهذا وذاك بمنزلة سواء. وتستطيع شركات النقل أن تعفي نفسها من المسؤولية عن السرقات التي يرتكبها عمالها، إذ أن هذا يعتبر إعفاء من المسؤولية عن فعل الغير، ولكن هذا الشرط إذا فرضته شركات النقل الكبرى على عملائها يعتبر شرط إذعان يجوز للقاضي إبطاله.

المطلب الثاني

الضرر

الضرر المادي والضرر الأدبي - مدى التعويض عن الضرر:

يعوض المدين الدائن ما أصابه من ضرر مادي وضرر أدبي، ولكن لا يعوضه في المسؤولية العقدية إلا عن الضرر المتوقع. فعندنا مسألتان:

١ - الضرر المادي والضرر الأدبي. ٢ - مدى التعويض عن الضرر.

١ - الضرر المادي والضرر الأدبي

الضرر المادي:

يجب التعويض عن كل ضرر مادي حال، أو ضرر مستقبل إذا كان محقق الوقوع.

فإذا لم يقع ضرر أصلاً، فلا تعويض، مثل ذلك تأخر الراكب في الوصول في الميعاد المحدد قد لا ينجم عنه أي ضرر، فلا يرجع الراكب بتعويض على أمين النقل، وإذا كلف الموكل وكيله أن يقيد رهنًا لمصلحته، فلا يقوم الوكيل بقيد الرهن، ويتبين بعد ذلك أن العقار المرهون كان قبل الرهن مستغرقاً بالدين، فلا تعويض للموكل إذا لم يلحقه ضرر.

أما إذا وقع الضرر وكان حالاً، وجب التعويض عن كل خسارة تحملها الدائن وعن كل ربح فاته. مثل ذلك مصنع يتعاقد على استيراد خامات فيخل المورد بالتزامه، فيضطر المصنع إلى شراء هذه الخامات من جهة أخرى بثمن أغلى، فالفرق في الثمن خسارة تحملها المصنع يرجع بها على المورد. وقد يترتب على تأخر توريدات الخامات للمصنع أن تفوته صفقات كان يستطيع عقدها لو أن الخامات لم تتأخر، فالربح الذي كان يعود على المصنع من هذه الصفقات ربح فاته فيرجع به على المورد.

وقد لا يقع الضرر في الحال، ولكن يكون محقق الوقوع في المستقبل. فإذا تعاقد المصنع على استيراد خامات لا لصنعها في الحال بل ليدخرها للمقبل من الأيام، فيخل المورد بالتزامه، فالضرر هنا لا يلحق المصنع في الحال إذ عنده خامات كافية، ولكن يلحق به الضرر مستقبلاً حينما ينفد ما عنده من الخامات يصبح في حاجة إلى الجديد الذي تعاقد على استيراده. ولما كان الضرر في هذا المثل محقق الوقوع في المستقبل، ويستطاع تقدير التعويض عنه في الحال، فإن للمصنع أن يرجع فوراً بالتعويض على المورد. ويحدث أن الضرر المستقبل يكون محقق الوقوع ولا يستطاع تقدير التعويض عنه في الحال، إذ يتوقف مدى الضرر على عامل مجهول لم يعرف بعد. مثل ذلك راكب يصاب بحادث أثناء النقل ولا تعرف مدى إصابته إلا بعد وقت غير قصير، فإذا رجع على أمين النقل بتعويض وجب التربص حتى يعرف مدى الضرر فيتقاضى عنه التعويض الواجب.

وقد يكون الضرر محتملاً، لا هو قد تحقق فعلاً ولا هو محقق الوقوع في المستقبل. مثل

ذلك أن يحدث المستأجر بالعين المؤجرة خلافاً يخشى معه أن تهدم العين، فالخلل ضرر حال ولكن تهدم العين ضرر محتمل. ويعرض المؤجر عن الضرر الحال فوراً، أما الضرر المحتمل فلا يعرض عنه إلا إذا تحقق.

الضرر الأدبي:

وقوع الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية، على خلاف المسؤولية التقصيرية نادر، إذ الأصل أن الشخص يتعاقد على شيء ذي قيمة مالية. ولكن هذا لا يمنع من أن تكون هناك مصلحة أدبية للمتعاقد في تنفيذ العقد، فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبي. فالراكب إذا أصيب بجرح في أثناء النقل، لحقه من ذلك ضرر أدبي في جسمه. والطبيب إذا أساء علاج المريض، أصابه كذلك بضرر أدبي في صحته. وقد يذيع الطبيب سراً للمريض لا تجوز إذاعته، فيصيب المريض بضرر أدبي في سمعته كذلك قد يذيع الوكيل عن موكل ما يؤذيه في اعتباره. والناشر إذا نشر كتاباً لمؤلف فشوهه، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادي، ولكن المحقق أن يصيبه بضرر أدبي. والقطار إذا تأخر في الوصول عن ميعاده، فلم يستطيع أحد الركاب أن يشيع جنازة عزيز عنده بسبب هذا التأخير، يكون قد أحدث ضرراً أدبياً للراكب.

ويوجب القانون التعويض عن الضرر الأدبي كالتعويض عن الضرر المادي. ولكن لا ينتقل حق التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير من محال له أو وارث، إلا إذا تحدد الضرر بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء (م ٢٢٢ مدني).

٢ - مدى التعويض عن الضرر

الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعرض عنه في المسؤولية العقدية:

الضرر غير المباشر لا يعرض عنه أصلاً، لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية، فلا يعرض إذن في كلتا المسؤوليتين إلا عن الضرر المباشر. ولكن في المسؤولية التقصيرية يعرض عن كل ضرر مباشر، متوقعاً كان أو غير متوقع. أما في المسؤولية العقدية فلا يعرض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم، إذ في هاتين الحالتين يعرض عن كل ضرر مباشر ولو غير متوقع.

ونأتي بمثال يوضح ذلك: يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشترطه عليه المستأجر. فينتقل إلى منزل مساو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجرة، ويثلف بعض المفروشات في أثناء النقل، ثم يكون في المنزل الجديد «ميكروب» مرض معد ينتقل إليه هذا المرض. فالفرق في الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع، وقيمة المفروشات التي تلفت هي الضرر المباشر غير المتوقع، وما يتسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر. والمؤجر لا يكون مسؤولاً إلا عن الضرر المباشر المتوقع، ما لم يكن قد أخل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم فيكون مسؤولاً أيضاً عن الضرر المباشر غير المتوقع كما في المسؤولية

التقصيرية. ولا يكون المؤجر مسؤولاً عن الضرر غير المباشر أصلاً، حتى لو كانت مسؤوليته تقصيرية لا عقدية.

ما الذي يبرر رفض التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع:

ويقال عادة في تبرير قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع أن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر، فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد، فلا تعويض عنه. أما إذا كان هناك غش - أو ما يعدل الغش من خطأ جسيم - في جانب المدين، فمسؤولية المدين تنقلب إلى مسؤولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع، وينتقد بعض الفقهاء فكرة انقلاب المسؤولية العقدية بالغش إلى مسؤولية تقصيرية، إذ لا يزال المدين مسؤولاً بالعقد، حتى لو كان سيء النية في عدم تنفيذه.

ونرى أن نتلمس مبرراً للقاعدة في الاعتبار الآتية: الأصل في المسؤولية، عقدية كانت أو تقصيرية، وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله، حتى لو كان غير متوقع. ذلك أم المدين مسؤول عن كل هذا الضرر فهو الذي أحدثه مباشرة بخطئه. إلا أن المسؤولية العقدية تتميز بأنها تقوم على العقد، وإرادة المتعاقدين هي التي تحدد مداها. وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذي يتوقعه المدين فهذا هو المقدار الذي يمكن أن يفترض افتراضاً معقولاً أن المدين قد ارتضاه. ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع، ولكن لما كان هذا الشرط باطلاً في حالتي غش المدين وخطئه الجسيم كما قدمنا، أصبح المدين في هاتين الحالتين ملتزماً بالتعويض عن كل الضرر المباشر، متوقعاً كان أو غير متوقع. لأنه رجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاقي الضمني الذي يعدل من مقدار المسؤولية. وهذا الرأي يقلب المسألة من أساسها. فالأصل في المسؤولية العقدية، كالأصل في المسؤولية التقصيرية، أن يكون التعويض عن كل ضرر مباشر متوقع أو غير متوقع. إلا أن المسؤولية العقدية تفرض وجود شرط ضمني يعفي من المسؤولية عن الضرر غير المتوقع، وهذا الشرط الضمني يكون باطلاً في حالتي الغش والخطأ الجسيم، ففي هاتين الحالتين نعود إلى القاعدة العامة بعد إبطال الشرط الضمني فيكون المدين مسؤولاً حتى عن الضرر غير المتوقع. ومن ثم تكون القاعدة في المسؤولية العقدية هي التعويض عن الضرر غير المتوقع، والاستثناء هو عدم التعويض، وليس العكس.

تحديد الضرر المباشر والضرر المتوقع:

بقي أن نحدد ما هو الضرر المباشر وما هو الضرر المتوقع:

الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. فإذا باع شخص من آخر بقرة موبوءة، فأعدت مواشي المشتري، وماتت ومات معها سائر المواشي، فلم يتمكن المشتري من زراعة أرضه، فأعوزته المال ولم يستطع الوفاء بديونه، فحجز الدائنون على أرضه وباعوها بثمن بخس، فهذه أضرار متعاقبة يجر بعضها بعضاً: موت البقرة الموبوءة، عدوى المواشي وموتها، العجز عن

الزراعة، العجز عن وفاء الديون، الحجز على الأرض وبيعها، بضمن بخس. فحتى نحدد من هذه الأضرار ما هو المباشر وما هو غير المباشر، نطبق المعيار سالف الذكر. فنرى البقرة الموبوءة وقد نفقت بعد أن أعدت سائر المواشي فنفقت هي أيضاً، أكان المشتري يستطيع أن يتوقى هذه الأضرار ببذل جهد معقول؟ ينظر في ذلك إلى الظروف الملازمة، والظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك، فتعتبر هذه الأضرار أضراراً مباشرة. أما العجز عن الزراعة، وعن وفاء الديون، وحجز الأرض وبيعها بضمن بخس، فإن هذا كله كان في وسع المزارع أن يتفاداه ببذل جهد معقول، إذ كان في استطاعته أن يستأجر مواشي أخرى لزراعة أرضه، أو أن يؤخر الأرض ذاتها لغيره، فتقف بذلك سلسلة الأضرار المتلاحقة التي أصابته من جراء موت المواشي، ومن ثم تعتبر هذه الأضرار غير مباشرة لا محل للتعويض عنها^(١).

بقي تحديد ما هو الضرر المتوقع. ويجب في تحديده أن يكون المدين قد توقع الضرر، لا في سببه فحسب، بل أيضاً في مقداره. فإذا تعهدت شركة نقل بنقل «طرء»، ثم ضاع الطرد في الطريق، وتبين أنه يحتوي على أشياء ثمينة لم تكن الشركة تتوقعها عند إبرام العقد، لم تكن الشركة مسؤولة عن كل القيمة بدعوى أنها كانت تتوقع سبب الضرر، وهو وقوع خطأ من عمالها قد سبب ضياع الطرد. بل لا تكون مسؤولة إلا عن القيمة المعقولة للطرد، إذ هي لا تسأل إلا عن الضرر الذي كانت تتوقعه في سببه وفي مقداره، وذلك وقت إبرام العقد لا بعد ذلك. وتوقع المدين للضرر يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي، فالضرر الذي كان يمكن توقعه عادة، أي الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين، لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات، هو الذي يكون محل الاعتبار. فإذا أهمل المدين في تبين الظروف التي كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر، فإن الضرر يعتبر متوقعاً، لأن الشخص المعتاد لا يهمل تبين هذه الظروف. أما إذا كان عدم توقع المدين الضرر يرجع إلى فعل الدائن، كأن سكت الدائن عن إخطار شركة النقل بأن الطرد يحتوي على أشياء ثمينة بالرغم من مظهره، فإن الشركة لا تكون مسؤولة عن هذا الضرر، إذ من حقها ألا تتوقعه، وهذا ما كان الشخص المعتاد يفعله. كذلك إذا

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بما يأتي: «إذا تلفت آلات وابور بسبب حادث حصل للقطار والذي كانت هذه الآلات مشحونة فيه، فلا تسأل المصلحة عن الضرر غير المتسبب مباشرة من الحادث، كأن يقال: إن هذا الوابور كان معداً للتركيب على بئر ارتوازية، وبسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع بهذا البئر، فتلفت زراعة صاحب البئر، وكان أيضاً متعهداً بأن يروي الأطنان المجاورة فلم يروها لهذا الحادث فطالبه أصحابها بتعويض، ثم إنه لم ينتفع أيضاً بالأرض التي حفر البئر فيها وبالأرض التي أعدها لوضع الوابور... إلخ... إلخ» (٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢٥/١ - ٢٤٧)، وقضت محكمة النقض بأنه إذا حمل الحكم مصلحة الآثار مسؤولية خطئها عن سحب رخصة من متجر بالآثار، وما يترتب على هذا السحب من اعتباره متجراً بغير رخصة وتحرير محضر مخالفة له، ومهاجمة منزله، وإزالة اللوحة المعلقة على محل تجارته، وقضي له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من هذه الأضرار، فقضاؤه صحيح قانوناً (٩ إبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٠ - ٧٤). وظاهر أن كل هذه أضرار مباشرة، لأن صاحب المتجر لم يكن يستطيع تلافيها ببذل جهد، معقول.

أعطى الدائن للمدين بيانات غير صحيحة، للحصول مثلاً على تعريفه مخفضة للنقل، فلا ينتظر من المدين أن يتوقع الضرر الذي يترتب على عدم صحة هذه البيانات. بل إن سكوت الدائن عن إعطاء بيانات لازمة قد يعتبر في بعض الأحوال إخفاء للضرر، فيكون المدين معذوراً إذا لم يتوقعه. فإذا سكت الراكب عن أن يبين لأمين النقل أنه يريد الوصول في الميعاد لأنه سيشترك في سباق أو سيؤدي امتحاناً أو سيحضر اجتماعاً هاماً أو سيمضي عقداً أو سيتقدم في مزاد أو نحو ذلك من الأعمال العاجلة التي يجب أن تتم في وقت محدود، فلا يكون أمين النقل مسؤولاً عما يقع من ضرر لم يكن يتوقعه إذا وصل الراكب متأخراً عن الميعاد، وإنما يكون مسؤولاً عن الضرر الذي ينجم عن التأخر في الظروف المعتادة. أما إذا رجع عدم توقع الضرر لا إلى فعل المدين ولا إلى فعل الدائن، بل إلى سبب أجنبي عنهما معاً، فإن المعيار الموضوعي للشخص المعتاد هو الذي ينطبق في هذه الحالة، وينظر هل كان الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف الخارجية يتوقع الضرر أولاً يتوقعه.

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

عبء الإثبات:

لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر، بل يجب أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، أي أن تكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر. فقد يكون هناك خطأ من المدين، كما يكون هناك ضرر أصاب الدائن، دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في هذا الضرر. مثل ذلك أن يقود عامل النقل المركبة التي ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب، ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يصفها صاحبها بحيث لا تتكسر حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة، فتتكسر البضائع، فيكون الضرر الذي أصاب الدائن في هذه الحالة غير ناشئ من خطأ المدين، بل من خطأ الدائن نفسه.

والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة، فلا يكلف الدائن إثباتها، بل إن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة، إذا ادعى أنها غير موجودة. فعبء الإثبات يقع عليه، لا على الدائن. ففي المثل المتقدم لا يتخلص عامل النقل من المسؤولية إلا إذا أثبت أن صاحب البضاعة قد أهمل فلم يصف البضاعة بحيث يأمن عليها من الكسر لو كانت السرعة معتادة.

والمدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي، أو يرجع إلى خطأ الدائن، أو يرجع إلى خطأ الغير. ونبحث كلا من هذه الأنواع الثلاثة للسبب الأجنبي.

القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

القوة القاهرة والحادث الفجائي شيء واحد:

يذهب بعض الفقهاء إلى التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، ولكنهم لا يتفقون على

فيصل التفرقة فيما بينهما .

فمنهم من يقول إن القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه، أما الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه . فيكفي إذن أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع، ولا يلزم اجتماع الخصيصتين . ولا يجوز الأخذ بهذا الرأي، لأن القوة القاهرة يجب أن تكون حادثاً لا مستحيل الدفع فحسب بل أيضاً غير ممكن التوقع، ولأن الحادث الفجائي يجب أن يكون حادثاً لا غير ممكن التوقع فحسب بل أيضاً مستحيل الدفع، ولا يكفي وجود إحدى هاتين الخصيصتين لانعدام رابطة السببية .

ومن الفقهاء من يسلم بوجود اجتماع الخصيصتين، ولكن يميز في خصيصة استحالة الدفع بين ما إذا كانت هذه الاستحالة مطلقة فتوجد القوة القاهرة، أو نسبية فيوجد الحادث الفجائي . ولكن هذا التمييز لا يقوم على أساس صحيح، إذ الاستحالة في كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي يجب أن تكون استحالة مطلقة .

ومن الفقهاء من يقيم التمييز على أساس آخر، فيجعل كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي حادثاً مستحيل الدفع غير ممكن التوقع . ولكن القوة القاهرة تكون حادثاً خارجياً عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كعاصفة أو زلزال، والحادث الفجائي حادث داخلي ينجم عن الشيء ذاته كانهجار آلة أو انكسار عجلة . ثم يجعل القوة القاهرة وحدها هي التي تمنع من تحقق المسؤولية، أما الحادث الفجائي فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته . وهذا الرأي لا يجوز التسليم به أيضاً، لأن من المسلم به أن كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي تنعدم به رابطة السببية .

والصحيح أن القوة القاهرة والحادث الفجائي شيء واحد، وإذا كان التعبيران مختلفين، فإن أحدهما يكمل الآخر، فالقوة القاهرة تبرز خصيصة استحالة الدفع والحادث الفجائي يبرز خصيصة عدم إمكان التوقع .

الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة والحادث الفجائي:

ويبقى أن نفصل الشروط التي يجب توافرها حتى يكون الحادث قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . وقد رأينا فيما قدمناه أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي يجب أن يكون حادثاً غير ممكن التوقع ويكون في الوقت ذاته مستحيل الدفع .

فيجب أن يكون الحادث غير ممكن التوقع، فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعي عليه فحسب، بل أيضاً من جانب أشد الناس يقظة، فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي، بل هو معيار لا يكتفي فيه بالشخص العادي ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً لا نسبياً . وعدم إمكان التوقع يكون وقت إبرام العقد، فمتى كان الحادث غير ممكن التوقع في هذا الوقت كان هذا كافياً، حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ .

ويجب أن يكون الحادث أيضاً مستحيل الدفع، فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحال

توقعه لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً. كذلك يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وأن تكون الاستحالة مطلقة فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده بل استحالة بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين، وهذا هو الذي يميز بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة، فقد رأينا في نظرية الحوادث الطارئة أن تنفيذ الالتزام يصبح مرهقاً لا مستحيلاً.

تطبيقات عملية:

ونورد بعض تطبيقات عملية لحوادث تجمع بين الشرطين المتقدمين، فيصح وصفها بأنها قوة قاهرة أو حادث فجائي.

فالحرب قد تكون قوة قاهرة بما ينجم عنها من أحداث مادية ومن أزمات اقتصادية، ما دامت مستحيلة الدفع غير متوقعة. والذي يجب أن يستحيل توقعه ولا يستطيع دفعه ليس هو الحرب ذاتها، بل ما خلفته الحرب من أحداث واضطرابات. فإذا هاجم العدو بلداً ودخلها فاتحاً وطرد منها سكانها. كان هذا الحادث قوة قاهرة تعفي المستأجر من التزاماته المترتبة على عقد الإيجار، والوديع من التزامه بالمحافظة على الوديعة، والمقاول من التزامات المقاوله، وهكذا. وشرط ذلك كما قدمنا أن يكون المدين لم يتوقع هذا الغزو ولم يستطع دفعه. أما إذا كانت الظروف التي تحيط بالمدين تمكنه من اتخاذ احتياطات معقولة ولم يتخذها، كان هذا خطأ في جانبه يحقق مسؤوليته إذا تسبب عنه ضرر. وقد تكون الحرب سبباً في تقلب سعر العملة وانقطاع المواصلات وغلاء الحاجيات والمواد الأولية، فتكون قوة قاهرة ترفع المسؤولية عن المدين في هذه الأحوال.

وكالحرب صدور تشريع أو أمر إداري واجب التنفيذ، أو وقوع زلزال أو حريق، أو غرق، أو هبوب عاصفة، أو حدوث مرض طارئ، أو إضراب غير متوقع، أو سرقة، أو تلف، أو نحو ذلك من الحوادث ما دام شرط استحالة التوقع واستحالة الدفع قد توافرا.

وقد تنطوي حوادث السيارات على قوة قاهرة أو حادث فجائي، كما إذا انفجرت آلة أو انكسرت عجلة، أو انزلقت السيارة في أرض زلجة، أو اعترضها عقبة مفاجئة، أو بهر بصر السائق نور خاطف. والمهم أن يتوافر شرط استحالة التوقع واستحالة الدفع.

أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:

وإذا كانت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي هو السبب الوحيد في وقوع الضرر، انعدمت علاقة السببية، فلا تتحقق المسؤولية كما قدمنا.

وقد يكون من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، لا الإعفاء من تنفيذ الالتزام. بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث.

ويجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، فيتفقا على أن

ذلك لا يخلو المدين من التزامه، أو يتفقا على عدم إخلاء المدين من التزامه إذا وقع حادث معين كالإضراب أو الحرب، وفي هذا ضرب من التأمين يتلمسه الدائن من المدين كما قدمنا.

٢ - خطأ المضرور

وضع المسألة:

الكلام في خطأ المضرور إنما يكون إذا وقع من المدعي عليه خطأ ووقع في الوقت ذاته خطأ من المضرور. أما إذا لم يقع من المدعي عليه خطأ أصلاً وكان الخطأ هو خطأ المضرور وحده، فليس هناك مسؤول لأن المضرور هو الذي ألحق بنفسه الضرر. كذلك إذا وقع من المدعي عليه خطأ ولم يقع من المضرور خطأ، فالمسؤول وحده هو المدعي عليه. ومجرد الفعل الذي يصدر من المضرور ولا يكون خطأ ليس من شأنه أن يخفف من مسؤولية المدعي عليه، وإلا لتعذر على المضرور أن يرجع بتعويض كامل عما أصابه من الضرر. فهو إذا دهسه القطار أو السيارة قد شارك بفعله في إحداث هذا الضرر: ألم يمش في الطريق فدهسته السيارة، ألم يحاول إدراك القطار فدهسه! وقل أن يصاب شخص بضرر دون أن يكون لفعل صدر منه دخل فيه، وإنما يصح أن يؤثر الفعل الصادر من المضرور في مسؤولية المدعي عليه إذا كان هذا الفعل خطأ، أي إذا انحرف المضرور في سلوكه عن المألوف من سلوك الرجل المعتاد.

فإذا تحقق أن وقع من المدعي عليه خطأ ومن المضرور خطأ آخر، وكان لكل من الخطأين شأن في إحداث الضرر، وجب أن نعرف إلى أي حد يؤثر خطأ المدعي عليه. وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر، أو بقي كل من الخطأين غير مستغرق للخطأ الآخر فتكون منهما خطأ مشترك.

استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر:

إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، لم يكن للخطأ المستغرق من أثر. فإذا كان خطأ المدعي عليه هو الذي استغرق خطأ المضرور، كانت مسؤولية المدعي عليه كاملة لا يخفف منها خطأ المضرور أما إذا كان خطأ المضرور هو الذي استغرق خطأ المدعي عليه، فإن مسؤولية المدعي عليه تنتفي لانعدام رابطة السببية.

ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر. والحالة الثانية: إذا كان أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر.

ففي الحالة الأولى، لا يتصور أن الخطأ الأشد يستغرق الخطأ الأخف إلا في صورتين:

١ - إذا كان أحد الخطأين خطأ عمدياً والخطأ الآخر غير عمدي فيكون المدعي عليه أو

المضرور أراد إحداث الضرر متعمداً أما الآخر فصدر منه خطأ غير متعمد، فإذا كان المدعي عليه هو الذي أراد إحداث الضرر متعمداً، كانت مسؤوليته متحققه. ووجب عليه تعويض كامل لما أحدثه من الضرر حتى لو كان خطأ المضرور غير المتعمد له دخل في إحداث الضرر. ذلك أن تعمد المدعي عليه إحداث الضرر هو وحده الذي نقف عنده سبباً لوقوع الضرر، أما خطأ المضرور فلم يكن إلا ظرفاً استغله المدعي عليه لإتمام قصده من إحداث الضرر. فإذا تعمد سائق السيارة أن يدهس راكباً فيها مكفوف البصر وهو ينزل منها دون قائد، لم يجز له أن يحتج بخطأ المضرور لتخفيف مسؤوليته، ذلك أن السائق قد تعمد دهس المضرور، ولم يكن خطأ المضرور وهو نزوله من السيارة دون قائد مع أنه مكفوف البصر إلا ظرفاً استغله السائق في تنفيذ غرضه. أما إذا كان المضرور هو الذي تعمد لحاق الضرر بنفسه، فقد استغرق خطؤه خطأ المدعي عليه، وانتفت مسؤوليته المدعي عليه لانعدام رابطة السببية كما قدمنا. فلو أن شخصاً أراد الانتحار فألقى بنفسه أمام سيارة تسير بسرعة تجاوز الحد المفروض قانوناً، فهو وحده الجاني على نفسه، ولا يجوز أن يحتج - هو إذا نجا أو ورثته لو مات - بأن السائق كان يسير بسرعة فائقة وكان ذلك خطأ. فإن تعمد الانتحار هو وحده الذي نقف عنده سبباً لوقوع الضرر، أما خطأ المدعي عليه فلم يكن إلا ظرفاً استغله المضرور لتنفيذه قصده^(١).

٢ - إذا رضي المضرور بما وقع عليه من الضرر. ورضاء المضرور بالضرر منزلة وسطى بين إرادته إلحاق الضرر بنفسه ومجرد علمه بالضرر فقد يرضى المضرور بالضرر ولكنه لا يريده، كما يقع ذلك في المباراة؛ وقد يعلم المضرور بالضرر ولكنه لا يرضى به، فمن اشترك في إحدى الألعاب الرياضية يعلم بما عسى أن ينجم من ضرر هذه اللعبة ولكن لا يمكن القول بأنه رضي بهذا الضرر. والذي يعني هنا هو أن يكون المضرور قد رضي بالضرر، فلا يعلو إلى حد أن يريده، ولا ينزل إلى مجرد العلم به. والقاعدة أن رضاء المضرور بالضرر ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المدعي عليه صفة الخطأ، ولا يزال المدعي عليه خاطئاً حتى لو رضي المضرور بما وقع عليه من الضرر. فالمهندس إذا نفذ تصميماً معيماً يكون مخطئاً حتى لو رضي عميله بهذا التصميم. ولكن قد يكون رضاء المضرور بالضرر بعد خطأ منه، ففي هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسؤولية المدعي عليه كما هو الشأن في الخطأ المشترك، فينظر في كل حالة هل كان المضرور مخطئاً عندما رضي بالضرر. ويكون في أكثر الأحوال مخطئاً، فمن رضي أن يركب سيارة غير سليمة وهو عالم بذلك. أو ترك السائق يسوقها وهو في حالة سكر بين، أو دفع السائق أن يسير بسرعة فائقة، يكون

(١) وتدق المسألة لو أن كلا من المدعي عليه والمضرور قد أرادا إحداث الضرر، كما إذا دفع مصاب بمرض مستعص طيباً في أن يخلصه من حياته، فإذا لم نقل في هذه الحالة بانتفاء خطأ الطبيب لاستغراقه بخطأ المريض، جاز القول بانتفاء الضرر ذاته، فإن الطبيب لم يحدث ضرراً بمريض خلصه من حياة شقية.

على أنه إذا استقلت نية المدعي عليه في إحداث الضرر عن نية المضرور في إلحاق الضرر بنفسه، ولم يكن هناك اتفاق بين الطرفين، فالظاهر أن خطأ المدعي عليه العمدي هو الذي يبقى قائماً، وهو الذي يستغرق خطأ المضرور العمدي، وتتحقق مسؤولية المدعي عليه كاملة.

قد رضى بالضرر ويعد رضاؤه هذا خطأ من شأنه أن يخفف من مسؤولية السائق وفي بعض الأحوال القليلة قد يصل خطأ المضرور في رضائه بالضرر حداً من الجسامة يكون من شأنه أن يستغرق خطأ المدعي عليه، فتنتفي المسؤولية لانعدام رابطة السببية. فصاحب السفينة الذي يرضى عن بيئة بنقل مهربات حربية فتصادر سفينته، لا يرجع بشيء على صاحب المهربات.

وفي الحالة الثانية، قد يكون خطأ المضرور هو نتيجة خطأ المدعي عليه، فيستغرق الخطأ الثاني الخطأ الأول. ويعتبر خطأ المدعي عليه وحده هو الذي أحدث الضرر، فتكون مسؤوليته مسؤولية كاملة. فإذا ركب شخص سيارة يسير سائقها بسرعة فائقة، فاندفع الراكب بدافع الفرع إلى أن يأتي بحركة خاطئة التماساً للنجاة فأضر بنفسه، كان خطأ المضرور هنا هو نتيجة لخطأ المدعي عليه، واستغرق خطأ السائق خطأ الراكب وتحققت مسؤولية السائق كاملة. أما إذا كان خطأ المدعي عليه هو نتيجة خطأ المضرور، فإن خطأ المضرور هو الذي يستغرق خطأ المدعي عليه، فلا تتحقق المسؤولية لانعدام رابطة السببية. فإذا دهس سائق السيارة ركباً فيها نزل فجأة من السيارة وهي تسير، فإن خطأ الراكب يستغرق خطأ السائق المفروض في جانبه، وتنعدم رابطة السببية فلا تتحقق مسؤولية السائق.

عدم استغراق أحد الخطأ للخطأ الآخر - الخطأ المشترك:

إذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، بل بقيا متميزين كل منهما اشترك في إحداث الضرر مستقلاً، كان للضرر سببان، خطأ المدعي عليه وخطأ المضرور، وهذا ما يسمى بالخطأ المشترك (faute commune) والتعبير غير دقيق، فالخطأ ليس مشتركاً ارتكبه الاثنان معاً، بل هما كما رأينا خطآن مستقلان أحدهما ارتكبه شخص والثاني ارتكبه الآخر، ولكنهما اشتركا معاً في إحداث الضرر.

والأصل أن كلا من الخطأين يعتبر سبباً في إحداث الضرر، إذ لولاه لما وقع هذا الضرر. ومن ثم تكون المسؤولية بالتساوي بين المضرور والمدعي عليه، ويكون كل منهما مسؤولاً عن نصف الضرر. ولو كان المدعي عليه شخصين لا شخصاً واحداً، كانا هما والمضرور مسؤولين جميعاً بالتساوي، فيرجع المضرور على كل من المدعي عليهما بثالث الضرر، ويتحمل هو الثلث الباقي بسبب خطئه. على أن القضاء جرى على توزيع المسؤولية على أساس جسامة الخطأ الذي صدر من كل من المسؤولين، فلا يلجأ إلى التوزيع على عدد الرؤوس إلا إذا لم يستطع أن يحدد جسامة كل خطأ. مثل ذلك شخص يصاب ويكون المسؤول عن الإصابة مسؤولاً مسؤولية عقدية له فيهمل في علاج نفسه، فيزيد من الضرر الذي يحدث له، فيقسم القاضي المسؤولية بحسب جسامة خطأ كل من المدعي عليه والمضرور. ومثل ذلك أيضاً شخص يخرب منزلاً استأجره فيجعله غير صالح للسكن، فيهمل صاحب المنزل في إصلاحه وتطول من جراء ذلك المدة التي يبقى فيها المنزل غير صالح للسكنى، فلا يتحمل المسؤول ضرر ما طال من هذه المدة. ولكن المضرور لا يتحمل إلا نتيجة خطئه هو. فلا يتحمل نتيجة خطأ الغير في زيادة الضرر. فإذا أحدث شخص كسراً في عظام شخص آخر وكان مسؤولاً عن ذلك مسؤولية عقدية ووقع من المعالج خطأ في جبر

الكسر تسبب عنه زيادة الضرر، فالمضرور لا يكون مسؤولاً عن هذا الخطأ وله أن يتقاضى من المسؤول تعويضاً عن زيادة الضرر، وللمسؤول أن يرجع على المعالج بهذه الزيادة.

٣. خطأ الغير

وضع المسألة:

نستبعد هنا أيضاً، كما فعلنا عند بحث خطأ المضرور، حالة ما إذا لم يقع من المدعي عليه خطأ ما، ووقع الضرر بفعل الغير وحده. فإذا كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، فإن كان خطأ كان الغير وحده هو المسؤول، وإن لم يكن خطأ كان من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فلا يكون أحد مسؤولاً.

أما إذا وقع خطأ من المدعي عليه، واشترك في إحداث الضرر مع هذا الخطأ فعل الغير. كان هناك محل للتساؤل عن أثر فعل الغير في مسؤولية المدعي عليه. ويشترط هنا، كما اشترط في فعل المضرور، أن يكون فعل الغير خطأ له شأن في إحداث الضرر فإن لم يكن فعل الغير خطأ، فليس له أثره في مسؤولية المدعي عليه، وكان هذا وحده هو المسؤول مسؤولية كاملة. فلا بد إذن أن يكون فعل الغير خطأ، أي انحرافاً عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، ولا بد أيضاً أن يكون خطأ الغير له شأن في إحداث الضرر وإلا ما جاز للمدعي عليه أن يحتج به إذ لا علاقة له بالضرر^(١).

استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر:

إذا استغرق خطأ المدعي عليه خطأ الغير، كان المدعي عليه وحده هو المسؤول مسؤولية كاملة. أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعي عليه، فالغير وحده هو المسؤول مسؤولية كاملة.

ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر - كما بينا في صدر الكلام في خطأ المضرور - إذا كان خطأ متعمداً أو كان هو الذي دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر. ولا يرد هنا ما رأيناه في خطأ المضرور من أن رضاه قد يستغرق خطأ المدعي عليه، فإنه إذا أمكن أن يتصور استغراق رضا

(١) ويجب ألا يكون الغير الذي ارتكب الخطأ من بين الأشخاص الذين يعتبر المدعي عليه مسؤولاً عنهم فلو كان هذا الغير ولداً للمدعي عليه أو تلميذاً أو تابعاً، فلا يكون للخطأ الصادر منه أثر في مسؤولية المدعي عليه نحو المضرور، لأن المدعي عليه مسؤول في النهاية عن خطأ هذا الغير.

وليس من الضروري أن يكون الغير معروفاً، فقد يقوم الدليل على أن الحادث كان من بين أسبابه خطأ صدر من شخص ثالث، وقد هرب دون أن يعرف، ويبقى مع ذلك خطأ هذا الغير مؤثراً في مسؤولية المدعي عليه، بل يجوز أيضاً أن يستغرقها.

المضرور لخطأ المدعي عليه فلا يتصور أن خطأ المدعي يستغرقه رضاء الغير .

عدم استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر - تعدد المسؤولية:

فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، بقي الخطآن قائمين، واعتبر أن كلا منهما سبب في إحداث الضرر. وهذه هي حالة تعدد المسؤولين، فقد اشترك مع المدعي عليه شخص آخر في إحداث الضرر، فأصبح المسؤول أكثر من شخص واحد. فتنقسم المسؤولية بين المسؤولين المتعددين بحسب جسامه خطأ كل منهم، فإن لم يكن في الاستطاعة تحديد جسامه الخطأ قسمت المسؤولية بالتساوي على عدد الرؤوس. وإذا كانت المسؤولية تقصيرية لا عقدية كان المسؤولون المتعددون متضامنين في المسؤولية.

فإذا دهست سيارة راكباً فيها، اضطر لأن يقذف نفسه منها لأن السيارة اعترض طريقها فجأة شخص من المارة فانهرفت عن الطريق وانقلبت، فإن سائق السيارة يكون مسؤولاً هو والغير بحسب جسامه خطأ كل منهما نحو الراكب، إلا إذا كان أحد الخطأين يستغرق الخطأ الآخر فيكون صاحب الخطأ المستغرق هو المسؤول وحده. ويستطيع السائق التخلص من المسؤولية إذ هو أثبت أن خطأ الغير كان لا يمكن توقعه ولا استطاع دفعه، فيكون بمثابة القوة القاهرة بالنسبة إلى السائق فيتخلص من المسؤولية. وفي هذه الحالة يرجع الراكب على الغير الذي كان خطأه هو السبب في إحداث الضرر، ويكون الغير مسؤولاً مسؤولية كاملة عن التعويض، وتكون مسؤوليته تقصيرية لا عقدية.

المبحث الثاني

المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي

محاولة استخلاص نظرية في المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي:

لا يمكن القول إن هناك نظرية في المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي على النحو الذي رأيناه في الفقه الغربي. وإنما يمكن استخلاص ما يقابل نظرية المسؤولية العقدية في الفقه الغربي من الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي، وهذا هو شأننا في المقابلات التي نجريها ما بين الفقهاء.

ومن ثم نبحت مسائل ثلاثاً هي التي سبق بحثها في الفقه الغربي:

١ - الخطأ العقدي.

٢ - الضرر.

٣ - علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

المطلب الأول

الخطأ العقدي في الفقه الإسلامي

الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي:

يمكن القول في الفقه الإسلامي، كما أمكن القول في الفقه الغربي، بأن المدين إذا لم يقم بتنفيذ العقد كان هذا هو الخطأ العقدي، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بتنفيذ العقد ناشئاً عن عمد أو عن إهماله أو عن فعله.

ويمكن القول كذلك إن الفقه الإسلامي يتسع للتمييز بين الالتزام بتحقيق غاية كالالتزام بنقل الملك أو بنقل المنفعة أو بتسليم العين، وبين الالتزام بتحقيق غاية كالالتزام بالمحافظة على العين المودعة أو العين المؤجرة أو العين المعارة.

فنبحت هذين النوعين من الالتزام في الفقه الإسلامي.

١ - الالتزام بتحقيق غاية في الفقه الإسلامي

كيف يتصور الالتزام بتحقيق غاية في الفقه الإسلامي:

ومن الممكن أن نتصور وجود التزام بتحقيق غاية في الفقه الإسلامي، فيكون التزاماً تنفيذه، لا يتم إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام، فالالتزام البائع بنقل الملك إلى المشتري لا يتم إلا إذا انتقل الملك فعلاً إلى المشتري. ومهما كانت الأسباب التي تحول دون انتقال الملك، فإنه إذا لم ينتقل لا يكون البائع قد قام بالتزامه، ومن ثم يكون هناك خطأ عقدي. كذلك التزام المؤجر بنقل المنفعة إلى المستأجر التزام بتحقيق غاية، لا يتم إلا بنقل المنفعة فعلاً إلى المستأجر. والالتزام بتسليم عين معينة بالذات لا يتم تنفيذه إلا بتسليم هذه العين.

ويحسن نظراً لجدة هذه المسألة في الفقه الإسلامي، بل ولجديتها في الفقه الغربي ذاته فإنها نظرية ظهرت في هذا الفقه في وقت متأخر، أن نذكر في شيء من الاستقصاء عدداً من الالتزامات التي يمكن تصورها في الفقه الإسلامي على أنها التزامات بتحقيق غاية. فنذكر من ذلك:

- ١ - التزام البائع بنقل ملك المبيع وتسليمه.
 - ٢ - التزام البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب.
 - ٣ - التزام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة.
 - ٤ - التزام المؤجر بضمان الاستحقاق وبضمان العيب.
 - ٥ - الالتزام بالتسليم.
 - ٦ - الالتزام بالقيام بعمل معين.
- ونبحث كلا من هذه الالتزامات.

الالتزام البائع بنقل ملك المبيع وتسليمه:

الالتزام البائع بنقل ملك المبيع وتسليمه التزام بتحقيق غاية، فما لم يقبض المشتري المبيع لا يعتبر البائع قد نفذ التزامه، مهما كانت الأسباب التي حالت دون القبض. فإذا هلك المبيع، ولو بسبب أجنبي، امتنع على البائع أن يسلم المبيع واعتبر مخالفاً بالتزامه، وانفسخ البيع، وتحمل البائع تبعه هلاك المبيع.

جاء في «المبسوط» للسرخسي (٩/١٣): «قبل القبض المبيع مضمون بغيره وهو الثمن، والعقار في هذا كالمقول. حتى إذا استحق أو تصور هلاكه فهلك، سقط الثمن».

ونرى من ذلك أن البائع لا يعتبر أنه قد نفذ التزامه من نقل الملك والتسليم إلا إذا قبض المشتري المبيع، فعند ذلك تبرأ ذمة البائع، وتكون تبعه الهلاك على المشتري. وتقول المادة ٢٩٤ من المجلة في هذا الصدد: «إذا هلك المبيع بعد القبض، هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع». وقبل ذلك تقول المادة ٢٩٣ من المجلة: «إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، يهلك من مال البائع ولا شيء على المشتري». ويقول الأستاذ سليم باز (١٥٠) على هذا النص الأخير: «إذا هلك المبيع قبل القبض بفعل البائع أو بأفة سماوية أو بفعل نفسه كما إذا كان حيواناً فقتل نفسه أو أتلّف بعضه البعض الآخر. بطل البيع، ورجع المشتري بالثمن إن كان قد دفعه إلى البائع. وإن كان بالثمن كفيل بإذن المشتري، وكان الكفيل قد أدى الثمن، ثم هلك المبيع قبل القبض، فإن الكفيل يرجع على المشتري لا على البائع، ثم يرجع المشتري على البائع».

الالتزام البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب:

يلتزم البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب. وهذا الالتزام بالضمان التزام بتحقيق غاية،

فمتى استحققت العين أو ظهر بها عيب يوجب الضمان التزم البائع بالضمان أيّاً كانت الأسباب التي أدت إلى ذلك ولو لم يكن للبائع فيها يد. ذلك أن التزامه هو ألا تستحق العين وألا يكون فيها عيب، فإن وقع شيء من ذلك فقد أخل بالتزامه ولم يحقق الغاية المقصودة. والضمان هنا يكون بفسخ البيع، ولا يعوض المشتري بأكثر من رد الثمن إليه، فلا يعوض عن خسارة تحملها أو عن ربح فات، لأن نظرية الضرر الواجب التعويض عنه في الفقه الإسلامي لا تتسع لمثل هذا التعويض^(١).

أمثلة لضمان الاستحقاق: لو اشترى عبداً فقبضه فوهبه من آخر أو تصدق به على رجل، ثم جاء رجل واستحقه من يد الموهوب له أو من يد المتصدق عليه، كان للمشتري أن يرجع بالثمن على بائعه. لو اشترى عبداً وباعها من آخر وأبرأه من الثمن، لا يرجع المشتري عليه، وله أن يرجع على بائعه، وقال القاضي بديع ليس له أن يرجع. أقر بعين صريحاً أنها لفلان، ثم اشتراها منه، ثم استحققت، فالأصح أنه يرجع بالثمن على بائعه، وقيل لا يرجع، والمنصوص هو الأول. رجل اشترى جارية وقبضها ووهبها من رجل، ثم اشتراها من الموهوب له فولدت له ولداً، فاستحقها رجل، فإن المشتري يرجع على البائع وهو الموهوب له بالثمن وبقيمة الولد لأنه مغرور. رجل اشترى داراً وهو يعلم أنها لغير البائع، وقال البائع وكلني صاحبها بالبيع، فهذا وما لو اشترى من مالكها سواء. ولو قال البائع إن صاحبها لم يأمرني بالبيع لكن أرجو أن يرضى، فلم يرض حين اشتراها وهو قد بنى، لا يرجع بشيء لأجل البناء.

أمثلة لضمان العيب: رجل اشترى بعيراً فقبضه، ثم وجد به عيباً فذهب به إلى البائع ليرده، فهلك في الطريق، فإنه يهلك على المشتري، ثم إن المشتري إن أثبت العيب يرجع بنقصان العيب. لو اشترى عبداً ثم ظهر أنه كان مريضاً ومات عند المشتري، فإنه لا يرجع بالثمن، لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد فلا يضاف إلى السابق، لكن يرجع بنقصانه كما ذكره الزيلعي وكذا في «الأشباه».

(انظر في كل ما تقدم «مجمع الضمانات» ٢٢٨ و ٢٣٢ و ٢٣٥ و ٢٣٩ و ٢٤٣).

(١) جاء في «مجمع الضمانات» (٢٣٣): «اشترى كرمًا وعمل فيه حتى أدرك العنب والتمر، ليس له أن يأخذ شيئاً كما يعمل أكار، وليس له أن يطلب أجر العمل، لأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد، وهو ما كان أكاراً بل كان عاملاً لنفسه، من مشتمل الأحكام. اشترى عبداً وأعتقه بمال أخذه منه، ثم استحق العبد لم يرجع المستحق بالمال على المعتقد. هذا قول أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، وأصله غصب عبداً فأجر العبد نفسه، فأخذ الغاصب الأجر من العبد وأكله، ويضمن عنده خلافاً لهما». وجاء أيضاً في «مجمع الضمانات» (٢٣٥): «لو استحققت الأرض وقد أدى المشتري خراجها لا يرجع بالخراج على البائع» وجاء في (٢٤١): «لو اشترى طاحونة فكانت في يده مدة، ثم استحقها رجل، فليس له أن يطالب بغلات الطاحونة، لأنه ليس من أجزاء المبيع، بل كسبه وفعله».

التزام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة:

والتزام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة إلى المستأجر هو أيضاً التزام بتحقيق غاية، فلا يكفي أن يبذل المؤجر جهده في نقل هذه المنفعة إلى المستأجر، بل يجب نقلها فعلاً إليه. ولما كانت المنافع معدومة في الحال، لذلك قالوا إن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة. والذي يجب على المؤجر حتى يتم تنفيذ التزامه هو تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة وإن لم تستوف حقيقة.

فلو أن المستأجر لم يتمكن من استيفاء المنفعة من المأجور، أيا كانت الأسباب ولو كانت لا ترجع إلى فعل المؤجر أو كانت سبباً أجنبياً، فإن المؤجر لا يعتبر قد نفذ التزامه، لأن تحقيق الغاية فعلاً - أي تمكين المستأجر من الانتفاع - هو المعتقد به في هذا الالتزام.

ومن تطبيقات ذلك ما جاء في المادتين ٤٧٧ و ٤٧٨ من المجلة. فقد نصت المادة ٤٧٧ على أن «تسليم المأجور شرط في لزوم الأجر، فلا تلزم الأجرة إلا من وقت التسليم. فعلى هذا ليس للآخر مطالبة أجرة مضت قبل التسليم، وإن انقضت مدة الإجارة قبل التسليم لا يستحق الأجر شيئاً من الأجرة». ونصت المادة ٤٧٨ من المجلة على أنه «لوفات الانتفاع بالمأجور كلية سقطت الأجرة. مثلاً لو احتاج الحمام إلى الترميم وتعطل في أثناء ترميمه، تسقط حصة تلك المدة من الأجرة. وكذلك لو انقطع ماء الرحي وتعطلت، ويسقط الأجر اعتباراً من وقت انقطاع الماء، ولكن لو انتفع المستأجر من بيت الرحي بغير الطحن فيلزمه إعطاء ما أصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الإجارة». ويقول الأستاذ سليم باز (٢٦٧ - ٢٦٨) في التعليق على هذا النص ما يأتي: «وكذا لو استأجر حماماً فانقطعت ماؤه مدة، أي فيسقط من الأجر حصة تلك المدة. ومثله لو استأجر حماماً في قرية، فنفر الناس ووقع الجلاء ومضت المدة، سقط الأجر عنه، وإن نفر بعض الناس فلا (در مختار). . وكذا لو طفت مياه الرحي فعطلته عن الطحن مدة، ومثله لو استأجر أرضاً لا تسقى إلا بماء السماء فانقطع المطر فلا أجر وإن لم تنفسخ الإجارة في الأصح (خانية). كما لو استأجر أرضاً بشربها فانقطع الماء عنها أو سال عليها حتى لا يتهيأ له الزراعة، فلا أجر عليه لعدم التمكن من الانتفاع (مجمع الأنهر) وفي الخيرية استأجر أرضاً لزراعة التوتون بشربها من صهرج مائها، فانهدم الصهرج وغار ماؤه، فلا شيء على المستأجر لفوات التمكن من الانتفاع، إذا هلك الزرع الذي زرعه في الأرض المستأجرة، ولم تبق مدة يتمكن فيها من إعادته، فعليه الأجر لما مضى، ولا أجرة عليه في المدة الباقية (حامدية).

التزام المؤجر بضمان التعرض وبضمان العيب:

ولا يكفي أن ينقل المؤجر المنفعة للمستأجر، بل يجب عليه أيضاً أن يضمن له دوامها، فيضمنها من عيب يفوت على المستأجر المنفعة المقصودة ومن تعرض الغير للعين المأجورة تعرضاً يحول بينه وبين التمكن من المنفعة. وهذان الالتزامان - ضمان العيب وضمنان التعرض - التزامان بتحقيق غاية. فإذا وجد عيب بالمأجور، أيا كان سببه ولو لم يكن بفعل المؤجر أو بعلمه، فقد عجز عن تحقيق الغاية المقصودة، فالتزم بالضمان. كذلك لو تعرض الغير للمأجور، ولو بغير علم

المؤجر، كان هذا ضامناً لأن الغاية تخلفت، ومجرد تخلف الغاية إخلال بالالتزام.

وقد ورد في المجلة في شأن ضمان العيب المادة ٥١٤، وتجرى على الوجه الآتي: «العيب الموجب للخيار في الإجارة هو ما تفوت معه بالكلية أو تختل معه المنافع المقصودة، كفوات المنفعة المقصودة من الدار بالكلية بانهدامها. ومن الرحى بانقطاع مائها، أو كاختلالها بهبوط سطح الدار، أو انهدام محل مضر بالسكنى، أو بانجراح ظهر الدابة، فهذه كلها من العيوب الموجبة للخيار في الإجارة. وأما النواقص التي لا تخل بالمنافع، كانهدام بعض محال الحجرات بحيث لا يدخل الدار برد ولا مطر، وكانقطاع عرف الدابة وذيلها، فليست موجبة للخيار في الإجارة». ونصت المادة ٥١٥ من المجلة: «لو حدث في المأجور عيب قبل استيفاء المنفعة، فإنه كالموجود وقت العقد». وهذا بخلاف العيب في البيع، فلو حدث بعد القبض في يد المشتري، فلا ضمان على البائع والسبب أن المنفعة تتجدد شيئاً فشيئاً، فإذا وجد عيب قبل تجددتها، كان بمثابة عيب وجد قبل قبض المبيع. ونصت المادة ٥١٦ من المجلة: «لو حدث في المأجور عيب، فالمستأجر بالخيار، إن شاء استوفى المنفعة من العيب وأعطى تمام الأجرة، وإن شاء فسخ الإجارة».

وورد في «مرشد الحيران» في شأن ضمان التعرض ما يأتي: (٦٥١): «إذا عرض في مدة الإجارة ما يمنع الانتفاع بالعين المؤجرة، بأن غصبت الدار المستأجرة منه ولم يتمكن بأية وسيلة كانت من رفع يد الغاصب، سقطت الأجرة من المستأجر. ولو عرض ذلك في بعض المدة، سقطت الأجرة بقدره» (م ٦٥٢): «إذا قصر المستأجر في رفع يد الغاصب، وكان ذلك ممكناً له، فلا تسقط عنه الأجرة، ولو أمكنه ذلك بإتفاق مال، لا يلزمه ذلك وتسقط عنه الأجرة».

الالتزام بالتسليم:

التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر، والتزام من تسلم عيناً على سوم الشراء بردها إلى المالك، كل هذه التزامات بتحقيق غاية، فما لم تسلم العين لصاحب الحق فيها، كان المدين مخلاً بالتزامه أياً كانت الأسباب التي حالت دون ذلك ولو كان القوة القاهرة. فلو هلك المبيع بقوة القاهرة قبل تسليمه إلى المشتري، أو غصب من البائع، فهو على البائع لأن عليه تسليم المبيع إلى المشتري كما سبق القول. ولو هلكت العين المؤجرة قبل تسليمها للمستأجر، أو هلكت العين المسلمة على سوم الشراء^(١)، لم يخل

(١) «المقبوض على سوم الشراء مضمون عند بيان الثمن، وعلى وجه النظر ليس بمضمون مطلقاً.. قال قاضي خان: رجل جاء إلى الزجاج فقال: ادفع إلي هذه القارورة فأراها، فقال الزجاج: ارفعها فرفعها فوقعت وانكسرت، لا يضمن الرافع، لأن رفعها وإن كان على سوم الشراء فالثمن غير مذكور، والمقبوض على سوم الشراء لا يكون مضموناً إلا بعد بيان الثمن في ظاهر الرواية. وإن كان القابض قال الزجاج: بكم هذه القارورة فقال الزجاج: بكذا فقال: أخذها فأراها فقال: الزجاج: نعم، فرفعها فوقعت من يده وانكسرت، كان عليه قيمتها... وفي قاضي خان إذا أخذ ثوباً على وجه المساومة بعد بيان الثمن فهلك في يده، كان عليه قيمته، وكذا لو استهلكه وارث المشتري بعد موت المشتري... رجل طلب من البراز ثوباً، فأعطاه

الهلاك المؤجر أو القابض على سوم الشراء من التزامه بالتسليم، ومن ثم يكون الهلاك عليهما.

والمبيع في يد المشتري يبيع باطل أمانة عند البعض لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك، ومضمون عند البعض لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء. وكذلك المبيع في يد المشتري يبيع فاسد. فيكون التزام المشتري برد المبيع إلى البائع التزاماً ببذل عناية أو التزاماً بتحقيق غاية، بحسب ما إذا اعتبرت يده يد أمانة أو يد ضمان.

والتسليم يتم تنفيذه بالتخلية بين الشيء ومن يراد تسليمه إياه بحيث يتمكن هذا من قبضه، فلو باع رجل شيئاً وخلي بينه وبين المشتري وتمكن هذا من القبض يصير قابضاً حتى لو هلك يهلك عليه. جاء في «مجمع الضمانات» (٢٣٦ - ٢٣٧): «رجل له رماك في حظيرة فباع منها واحدة بعينها لرجل وقبض الثمن، وقال للمشتري ادخل الحظيرة واقبضها وقد خلعت بينك وبينها، فدخل ليقبضها فعالجها فانفلتت من باب الحظيرة وذهبت. قال محمد: إن سلم الرمكة إلى المشتري في موضع يقدر على أخذها بوهق ومعه وهق والرمكة لا تقدر على الخروج من ذلك المكان فهو قبض، وإن كانت تقدر على أن تنفلت منه فليس بقبض. وإن كان المشتري يقدر على أخذها إن كان معه أعوان ولا يقدر على أخذها بغير حبل ولا أعوان فخلي البائع بينها وبينه فانفلتت كان المشتري قابضاً. وإن كانت الرمكة في يد البائع يمسكها بعنانها فاشتراها منه رجل ونقد الثمن، فقال له البائع هاك الرمكة، فوضعها في يد المشتري حتى صارت في أيديهما جميعاً، فقال البائع خلعت بينك وبينها فاقبضها فإني أمسكها لك، فانفلتت من يد البائع قبل قبض المشتري إلا أن المشتري كان يقدر على أخذها من البائع وضبطها، فليس هذا بقبض من المشتري. ولو كانت الرماك في حظيرة عليها باب مغلق لا تقدر الرماك على الخروج، فباعها من رجل وخلي بينه وبينها، ففتح المشتري الباب ففلتت الرماك وخرجت، كان الثمن لازماً على المشتري سواء كان يقدر على أخذ الرماك أو لا يقدر. وإن لم يفتح المشتري الباب وإنما فتحه أجنبي أو فتحته الريح حتى خرجت الرماك، فنظر إن كان المشتري لو دخل الحظيرة يقدر على أخذها يكون قابضاً، وإلا فلا. وإن اشترى طيراً يطير في بيت عظيم إلا أنه لا يقدر على الخروج إلا بفتح الباب، والمشتري لا يقدر على أخذه لطيرانه، وخلي البائع بينه وبين البيت، ففتح المشتري الباب فخرج الطير، ذكر الناطفي أنه يكون قابضاً للطير، ولو فتح الباب غير المشتري أو فتحته الريح لا يكون المشتري

ثلاثة أثواب، وقال: هذا بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين أحملها إلى منزلك فأني ثوب رضيته بعته، فحمل الرجل الثياب فاحتترقت الكل عند المشتري، قال الشيخ محمد بن الفضل: إن هلك الكل جملة أو على التعاقب ولا يدري الذي هلك أولاً والذي بعده، ضمن المشتري ثلث ثمن كل ثوب. وإن عرف الأول لزمه ثمنه، والثوبان أمانة عنده. وإن هلك الثوبان وبقي الثالث، فإنه يرد الثالث لأنه أمانة، وأما الثوبان فيلزمه قيمة نصف كل واحد منهما إذا كان لا يعلم أيهما هلك أولاً. . . وإن هلك واحد وبقي اثنان لزمته قيمة ما هلك، ويرد الثوبين وإن احترق الثوبان وبعض الثالث ثلثه أو ربعه ولم يعلم أيهما احترق أولاً، يرد ما بقي من الثالث، ويضمن نصف كل واحد من الثوبين ولا يضمن نقصان الثالث «مجمع الضمانات» ص (٢١٣).

قابضاً. ولو اشترى ثوباً وأمره البائع بقبضه، ولم يقبضه حتى غصبه إنسان، فإن كان حين أمره البائع بالقبض أمكنه أن يمد يده ويقبضه من غير قيام صح التسليم، وإلا فلا، رجل باع فصاً في خاتم بدينار ودفع الخاتم إلى المشتري وأمره أن ينزع الفص، فهلك الخاتم عند المشتري، إن كان المشتري يقدر على نزع من غير ضرر كان على المشتري ثمن الفص لا غير؛ لأن المشتري كان أميناً في الخاتم، وإذا كان لا يقدر على نزع إلا بضرر لا شيء على المشتري لأن تسليم المبيع لم يصح. رجل اشترى بقرة فقال للبائع سقها إلى منزلك حتى أجيء بحقك إلى منزلك وأسوقها إلى منزلي، فماتت البقرة في بيت البائع، فإنها تهلك على البائع. رجل اشترى ثوباً ولم يقبضه ولم ينقد الثمن، فقال للبائع لا آمنك عليه ادفعه إلى فلان فيكون عنده حتى أدفع إليك الثمن، فدفعه البائع إلى فلان وهلك عنده، كان الهلاك على البائع، لأن المدفوع إليه يمسكه بالثمن لأجل البائع فتكون يده كيد البائع. رجل اشترى دابة مريضة في إصطبل البائع، فقال المشتري للبائع تكون ههنا الليلة فإن مات ماتت لي، فهلك، هلك من مال البائع لا من مال المشتري».

الالتزام بالقيام بعمل معين:

يجب التمييز هنا بين فروض ثلاثة:

أولاً: إذا التزم الأجير المشترك، كالنساج والقصار والخياط والنجار والبناء والصباغ والصانع والخباز والطباخ والغلاف والوراق والكاتب والإسكاف والطحان، أن يقوم بعمل معين، فإن التزاه هذا يكون التزاماً بتحقيق غاية، ولا يتم تنفيذه إلا بإنجاز هذا العمل. ومهما كانت الأسباب التي حالت دون إنجازه، فإن عدم تمام العمل يعتبر خطأ عقدياً يستوجب المسؤولية. والمسؤولية هنا تنحصر في عدم استحقاق الأجر، لأن التعويض في الفقه الإسلامي لا يكون إلا في هذه الحدود الضيقة. ولا يجوز للأجير المشترك أن يحتج حتى بالقوة القاهرة. فهو ملتزم بتحقيق غاية، فإذا تخلفت الغاية لأي سبب كان أعتبر المدين متخلفاً عن تنفيذ التزامه فلا يستحق الأجر.

وإذا كان الأجير المشترك قد تسلم عيناً ليعمل فيها، فالعين أمانة في يده، وعليه التزام حفظها، وهذا الالتزام التزام ببذل عناية يكفي في تنفيذه أن يقوم الأجير المشترك بعناية الرجل المعتاد في حفظ العين، فإن هلك بالرغم من ذلك هلكت أمانة وتحمل صاحبها تبعة الهلاك.

جاء في «مجمع الضمانات» (٢٧): «الأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل.. والمتاع أمانة في يده، إن هلك بغير عمله لم يضمن ولا أجر له».

ثانياً: وقد يكون العمل الذي التزم به الأجير المشترك عملاً لا يضمن نتيجته، وإنما يضمن فيه قدرًا من العناية يبذلها في القيام به، وذلك كاللزام الطبيب والفصاد والحجام والختان. فعند ذلك يكون الالتزام التزاماً ببذل عناية، لا التزاماً بتحقيق غاية.

جاء في «مجمع الضمانات» (٤٧ - ٤٨): «الفصاد والبزاق والحجام والختان لا يضمنون بسراية فعلهم إلى الهلاك إذا لم يجاوز الموضع المعتاد المعهود المأذون فيه، وهي معروفة، ولو شرط عليهم العمل السليم عن السراية، بطل الشرط إذ ليس في وسعهم ذلك. قال في «الفصولين» هذا إذا فعلوا فعلاً معتاداً ولم يقصروا في ذلك العمل.. أما لو فعلوا بخلاف ذلك ضمنوا.. وسئل الحلواني عن صببة سقطت من السطح فانتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها

تموت، وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأبرئها، فشقه ثم ماتت بعد يوم أو يومين، هل يضمن؟ فتأمل ملياً، ثم قال لا يضمن إن كان الشق بإذن وكان معتاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم. فقيل له إنما أذنوا بناء على إنه علاج مثلها، فقال ذلك لا يوقف عليه فاعتبر نفس الإذن، فقيل له: فلو كان قال هذا الجراح إن ماتت من هذا الجرح فأنا ضامن، هل يضمن؟ قال لا.. الكحال إذا صب الدواء في عين رجل فذهب ضوءها، لا يضمن كالختان إذا غلط.. لو قال الرجل للكحال داو بشرط ألا يذهب البصر، فذهب البصر، لا يضمن».

واختلف في الدلال، هل التزامه التزام بتحقيق غاية وهو إتمام البيع، أو هو يؤجر على عمله بقدر جهده. جاء في «مجمع الضمانات» (٥٤): «وسئل بعضهم عن قال للدلال اعرض أرضي على البيع وبعها ولك أجر كذا، فعرض ولم يتم البيع، ثم أخذ دلالاً باع للدلال الأول بقدر عمله وعنايته. قال أبو الليث هذا قياس، ولا أجر له استحساناً، إذ أجر المثل يعرف بالتجار، وهم لا يعرفون لهذا الأمر أجراً، وبه نأخذ».

ثالثاً: في عقد الاستصناع يلتزم الصانع بعمل في مادة يصنعها، والتزامه التزام بتحقيق غاية. فلو حال دون تنفيذ التزامه سبب ولو أجنبي، يعتبر أنه لم يتم بتنفيذ التزامه، ولا يرجع بالأجر على المستصنع. والمبيع في الاستصناع هو العين على الأصح لا عمل الصانع، فلو أتى الصانع بما عمله غيره أو بما صنعه هو قبل العقد فأخذه المستصنع صح، لأن المبيع العين لا عمله. ويشترط أن تكون المادة من الصانع، إذ لو كانت من المستصنع كان العقد إجارة لا استصناعاً. وإذا جاء المصنوع على الأوصاف المطلوبة وجب على المستصنع أخذه وإلا كان مخيراً لفوات الوصف المرغوب فيه. ومن باب أولى يكون للمستصنع، إذا لم يقدم الصانع أصلاً للشيء المطلوب، أيًا كان السبب الذي منعه من ذلك، أن يفسخ العقد ويرجع بما دفعه على الصانع. وهذا مما يؤكد أن التزام الصانع إنما هو التزام بتحقيق غاية.

٢ - الالتزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي

كيف يتصور الالتزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي:

ومن الممكن أيضاً أن نتصور وجود التزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي على غرار الفقه الغربي، فيكون التزاماً ببذل الجهد للوصول إلى غرض، تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق، والمهم في هذا الالتزام أن يبذل المدين في تنفيذه قدراً معيناً من العناية.

والأصل أن يكون هذا القدر هو العناية التي يبذلها الرجل المعتاد. فإذا لم يبذل المدين هذا القدر من العناية اعتبر مقصراً، ويسمى هذا التقصير في الفقه الإسلامي بالتعدي. والمدين في عقد يكون مسؤولاً عن الخطأ العقدي إذا تعمد أو تعدى. أما التعمد فمعروف، إذ هو فعل العمد. يبقى التعدي، والظاهر أن التعدي في الفقه الإسلامي، كما هو في الفقه الغربي، انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد. فمعياره موضوعي لا ذاتي، كما هو شأن سائر المعايير في الفقه الإسلامي. فالعبرة إذن في قياس السلوك المألوف بالمعتاد بين الناس، فما خرج عن المعتاد كان انحرافاً يحقق المسؤولية، وما كان معتاداً لا يكون تعدياً فلا يكون سبباً للضمان.

جاء في «مجمع الضمانات» (٢٩): «الراعي لو كان أجير وحد (أجيراً خاصاً) . . لو ضرب شاة فقاً عينها أو كسر رجلها ضمن، لأن أجير الوحد يضمن بالخلاف، وقد خالف لأن الضرب غير داخل في الإجارة، وإنما يدخل تحتها الرعي وهو يتحقق بدون الضرب كالصياح والصفق، لأن الغنم في العادة تساق كذلك، فإذا ضرب بالخشبة كان ضامناً». وجاء أيضاً (٣٠): «سئل نجم الأئمة الحكيمي عن أسلم أفراسه إلى الراعي ليحفظها مدة معلومة ودفع إليه أجرة الحفظ والرعي، واشتغل الراعي بمهمة وترك الأفراس فضاعت، فهل يضمن؟ فقال لا إن كان ذلك متعارفاً فيما بين رعاة الخيل والأنعم». وجاء أيضاً (٣١): «أهل قرية عادتهم أن البقار إذا أدخل السرح في السكك يرسل كل بقرة في سكة صاحبها ولم يسلمها إليه. ففعل الراعي كذلك، فضاعت بقرة قبل أن تصل إلى صاحبها، لا يضمن، إذ المعروف كالمشروط. . زعم البقار أنه أدخل البقرة في القرية، ولم يجدها صاحبها. ثم وجدها بعد أيام قد نفقت في نهر الجبانة. قالوا لو كان عادتهم أن يأتي البقار بالبقور إلى القرية ولم يكلفوا بأن يدخل كل بقرة في منزل ربها، صدق البقار مع يمينه في أنه جاء بها إلى القرية». وجاء كذلك (٣٧) «استأجر حملاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا. فأخذ في طريق آخر، فهلك المتاع، فإن لم يكن بين الطريقين تفاوت فلا ضمان عليه، وإن تفاوتاً بأن كان المسلوب أوعر أو أبعد أو أخوف بحيث لا يسلكه الناس، يضمن».

وقد تتدرج العناية المطلوبة، فيطلب في حالة مقدار من العناية أكبر أو أقل من العناية المألوفة بين الناس، ويقع الخلاف في ذلك بين الفقهاء. من هذا ما جاء في «مجمع الضمانات» (٢٧): «الأجير على نوعين، أجير مشترك وأجير خاص. فالأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالقصار والصباغ، فله أن يعمل للعامة ومن هذا يسمى مشتركاً والمتاع أمانة في يده، إن هلك بغير عمله لم يضمن، ولا أجر له عند أبي حنيفة. وعندهما إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب لا يضمن. لهما أن الحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً، ولهذا لا يقابله الأجر. وقيل قوله قول على وقولهما قول عمر»، وترى من ذلك أن العناية المطلوبة قد يتفاوت مقدارها، فقد لا يعتبر تقصيراً أن يهلك المتاع في يد الأجير المشترك بغير عمله وهذا هو قول أبي حنيفة، فالعناية المطلوبة من الأجير المشترك في حفظ المتاع الذي يقع عليه صنعه هي عناية الرجل المعتاد لأن التزامه بحفظ المتاع جاء تبعاً لا مقصوداً، وما دام هلاك المتاع بغير عمله فلا ضمان عليه. ولكن الصاحبين يتطلبان عناية أكبر، فلا يكفي لانتفاء مسؤولية الأجير المشترك أن يكون الهلاك بغير عمله، بل لا تنتفي مسؤوليته إلا إذا كان الهلاك بسبب أجنبي لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب، لأن حفظ المتاع مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل بدونه.

ويبدو أن الاتفاق على تعديل المسؤولية أكثر تقيداً في الفقه الإسلامي منه في الفقه الغربي. فقد رأينا في الفقه الغربي أنه يجوز الاتفاق على جعل المدين مسؤولاً عن السبب الأجنبي ويكون هذا بمثابة تأمين، أما في الفقه الإسلامي فلا يجوز الاتفاق على جعل الأجير المشترك مسؤولاً فيما لا يمكنه الاحتراز عنه وهذا باتفاق الأئمة الثلاثة في المذهب الحنفي، والاتفاق على جعل الأجير المشترك غير مسؤول فيما يمكنه الاحتراز عنه فيه خلاف بين الإمام ويذهب إلى جواز الاتفاق وصاحبيه ويذهب إلى عدم جوازه. جاء في «مجمع الضمانات» (٢٧) في هذا الصدد:

«وإن شرط عليه الضمان، إن كان الشرط فيما لا يمكنه الاحتراز عنه، فلا يجوز بالاتفاق، وإن كان فيما يمكن، فعلى الخلاف. وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم، كذا في الإيضاح نقلاً عن التبيين». ويتفرع على أن الاتفاق على المسؤولية عن السبب الأجنبي ألا يجوز أن شرط الضمان على الأمين باطل. جاء في «مجمع الضمانات» (٣٣): ولو شرط على الراعي ذبح ما خيف هلاكه، فلم يذبحه فهلك، ينبغي ألا يضمن، إذ في هذا شرط فيما مات حتف أنفه وثمة لا يضمن، وشرط الضمان على الأمين باطل. كذا قال الاستروشنى. وقال عماد الدين في فصوله وعندى أنه يصح هذا الشرط لما مر أن ذبح مثله من الحفظ، وكأنه شرط عليه غاية ما في وسعه من الحفظ فيجوز، فلو لم يذبح فقد قصر في حفظ شرط عليه، فيضمن، وخرج عن هذا جواب ما ذكره من اشتراط الضمان على الأمين. قال صاحب «الفصولين» أقول الظاهر أن الذبح ليس من الرعي، فلا يدخل تحت العقد، فهو متبرع في التزامه، فلا يضمن، وأقل ما فيه أنه لا يخلو من الشك فلا يضمن بالشك». والأصل في هذه المسألة خلاف بين الفقهاء، جاء في صده في «مجمع الضمانات» (٣٣) من يأتي: «وفي المشتمل من الذخيرة إذا خاف الراعي هلاك شاة فذبحها، فهو ضامن قيمتها يوم الذبح، لأن الذبح ليس من عمل الرعي في شيء فلا يدخل تحت العقد، قال مشايخنا هذا إذا كانت يرجى حياتها أو كانت مشكل الحال يرجى حياتها وموتها، أما إذا تيقن موتها فلا ضمان عليه، لأن الأمر بالرعي أمر بالحفظ، والحفظ الممكن حال تيقن الموت الذبح، فيصير مأموراً بالذبح في هذه الحالة. وكذا الذبح في البقر، لأن الذبح في مثل هذه المواضع لإصلاح اللحم. فأما الحمار فلا يذبح، وكذا البغل، لأن الذبح لا يصلح لحمهما، ولا يذبح الفرس أيضاً عند أبي حنيفة إذ الصحيح من مذهبه أن لحم الفرس مكروه كراهة تحريم اهـ. وفي الخلاصة الراعي لو خاف الموت على الشاة فذبحها، لا يضمن. وكذا استحسّن بعض مشايخنا إذا كانت بحيث يتحقق موتها». فنرى من ذلك أن هناك خلافاً فيما إذا كان ذبح الشاة المتيقن موتها تدخل في أعمال الحفظ الواجبة على الراعي، فمن ذهب إلى أن ذلك يدخل أجاز بطبيعة الحال شرط الضمان على الراعي إذا لم يذبح الشاة. ومن ذهب إلى أن ذلك لا يدخل، وماتت الشاة، فلا ضمان على الراعي لأن الموت قوة قاهرة لا يكون الراعي مسؤولاً عنها، فإذا شرط على الراعي الضمان كان الشرط غير جائز لأنه شرط يجعله مسؤولاً عما لا يمكن الاحتراز منه^(١).

(١) «واشتراط الضمان على المستعير باطل... وقيل: إذا شرط الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا في رواية، ذكره الزيلعي، وجزم به في «الجوهرية» ولم يقل: في رواية. لكن نقل بعده فرع البزاية عن «النيابيع»، ثم قال: أما الوديعة والعين المؤجرة فلا يضمنان بحال اهـ. ولكن في «البزاية» عن «النيابيع»، ثم قال على: «أنه إن ضاع فأنا ضامن له»، فأعاره وضاع، لم يضمن، من العادة المطردة من «الأشباه»، وفي «المنتقى» إذا قال لغيره: أعزني ثوبك فأنا ضامن له فلا ضمان عليه، وهذا الشرط باطل، وكذا الحكم في سائر الأمانات نحو الودائع وغيرها أحد». «مجمع الضمانات» (٥٥). «واشتراط الضمان على المودع باطل «مجمع الضمانات» (٦٨).

أما عبء إثبات الخطأ العقدي، فالظاهر في الفقه الإسلامي أنه يجب التمييز في يد المدين بين ما إذا كانت يد ضمان، فيقع عليه إثبات أنه قام بالتزامه وهو التزام بتحقيق غاية، وبين ما إذا كانت يد أمانة، فيقع على الدائن عبء إثبات أن المدين، والتزامه التزام ببذل عناية، لم يبذل العناية الواجبة. جاء في «مجمع الضمانات» (٢٨) في هذا الصدد: «وفي مشتمل الهداية لو قال الأجير المشترك سرق أو هلك صدق مع حلفه عنده، لأن يده يد أمانة عنده. وعندهما يضمن لأن يده يد ضمان عندهما، فلا يصدق بلا برهان، قلت إنما ينفع البرهان عندهما فيما لا يمكن الاحتراز عنه لما مر، فلا تغفل». وجاء في (٢٩): «ولو كان أجيراً مشتركاً، فمات من الأغنام، لا يضمن بالاتفاق، إذ الموت حتف أنفه مما لا يمكن التحرز عنه، وهذا لو ثبت الموت بتصادقهما أو بالبينه، فأما إذا ادعى الراعي الموت وجحد رب الغنم، فعند أبي حنيفة القول قول الراعي لأنه أمين. وعندهما القول قول رب الأغنام»، ويخلص من ذلك أن الأمين - المودع عنده والمستعير والمستأجر وغير هؤلاء - لا يقع عليه عبء إثبات أنه لم يقصر في الحفظ يقول قوله بيمينه، ويقع على الدائن عبء إثبات أن الأمين قد قصر.

يبقى بعد ذلك أن نستعرض بعض أنواع الالتزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي، كما استعرضنا بعض أنواع الالتزام بتحقيق غاية، فما يمكن اعتباره التزاماً ببذل عناية:

١ - التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة.

٢ - التزام المودع عنده بالمحافظة على العين المودعة.

٣ - التزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة.

٤ - التزام المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة.

٥ - التزام الوكيل بحسن إدارة أعمال الموكل.

التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة:

يلتزم المستأجر بحفظ العين المؤجرة، وعليه أن يبذل في هذا الحفظ عناية الرجل المعتاد، فإن نزل عن هذا القدر من العناية كان متعدياً ووجب عليه الضمان. ويترتب على هذا الأصل الفروع الآتية:

١ - يجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة الاستعمال المعتاد المألوف بين الناس، فإن خرج على الاستعمال المشروط أو على الاستعمال المألوف بين الناس كان متعدياً وضمن. جاء في «مجمع الضمانات» (١٣ - ٢١): «اعلم أن كل فعل قيل فيه ليس للمستأجر أن يفعله، فإنه يضمن ما تلف بفعله، ولا تظن أنها منحصرة بالمستأجر بل هي أصل شامل لجميع مسائل الضمان في جميع الأبواب. ولو استأجر دابة للركوب، فإن أطلق فله أن يركب غيره. ولو قال أن يركبها فلان فأركبها غيره فعطبت، كان ضامناً. استأجر حماراً وقبضه فأرسله في كرمه وتركه، فسرق بردعته وأصاب الحمار البرد فمرض، وردّه على صاحبه فمات من ذلك المرض. إن كان الكرم

حصيناً والبرد بحال لا يضر مع البردعة، لا شيء عليه من الضمان في البردعة والحمار. فإن كان بحال يضره مع البردعة، ضمن قيمة الحمار دون البردعة، وإن كان الكرم غير حصين، إن كان البرد بحال يضر بالحمار مع البردعة ضمن قيمتهما. وإن كان بحال لا يضره مع البردعة، ضمن قيمة البردعة دون الحمار. وعليه نقصان الحمار إلى وقت الرد إلى صاحبه، لأنه بمنزلة الغاصب للحمار. حين أرسله في الكرم، فإذا سلمه إلى صاحبه بريء من الضمان. قال رحمه الله ذكر الحصين ولم يفتي في النوازل، فعرضت على القاضي الإمام فقال إنه يكون له حيطان وباب مغلق فإن عدم أحدهما فهو غير حصين، والمراد من الحائط أن يكون مرتفعاً بحيث لا يقع نظر المار على ما في الكرم. ومن استأجر دابة إلى مصر ولم يسم ما يحمل عليها، فحمل ما يحمل الناس أي المعتاد، فنفتت في الطريق، فلا ضمان عليه لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجرة. استأجر حماراً وحمل عليه، وله حمار آخر حمل عليه أيضاً، فلما سار بعض الطريق سقط حماره فاشتغل به، فذهب الحمار المستأجر وهلك فلو كان بحال لو اتبع الحمار المستأجر يهلك حماره أو متاعه لم يضمن، وإلا ضمنه. لأن الأمين إنما يضمن بترك الحفظ إذا كان بغير عذر. . . استأجر حماراً لينقل عليه الحطب فأوقره بما يوقر به مثله، فأصاب الحمار حائطاً أو نحوه في النهر. إن كان المستأجر ساقه سوقاً معتاداً في طريق يسلكه الناس ولم يعنف عليه بالضرب، لا ضمنه. . . استأجر حماراً ليذهب به إلى موضع معلوم، فأخبره أن في الطريق لصوصاً فلم يلتفت إلى ذلك، فذهب فأخذه اللصوص وذهبوا بالحمار. إن كان الناس يسلكون ذلك الطريق مع هذا الخبر بدوابهم وأموالهم، فلا ضمان عليه وإلا ضمن. استأجر دابة وقبضها ولم يعين الراكب، كان له أن يؤجرها ويعيرها ويودعها». وجاء أيضاً (٢٤): «استأجر خيمة لينصبها في بيته شهراً، فنصبها في الشمس أو في المطر وإنه يضر، يضمن، وإذا سلمت فعليه الأجر. ولو أخرجها إلى السواد يضمن، من الوجيز. وفي «الفصولين» أجر خيمة لينصبها في داره، فنصبها في دار أخرى في قبيلة أخرى من هذا المصر، يجب الأجر ولا يضمن لعدم التفاوت، إلا إذا أخرجها من المصر فنصبها هناك فلا أجر، سلمت أولاً، ويضمن لمخالفة أمره حيث أخرجها من المصر فتضرر به إذ مؤونة الرد على المؤجر. . . لو أسود بالسراج أو بإيقاد النار لا يضمن، إلا إذا جاوز ما هو المعروف والمعتاد». وجاء كذلك (٢٥ - ٢٦): «وفي الخلاصة لو أقعد فيها (في الدار) قصاراً فانهدمت من عمله، ضمن ولا يجب الأجر فيما ضمن، وينبغي أنه يجب فيما لم يضمن وهو الساحة. . . استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة، ضمن ما نقص لأن الرطب أضر بالأرض من الحنطة، ولا أجر لأنه غاصب للأرض».

٢ - وإذا زاد المستأجر على المشروط أو المألوف، وعطبت العين، ضمن. أما إن سلمت، فهو غاصب بقدر ما زاد، فإذا ضاعت العين ضمن كغاصب هذه الزيادة. جاء في «مجمع الضمانات» (١٣ - ١٦): «ولو استأجرها للحمل وسمى نوعاً وقدرأ لحمله عليها، مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة، فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمس، وليس له أن يحمل ما هو أضر كالملح. ولو استأجرها ليحمل عليه قطعاً سماه، فليس له أن يحمل مثل وزنه حديداً. ولو استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت، ضمن

ما زاد الثقل، إلا إذا كان حملاً لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها، من الهداية. قلت إنما يتضمن ما زاد الثقل فيما إذا كانت تطيق الحمل إذا حملها المسمى والزيادة دفعة واحدة، أما لو حمل المسمى أولاً ثم حمل الزيادة وهلك، ضمن كل القيمة لو حمل الزيادة على مكان حمل عليه المسمى، ولو حمل في مكان آخر. فمن قدر الزيادة أيضاً. لو استأجرها ليحمل عليها كذا فزاد في المسمى وسلمت إلى المقصد، فلما وضع الحمل جاء بها سالمة، فضاعت قبل الرد على المالك، ضمن من قيمتها قدر الزيادة إذ غصب منها ذلك القدر فلا يبرأ إلا بالرد. استأجرها ليحمل عليها شعيراً فحمل في أحد الجوالقين شعيراً وفي الآخر حنطة، فعطبت الدابة، ضمن نصف قيمتها وعليه نصف الأجر، لأنه في النصف مخالف: وجاء أيضاً (٢٤): «استأجر رحي على أن يطحن فيها حنطة، فطحن غيرها، إن كان قدر ما طحن مثل الحنطة أو دونه لا يكون مخالفاً، وإن كان فوّه يكون مخالفاً فيعتبر فيه أحكام الغصب».

٣ - ويعتبر تعدياً ألا يستعمل المستأجر العين أصلاً ويمسكها، فيضمن ولا أجر عليه. جاء في «مجمع الضمانات» (٢٠): «استأجر دابة ليذهب إلى مكان كذا، فأمسكها في بيته، لا يجب الأجر، ويضمن لو هلك». وجاء أيضاً (٢٦): «استأجر من أراضي الجبل فزرعها ولم تمطر ولم تنبت حتى مضت السنة، ثم أمطرت ونبتت فالزرع كله للمستأجر، وليس عليه كراء الأرض ولا نقصانها».

٤ - ويعتبر كذلك تعدياً ألا يرد المستأجر العين المؤجرة بعد انتهاء الإجارة جاء في «مجمع الضمانات» (١٩): «أمسك المستأجر بعد مضي المدة أو تركه في دار غيره، ضمن، إذ الرد يجب عليه بعد المدة فيغرم بالترك، وكذا تركه في دار غيره وغيبته عنه تضييع، من الفصولين. وفي مشتمل الهداية نقلاً عن التجريد ليس على المستأجر رد المستأجر على المالك، وعلى الذي أجره أن يقبض من منزل المستأجر، وإن أمسكها فهلك لم يضمن، وليس هذا كعارية. ثم قال نقلاً عن الأجناس قال أبو حنيفة كل شيء لحمله مؤونة كرحى اليد فعلى المؤجر أجر الرد، وعليه أخذه وليس على المستأجر رده، ومالا حمل له كالثياب والدابة فعلى المستأجر رده».

٥ - وإذا ضمن المستأجر لتعديه، فلا أجر عليه، إذ الأجر والضمان لا يجتمعان. جاء في «مجمع الضمانات» (١٨): «القروي استأجر حماراً ليحمل عليه برّاً إلى المدينة، ففعل، فوضع عليه في الرجوع قفيز ملح بلا إذن، فمرض فمات، ضمن لغصبه، ولا أجر؛ إذ لا يجتمعان».

التزام المودع عنده بالمحافظة على العين المودعة:

يلتزم المودع عنده التزاماً أصلياً يحفظ العين المودعة، حتى يردها للمودع. وهذا التزام يبذل عناية، لا التزام بتحقيق غاية. فيلتزم المودع عنده بأن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد، فإذا انحرف عن السلوك المألوف في حفظها كان متعدياً وضمن. أما إذا بذل هذه العناية، فإنه يكون قد نفذ التزامه من حفظ الوديعة، حتى لو هلكت فإنها تهلك أمانة في يده ويحمل المودع تبعه الهلاك. فنبحث كيف يكون السلوك المألوف في حفظ الوديعة، وما يعد انحرفاً عن هذا السلوك فيكون تعدياً ويوجب الضمان.

١ - ليس للمودع أن يودع الوديعة بلا إذن، ولا يصدق على دعوى الإذن إلا ببينة، والوضع في حرز غيره إيداع إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرزه نفسه. . فلو أودعها آخر بغير إذن فهلك، فللمالك أن يضمن الأول لا الثاني عند أبي حنيفة، وقالوا له أن يضمن أيهما شاء فإن ضمن الأول لا يرجع على الآخر وإن ضمن الآخر يرجع على الأول، من الهداية، وليس للمودع أن يؤاجر الوديعة أو أن يرهنها، فالوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن، فإن فعل شيئاً من ذلك ضمن («مجمع الضمانات» ٦٩).

٢ - إذا شرط المودع شرطاً مفيداً، يتقيد المودع عنده به. فلو قال احفظها في هذه الدار، فحفظها في دار أخرى، ضمن، لأن الدارين يتفاوتان في الحرز فيتقيد بالشرط. وقيل لا يضمن لو الدار الأخرى أحرز أو سواء في الحرز، وقيل يضمن لو لم يحتج في وضعها داراً أخرى، ولا يضمن لو احتاج إذ التعيين يلغو حينئذ إذ لا يطلب منه حفظ ماله بطريق لا يقدر عليه. وهكذا لو قال لا تسافر بها فسافر بها، ضمن، لأن التقييد مفيد إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً، ولو شرط شرطاً لا يفيد أصلاً لغا، كتعيين صندوق بيت، ولو قال ضعها في كيسك فوضع في صندوقه لم يضمن («مجمع الضمانات» ٦٩ - ٧٠).

٣ - ولو لم يعين بأن قال احفظ هذه ولم يقل في مكان ذا فسافر، فلو كان الطريق محفوفاً ضمن بالإجماع، وإلا لا يضمن بالإجماع إذا لم يكن له حمل ومؤونة، وقد أمر بالحفظ مطلقاً، فلو كان لا بد له من السفر وقد عجز عن حفظه في المصر الذي أودعه فيه، لم يضمن بالإجماع. ولولم يكن لا بد له من السفر، فكذلك لا يضمن عند أبي حنيفة قريباً كان أو بعيداً، وعند محمد يضمن في الحالين. . وإذا وضع الوديعة في داره ويدخلها أناس كثيرة فضاعت، فإن كان شيئاً يحفظ في الدار مع دخولهم لا يضمن، والذهب يضمن. وإذا وضع الوديعة في بيت خراب في زمان الفتنة. فإن وضعها على الأرض يضمن، وإن جعلها تحت التراب لا يضمن. ولو دفع رجل إلى رجل جواهر لبيعها، فقال القابض أريها تاجراً لأعرف قيمتها، فضاعت الجواهر قبل أن يريها، قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل إن ضاعت أو سقطت بحركته يكون ضامناً، وإن سرقت منه أو بمزاحمة أصابته من غيره لا يضمن. وإذا جعل الوديعة في جيبه وحضر مجلس الفسق فضاعت بعد ما سكر بسرقة أو سقوط أو غيره، قال بعضهم لا يضمن لأنه حفظها في موضع يحفظ مال نفسه، وقال بعضهم هذا إذا لم يزل عقله أما إذا زال بحيث لا يمكنه حفظ ماله يصير ضامناً لأنه عجز عن الحفظ بنفسه فيصير مضيعاً أو مودعاً غيره. (انظر «مجمع الضمانات» ٧٠ - ٧٤).

٤ - إذا تعدى المودع في الوديعة، بأن كانت دابة فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو شيئاً فافترشه أو أودعها غيره، ثم زال التعدي وردها إلى يده الحالة الأولى، بريء من الضمان («مجمع الضمانات» ٧٣).

٥ - إذا كانت الوديعة مما يتطرق إليه الفساد، كما إذا اشترى بطيخة وتركها عند البائع حتى يرجع ثم غاب وخيف عليها الفساد فللبائع بيعها دون أكلها بشرط الضمان. وإذا كانت الوديعة شيئاً من الصوف والمالك غائب فخيف عليها الفساد، ينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يبيعه، وإن

لم يرفع حتى فسد لا ضمان عليه. ولو كانت الوديعة حنطة فأفسدتها الفأرة وقد اطلع المودع عنده على ثقب معروف، فإن أخبر صاحب الحنطة أن ههنا ثقب الفأرة لا يضمن، وإن لم يخبر بعدما اطلع على ذلك ولم يسده كان ضامناً. وإذا جعل المودع عنده خاتم الوديعة في خنصره أو بنصره يضمن، وإن جعله في الوسطى أو السبابة أو الإبهام لا يضمن، وعليه الفتوى. ولو كان المودع عنده امرأة، ففي أي أصبع لبسته يضمن. ولو كان في يد رجل ألف درهم وديعة لرجل، فمات المودع وعليه ألف درهم دين معروف أنه عليه، وترك ابناً معروفاً، ف قضى المستودع الألف للغريم، لم يضمن لأن الألف للميت وقد قضاه إلى من له الحق وهو غريم الميت، وليس للابن ميراث حتى يقضي الدين. ولو كانت الوديعة دابة فأصابها شيء، فأمر المستودع رجلاً ليعالجها فعالجها فعطبت في ذلك، فصاحب الدابة بالخيار يضمن أيهما شاء، فإن ضمن المستودع لا يرجع هذا على الذي عالجها بأمره، وإن ضمن الذي عالجها وإن كان المأمور علم وقت المعالجة أن الدابة لغير الذي في يديه وعلم أن صاحب الدابة لم يأمر المستودع بذلك لا يرجع، وإن لم يعلم أنها لغيره أو ظن أنها له كان له أن يرجع على المستودع لأنها كانت في يده واليد دليل الملك من حيث الظاهر (انظر «مجمع الضمانات» (٧٣ - ٨١).

٦ - إذا خلط المستودع الوديعة بماله حتى لا يتميز ضمنها، ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة. وقال إذا خالطها بجنسها فهي شركة إن شاء، مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض، والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير. وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع لأنه استهلاك صورة ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس («مجمع الضمانات» ٨٢) وإذا مات المستودع مجهلاً الوديعة ضمنها («مجمع الضمانات» ٨٧).

٧ - إذا طلب الوديعة صاحبها فحبسها عنه وهو يقدر على تسليمها، ضمنها («مجمع الضمانات» ٨٤).

التزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة:

التزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة هو أيضاً التزام ببذل عناية، فيطلب من المستعير مقدار معين من العناية، هو مقدار عناية الرجل المعتاد حتى يكون قد قام بتنفيذ التزامه. فإن بذل هذه العناية، وهلكت العين في يده، هلكت أمانة على المالك. وإذا قصر عن بذلها كان متعدياً، فإذا هلكت العين ضمن قيمتها أو مثلها للمعير. ويلاحظ في العناية الواجبة على المستعير ما يأتي:

١ - ليس للمستعير أن يؤجر الشيء المعار، فإن أجره^(١) فعطب، ضمن، ولا يرجع على المستأجر. وإن شاء المعير ضمن المستأجر، ويرجع المستأجر مما ضمن على المستعير إن لم

(١) لو استعار شيئاً فأجره، فالأجرة له، ويتصدق بها، كما لو غصب شيئاً فأجره فالأجرة تكون للغاصب، ويتصدق بها لحصولها بسبب خيبت.

يعلم إن الشيء كان عارية في يده، أما إذا علم فلا يرجع. ويجوز للمستعير أن يعير إن لم يعين ما ينتفع به، سواء اختلف باختلاف المستعمل كركوب الدابة أو لم يختلف كالحمل عليها. وإن عين ما ينتفع به للمستعير أن يعير ما لا يختلف. وأما الإيداع فقد اختلف فيه بالنسبة لمن يملك الإعارة، أما من لا يملك الإعارة فإنه لا يملك الإيداع. (انظر «مجمع الضمانات» ٥٥).

٢ - يعتبر تعدياً من المستعير موجباً للضمان أن يستعمل العارية فوق المشروط أو فوق المألوف. . فإذا جاوز الوقت أو نوع الاستعمال أو انحرف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد في حفظ العارية ضمن. جاء في «مجمع الضمانات» (٥٧ - ٦٠). «لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد الوقت مع إمكان الرد، ضمن وإن لم يستعملها بعد الوقت. . لو وضع المستعار بين يديه ونام، لا يضمن، لأن هذا حفظ عادة، لكن هذا إذا نام جالساً لا مضطجعاً. . لو نام مضطجعاً ضمن في الحضر لا في السفر. . لو استعار دابة إلى الحيرة، فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة، فنفتت، فهو ضامن. . استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوماً، فهلك الدابة، يضمن ثلث قيمتها. وهذا بخلاف ما إذا استعارها ليطحن بها عشرة مخاتيم وطحن أحد عشر فعطبت. فإنه يضمن جميع قيمتها. والفرق أن في الطحن التلف حصل من المختوم الحادي عشر وهو بغير إذن صاحبها، وفي الحمل التلف حصل بحمل الكل لأن حمل الكل وجد جملة فكان التلف مضافاً إلى الكل. . استعار ثوراً يساوي خمسين ليستعمله، فقرنه مع ثور يساوي مائة، فعطب الثور العارية، إن كان الناس يفعلون مثل ذلك لا يضمن، وإلا ضمن. إذا ربط الحمار المستعار بحبل، فاختنق، لا يضمن. استعار دابة إلى موضع، فسلك طريقاً ليس بمسلوك، ضمن إن عطب. ولو عين طريقاً فسلك طريقاً آخر، إن كانا سواء لا يضمن، وإن كان أبعد أو غير مسلك ضمن، وكذا إن كانا متفارقين في الأمن. استعار ثوراً واستعمله وفرغ ولم يحل حبله، فذهب إلى المسرح فاختنق به، ضمن. استعار دابة إلى مكان، ففي أي طريق ذهب لم يضمن بعد أن كان طريقاً يسلكه الناس، ولو طريقاً لا يسلكه الناس إلى ذلك المكان ضمن إذ مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف. . استعار دابة وعين جهة الانتفاع ثم خالف، فهو على ثلاثة أوجه: أن يخالف في المعنى مع اتحاد الجنس أو يخالف في الجنس أو يخالف في القدر. أما الأول وهو المخالفة في المعنى مع اتحاد الجنس، بأن استعار ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذا البر فحمل عليها عشرة مخاتيم من بر آخر، لم يضمن، وكذا لو استعارها ليحمل عليها من بره فحمل عليها مثله من بر غيره، لأن مثل هذا التقييد غير مفيد. وأما الثاني وهو المخالفة في الجنس، بأن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة بر فحمل عشرة أقفزة شعير، يضمن قياساً إذ خالف في الجنس، لا استحساناً لأنه أخف فخالف إلى خير، حتى لو سمي مقداراً من البر وزناً فحمل عليها مثل ذلك الوزن من الشعير ضمن إذ يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ البر. وكذا لو استعارها ليحمل عليها برّاً فحمل حطباً أو قطعاً أو تبناً بذلك الوزن ضمن لما مر. وكذا لو حمل حديداً أو آجرّاً أو حجارة بوزن البر ضمن، لأنه مما يدق ظهرها فيكون أضر. وأما الثالث وهو المخالفة في القدر، بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم فحمل خمسة عشرة مختوماً، فلو علم أنها لا تطيق حمل هذا القدر ضمن كل قيمتها للإتلاف، ولو علم أنها تطيق ضمن ثلثها توزيعاً

للضمان على قدر ما أذن وغيره.

٣ - إذا هلكت العارية في يد المستعير ثم استحققت، فللمستحق أن يضمن المعير أو المستعير أيهما شاء، ولا يرجع أحدهما على الآخر. وفي الإجارة يرجع المستأجر على المؤجر دون العكس. (انظر «مجمع الضمانات» ٦٥).

٤ - استعار أرضاً لبنني فيها أو يغرس، ثم بدا للمالك أن يأخذ الأرض، كان له ذلك سواء كانت الإعارة مطلقة أو مؤقتة إلى عشر سنين أو أكثر أو أقل، لأنها غير لازمة، ثم إن كانت الإعارة مطلقة، لا يضمن المعير للمستعير شيئاً ويكون للمستعير غرسه وبنائه، وعلى قول ابن أبي ليلى والشافعي يضمن المعير قيمة البناء والغرس قائماً يوم الاسترداد. ولو كانت الإعارة مؤقتة، بأن قال صاحب الأرض أعرتك هذه الأرض عشرين سنة لتغرس فيها أو تبني، ثم رجع عن الإعارة قبل مضي الوقت، كان ضامناً للمستعير قيمة الغرس أو البناء يوم الاسترداد، إلا أن يشاء المستعير أن يرفع الغرس أو البناء فيكون له ذلك إذا كان قلع الأشجار أو رفع البناء لا يضر بالأرض، وإن كان يضر كان لصاحب الأرض أن يملك الغرس أو البناء القيمة. انظر «مجمع الضمانات» ٦٦ - ٦٧).

٥ - استعار عيناً ليرهنها ولم يسم ما يرهنه، فله أن يرهن بأي قدر وبأي نوع شاء، فلو هلك المستعار في يد المرتهن، ضمن المستعير للمعير قدر ما يسقط به عن المستعير من الدين، ولو أن الراهن عجز عن فكك الرهن ففضى المعير دين الراهن، كان للمعير أن يرجع على المستعير بقدر ما يسقط من الدين عند الهلاك ولا يرجع بأكثر من ذلك، حتى لو كانت قيمة الرهن ألفاً ورهنه بألفين بإذن المعير وافتكه المالك بألفين لا يرجع على الراهن بأكثر من ألف، وليس للمستعير أن ينتفع بالرهن ولا أن يستعمله قبل الرد ولو بعد الفكك، فإن فعل ضمن. ولو هلك المستعار عند المستعير قبل أن يرهنه أو بعد أن افتكه، فلا ضمان عليه. ولو هلك المستعار في يد المرتهن بعد قضاء دينه، يرد ما قبض على الراهن، ويدفع الراهن ذلك المقدار إلى المعير، (انظر «مجمع الضمانات» ٦٧ - ٦٨).

التزام المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة:

الرهن لا يلزم ولا يدخل في ضمان المرتهن إلا بالقبض، فإذا قبض المرتهن العين المرهونة، فقدّر الدين من المرهون ومضمون على المرتهن، والباقي أمانة في يده^(١). ومعنى ذلك أن هناك التزامين في ذمة المرتهن، التزاماً بتحقيق غاية هو رد قدر الدين من المرهون سالماً إلى الراهن، والتزاماً ببذل عناية هو حفظ باقي العين بالعناية المألوفة من الشخص المعتاد. فإذا هلكت العين في يد المرتهن، فإن كان الهلاك بغير تعد منه، فقد قام بتنفيذ التزامه ببذل عناية الشخص المعتاد. وقد أدخل في الوقت ذاته بتنفيذ التزامه برد قدر الدين من المرهون، فإن هذا التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ولا يتم تنفيذه إلا برد هذا القدر ولا يعتد بالأسباب التي تحول دون ذلك،

(١) والسبب في ذلك أنه يضع يده على العين لتحقيق مصلحة لنفسه هي التوثيق للدين، فیده يد ضمان يقدر الدين

بقدر مصلحته، ثم هو يحفظ العين في باقيها للراهن، فیده على الباقي يد أمانة.

والضمان هنا يكون بسقوط الدين إذا كان لم يدفع أو برده إذا كان قد دفع. وإن كان هلاك المرهون بتعد من المرتهن، فقد أخل بالالتزامين معاً، وكان ضامناً للعين في دفع قيمتها أو مثلها، ويبقى حقه في المطالبة بالدين.

ويلاحظ في التزامي المرتهن السالفي الذكر ما يأتي:

١ - عند زفر الرهن مضمون بالقيمة فلو أن القيمة يوم رهن ألف وخمسمائة والدين ألف، رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة، والمعتبر قيمة المرهون يوم القبض لا يوم الهلاك بالاتفاق، حتى لو كانت قيمته يوم القبض ألفاً وقد رهن بها وكانت يوم الهلاك خمسمائة بتراجع السعر، ذهب بالدين كله، والرهن بعد الهبة والإبراء أمانة استحساناً لا يضمن إلا بالتعدي، وبعد الإيفاء مضمون، فلو وهب المرتهن الدين من المدين أو أبرأ منه، ثم هلك الرهن في يده بلا حبسه، يهلك بغير شيء استحساناً، خلافاً لزفر، ولو استوفى المرتهن الدين كله أو بعضه بإيفاء الرهن أو بإيفاء متطوع، ثم هلك في يده، يهلك بالدين ويجب عليه رد ما قبض إلى من قبضه منه، الراهن أو المتطوع.

٢ - المرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده الذي في عياله وخادمه الذي في عياله، فإن حفظ غير من في عياله أو أودع المرهون ضمن. وليس للمرتهن أن يسافر بالرهن في قول أبي يوسف ومحمد، فإن فعل كان ضامناً، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة أنه لا يضمن. وإذا ألقى المرتهن الخاتم المرهون في كيسه المتخرق وضاع بالسقوط، ضمن العين المرهونة كلها لا قدر الدين فقط وإذا قال الراهن للمرتهن أعطه الدلال للبيع وخذ حقه، فدفعه إلى الدلال وهلك في يده، لا يضمن المرتهن، ولو كان الرهن شاة أو بقرة يخاف عليها الهلاك فذبحها المرتهن، ضمن قياساً. والحاصل أن كل تصرف يزيل العين عن ملك الراهن كالبيع لا يملكه المرتهن، ولو فعله ضمن وإن كان فيه حفظ المال عن الفساد، إلا إذا كان بأمر الحاكم. وكل تصرف لا يزيل العين يجوز للمرتهن أن يفعله ولو بغير أمر القاضي إذا كان فيه حفظ أو تحصين («مجمع الضمانات» ١٠٩).

٣ - ليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن، لا بالاستخدام ولا بالسكنى، إلا أن يأذن له المالك. وليس له أن يتصرف بشيء في الرهن غير الإمساك، فلا يبيع ولا يؤجر ولا يعير ولا يودع، فإن فعل كان متعدياً ولا يبطل الرهن. وإن استعمل بلا إذن الرهن وهلك حالة الاستعمال، ضمن كل قيمته وصار رهنًا مكانه، كما إذا أتلفه أجنبي وضمن القيمة، ولا يسقط شيء من الدين («مجمع الضمانات» ١٠٩). ولو كان الرهن ثوباً فلبسه المرتهن بإذن الراهن وهلك في استعماله، لا يسقط الدين، لأن استعمال المرتهن بإذن الراهن كاستعمال الراهن ولو هلك باستعمال الراهن لا يسقط شيء من الدين. ولو رهن ثوباً يساوي عشرين درهماً بعشرة دراهم، فلبسه المرتهن بإذن الراهن فانتقص منه ستة دراهم، ثم لبسه مرة أخرى بغير إذن الراهن وانتقص أربعة دراهم، ثم هلك الثوب وقيمه عند الهلاك عشرة، قالوا يرجع المرتهن على الراهن بدرهم واحد ويسقط من دينه تسعة دراهم، ووجه ذلك أن الدين إذا كان عشرة دراهم وقيمة الثوب يوم الرهن عشرون كان نصف

الثوب مضموناً بالدين ونصفه أمانة، وصار كل درهمين هنا بدرهم، فإذا انتقص من الثوب بلبسه بإذن الراهن ستة لا يسقط شيء من الدين، لأن لبس المرتهن بإذن الراهن كلبس الراهن فلا يكون مضموناً على المرتهن. وما انتقص بلبسه بغير إذن الراهن وهو أربعة دراهم مضمون على المرتهن. فما وجب على المرتهن وهو أربعة دراهم تصير قصاصاً بقدرها من الدين. فإذا هلك الثوب وقيمته بعد النقصان عشرة نصفها مضمونة ونصفها أمانة، فبقدر المضمون يصير المرتهن مستوفياً دينه، وبقي من دينه درهم واحد، فلهذا يرجع على الراهن بدرهم واحد («مجمع الضمانات» ١١٠).

٤ - إذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليعمل له عملاً فقبضه، لم يبطل الرهن، ولكن يخرج من ضمان المرتهن، فإن هلك في يد الراهن، هلك بغير شيء. وللمرتهن أن يسترجه إلى يده، لأن عقد الرهن باقٍ إلا في حكم الضمان في الحال. وكذا لو أعاره أحدهما أجنبياً بإذن الآخر، سقط حكم الضمان، ويبقى عقد الرهن فلكل منهما أن يردّه رهناً كما كان، وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرهما أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن، فلا يعود إلا بعقد مبتدأ، حتى لو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء. وثمن المرهون المبيع رهن مكانه. وكذا لو باع العدل المضمون يخرج من أن يكون رهناً، ويصير الثمن رهناً مكان الأول مقبوضاً كان الثمن أو لم يكن، وإذا توى كان من مال المرتهن. ولو استأجره مرتته جاز، وبطل الرهن لوجود القبض للإجارة، حتى لا يكون للمرتهن أن يعود في الرهن، فيهلك أمانة لو لم يحبسه عن رهنه بعد مضي الإجارة، ولو أجر المرتهن من الرهن الراهن لا تصح الإجارة، ويكون للمرتهن أن يعود في الرهن ويأخذه. ولو رهن المرتهن الرهن الأجنبي بإذن الراهن، يخرج عن الرهن الأول، وصار كأن المرتهن الأول استعار مال الراهن الأول للرهن فرهنه. ولو رهنه مرتته بلا إذن رهنه لم يجز، وللراهن إبطاله، ولو هلك فالراهن الأول لو شاء ضمن الأول وضمانه ضمان رهن ويهلك في يد الثاني بدين الضامن إذ ملكه بضمانه فكأنه رهن ملك نفسه، ولو ضمن الثاني فضمانه ضمان رهن عند الأول ويبطل الرهن عند الثاني ويرجع الثاني على الأول بما ضمن بدينه («مجمع الضمانات» ١٠٣ - ١٠٥).

٥ - جناية الراهن على الرهن مضمونة، وجناية المرتهن على الرهن تسقط من دينه بقدرها. فإذا استهلك الراهن الرهن، فإن كان الدين حالاً أخذ منه كل الدين، وإن كان مؤجلاً أخذ منه قيمته فتكون رهناً مكانه إلى حلول الأجل. ولو استهلكه أجنبي. فالمرتحن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهناً في يده، ولو استهلكه المرتحن وكان الدين مؤجلاً، غرم القيمة وكانت رهناً في يده حتى يحل الأجل، فإذا حل الدين استوفى المرتحن منها قدر حقه ورد الفضل إن كان («مجمع الضمانات» ١١٤).

التزام الوكيل بحسن إدارة أعمال الموكل:

يلتزم الوكيل فيما يلتزم به نحو موكله أن يقوم بالعمل المنوط به وأن يبذل فيه عناية الرجل المعتاد، فإذا انحرف عن السلوك المألوف في تنفيذ الوكالة كان متعدياً وضمن.

ويلاحظ فيما يتعلق بهذا الالتزام ما يأتي:

١ - إذا وكل المالك وكيلاً في البيع ولم يذكر له أن يؤجل الثمن، فالمألوف في التعامل أن يكون الثمن معجلاً، فلو أجله الوكيل انحرف عن المألوف في التعامل، وكان للموكل أن يطالبه بالثمن في الحال، ولو قبض الوكيل الثمن زيوفاً وتجاوز بها صح عليه، ويضمن لموكله مثل دراهمه لو علم وقت قبضه، وإلا فلا يضمن («مجمع الضمانات» ٢٤٦). ويجوز للوكيل إذا لم يعين المالك الثمن؛ أن يبيع بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة، وقال الصحابان لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز إلا بالدرهم والدنانير والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها، ولا يجوز فيما لا يتغابن الناس في مثله («مجمع الضمانات» ٢٤٩). وجاء في «مجمع الضمانات» (٢٥١): «رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم وأمره بأن يشتري له حنطة ويزرعها، فاشتري المأمور حنطة فزرعها في وقت لا يخرج الزرع. قالوا إن كان اشتراها الوكيل في أوان الزراعة وزرعها في غير أوانها، يجوز الشراء على الأمر، وعلى المأمور مثل تلك الحنطة لأنه صار مستهلكاً بالقائها في الأرض في غير أوان الزراعة وإن كان اشتراها في غير أوان الزراعة، كان المأمور مشترياً لنفسه، فيضمن دراهم الأمر، لأن الأمر بالشراء للزراعة مقيد بأوان الزراعة كالأمر بشراء الجمد والفحم».

٢ - الوكيل في عقد وكيل في حقوق هذا العقد حتى لو نهاه الموكل، فلا يكون متعدياً ولا يضمن إذا قام بمستلزمات العقد. فالوكيل بالبيع إذا باع، ونهاه الموكل عن قبض الثمن إلا بحضوره الشهود أو إلا بمحضر فلان أو نهاه عن قبض الثمن، لا يصح نهيه، وله أن يقبض الثمن بغير شهود وبغير محضر فلان («مجمع الضمانات» ٢٤٧).

٣ - ما يقبضه الوكيل لحساب الموكل أمانة في يده، إن هلك بغير تعد فقد هلك على الموكل. جاء في «مجمع الضمانات» (٢٤٩): «رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يشتري له بها عبداً، فوضع الوكيل الدراهم في منزله، وأراد أن يأخذ الدراهم ليدفعها إلى البائع، فإذا الدراهم قد سرقت وهلك العبد في منزله. فجاء البائع وطلب منه الثمن، وجاء الموكل فطلب منه العبد، كيف يفعل؟ قالوا يأخذ الوكيل من الموكل ألف درهم ويدفعها إلى البائع والعبد والدراهم هلكا في يده على الأمانة. قال الفقيه أبو الليث هذا إذا علم بشهادة الشهود أنه اشترى العبد وهلك في يده، أما إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله فإنه يصدق في نفي الضمان عن نفسه ولا يصدق في إيجاب الضمان على الأمر». والوكيل بالشراء إذا قبض الثمن فهلك عنده، إن كان قبض الثمن من الموكل قبل الشراء يكون أمانة، سواء هلك قبل شراء الوكيل وبعده، وإن قبض الثمن من الموكل بعد الشراء يهلك مضموناً، فلو وكل إنساناً بالشراء ودفع إليه المال، فاشتري الوكيل ولم ينقد الثمن حتى هلك، يرجع عليه مرة أخرى، فإن هلك ثانياً لا يرجع بذلك («مجمع الضمانات» ٢٥٣). والوكيل بالشراء إذا أخذ السلعة على سوم الشراء فأذاها للموكل فلم يرض وردها على الوكيل، فهلك قبل أن يردها على البائع، ضمن الوكيل قيمة السلعة للبائع، ولا يرجع بها على الموكل إذا لم يكن الموكل أمره بالأخذ على سوم الشراء، والأمر بالشراء لا يكون أمراً بالأخذ على سوم الشراء، فإن كان الأمر أمر بالأخذ على سوم الشراء، فهلك عند الوكيل، كان للوكيل أن يرجع بها على الموكل («مجمع الضمانات» ٢٥٨).

٤ - الوكيل بقبض الثمن أو الأجرة لو وكل من ليس في عياله بقبض ذلك جاز، إذ حق القبض للوكيل فله تفويضه إلى غيره. لكن الوكيل يضمن للأمر لو هلك في يد وكيله قبل أن يصل إلى الوكيل الأول، كقبضه بنفسه ثم دفعه إلى من ليس في عياله («مجمع الضمانات» ٢٦٢).

٥ - الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له، إلا أن يبيعه بأكثر من القيمة. وقال صاحبان يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده ومكاتبه («مجمع الضمانات» ٢٦١).

المطلب الثاني

الضرر في الفقه الإسلامي

فكرة الضرر في الفقه الإسلامي فكرة محدودة ضيقة:

يختلف الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي اختلافاً بيناً في تحديد معنى الضرر. ففي الفقه الغربي يعرض عن كل ضرر مادي أو أدبي. وفي الضرر المادي يعرض عن كل ما يحمله الدائن من خسارة وما فاته من ربح، ولو كان ذلك عن منفعة أو عن عمل أو عن أي أمر آخر. وقد رأينا أنه لا يشترط في الضرر إلا أن يكون مباشراً، وإلا أن يكون في المسؤولية العقدية ضرراً متوقفاً على التفصيل الذي قدمناه.

أما في الفقه الإسلامي فإنه يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالياً متقوماً في ذاته، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطي بدلاً عنه. فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل. إلا في استثناءات محدودة سيأتي ذكرها. ومن باب أولى لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن أي ربح فات، إذا لم يكن هناك مال متقوم في ذاته ضاع على الدائن فيأخذ من المدين مثله أو قيمته فلو ضمن المدين داراً، دفع قيمتها، ولا يدفع ما خسره صاحب الدار من الانتفاع بها مدة من الزمن، ولا ما فاته من كسب لو باعها بقيمتها واشترى صفقة رابحة.

ويزيد في التضييق من فكرة الضرر في الفقه الإسلامي قاعدتان معروفتان فيه، نعرض لهما في إيجاز، وهما:

١ - الخراج بالضمان.

٢ - الأجر والضمان لا يجتمعان.

الخراج بالضمان:

نصت المادة ٨٥ من المجلة على أن «الخراج بالضمان»، يعني أن من يضمن شيئاً لو تلف، ينتفع به في مقابلة الضمان. مثلاً لو رد المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد استعمله مدة، لا تلزمه أجرته، لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله، أي إن خسارته كانت راجعة عليه».

ويقول الأستاذ سليم باز (٥٧) في التعليق على هذا النص: «الخارج ما خرج من الشيء، فخارج الشيء ثمرة، وخارج الحيوان دره ونسله. ومن فروع هذه القاعدة ما سيأتي في خيار العيب من أن الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل، كالكسب والغلة، لا تمنع الرد بالعيب، وتسلم للمشتري. ولا يضر حصولها له مجاناً لأنها لم تكن جزءاً من المبيع، فلم يملكها بالثمن إنما ملكها بالضمان (أشباه)».

الأجر والضمان لا يجتمعان:

نصت المادة ٨٦ من المجلة على أن «الأجر والضمان لا يجتمعان». فإذا جاوز المستأجر المشروط بوجه يوجب الضمان، كما إذا استأجر دابة إلى محل معين فجاوز هذا المحل وهلك الدابة فلزمه الضمان، لم يجتمع الأجر مع الضمان فلا أجر على المستأجر. أما لو سلمت الدابة فيلزمه الأجر المسمى لأنه استوفى المنفعة المعقود عليها وزيادة، ولا أجر عليه لزيادة المسافة لأنه في هذه الزيادة كان ضامناً للدابة.

وقد يصل القياس في هذه القاعدة إلى حد الغرابة، ولذلك يعدل عنه إلى الاستحسان. فإذا استأجر عيناً لغرض معين، فاستعملها لغرض آخر، فالقياس أنه لا يضمن ولا أجر عليه، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان. فإذا فرض أن العين لم يصبها ضرر من استعمالها في الغرض الآخر، فإنه لا يضمن شيئاً ولا يجب عليه الأجر، ولذلك قيل إنه يجب الأجر في هذه الحالة استحساناً لا قياساً. وقد جاء في «مجمع الضمانات» (٣٥): «لو أقعد بها قصاراً فانهدمت من عمله ضمن، ولا يجب الأجر فيما ضمن.. ولو لم ينهدم شيء من القصارة لا يجب الأجر قياساً، ويجب المسمى استحساناً».

ويلاحظ أن هناك قاعدة ثالثة في الفقه الإسلامي تكمل القاعدتين السابقتين، وتقضي بأن الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه. فهل يمكن أن نقرن هذه القاعدة الأخيرة بالقاعدة التي تقضي بأن الأجر والضمان لا يجتمعان، فيكون الضابط في عدم اجتماع الأجر والضمان أن يقع الضمان فعلاً، فيدفع المدين قيمة الشيء أو مثله، ويعتبر مالاً له من يوم قبضه، وتكون منافعه له كماله، فلا يجب عليه الأجر إذا صح هذا التصوير، وجب القول بأن الأجر والضمان لا يجتمعان في حالة وجوب الضمان فعلاً. أما إذا لم يجب الضمان، فمجرد احتمال تحمل تبعه الهلاك لا يمنع من الأجر، ويكون اجتماع الأجر واحتمال تحمل التبعة في هذه الحالة آتياً على سبيل القياس.

ونأتي، بعد ما قدمناه، بتطبيقات تبين متى يعرض عن الضرر في الفقه الإسلامي، وأخرى تبين متى لا يعرض عنه.

متى يعرض عن الضرر في الفقه الإسلامي؟:

قدمنا أن الضمان يجب فيه أن يكون المضمون مالاً متقوماً في ذاته، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطي بدلاً عنه.

فالعين المأجورة قيمة أو مثلية، وهي مال متقوم في ذاته، تكون محلاً للضمان، فإذا تلفت

أو ضاعت في يد المستأجر، وكان ذلك بتعديه أو تعمده، وجب عليه الضمان، فلو استأجر دابة ليحمل عليها الحطب إلى المصر، فحملته وصدمت حائطاً فوقعت في النهر، وكان الطريق وعراً ويعلم المستأجر أن قر الحطب لا يمر سالماً في الغالب من هذا الطريق، ضمن الدابة لصاحبها. ويكون الضمان بدفع قيمة الدابة. وكذلك يدفع القيمة كلها لو ضرب الدابة فماتت من الضرب أو ساقها بعنف وشدة فهلكت. ولو استأجر ثوباً فلبسه على خلاف المعتاد فتحرق الثوب، ضمن نقصان قيمته بأن يقوم سالماً ثم يقوم مخروفاً فيضمن التفاوت ما بين القيمتين.

ولو تلفت العين المستأجر فيها أو المودعة أو المعارة بتعدي الأجير الخاص أو المشترك أو بتعدي المودع عنده أو بتعدي المستعير، أو تلفت العين المسلمة على سوم الشراء مع بيان ثمنها ولو بغير تعد، ضمن المدين قيمتها أو مثلها أو نقصان القيمة بحسب الأحوال. ولو ضرب الراعي الشاة فقفاً عينها أو كسر رجلها، ضمن نقصان القيمة. ولو أعطى الخياط قماشاً وقال إن خرج قباء فصله، فقال الخياط إنه يخرج ثم فصله، ولكنه لم يخرج قباء. كان لصاحب القماش أن يضمن الخياط قماشه، وذلك بأن يستبقي الخياط القماش له ولا يأخذ أجراً على عمله ثم يعطي صاحب القماش مثل قماشه أو قيمته.

متى لا يعوض عن الضرر في الفقه الإسلامي:

فإذا لم يكن المضمون مالاً متقوماً في ذاته، فإن الفقه الإسلامي لا يعوض عن الضرر.

وأهم تطبيق لهذا المبدأ هو عدم ضمان المنافع في الفقه الإسلامي، لأنها أموال غير متقومة في ذاتها، وذلك على التفصيل الآتي: الأصل أن المنفعة - كسكنى الدار وركوب الحيوان وعمل الأجير - من قبيل الأعراض، فهي ليست مالاً متقوماً في ذاته حتى يجب فيه الضمان. ولا تقوم المنفعة إلا بعقد كعقد الإيجار، فعند ذلك تستحق الأجرة عن المنفعة، لا بحكم الضمان، بل بحكم العقد الذي قومها. ومن ثم لا تكون المنفعة مضمونة بالغصب إذ لا عقد هنا يقومها. وقد جاء في «مجمع الضمانات» (٢٤١): «لو اشترى طاحونة فكانت في يده مرة، ثم استحقها رجل، فليس له أن يطالب المشتري بغلات الطاحونة، لأنه ليس من أجزاء المبيع بل كسبه وفعله. سئل حافظ الدين البزازي عن رجل اشترى كرمًا فقبضه، وتصرف المشتري فيه ثلاث سنين أو أكثر أو أقل، ثم استحق الكرم المذكور رجل آخر فأقام بينة وأخذه بقضاء القاضي. ثم طلب المستحق من المشتري الغلة التي تصرف فيها المشتري، هل يجب على المشتري رد الغلة أم لا؟ ولو كان الكرم خراباً حتى اشترى، وعمر المشتري وأنفق في عمارته من قطع الكرم وإصلاح السواقي وبناء الحيطان ومرمته، فازدادت قيمة الكرم وصار يساوي ضعف الثمن أو أضعافه، هل يوضع من الغلة مقدار ما أنفق أم لا؟ فأجاب إن كانت الغلة قائمة في يد المقضي عليه وقت القضاء وعلم القاضي بها ردها إلى المقضي له، وهو متبرع بما أنفق. ولو هالكة وخارجة عن ملكه وقت القضاء به فلا، نص عن محمد في مشتمل الأحكام».

استثناءات ثلاثة يعوض فيها عن المنافع في الفقه الإسلامي:

ولما كانت هذه النظرة إلى المنافع نظرة صناعية محضة، وهي نظرة ضيقة لم تلاحظ فيها

الاعتبارات العملية، فقد وسع الفقه الحنفي منها قليلاً باستثناءات ثلاثة:

أولاً: إذا استخدم شخص صغيراً بدون إذن وليه، كان للصغير متى بلغ أن يأخذ أجر مثل خدمته عن تلك المدة، ولو توفي الصغير فلورثته أن يأخذوا أجر مثل المدة من مستخدم الصغير (م ٥٩٩ المجلة). ذلك أن عقد إيجار الأشخاص هنا لا ينفذ لأنه انعقد دون إذن الولي، فلا يستطيع الصغير أن يرجع بالأجر المسمى في العقد على مستأجره. فأعطى للصبي عند بلوغه أن يرجع بالتعويض على مستأجره عن العمل الذي قام به له. وهذا العمل يعتبر في الفقه الإسلامي منفعة الآدمي فيرجع بأجر المثل لا بالأجر المسمى، وكان الأصل ألا تعويض عن المنفعة، ولكن أجاز التعويض هنا رعاية للصغير، والظاهر أنه إذا أجاز الولي عقد الإيجار. أو بلغ الصبي وأجاز العقد رجع الصبي على مستأجره بالأجر المسمى بموجب العقد، لا بأجر المثل بموجب الضمان.

ثانياً: إذا كان المال مال وقف أو مال صغير، فحينئذ يلزم من يستولي عليه ضمان المنفعة أي أجره المثل. فلو سكن شخص دار آخر مدة بدون عقد إيجار لا تلزمه الأجرة، لكن إن كانت تلك الدار وقفاً أو مال صغير لزمه أجر مثل المدة التي سكنها في كل حال (م ٥٩٦ من المجلة).

ويقول الأستاذ سليم باز (٣١٩) تعليقاً على المادة ٥٩٦ من المجلة: «ولا فرق فيما إذا كان الوقف موقوفاً للسكنى أو للاستغلال أو لغيرهما كالمسجد؛ فقد أفتى العلامة المقدسي في مسجد تعدى عليه رجل وجعله بيت قهوة بلزوم أجر مثله مدة شغله، كذا في الخيرية والحامدية. وبناء عليه إذا ضبط أحد تغلباً ومستقلاً طاحونة مشتركة بينه وبين وقف أو صغير وتصرف فيها مدة، كان للمتولي أو للوصي بعد استخلاص حصة الوقف أو اليتيم أن يغرم الغاصب أجره المثل بالغة ما بلغت، كما في «الخانية». وكذا لو كان للوقف دار بشروط السكنى فيها لاثنتين، فضبط أحدهما تلك الدار وسكنها مدة تغلباً ومستقلاً بدون إذن الآخر، كان للمتولي أن يغرمه أجر مثل حصة رفيقه عن المدة كلها».

ثالثاً: إذا كان المال معداً للاستغلال، فيلزم من يستولي عله ضمان المنفعة أي أجر المثل إذا لم يكن الاستيلاء عليه بتأويل ملك أو عقد، فإذا كانت الدار دار كراء ولم يكن ثمة تأويل ملك أو عقد، يلزم أجر المثل، ومثل ذلك لو استعمل واحد دابة الكراء بدون إذن صاحبها لزمه أجر المثل (م ٥٩٦ المجلة). ذلك أن المستولي باستيلائه على مال بدون تأويل عقد أو ملك مع علمه أنه معد للاستغلال يكون بمثابة من قبل استئجار هذا المال من صاحبه، ولما لم يكن هناك أجر متفق عليه كان الواجب أجر المثل.

ويخلص من ذلك أن هناك شروطاً ثلاثة لضمان المنفعة في الحالة الثالثة التي نحن بصدددها:

١ - أن يكون المال معداً للاستغلال، كالخان والحمام ودار الكراء.

٢ - وأن يكون المستولي على المال عالماً أنه معد للاستغلال، فلو لم يعلم بذلك لم يجب عليه الضمان. ولكن إذا طالبه المالك بالأجرة فسكت وبقي ساكتاً، يلزمه الأجر الذي سماه المالك، لأنه بسكنائه يكون راضياً بالأجر.

٣ - وألا يكون المستولي على مال قد استولى عليه بتأويل ملك أو عقد فلا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل ملك ولو كان معداً للاستغلال، فلو اشترى حانوتاً أو خاناً أو طاحونة أو نحو ذلك من الأموال المعدة للاستغلال. وتصرف فيه مدة، ثم استحقه رجل، لا يلزم المشتري أجر المدة لأنه إنما تصرف فيه على أنه ملكه. ولو تصرف أحد الشركاء بالاستقلال في المال المشترك بدون إذن شريكه، فليس للشريك الآخر أن يطالبه بأجرة حصته، لأنه استعمله على أنه ملكه. ولو غصب رجل دار آخر، سواء كانت معدة للاستغلال أو غير معدة، وسكنها مدة على أنها ملكه، لم يجب عليه الأجر للمالك، لأنه سكن الدار على أنها ملكه. كذلك لا يلزم ضمان المنفعة من مال استعمل بتأويل عقد، وإن كان معداً للاستغلال. فلو باع واحد من آخر حانوتاً يملكه بالاشتراك مع غيره بدون إذن شريكه، وتصرف فيه المشتري مدة، ثم لم يجز البيع الشريك الآخر واسترد حصته من المبيع، فليس له أن يطالب بأجرة حصته وإن كان الحانوت معداً للاستغلال، لأن المشتري استعمله بتأويل عقد هو عقد البيع. وكذلك لو ارتهن رجل حانوتاً وتصرف فيه مدة، ثم بان الحانوت لغير الراهن، فليس للمستحق أن يضمن المرتهن أجر المثل، لأنه استعمل الحانوت بتأويل عقد الرهن (الأستاذ سليم باز ٣٢١).

هذه هي الاستثناءات الثلاثة التي أقرها المذهب الحنفي. وعند الشافعي منافع المغصوب مضمونة، جاء في «مجمع الضمانات» (١٣٠): «ومنافع الغصب لا تضمن عندنا، سواء استوفاهما الغاصب أو عطله ولم يستعمله. فإذا استعمل عبداً أو حرّاً قهراً أو أمسكه زماناً ولم يستعمله، لا تضمن شيئاً عندنا، خلافاً للشافعي، من الحقائق. ولو استعمل المغصوب بأن كان عبداً فأجره، فالأجرة له ولا تطيب له فيتصدق بها. وكذا لو ربح بدراهم الغصب، كان الربح له ويتصدق به. ولو دفع الغلة إلى المالك، حل للمالك تناولها كما في الهداية. وفي «الأشباه» منافع الغصب لا تضمن إلا في ثلاث مال اليتيم ومال الوقف والمعد للاستغلال».

اتجاه ملحوظ في الفقه الإسلامي نحو التعويض عن المنفعة:

ويخلص مما قدمناه أن هناك تيارات ملحوظة في الفقه الإسلامي تتجه إلى ضمان المنافع. الشافعي يجعلها مضمونة في الغصب؛ والحنفية يجعلون الأجرة والربح للغاصب، ولكن ذلك لا يطيب له ويجب عليه أن يتصدق به، ولو دفعت الغلة إلى المالك حل له تناولها. وهذا يقرب من فكرة الالتزام الطبيعي في الفقه الغربي، فيكون في ذمة الغاصب للمغصوب منه التزام طبيعي أن يرد له غلة المغصوب فإذا ردها حل للمالك تناولها لأنه إنما يستولي على حقه ولا يجوز للغاصب استردادها منه بعد أن ردها إليه، وإذا لم يردها لم تطب له ووجب عليه التصديق بها. هذا إلى أن المذهب الحنفي يجعل المنافع مضمونة في حالات ثلاث، وإذا كان هذا المذهب قد أقر الحالتين الأوليين - أجر الصغير وأجر مال الوقف ومال الصغير - لأسباب إنسانية ولحماية الوقف، فإن الثالثة - أجر المال المعد للاستغلال - قد أقرها لأسباب فنية، ومن ثم فهي الحالة التي نقف عندها. وخلاصة القول فيها أن الأصل في المذهب الحنفي أن المستولي على مال غيره لا يضمن منفعته، لأن المنفعة لا تتقوم إلا بالعقد فهي ليست مالاً متقوماً في ذاته. ولكن الفقه الحنفي، ابتغاء توسيع

هذه القاعدة الضيقة، افترض عقد إيجار ضمني. إذا وضع المسؤول يده على مال الغير المعد للاستغلال وهو يعلم ذلك ولم يضع يده كمالك أو بتأويل عقد آخر. وينقض افتراض الإيجار الضمني أن يكون المال غير معد للاستغلال، أو يكون معداً له ولكن المستولي يعلم ذلك، أو كان يعلم ولكنه وضع يده على المال بتأويل عقد آخر غير الإيجار الضمني أو بتأويل ملك مما يتعارض مع افتراض الإيجار الضمني. فعقد الإيجار المفترض هذا - وقد أقيم بحيث لا يتعارض مع الملاسات والظروف - صناعة فقهية أريد بها التوسيع من قاعدة ضيقة جامدة. فمن هنا يجب أن يستمر التطور، بحيث يفترض الإيجار في كل الظروف، ثم يترك هذا الفرض بتاتاً ويقال مباشرة بتقوم المنافع: وهذا هو ما فعله التقنين المدني العراقي، فقد وصل في مراحل هذا التطور إلى المرحلة الأخيرة.

تقوم المنافع ووجوب التعويض عنها في التقنين المدني العراقي:

سار التقنين المدني العراقي في مراحل التطور إلى غايتها، وأصبح يضاهي الفقه الغربي في تقويم المنافع ووجوب التعويض عنها في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية. بل هو قد وضع القاعدة العامة المقررة في الفقه الغربي من وجوب أن يشمل التعويض كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، متى كان هذا نتيجة طبيعية لإخلال المدين بالتزامه، أي متى كان الضرر نتيجة مباشرة للخطأ. ونص صراحة كذلك على أن حق التعويض يتناول الضرر الأدبي، فلا يقتصر على الضرر المادي، وعلى أن الأجر والضمان قد يجتمعان. ونورد النصوص الواردة في هذا المعنى:

م (١٦٩) عراقي:

- ١ - إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالمحكمة هي التي تقدره.
- ٢ - ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ من العقد، سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل. ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به.
- ٣ - فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً، فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت».

م (٢٠٥) عراقي:

- ١ - يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك. فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض.
- ٢ - ويجوز أن يقضي بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب.
- ٣ - ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير، إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو

حكم نهائي».

م (٢٠٧) عراقي:

- ١ - تقرر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع.
- ٢ - ويدخل في تقرير التعويض الحرمان من منافع الأعيان، ويجوز أن يشتمل الضمان على الأجر».

م (٢٠٩) عراقي:

- ١ - تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً.
- ٢ - ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للمحكمة، تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر، أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض».

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

في الفقه الإسلامي

السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي وأثره في الضمان:

نبحث في الفقه الإسلامي عما يقابل السبب الأجنبي في الفقه الغربي، ثم ننظر في أثر السبب الأجنبي في الضمان.

١ - السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي

يمكن أن نجد في الفقه الإسلامي ما يقابل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وكثيراً ما يسمى بالآفة السماوية، ثم نجد أن خطأ المضرور أو خطأ الغير، وكثيراً ما يسمى بفعل الأجنبي، له أثر كبير في الضمان.

ويمكن القول بوجه عام إن عبء إثبات السبب الأجنبي يكون على الدائن إذا كانت يد المدين يد أمانة.

القوة القاهرة أو الآفة السماوية:

يبدو من نصوص الفقه الإسلامي أن هناك ما يقابل القوة القاهرة في الفقه الإسلامي، ويطلق عليه في بعض النصوص عبارة «الآفة السماوية». وقد رأينا أن ما يصيب الثمرة من السماء يسمى «بالجائحة»، وهو ضرب من ضروب الآفات السماوية تناولناه عند الكلام في نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.

ومن التطبيقات التي وردت في نصوص الفقه الإسلامي للآفة السماوية وللجائحة هلاك الشاة بآفة سماوية، وأكل الذئب للغنم بشرط أن يتعدد الذئب أما الواحد فيمكن للراعي مقاومته، والحريق الغالب، وغرق السفينة وأمر السلطان، وسقوط الآنية بغير فعل المدين، وانزلاق الحيوان، والبرد، والقحط، والعفن، والعطش.

ويظهر من النصوص أن الآفة السماوية هي أمر ليس في الإمكان الاحتراز عنه، ولا في الوسع توقعه، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وهذا هو عين ما قررناه في الفقه الغربي.

ونورد بعض النصوص في هذا المعنى: «الأجير المشترك إنما يضمن ما جنت يده بشرائط ثلاثة:

أحدها: أن يكون في وسعه دفع ذلك الفساد، حتى لو غرقت السفينة من موج أو جبل صدمها، أو زلق الحمال إذا زحمة الناس وانكسر الدن، أو مات المختون من ذلك لا يضمن. .» «مجمع الضمانات» (٢٨).

«أما إذا هلكت (شاة) عند السقي بآفة سماوية، فلا يضمن (الراعي). وفي «البزازية» لو أكل الذئب الغنم والراعي عنده، إن كان الذئب أكثر من واحد لا يضمن لأنه كالسرقة الغالبة، وإن كان واحداً ضمن لأنه تمكن المقاومة معه فكان من جملة ما يمكن الاحتراز عنه بخلاف الزائد على الواحد» «مجمع الضمانات» (٢٩ - ٣٠).

«الأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالقصار والصباغ، فله أن يعمل للعمامة، ومن هذا سمي مشتركاً. والمتاع أمانة في يده، إن هلك بغير عمله لم يضمن، ولا أجر له، عند أبي حنيفة. وعندهما إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب لا يضمن» («مجمع الضمانات» ٢٧).

«استأجر جوالقاً ليحمل فيه شيئاً وأخذ الجوالق، فأخذه السلطان ليحمل له حملاً فذهب الحمال واشتغل بما أمره به السلطان، فسرق الجوالق. فلو لم يجد، الحمال بدأ من أمر السلطان وخاف العقوبة بترك ذلك لم يضمن، لأنه مضطر فلا يجب الحفظ. ولو له بد من أن يشتغل بذلك الحمل، ضمن بترك الحفظ. وحمال زلق رجله يضمن، وقيل ينبغي ألا يضمن قياساً على من استأجرت ثوباً لتلبسه فتخرق من لبسها فإنها لا تضمن من الفصولين. وفي القنية من صاحب المحيط والصحيح عدم الضمان. وكذا مسألة القصعة لا يضمن إن سقطت حال الانتفاع بها. وفي «الخلاصة» استأجر قدراً، فلما فرغ حملها على الحمار، ذهب بها إلى صاحبها، فزلق الحمار فانكسرت، لا يضمن إن كان حماراً يطبق ذلك وإن كان الرد على المؤجر إلا أن العادة أن المستأجر يحمل» («مجمع الضمانات» ٢٣ - ٢٤).

خطأ المضرور:

إذا كانت يد المدين يد أمانة، وهلك الشيء بخطأ الدائن أي خطأ المضرور، لم يضمن المدين الهلاك، فقد قام بواجبه من الحفظ. والهلاك قد حدث بسبب أجنبي عنه وهو خطأ المضرور.

وإذا كانت يد المدين يد ضمان، كيد البائع قبل تسليم المبيع، فالأصل أن البائع يضمن هلاك المبيع قبل القبض حتى لو حدث الهلاك بسبب أجنبي وهذا ما لم يكن السبب الأجنبي هو خطأ المشتري أي خطأ المضرور. فإذا كان الهلاك بخطأ المشتري، ولو قبل قبض المبيع، لم يضمن البائع. ونرى من ذلك أن خطأ المضرور عندما تكون يد المدين يد ضمان أبعد أثراً من خطئه عندما تكون يد المدين يد أمانة.

جاء في «مجمع الضمانات» (٢٣٦): وذكر في المتن رجل اشترى سمناً ودفع إلى البائع ظرفاً وأمره بأن يزن فيه، وفي الظرف خرق لا يعلم به المشتري والبائع يعلم به، فتلف، كان التلف على البائع ولا شيء له على المشتري. وإن كان المشتري يعلم به والبائع لا يعلم، أو كانا يعلمان جميعاً، كان المشتري قابضاً للمبيع وعليه جميع الثمن. «وإن هلك المبيع (قبل القبض) بفعل المشتري، فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقاً أو بشرط الخيار له. وإن كان البيع فاسداً أو بشرط الخيار للبائع، لزم المشتري ضمان مثل المبيع إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً» (سليم باز في شرح المادة ٢٩٣ من المجلة ص ١٥٠). وتفسير ذلك أنه في الحالة الأولى يتخلص البائع من التزامه بنقل ملكية المبيع وتسليمه إلى المشتري، إذا أصبح تنفيذ التزامه هذا مستحيلًا بفعل المضرور نفسه، فتنتفي علاقة السببية بين فعل البائع والضرر الذي أصاب المشتري، فيهلك المبيع على المشتري بثمنه. أما في الحالة الثانية فالبائع الذي له الخيار يفسخ البيع بحكم الخيار، والبائع بعقد فاسد يفسخ البيع بحكم الفساد، ويبقى المشتري مسؤولاً عن هلاك المبيع لأنه هو الذي تسبب في هذا الهلاك، فيرجع البائع عليه بمثله أو بقيمته.

خطأ الغير:

إذا كان هلاك الشيء بفعل أجنبي، انتفت علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فلا يضمن المدين. فإذا سرقت العارية من المستعير، فلا يضمن، لأن السرقة بفعل أجنبي ولا يد له فيها، وإذا تعدى السلطان على الوديعة مهدداً المودع عنده بأذى لا يطيقه، لم يضمن المودع عنده تعدي السلطان إذ يعتبر هذا التعدي فعل الأجنبي. وإذا هلك الوديعة بفعل عدو مكابر، كان هذا فعل الأجنبي، ولم يضمن المودع عنده.

ونورد نصوصاً فيما تقدم: «استعار ثوباً من رجل، ثم طلب المعير أن يرده فقال المستعير نعم هو ذا أدفعه إليك، ثم فرط في الدفع حتى مضى شهر، فسرق من المستعير. قال إن كان المستعير عاجزاً عن الرد وقت الطلب، لا ضمان عليه. وإن كان قادراً على الرد فإن أظهر المعير السخط والكراهة في الإمساك ضمن المستعير، وكذلك إذا لم يظهر السخط ولا الرضا لأن الرضا لا يثبت بالشك، وإن صرح بالرضا لا يضمن». («مجمع الضمانات» ٦٦). «رجل أودع عند فامي ثياباً، فوضعها الفامي في حانوته. وكان السلطان يأخذ الناس بمال في كل شهر جعله وظيفة عليهم، فأخذ السلطان ثياب الوديعة من جهة الوظيفة ورهنها عند غيره فسرقته. قالوا إن كان الفامي لا يقدر على منع السلطان من رفعها لا يضمن لأنه أمين، ويضمن المودع لأنه مرتهن الغاصب، فيخير المالك إن شاء ضمن السلطان وإن شاء ضمن المرتهن. رجل في يديه مال إنسان،

فقال له السلطان الجائر إن لم تدفع إلي هذا المال حبستك شهراً أو ضربتك ضرباً، لا يجوز له أن يدفع المال، فإن دفع كان ضامناً. وإن قال له إن لم تدفع إلي المال أقطع يدك أو أضربك خمسين سوطاً فدفع إليه، لا يكون ضامناً، لأن دفع مال الغير إلى الحائر لا يجوز إلا أن يخاف تلف عضوه والضرب المتوالي يخاف منه التلف» («مجمع الضمانات» ٧٤). «المتاع أمانة في يده (يد الأجير المشترك)، إن هلك بغير عمله لم يضمن، ولا أجر له، عند أبي حنيفة. وعندهما إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه، كالعدو المكابر والحريق الغالب. لا يضمن» («مجمع الضمانات» ٢٧).

وفي كل ما قدمناه كانت يد المدين يد أمانة، فلا يحمل المدين تبعة فعل الأجنبي. أما إذا كانت يد المدين يد ضمان، كيد البائع قبل قبض المبيع، وهلك المبيع بفعل أجنبي، فالهلاك على البائع وتحمل هذا تبعة فعل الأجنبي لأن التزامه التزام بتحقيق غاية، وهذا بخلاف فعل المضرور أي فعل المشتري فقد رأينا فيما قدمناه أن البائع لا يحمل تبعته. جاء في «مجمع الضمانات» (٢١٨) «إذا اشترى حطباً، فلما ذهب في الطريق غصب الحطب من البائع فهو على البائع، لأن على البائع تسليم المبيع إلى المشتري».

٢ - أثر السبب الأجنبي في الضمان

التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي:

لتبين أثر السبب الأجنبي في الضمان، يجب التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي. ويمكن تأصيل هذا التمييز الهام بمراعاة الأسس الآتية.

أولاً: الأصل أن المالك إذا جمع إلى الملك الحيازة، تحمل تبعة الهلاك، وهذا أساس بديهي.

ثانياً: فإذا انفصلت الحيازة عن الملك، وكانت في يد غير يد المالك، فسواء انتقلت الحيازة بعقد كالإيجار والعارية والوديعة، أو بإذن كما في سوم الشراء، أو بغير إذن كما في الغصب، فإن الحائر يحمل تبعة الهلاك إذا كانت يده يد ضمان ويكون التزامه برد الشيء إلى ماله التزاماً بتحقيق غاية، ويحمل المالك تبعة هلاك الشيء إذا كانت يد الحائر يد أمانة ويكون التزام الحائر برد الشيء إلى ماله التزاماً ببذل عناية.

ثالثاً: وتعتبر يد الحائر يد ضمان إذا كان يجوز الشيء لمصلحة نفسه، فالغاصب يده يد ضمان لأنه يجوز المغصوب كما لك له، والقابض على سوم الشراء مع تعيين الثمن يجوز الشيء لمصلحة نفسه لأنه يجوز الشيء بقصد شرائه لنفسه. أما إذا كان الحائر يحوز الشيء لمصلحة المالك، فإن يده تكون يد أمانة، فالمستأجر يده يد أمانة لأنه يحوز العين المؤجرة لحفظها لمصلحة المؤجر أما منفعة العين فيقبضها لمصلحة نفسه، وكذلك المستعير، والمودع عنده يده يد أمانة لأنه يحوز الوديعة لمصلحة المودع، والمرتهن يده على المرهون يد ضمان بمقدار الدين لأنه يحوز هذا القدر لمصلحة نفسه توثيقاً لدينه، ويده يد أمانة فيما جاوز الدين لأنه يحوز هذا القدر لحفظه لمصلحة المالك.

رابعاً: إلا أنه إذا كان شخص قد كسب الملكية بعقد كما في البيع، فإذا هلك المبيع قبل التسليم فقد انفسخ البيع، واعتبر البائع هو المالك والحائز في وقت واحد وذلك منذ البداية، فتحمل تبعة الهلاك.

وقد عالج التقنين المدني العراقي يد الأمانة ويد الضمان نقلاً عن الفقه الحنفي في النصوص الآتية:

م (٤٢٦): إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه، بعقد أو بغير عقد، وهلك دون تعد أو تقصير، فإن كانت اليد يد ضمان، هلك الشيء على صاحب اليد. وإن كانت يد أمانة، هلك الشيء على صاحبه.
م (٤٢٧):

- ١ - تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه. وتكون يد أمانة إذا حاز للشيء لا بقصد تملكه، بل باعتباره نائباً عن المالك.
- ٢ - وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه.
م (٤٢٨):

إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد، كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان. وتنقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس.
ويمكن القول إنه إذا كانت يد المدين يد أمانة، فإن التزامه يكون التزاماً ببذل عناية وإذا كانت يده يد ضمان، فإن التزامه يكون التزاماً بتحقيق غاية.

السبب الأجنبي ينفي الضمان في يد الأمانة لا في يد الضمان:

والسبب الأجنبي لا ينفي الضمان في الفقه الإسلامي إلا إذا كانت يد المدين يد أمانة. فالمستعير والمستأجر والمودع عنده والوكيل والشريك وغيرهم ممن يده يد أمانة، تنتفي المسؤولية عنهم ولا يضمنون إذا هلك الشيء بسبب أجنبي، بل يكفي في كثير من الأحوال لانتفاء المسؤولية أن يكون الهلاك بغير فعل المدين، وهي مرتبة أدنى من السبب الأجنبي. وعبء الإثبات على الدائن، فإذا ادعى أن الهلاك كان بفعل المدين، فعليه هو إثبات ذلك كما سبق القول.

أما إذا كانت يد المدين يد ضمان، كيد البائع قبل تسليم المبيع وكما في ضمان الاستحقاق أو العيب وفي تسليم منافع العين المؤجرة، فإن الالتزام يصبح التزاماً بتحقيق غاية، فلا ينتفي الضمان حتى بالسبب الأجنبي. ذلك أن الفقه الإسلامي يكتفي في هذه الأحوال بفسخ العقد كما قدمنا، ولا يوجب فوق الفسخ تعويضاً آخر، فلم يمنع السبب الأجنبي من الفسخ. أما في الفقه الغربي فهناك تعويض فوق الفسخ، وهذا التعويض وحده هو الذي يمتنع بالسبب الأجنبي، ويبقى الفسخ لا يمنعه السبب الأجنبي. ومن ثم لا يوجد فرق عمل في هذه المسألة بين الفقهاء الإسلامي والغربي. ولكن يلاحظ في الفقه الإسلامي أنه إذا كان السبب الأجنبي هو خطأ

المضرور، فإنه يمنع الفسخ كما قدمنا، وما دام السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي لا ينفي الضمان إذا كانت يد المدين يد ضمان، فلا جدوى من إثباته، لأنه حتى لو ثبت لا يرفع الضمان، ومن ثم لا محل للتساؤل عما يقع عليه عبء الإثبات هنا، كما فعلنا في حالة ما إذا كانت يد المدين يد أمانة.

الباب الثالث
زوال العقد

تمهيد

الأسباب المختلفة لزوال العقد

المقصود بزوال العقد:

المقصود بزوال العقد هنا هو أن ينحل العقد بعد أن انعقد صحيحاً نافذاً وقبل أن يتم تنفيذه، فنستبعد من بحثنا هذا إذن أمرين:

الأمر الأول: زوال العقد بالتنفيذ أو بالانقضاء (extinction). فالعقد ينقضي عادة بتنفيذ الالتزامات التي ينشئها تنفيذاً عينياً أو تنفيذاً عن طريق التعويض. فالعقد الفوري، ولو كان مؤجل التنفيذ، ينقضي بتنفيذ ما ينشأ عنه من الالتزامات، فينقضي البيع مثلاً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسلمه للعين ودفع الثمن والوفاء بالضمان وجميع الالتزامات الأخرى التي تنشأ عن العقد. وكل هذه الالتزامات، إذا حل وقت الوفاء بها، تنفذ فوراً، جملة واحدة أو على أقساط. والعقد الزمني انقضاؤه معقود بانقضاء الزمن لأن الزمن عنصر جوهري فيه، فالإيجار ينقضي بانقضاء المدة المحددة، فإذا لم تحدد له مدة انقضى بإنهائه من أحد المتعاقدين مع مراعاة ميعاد الأخطار الذي يعينه القانون أو الاتفاق. وكالإيجار الشركة وعقد العمل، وقد يبقى العقد حتى بعد انتهاء مدته، ويكون هذا إجراء استثنائياً يقضي به القانون في ظروف استثنائية، كما في التشريعات الخاصة بعقود إيجار المباني عند اشتداد أزمة المساكن عقب حرب أو نحو ذلك. وقد ينقضي العقد حتى قبل انتهاء مدته. بموت أحد المتعاقدين إذا روعيت شخصيته عند التعاقد، كما في الشركة والمزارعة والإيجار التي تراعى فيه شخصية المستأجر.

والأمر الثاني: إبطال العقد (annulation)، ذلك أن الإبطال يرد على عقد غير صحيح أو عقد غير نافذ، وكلامنا هنا في زوال العقد الصحيح النافذ. ففي الفقه الغربي، قد يكون العقد باطلاً وهذا عقد غير موجود، فلا محل للكلام في زواله وهو لم يوجد، وقد يكون العقد قابلاً للإبطال لنقص في الأهلية أو لعيب في الإرادة، فيزول بأن يبطله المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته. قد سبق الكلام في كل ذلك. وفي الفقه الإسلامي، قد يكون العقد باطلاً، وهو عقد غير موجود كما في الفقه الغربي فلا يرد عليه الزوال. وقد يكون العقد فاسداً، فيزول بالفسخ من أحد المتعاقدين. وقد يكون موقوفاً فإذا لم تلحقه الإجازة بطل وزال، وقد تقدم تفصيل مسائل البطلان في الفقه الإسلامي وهي مسائل لا شأن لنا بها هنا.

ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز في زوال العقد (disparition) بين زواله بالانقضاء (extinction)، وزواله بالإبطال (annulation)، وزواله بالانحلال (dissolution)، ولا شأن لنا في هذا البحث بالانقضاء ولا بالإبطال، وإنما يتركز البحث في الانحلال. والفرق بين الانحلال والانقضاء أن الانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبل أن يتم تنفيذه، والانقضاء لا يكون إلا بعد

تمام التنفيذ. والفرق بين الانحلال والإبطال أن الانحلال يرد على عقد نشأ صحيحاً نافذاً ثم ينحل بأثر رجعي أو دون أثر رجعي، أما الإبطال فيرد على عقد نشأ غير صحيح أو غير نافذ ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال^(١).

ونرى مما تقدم أن منطقة انحلال العقد، وهي موضوع بحثنا هذا، تتحدد في العقد الصحيح النافذ يزول حتى قبل أن ينفذ أو قبل أن يتم تنفيذه.

أسباب انحلال العقد في الفقه الغربي:

وانحلال العقد، بالمعنى الذي حددناه، يقع في الفقه الغربي للأسباب التي يقرها القانون أو باتفاق المتعاقدين. والأسباب التي يقرها القانون لانحلال العقد أهمها الإلغاء بإرادة منفردة (résiliation unilatérale) والفسخ (résolution) والانحلال باتفاق المتعاقدين هو التقابل أو الإقالة (résiliation conventionnelle).

والإلغاء بإرادة منفردة يجعله القانون في بعض العقود تارة من حق كل من العاقدين، وطوراً من حق أحدهما دون الآخر. ففي الوكالة يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة، كما يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن التوكيل. وفي العارية يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء العارية، كما يجوز للمعير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضائها في أحوال معينة. وفي الوديعة يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده، كما يجوز للمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع. وفي الشركة يجوز للمحكمة أن تقضي بحلها بناء على طلب أحد الشركاء لسبب خطير يسوغ الحل، كما يجوز لأي شريك إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة؛ وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها. هذا ضرب من العقود جعل القانون فيه حق الإلغاء بإرادة منفردة في يد كل من المتعاقدين. وهناك ضرب آخر من العقود يجعل القانون فيه هذا الحق في يد أحد المتعاقدين دون الآخر. ففي المقاولة لرب العمل - دون المقاول - أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. وفي القرض إذا اتفق على الفوائد، كان للمدين - دون الدائن - إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان. وفي عقد التأمين على الحياة يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية - دون المؤمن - أن يتحلل في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة. ويجوز له أيضاً، متى كان قد دفع ثلاثة

(١) والعقد، في حالة الإبطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعي، لا يزول فحسب، بل يعتبر كأن لم يكن.

أقسام سنوية على الأقل، أن يصفي التأمين بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع، هذا ما لم يكن التأمين مؤقتاً، وفي الهبة يجوز للواهب - دون الموهوب له - أن يرجع في الهبة متى استند في ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع.

بقي من أسباب انحلال العقد في الفقه الغربي الفسخ والإقالة، وهذان نستبقيهما لبحث تفصيلي، مع مقارنتهما بنظيريهما في الفقه الإسلامي.

أسباب انحلال العقد في الفقه الإسلامي:

وانحلال العقد على النحو الذي حددناه، يقع في الفقه الإسلامي لأحد أسباب ثلاث:

١ - إما لأن العقد غير لازم.

٢ - وإما للفسخ.

٣ - وإما للإقالة.

وقد بسطنا تفصيلاً فيما تقدم متى يكون العقد غير لازم، وذكرنا أن العقد يكون غير لازم بطبيعته، كما في الوكالة والعارية والوديعة والشركة والقرض والهبة. وهذا ما يقابل في الفقه الغربي حق إلغاء العقد بإرادة منفردة. وقد يكون العقد غير لازم لاقتترانه بخيار من الخيارات التي يقرها الفقه الإسلامي، من ذلك الخيارات الأربعة المعروفة - خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب - ومن ذلك أيضاً خيار الوصف وخيار الغلط وخيار التدليس وخيار الغبن وخيار تفريق الصفقة. أما خيار القبول وخيار المجلس فهما خياران يتعلقان بانعقاد العقد لا بعدم لزومه.

فيبقى إذن عندنا من أسباب انحلال العقد في الفقه الإسلامي السببان اللذان استبقيناها في الفقه الغربي «وهما الفسخ والإقالة»، وهما اللذان نتولى بحثهما تفصيلاً مع المقارنة بالفقه الغربي كما تقدم القول.

الفسخ والإقالة:

خلص لنا إذن هذان السببان في انحلال العقد، لنعقد فيما يلي موازنة فيهما بين أحكام الفقه الغربي وأحكام الفقه الإسلامي.

ونلاحظ بادئ ذي بدء أن الفسخ نظرية يعالجها الفقه الغربي في إسهاب واستفاضة، فهي عنده نظرية عامة تنطبق على جميع العقود الملزمة للجانبين؛ أما الفقه الإسلامي فيقتضب الفسخ اقتضاباً ظاهراً، فليس عنده فيه نظرية عامة، بل يجريه على بعض العقود دون بعض وفي بعض حالات دون حالات أخرى وعلى العكس من ذلك الإقالة، فالفقه الغربي ليس عنده نظرية خاصة في الإقالة، ويقتصر على تطبيق القواعد العامة فيها، إذ الإقالة عقد كسائر العقود. أما الفقه الإسلامي فيفيض في الإقالة ويتبسط في مسائلها حتى لتبدو نظرية معقدة في حاجة إلى مزيد من النظر والتمعن.

الفصل الأول

الفسخ

الفرع الأول

الفسخ

في الفقه الغربي

الفسخ والمسؤولية العقدية:

هناك اتصال بين الفسخ والمسؤولية العقدية، فكلاهما جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي. فإذا كان العقد ملزماً للجانبين، وأخل أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، وجاز له أن يطالب بالتعويض ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس استبقائه والمطالبة بالتعويض جزاء الإخلال بالالتزام وهذه هي المسؤولية العقدية التي فصلنا أحكامها فيما تقدم، على أنه إذا صح لأحد المتعاقدين أن يحاسب الآخر على عدم القيام بالتزامه إما من طريق الفسخ وإما من طريق المسؤولية العقدية، فإن الطريق الأول مفتوح دائماً حيث يسد الطريق الثاني في بعض الأحوال، إذ يتفق أن يكون عدم قيام المدين بالتزامه راجعاً إلى سبب أجنبي فتنتفي مسؤوليته العقدية، ولكن يبقى الفسخ، بل إن العقد في هذه الحالة يفسخ بحكم القانون كما سنرى.

أساس نظرية الفسخ:

وليست نظرية الفسخ بالنظرية التي تبده العقل القانوني فيسلم بها بادية ذي بدء، بل هي ثمرة تطور طويل. فقد كان القانون الروماني يأبى التسليم بها، وكان العقد الملزم للجانبين في هذا القانون ينشئ التزامات مستقلة بعضها عن بعض دون أن يكون بينها تقابل أو ارتباط. فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالب بالتنفيذ، ولا يستطيع أن يتحلل هو من التزامه عن طريق الفسخ، ولكن الرومان بعد تطور أفسحوا لفكرة الفسخ مجالاً ضيقاً في عقد البيع بعد أن أصبح هذا العقد رضائياً، فأدخلوا فيه شرطاً صريحاً (lex commissoria) يجعل الحق للبائع في فسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن^(١)، وكذلك فعل فقهاء القانوني الفرنسي القديم، وقد قالوا بجواز الفسخ حتى لو لم يوجد شرط صريح، ولكن الفسخ كان لا يتم

(١) وسنرى أن الفقه الإسلامي، كالقانون الروماني، لا يعرف الفسخ نظرية عامة، وإنما أعطى البائع خيار النقد يشترطه في البيع، فيفسخه بموجبه إذا لم يستوف الثمن في ثلاثة أيام.

إلا بحكم قضائي. وساعد على ذلك ظهور نظرية السبب في القانون الكنسي على النحو الذي قدمناه، فقد ربطت فكرة السبب ما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، لا عند تكوين العقد فحسب، بل أيضاً عند تنفيذه ومن ثم يكون الفسخ. ثم أخذت فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة تبرز بوضوح على أيدي فقهاء القانون الطبيعي حتى أصبحت أمراً مسلماً، وقامت نظرية الفسخ على أساسها. ولكن التقنين المدني الفرنسي عندما نقل قاعدة الفسخ نقلها متأثرة بالصياغة الرومانية فذكر في المادة (١١٨٤) أن الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً في العقود الملزمة للجانبين في حالة ما إذا لم يقر أحد المتعاقدين بما في ذمته من التزام. وهو لم يرد بهذا أكثر من أن يقرر القاعدة التي تقضي بجواز فسخ العقد إذا لم يقر المدين بالتزامه، أما ذكر الشرط الفاسخ فهو مجرد تشبيه حملته عليه الاعتبارات التاريخية التي قدمناها.

وليس صحيحاً أن نظرية الفسخ تقوم على أساس الشرط الفاسخ الضمني، ولو صح هذا لترتب عليه أنه بمجرد عدم قيام المدين بالتزامه يتحقق الشرط فيفسخ العقد من تلقاء نفسه. وهذا غير صحيح، لأن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي أو باتفاق صريح، وللقاضي في الأصل حق التقدير فيجيب طلب الفسخ أو يرفضه، وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد فيتوقى الحكم بالفسخ. وللدائن أن يعدل عن المطالبة بفسخ العقد إلى المطالبة بتنفيذه، كل ذلك على النحو الذي سنبينه فيما يلي:

ولا نميل إلى اتخاذ نظرية السبب أساساً لنظرية الفسخ، كما تذهب إلى ذلك النظرية التقليدية في السبب، فقد سبق أن انتقدنا هذه النظرية وقلنا إن السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد، فلا علاقة له بفسخ العقد.

ونؤثر أن نجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط (interdépendance) ما بين الالتزامات المتقابلة (réciproques) في العقود الملزمة للجانبين، إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر، فيبدو أمراً طبيعياً عادلاً أنه إذا لم يقر أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يتحلل هو أيضاً من تنفيذ التزامه وذلك بفسخ العقد.

الفسخ والدفع بعدم التنفيذ:

وهناك خطوة قبل الفسخ يستطيع الدائن أن يعتمد إليها قبل أن يطالب بفسخ العقد، وهي أن يدفع بعدم تنفيذ العقد، فيوقف من جانبه تنفيذ ما في ذمته من التزام. وهذا مجرد وقف لتنفيذ العقد لا فسخ له، ومن حق الدائن أن يبدأ إذا شاء بوقف التنفيذ فيبقى التزامه موقوفاً، قبل أن يفسخ العقد فيتخلل نهائياً من التزامه. وهذا ما يسمى بالدفع بعد تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) فالدائن مخير في العقد الملزم للجانبين، إن شاء دفع بعدم تنفيذ العقد، وإن شاء طلب فسخه.

خطة البحث:

وللفسخ صور ثلاث، فهو إما أن يكون بحكم القاضي وهذا هو الأصل، وقد يكون باتفاق

المتعاقدين، ويكون في بعض الأحوال بحكم القانون ويسمى عند ذلك انفساخاً.
فنبحث إذن:

- ١ - فسخ العقد بحكم القضاء .
- ٢ - فسخ العقد بحكم الاتفاق .
- ٣ - انفساخ العقد بحكم القانون .
- ٤ - الدفع بعدم تنفيذ العقد .

المبحث الأول الفسخ بحكم القضاء

مسائل ثلاث:

- نتكلم في مسائل ثلاث :
- ١ - شروط المطالبة بالفسخ .
 - ٢ - كيف يستعمل حق الفسخ .
 - ٣ - ما يترتب على الفسخ من أثر .

المطلب الأول شروط المطالبة بالفسخ

شروط ثلاث:

- يجب توافر شروط ثلاثة حتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد :
- ١ - أن يكون العقد ملزماً للجانبين .
 - ٢ - ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه .
 - ٣ - أن يكون المتعاقد الآخر الذي يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه، وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى .

لا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين:

العقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ بجميع أنواعه، القضائي والاتفاقي والقانوني، وهي وحدها التي يرد عليها الدفع بعدم التنفيذ، ذلك أن كلا من الفسخ بأنواعه الثلاثة والدفع بعدم التنفيذ مبني على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كما قدمنا، وليس يوجد إلا في العقود الملزمة للجانبين التي ينشأ عنها التزامات متقابلة، فهي وحدها التي تتوافر فيها حكمة الفسخ. أما العقود الملزمة لجانب واحد، كالوديعة والكفالة إذا كانتا بغير أجر والهبة إذا كانت بغير عوض، فإنه لا يمكن تصور الفسخ فيها، إذ أن طرفاً واحداً هو الملتزم، فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه

لم يكن للطرف الآخر أية مصلحة في طلب الفسخ إذ ليس في ذمته أي التزام يتحلل منه بالفسخ، بل مصلحته هي في أن يطلب تنفيذ العقد.

لا يكون الفسخ إلا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه:

إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى استحالة بسبب أجنبي، فإن التزام المدين ينقضي فينقضي الالتزام المقابل له وينفسخ العقد بحكم القانون كما سيأتي. ونرى من ذلك أنه إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً لسبب أجنبي، خرجنا من نطاق الفسخ إلى نطاق الانفساخ.

فيجب إذن. لنبقى في نطاق الفسخ، أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي، بأن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلاً بفعل المدين، أو لا يزال ممكناً ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ. ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد. بل يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ، وأن يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية.

وإذا كان عدم التنفيذ جزئياً. ويعتبر في حكم عدم التنفيذ الجزئي أن يكون التنفيذ معيياً. فإنه يبقى مع ذلك للدائن حق المطالبة بالفسخ. والقاضي في استعمال حقه في التقدير ينظر فيما إذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يبرر الحكم بالفسخ، أو يقتصر على إعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ، فإذا رأى القاضي أن عدم التنفيذ الجزئي يبرر الفسخ، بقي عليه أن يرى هل يقضي بفسخ العقد كله أو يكتفي بفسخ جزء منه مع استبقاء الجزء الآخر، ويقضي بفسخ العقد كله إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة، أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الأساسي في الالتزام.

لا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن مستعداً للقيام بالتزامه وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها:

ويجب أيضاً أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه الذي نشأ من العقد الملزم للجانبين، فليس من الحق أن يخل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام. أما إذا استحال على الدائن تنفيذ التزامه لسبب أجنبي، فإن العقد ينفسخ بحكم القانون انفساخه فيما إذا كانت الاستحالة في جانب المدين.

ولما كان فسخ العقد من شأنه أن يعيد الشيء إلى أصله، فلا بد للحكم بالفسخ أن يكون الدائن الذي يطلب ذلك قادراً على رد ما أخذ. فإذا كان قد تسلم شيئاً بموجب العقد، وباعه من آخر، فالتزامه بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ، لأنه لا يستطيع أن ينزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من تعاقد معه إذ في هذا إخلال بالتزام الضمان. وسنرى في العقود الزمنية أن الفسخ فيها لا يمس ما سبق تنفيذه من هذه العقود، فليس من الضروري إذن للمطالبة بفسخها أن يرد الدائن ما سبق تنفيذه. أما إذا كان المدين هو الذي استحال عليه أن يرد الشيء إلى أصله، فإن ذلك لا يمنع من الفسخ، ويقضي على المدين في هذه الحالة بالتعويض كما سيأتي.

المطلب الثاني

كيف يستعمل حق الفسخ

إعذار المدين:

يجب على الدائن، قبل المطالبة بفسخ العقد، أن يعذر المدين مطالباً إياه بالتنفيذ. على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذاراً. ولكن يختلف رفع الدعوى غير مسبوق بإعذار عن رفعها مسبقاً بإعذار، من الناحية العملية، في الوجوه الآتية:

١ - رفع الدعوى غير مسبوق بإعذار إذا ترتب عليه أن يبادر المدين إلى التنفيذ بمجرد رفع الدعوى، يمنع من الحكم على المدين بالمصروفات، لأنه لم يعذر قبل رفع الدعوى وبمجرد رفع الدعوى بادر إلى التنفيذ.

٢ - سبق الإعذار على رفع الدعوى يجعل القاضي أكثر استجابة لطلب الفسخ.

٣ - ويجعله أقرب إلى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ.

ويلاحظ أنه لا ضرورة لإعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه، أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو امتناع عن عمل وأخل به المدين.

صدور حكم بالفسخ:

مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه وإعذار المدين إياه لا يقتضي بذاته فسخ العقد، بل لا بد للفسخ من صدور حكم قضائي بذلك. وهنا يظهر الفرق ما بين الفسخ القضائي والفسخ بحكم الاتفاق والانسفاخ بحكم القانون. ففي الفسخ بحكم الاتفاق والانسفاخ بحكم القانون، يكون الحكم كاشفاً عن الفسخ وليس منشئاً له. أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشئ للفسخ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال التصرف، فلا يجوز للوصي المطالبة به من غير إذن المحكمة.

السلطة التقديرية - والخيار بين الفسخ والتنفيذ:

وإذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ، فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً بل يكون هنا خيار بين الفسخ والتنفيذ، وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي.

فالدائن، بعد أن يرفع دعوى الفسخ، له أن يعدل قبل الحكم عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ، كما أنه إذا رفع دعوى التنفيذ له أن يعدل عنه إلى الفسخ. على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ في طلب واحد، لأنهما أمران متعارضان. كل هذا ما لم يكن قد نزل عن أحد الطرفين، ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب منهما نزولاً منه عن الطلب الآخر.

وللمدين كذلك، قبل النطق بالحكم النهائي، أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ، ولا يبقى في هذه الحالة إلا أن يقدر القاضي ما إذا كان هناك محل لتعويض الدائن عن تأخر المدين في تنفيذ

التزامه، وبخاصة إذا كان الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى. فيسوغ إذن للمستأجر أن يمنع الحكم بفسخ الإيجار إذا عرض عرضاً حقيقياً دفع الأجرة المستحقة قبل صدور الحكم النهائي، وللمشتري أن يتدارك فسخ البيع بعرض الثمن قبل صدور الحكم النهائي.

كذلك القاضي ليس محتتماً عليه أن يحكم بالفسخ، بل إن له في ذلك سلطة تقديرية واسعة. فقد يحكم بالفسخ إذا رأى الظروف تبرر ذلك، وقد يرفض الحكم بالفسخ ويكتفي بتعويض، وقد يمنع المدين أجلاً لتنفيذ التزامه. ومما يحمل القاضي على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو إهماله في ذلك إهمالاً واضحاً، رغماً من إعدار الدائن له قبل رفع الدعوى. ومما يحمله على استبقاء العقد والاكتفاء بتعويض أن يكون ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته. ومما يحمله على إعطاء المدين أجلاً للتنفيذ أن يكون للمدين عذر في تأخره عن التنفيذ، أو أن يكون الدائن لم يصبه إلا بضرر بسيط من جراء هذا التأخر، أو أن يكون الدائن سيء النية في طلب الفسخ كما إذا أراد البائع لأرض انتهاز فرصة تأخر المشتري قليلاً في دفع جزء من الثمن ليفسخ الصفقة بعد أن ارتفع ثمن الأرض.

الفروق بين الفسخ والإبطال:

ويجب التمييز بين فسخ العقد وإبطاله، إذ توجد الفروق الآتية بين الفسخ والإبطال:

١ - يرجع سبب الفسخ إلى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، بينما يرجع سبب الإبطال بوجه عام إلى نقص في الأهلية أو إلى عيب في الإرادة. ومن ثم ينشأ العقد القابل للفسخ صحيحاً، أما العقد القابل للإبطال فلا ينشأ صحيحاً، فتقوم القابلية للإبطال عند تكوين العقد بينما تقوم القابلية للفسخ عند تنفيذه. ويترتب على أن العقد القابل للفسخ ينشأ صحيحاً أنه إذا كان عقداً زمنياً وفسخ، يبقى العقد صحيحاً إلى وقت الفسخ، وتكون الأجرة المستحقة حتى هذا الوقت مضمونة بامتياز المؤجر كما سئرى. أما إذا كان العقد الزمني قابلاً للإبطال وأبطل، فإنه لا يكون صحيحاً منذ البداية، ويكون المستحق عن المدة السابقة على الحكم بالإبطال تعويضاً لا أجرة، فلا يكلفه امتياز المؤجر.

٢ - فسخ العقد موكول إلى تقدير القاضي كما بينا، أما إذا توافر سبب الإبطال فالقاضي ليست له سلطة تقديرية ولا يملك إلا الإبطال.

٣ - دعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقدم بها، فتقدمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق في الفسخ، ويكون ذلك عادة عند الإعدار، وهذا بخلاف دعوى الإبطال، فقد رأينا أنها تتقدم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال.

المطلب الثالث

ما يترتب على الفسخ من أثر

القاعدة العامة:

إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها وقت العقد. فإذا استحال ذلك جاز

الحكم بتعويض. وهذه قاعدة عامة في جميع أنواع الفسخ، سواء كان الفسخ بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون. والعقد المفسوخ ينحل. لا من وقت النطق بحكم الفسخ فحسب، بل من وقت نشوء العقد. فالفسخ له أثر رجعي، ويعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن، ويسقط أثره حتى في الماضي، وإذا كان هذا مفهوماً في الفسخ بحكم الاتفاق أو بحكم القانون، حيث يقتصر الحكم بالفسخ على تقرير أن العقد مفسوخ فلا ينشئ الفسخ، فإنه أيضاً مفهوم في الفسخ بحكم القاضي ولو أن الحكم هنا منشئ للفسخ لا كاشف عنه. ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً وأن يكون له أثر رجعي، فالحكم بالشفعة حكم منشئ ولكنه ينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم.

والحكم بالفسخ له هذا الأثر الرجعي فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة إلى الغير.

أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين:

ينحل العقد ويعتبر كأن لم يكن كما قدمنا، وتجب إعادة كل شيء إلى ما كان عليه قبل العقد.

فإذا كان العقد بيعاً وفسخ. رد المشتري المبيع إلى البائع، ورد البائع الثمن إلى المشتري. ويرد المشتري المبيع بثمراته، ويرد البائع الثمن بفوائده القانونية، وذلك كله من وقت المطالبة القضائية. وإذا هلك المبيع، وكان المشتري هو الذي يطالب بالفسخ، لم يجب إلى طلبه إذ تتعذر عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قدمنا، ولكنه يستطيع المطالبة بتعويض على أساس المثولية العقدية. أما إذا كان البائع هو الذي يطالب بالفسخ، وهلك المبيع في يد المشتري، فإن كان الهلاك بخطأ المشتري، حكم عليه بالتعويض مع فسخ العقد إذ استحال الرد عينا. وإن كان الهلاك بسبب أجنبي، لم يكن المشتري مسؤولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة، فلا يتصور أن البائع يبقى على طلب الفسخ، وخير له في هذه الحالة أن يستبقي البيع ويطلب بالثمن.

وللدائن الذي أجيب إلى فسخ العقد أن يرجع فوق ذلك بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطئه لتعمد أو إهمال. والتعويض هنا يبنى على المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية، فإن العقد بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض.

وإن كان العقد زمنياً، كالإيجار، وفسخ، لم يكن لفسخه أثر رجعي، لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصى على هذا الأثر. ذلك أن العقد الزمني يقاس محله بالزمن، فالزمن معقود عليه، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه. ويترتب على ذلك أن المدة التي انقضت من عقد الإيجار قبل فسخه تبقى محتفظة بآثارها، ويبقى عقد الإيجار قائماً طول هذه المدة، ويعتبر العقد مفسوخاً من وقت الحكم النهائي بفسخه لا قبل ذلك. وتكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض، فيبقى لها ضمان امتياز المؤجر.

أثر الفسخ بالنسبة إلى الغير:

ينحل العقد بالنسبة إلى الغير بأثر رجعي أيضاً. فإذا كان العقد بيعاً، وباع المشتري العين إلى

مشتري ثان أو رتب عليها حقاً عينياً كحق ارتفاق أو حق انتفاع، ثم طالب البائع بفسخ البيع وأجيب إلى طلبه، رجعت العين إليه خالية من هذه الحقوق. ويشترط في العقار أن يكون البائع قد سجل صحيفة دعوى الفسخ قبل أن يسجل متلقى الحق من المشتري حقه، فإذا كانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت بعد ذلك اشترط أن يكون متلقى الحق من المشتري عالماً بسبب الفسخ وقت أن تلقى حقه.

المبحث الثاني

الفسخ بحكم الاتفاق

متى يكون الاتفاق على الفسخ - التدرج في هذا الاتفاق:

قد يتفق المتعاقدان على الفسخ عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه. فإذا تم هذا الاتفاق بعد أن يخل المتعاقد بالتزامه فعلاً، ويقع ذلك غالباً في ثانيا إجراءات التقاضي بأن يرفع الدائن دعوى الفسخ فيعلنه المدين بقبول الفسخ قبل صدور الحكم في الدعوى، كان هذا بمثابة تقابل ذي أثر رجعي، ويحل الاتفاق في هذه الحالة محل الحكم وله أثره، ما لم يكن هناك توافق بين المتعاقدين للإضرار بحقوق الغير.

ولكن الغالب في العمل أن المتعاقدين يتفقان على الفسخ مقدماً وقت صدور العقد. وقد أظهر العمل أن المتعاقدين يتدرجان في اشتراط الفسخ عند إنشاء العقد. فأدنى مراتب هذا الشرط هو الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم يقيم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته. وقد يزيدان في قوة هذا الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه. بل قد يتدرجان في القوة إلى حد الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم. ثم قد يصلان إلى الذروة فيتفقان على أن يكون العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار أو دون حاجة إلى إنذار.

ونبحث الآن حكم كل شرط من هذه الشروط مستهدين في ذلك بما جرى عليه القضاء.

الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً:

الغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط إلا أن يقررا في ألفاظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ. وعلى هذا لا يعني هذا الشرط عن الإعذار. ولا عن الالتجاء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ. ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يتحتم عليه الحكم بالفسخ، وله أن يعطي المدين مهلة لتنفيذ التزامه إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك. بل إن هذا الشرط لا يسلب المدين حقه من توقي الفسخ، إذا هو قام بتنفيذ التزامه، فهذا الشرط إذن لم يغير من قواعد الفسخ التي قدمناها شيئاً وإنما هو تعبير صريح من المتعاقدين عن أنهما يريدان تطبيق هذه القواعد، وترديد لها في عبارة واضحة.

الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه:

يفسر هذا الشرط في أغلب الأحوال على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية، فلا يستطيع إعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه، ولا يملك إلا الحكم بالفسخ، فيصبح الحكم بالفسخ محتماً كالحكم بالإبطال. ولكن الشرط لا يعفى من إعدار المدين، ولا من رفع الدعوى بالفسخ، ويكون الحكم منشأً للفسخ لا كاشفاً عنه، كما هو الأمر في الفسخ القضائي.

الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم:

وهذا الشرط معناه أن فسخ العقد يقع من تلقاء نفسه إذا أخل المدين بالتزامه، فلا حاجة لرفع دعوى بالفسخ ولا لحكم ينشئ فسخ العقد. وإنما ترفع الدعوى إذا نازع المدين في أعمال الشرط وادعى أنه قام بتنفيذ التزامه فيقتصر القاضي في هذه الحالة على التحقيق من أن المدين لم ينفذ التزامه، فإذا تحقق من ذلك حكم بالفسخ، ولكن حكمه يكون كاشفاً عن الفسخ لا منشأً له.

ولا يعفي الشرط من إعدار المدين، فإذا أراد الدائن أعمال الشرط وجب عليه تكليف المدين بالوفاء، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بعد هذا الإعدار يفسخ العقد من تلقاء نفسه على النحو الذي بيناه.

على أنه لا شيء يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ العقد بدلاً من فسخه، فإن الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد الدائن ذلك، ويبقى هذا الخيار بين الفسخ والتنفيذ، وإلا كان الدائن واقعاً تحت رحمة المدين إن شاء هذا ما ظل في تنفيذ التزامه فيفسخ العقد.

الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار:

هذا هو أقصى ما يصل إليه شرط الفسخ من قوة. وفي هذه الحالة يكون العقد مفسوخاً بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به، دون حاجة إلى إعدار المدين، ولا إلى حكم بالفسخ إلا ليقرر أعمال الشرط على النحو الذي بيناه فيما تقدم، ويكون الحكم إذن كاشفاً عن الفسخ لا منشأً له. ولكن للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب أعماله. فإذا اتفق الطرفان على مد الأجل، فقد ترى المحكمة أن مد الأجل قد جعل الالتزام يتجدد، فيبطل أثر شرط الفسخ الذي كان موجوداً، فلا يجوز للدائن التمسك به بعد أن تم التجديد. وإذا قبل الدائن قبض أقساط تأخر فيها المدين عن الميعاد، ثم تمسك بحقه في الفسخ عندما تأخر المدين عن ميعاد قسط آخر، فقد ترى المحكمة أن تساهل الدائن فيما مضى يحمل على أنه غير متمسك بشرط الفسخ.

ويلاحظ هنا أيضاً أن الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه، وإلا كان تحت رحمة المدين إذا شاء هذا جعل العقد مفسوخاً بامتناعه عن تنفيذ التزامه، ويترتب على ما تقدم أن العقد لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك، ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ إذا كان الدائن لم يتمسك به. ومن ثم نرى أن شرط الفسخ الذي نحن بصددده هو وسط بين الفسخ القضائي والانسحاب بحكم القانون، فهو أعلى من الفسخ القضائي في أن الحكم يكون

كاشفاً عن الفسخ لا منشأً له، وهو أدنى من الانفساخ بحكم القانون في أن العقد لا يفسخ فيه إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك.

ما يترتب على الفسخ الاتفاقي من أثر:

إذا فسخ العقد بحكم الاتفاق، في أية صورة من الصور التي تقدم ذكرها، سواء كان الفسخ بحكم منشئ أو بحكم كاشف أو بغير حكم أصلاً، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض. وينحل العقد بأثر رجعي، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير، وذلك فيما عدا العقود الزمنية، كل هذا على التفصيل الذي تقدم بيانه عند الكلام في أثر الفسخ بحكم القاضي.

المبحث الثالث

انفساخ العقد بحكم القانون

انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه:

ينقضي الالتزام إذا استحال تنفيذه بسبب أجنبي كما قدمنا. أما إذا استحال تنفيذ الالتزام عيناً بغير سبب أجنبي، فإن الالتزام لا ينقضي بل ينقلب إلى تعويض، وقد سبق بيان ذلك.

وفي العقد الملزم للجانبين، إذا انقضى أحد الالتزامات المتقابلة فيه بسبب استحالة تنفيذه بسبب أجنبي، انقضت الالتزامات المقابلة وانفسخ العقد، فالعقد إذن لا يفسخ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي، وما لم يثبت المدين هذا السبب الأجنبي بقي ملزماً بالعقد وحكم عليه بالتعويض.

فنستعرض إذن حالة ما إذا كانت استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي، وحالة ما إذا كانت الاستحالة ترجع إلى هذا السبب.

استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي:

إذا استحال على المدين في العقد الملزم للجانبين تنفيذ التزامه، ولم يستطع أن يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا بد له فيه، حكم على المدين بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، وهذه هي المسؤولية العقدية التي فصلنا قواعدها فيما تقدم. فالمدين الذي لم ينفذ التزامه يكون قد ارتكب خطأ عقدياً. وهو لم يثبت السبب الأجنبي فتبقى علاقة السببية مفروضة، وبذلك تتحقق مسؤوليته العقدية على أساس قيام العقد، ويتبين من ذلك أن العقد لم يفسخ في هذه الحالة، بل على النقيض من ذلك قد بقي وتأكد وجوده إذ أصبح هو الأساس للمطالبة بالتعويض.

ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائي. فللدائن وقد أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلاً، أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه، بدلاً من أن يطلب التعويض على أساس المسؤولية العقدية. وفي هذه الحالة لا يسع القاضي إلا أن يجيبه إلى طلبه، إذ لا محل لإمهال المدين لتنفيذ التزامه بعد أن أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً، فيحكم بفسخ العقد. والحكم هنا

منشئ للفسخ لا كاشف عنه، والعقد لم يفسخ بحكم القانون بل فسخ بحكم القاضي.

استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي:

أما إذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي، فإن الالتزام ينقضي وينفسخ العقد من تلقاء نفسه كما قدمنا. والعلة في هذا واضحة، فقد انقضى التزام المدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي، فلم يعد ثمة محل للمسؤولية العقدية ليختار الدائن بينهما وبين فسخ العقد كما كان يفعل لو أن الاستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبي، فلم يبق إلا فسخ العقد. فالعقد إذن يفسخ من تلقاء نفسه، بل إنه لا محل هنا للإعذار لأن الإعذار لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكناً. ولأن التنفيذ لم يعد ممكناً لا يكون هناك أيضاً خيار للدائن بين التنفيذ والفسخ، وقد رأينا أن هذا الخيار يثبت للدائن في جميع صور الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي. كذلك لا ضرورة لحكم قضائي بالفسخ، فالعقد يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون كما قدمنا. وإذا التجأ الدائن للقضاء، فإنما يكون ذلك ليقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي أمر محقق - فقد يقوم نزاع في ذلك - وأن العقد قد انفسخ، فالحكم هنا يكشف عن الفسخ لا ينشئه، على النحو الذي رأيناه في بعض صور الفسخ الاتفاقي:

مبدأ تحمل التبعة:

فإذا انفسخ العقد بحكم القانون، كانت التبعة في انقضاء الالتزام الذي استحال تنفيذه، واقعة على المدين بهذا الالتزام. فهو لا يد له في استحالة التنفيذ لأن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي، ومع ذلك لا يستطيع أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل، فالخسارة في نهاية الأمر تقع عليه وهو الذي يتحملها. وهذا هو مبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين، ويرجع هذا إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، وهي الفكرة التي انبنى عليها انفساخ العقد.

ولو أن العقد كان ملزماً لجانب واحد، كالوديعة غير المأجورة، واستحال تنفيذ التزام المودع عنده لسبب أجنبي بأن هلك الشيء في يده بقوة قاهرة فاستحال عليه رده إلى المودع، فإن الذي يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين. والسبب في ذلك واضح، إذ الدائن - وهو هنا المودع - ليس في ذمته التزام يتحلل منه في مقابل تحلل المدين - وهو هنا المودع عنده - من التزامه. فالدائن هو الذي يتحمل الخسارة في آخر الأمر من جراء استحالة تنفيذ التزام المدين، وهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة.

فيمكن القول إذن بوجه عام إن المدين هو الذي يتحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين، والدائن هو الذي يتحملها في العقود الملزمة لجانب واحد.

الأثر الذي يترتب على انفساخ العقد بحكم القانون:

وإذا انفسخ العقد بحكم القانون، ترتب على انفساخه من الأثر ما يترتب على فسخه بحكم القانون أو بحكم الاتفاق كما سبق القول. فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد.

ولا محل هنا للتعويض، لأن المدين قد انقضى التزامه بقوة قاهرة. وكل ما سبق أن قررناه في هذا الصدد، فيما عدا التعويض، من انحلال العقد بأثر رجعي، ومن أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير، ومن انعدام الأثر الرجعي بالنسبة إلى العقود الزمنية، ينطبق هنا.

المبحث الرابع الدفع بعدم تنفيذ العقد

تاريخ القاعدة:

تقوم قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد على الاعتبار الآتي: إذا كان للدائن في العقد الملزم للجانبين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، فيتحلل بذلك من تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام، فله من باب أولى، بدلاً من أن يتحلل من تنفيذ التزامه، أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه. والفكرة التي بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي بنى عليها فسخ العقد: الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلًا للتنفيذ من جهة أخرى.

ولم يكن المبدأ معروفاً في القانون الروماني على النحو الذي عرف به فيما بعد، وإنما كان الرومان يقتصرون على إعطاء المدين الذي يطالبه الدائن بتنفيذ التزامه دون أن يقوم هو بما في ذمته من التزام بموجب عقد ملزم للجانبين، دفعاً بالغش (exception de dol). ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتي، بل كان هو الدفع بالغش المعروف في كل العقود المبينة على حسن النية. فلم يكن له اسم خاص، ولم يطلق عليه اسم الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) إلا في القانون الفرنسي القديم. فالإصطلاح ليس إذن رومانياً وإن كان لاتينياً، وقد وضعه المتأخرون من شراح القانون الروماني (postglossateurs) في العصور الوسطى بعد أن صاغوا القاعدة ونسبوها إلى القانون الروماني.

ولم يضع التقنين المدني الفرنسي، ولا التقنين المدني المصري السابق على غرارهِ، نصاً عاماً يقرر به القاعدة، بل اقتصر التقنينان على تطبيقات متفرقة للمبدأ.

أما التقنينات الحديثة، كالقنين الألماني وتقنين الالتزامات السويسري، فقد صاغت المبدأ في نص عام، وسار التقنين المدني الجديد، ومعه التقنين المدني السوري والتقنين المدني الليبي والتقنين المدني العراقي، على نهج التقنينات الحديثة، فأوردت هي أيضاً نصاً عاماً يقرر المبدأ.

ونبحث كما فعلنا في الفسخ القضائي، المسائل الآتية:

- ١ - متى يمكن التمسك بالدفع؟.
- ٢ - وكيف يكون التمسك به؟.
- ٣ - وما يترتب على التمسك به من أثر؟.

المطلب الأول

متى يمكن التمسك بالدفع بعد تنفيذ العقد

نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحق في الحبس:

الحق في الحبس يفترض شخصين، كل منهما دائن للآخر ومدين له. والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتبطة به، فيكون هذا الارتباط أساساً للحق في الحبس. فمن حاز بعقد أو بغير عقد، شيئاً مملوكاً للغير، كالمودع عنده والمستعير والمرتهن رهن حيازة والمغتصب والحائز بحسن نية، وأنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، كان له أن يرجع بهذه المصروفات على الوجه الذي بينه القانون. ومن ثم يوجد حائز الشيء ومالكه والحائز مدين للمالك برد الشيء، ودائن له باسترداد المصروفات. والارتباط واضح ما بين الالتزام برد الشيء والحق في استرداد المصروفات. لذلك يجوز للحائز أن يمتنع عن تنفيذ التزامه برد الشيء، حتى يتقاضى من المالك حقه في استرداد المصروفات. وهذا هو الحق في الحبس. وهو بهذا العموم يتسع ليدخل في نطاقه الدفع بعدم تنفيذ العقد، فالبايع مدين بتسليم المبيع ودائن بالثمن. وبين الالتزامين ارتباط واضح، فمن حقه أن يحبس العين حتى يستوفي الثمن، وهذا تطبيق للحق في الحبس في عقد ملزم للجانبين، وهو في الوقت ذاته تطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد.

ومن ثم يكون الدفع بعدم تنفيذ العقد فرعاً عن الحق في الحبس، فحيث يطبق الحق في الحبس في نطاق العقد الملزم للجانبين كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ. فإذا خرج عن هذا النطاق، عاد حقاً في الحبس، لا دفعاً بعدم تنفيذ العقد. فالحبس للمصروفات الضرورية أو النافعة في عقود العارية والوديعة ورهن الحيازة وفي غير عقد أصلاً لا يكون دفعاً بعدم التنفيذ، بل حقاً في الحبس. وإذا زال العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأي سبب آخر، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه، وهذا هو أيضاً حق في الحبس لا دفع بعدم تنفيذ العقد لأن العقد قد زال.

فالدفع بعدم تنفيذ العقد، كالفسخ، محصور إذن في العقود الملزمة للجانبين.

ويمكن مما تقدم أن ندرك ما يقوم من الارتباط الوثيق بين نظم قانونية أربعة: المقاصة والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس. وهي نظم ترجع كلها إلى فكرة واحدة هي تقابل الالتزامات. فحيث يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر، يكون من العدل أن يستوفي كل منهما ماله من حق مما عليه من دين - وهذه هي المقاصة والفسخ - أو في القليل يقف وفاء ما عليه من دين حتى يستوفي ماله من حق - وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس. ومما يثبت أن هذه النظم القانونية مبنية على أساس واحد أن الرومان كانوا يعالجونها علاجاً واحداً هو الدفع بالغش، يستعملونه في المقاصة وفي الدفع بعدم التنفيذ وفي الحق في الحبس.

الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه يجب أن يكون واجب التنفيذ حالاً:

ولا يكفي أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين، بل يجب أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم

تنفيذه واجب التنفيذ حالاً. فلا يجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام غير حال، ولا يستطيع البائع أن يحبس العين لعدم استيفائه الثمن إذا كان الثمن مؤجلاً. وإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر، فلا يحق له أن ينتفع من هذا الدفع، إذ يتعين عليه أن يفي بما التزم به أولاً ثم يطالب بعد ذلك بما له من حق.

عدم التعسف في استعمال الدفع بعدم التنفيذ:

ويجب إلى ذلك ألا يساء استعمال الدفع، فلا يجوز للمتعاقد أن يتمسك بالدفع إذا كان هو البادئ بعدم تنفيذه، أو إذا تسبب في عدم تنفيذ الالتزام الآخر. كذلك لا يجوز التمسك بالدفع، إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بمعظم التزامه ولم يبق إلا جزء يسير لا يبرر امتناع المتعاقد الأول عن القيام بالتزامه. وكل ما يحق للمتعاقد الأول أن يفعله هو أن يبقى دون تنفيذ جزءاً من التزامه يقابل الجزء غير المنفذ من التزام المتعاقد الآخر بفرض أن الالتزام الأول قابل للتجزئة. كذلك لا يجوز أن يمتنع المشتري عن دفع الثمن بحجة أن هناك خطراً يهدد العين المبيعة إذا كان هذا الخطر ليس بجدي ولا أن يمتنع المستأجر عن دفع الأجرة بحجة أنه يطالب المؤجر بترميمات ينكرها هذا عليه.

المطلب الثاني

كيف يمكن التمسك بالدفع بعد التنفيذ؟

عدم ضرورة الإعذار:

لا يحتاج المتمسك بالدفع إلى إعذار المتعاقد الآخر قبل أن يتمسك بالدفع، وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد فإن الإعذار قبلها واجب على التفصيل الذي بيناه فيما تقدم. على أن التمسك بالدفع معناه امتناع المتمسك عن تنفيذ التزامه، وفي هذا إعذار كاف للمتعاقد الآخر بوجوب تنفيذ الالتزام الذي في ذمته، وقد يكون الإعذار واجباً، لا التمسك بالدفع، بل لتوليد الالتزام الذي يخول عدم تنفيذه حق التمسك بالدفع، إذا كان هذا الالتزام هو التزام بتعويض عن التأخر لا ينشأ إلا بالإعذار طبقاً للقواعد العامة.

ترك الأمر إلى تقدير المتمسك بالدفع تحت رقابة القضاء:

ويترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذي يتمسك به، وذلك بخلاف الفسخ فقد تقدم أنه موكول لتقدير القضاء، ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ أقل خطراً من الفسخ، فهو لا يحل العقد، بل يقتصر على وقف تنفيذه. على أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون مردّه في آخر الأمر إلى القضاء ذلك أنه إذا تمسك أحد الطرفين بالدفع وامتنع عن تنفيذ التزامه، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرفع الأمر إلى القضاء، وللقاضي تقدير موقف من يتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره. يتبين من ذلك أنه إذا لم يلجأ المتمسك بالدفع إلى القضاء عند البداية، فذلك يرجع في الواقع إلى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى، وطبيعة الدفع تجعل المتمسك به في غير حاجة إلى رفع دعوى، بل هو الذي ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك بالدفع.

فالتمسك بالدفع يمر إذن على دورين. الدور الأول، وهو دور غير قضائي، يمتنع فيه المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه، وهو مجرد امتناع لا حاجة فيه إلى عمل إيجابي. والدور الثاني، وهو الدور القضائي، لا يتحقق إلا إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول، ففي هذا الدور تتحقق رقابة القضاء. فإذا أقر القاضي المتمسك بالدفع على دفعه، فإن هذا لا يمنعه من الحكم عليه بالتنفيذ، ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعي بتنفيذ التزامه في الوقت ذاته.

وقد يأخذ الدفع صورة إشكال في التنفيذ، إذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه.

تمسك كل من المتعاقدين بالدفع:

وقد يتمسك كل من المتعاقدين بالدفع، ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ. فإذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه بالتنفيذ، حكم القاضي على المدعي عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعي من جانبه بتنفيذ التزامه.

وتجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين. فإذا تبين القاضي أن أحد المتعاقدين متعنت، فإن كان المدعي رفض دعواه، وإن كان المدعي عليه حكم بالتنفيذ دون شرط. أما إذا كان كل من المتعاقدين متعنتاً، أو ظهر أن أحد منهما متعنت ولكن لا يثق أحدهما بالآخر، ولم يلجأ أحد لإجراءات العرض الحقيقي، لم يبق للخلاص من هذا الموقف إلا أن يحكم القاضي بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث، وفي هذا ما يجعلهما ينفذان التزامهما في وقت واحد.

المطلب الثالث

ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم التنفيذ

فيما بين المتعاقدين:

إذا توافرت شروط الدفع. بعد التنفيذ، فإن المتمسك بالدفع لا يجبر على تنفيذ التزامه، بل يبقى هذا الالتزام موقوفاً، دون أن يزول كما يزول بالفسخ.

فإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بنقل حق عيني، كالالتزام البائع بنقل الملكية، كان للبائع أن يمتنع عن معاونة المشتري في تسجيل البيع حتى لا تنتقل الملكية إليه.

وإذا كان التزاماً بعمل، كالالتزام المقاول بإقامة مبنى، كان للمقاول أن يتوقف عن أعمال البناء، وهناك حالات لا يتصور فيها وقف الالتزام، وذلك إذا كان القيام بعمل واجباً في وقت معين وإلا فأت الغرض المقصود منه. مثل ذلك أن يتعهد صانع بإنجاز مصنوعات لعرضها في معرض عام يقام في وقت معين، فإذا وقف الصانع تنفيذ التزامه إلى أن يفوت ميعاد العرض لأنه لم يستوف أجره الحال، كان له ذلك ويكون هذا بمثابة فسخ العقد.

وإذا كان التزاماً بامتناع عن عمل، كتعهد تاجر بالكف عن مباشرة التجارة في حي معين منعاً للمزاحمة، كان للتاجر أن يستمر في مباشرة التجارة في هذا الحي. وهناك حالات أيضاً لا يتصور

فيها وقف الالتزام، كما إذا تعهد ممثل أو مغن أن يمتنع عن إحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من المال، فإذا تأخر المدين عن دفع هذا المال لم يسع الدائن إلا إحياء الحفلة، ويكون هذا فسخاً للعقد لا وقفاً له، لأن طبيعة الالتزام لا تتحمل الوقف.

وإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بتسليم عين، حبس المتمسك بالدفع العين حتى يستوفي حقه من المتعاقد الآخر. مثل ذلك للبائع لا يسلم العين المبيعة حتى يستوفي الثمن. وهنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق في الحبس، ومجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه، وينقضي الحق في الحبس إذا قام المتعاقد الآخر بالتزامه، أو إذا خرج الشيء من حيازة المالك باختياره. أما إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته. فله أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب في خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه (م ٢٤٨ مدني).

وليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الزمنية، فيجوز للمستأجر أن يمتنع عن دفع الأجرة عن المدة التي حرم فيها الانتفاع بالعين المؤجرة. وكل وقف في تنفيذ التزام المؤجر يحدث نقصاً في مقدار هذا الالتزام. فإذا تأخر المستأجر في دفع الأجرة، فتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ ومنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمان، اعتبر المؤجر أنه لم ينفذ نهائياً - لا مؤقتاً - التزامه في حدود المدة التي منع فيها المستأجر من الانتفاع، فينقص التزامه بهذا المقدار، ولا يمتد عقد الإيجار مدة تقابل المدة التي وقف فيها المؤجر تنفيذ العقد.

بالنسبة إلى الغير:

يسري الدفع في حق الغير. فإذا تأخر المشتري عن دفع الثمن وتمسك البائع بالدفع وحبس العين المبيعة، فكل من كسب حقاً من المشتري على العين المبيعة يسري في حقه الدفع. فإذا باع المشتري العين من مشتر ثان أو رهنها لدائن مرتهن، جاز للبائع أن يبقى حاسباً للعين في مواجهة المشتري الثاني أو الدائن المرتهن. وللمستأجر إذا كان إيجاره غير ثابت التاريخ أن يحبس العين لا ضد المؤجر فحسب، بل أيضاً ضد المشتري من المؤجر، حتى يستوفي التعويض المستحق له على المؤجر لخروجه من العين المؤجرة.

الفرع الثاني

الفسخ

في الفقه الإسلامي

الفسخ والدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي:

يعرف الفقه الإسلامي نظرية الفسخ، لكنه في غير الأحوال التي يكون العقد فيها غير لازم بطبيعته أو غير لازم لقيام خيار فيه، يضيق من المدى الذي تفسخ فيه العقود تضيقاً ملحوظاً، هو أقرب إلى التضيق الذي رأيناه في القانون الروماني. وعلى النقيض من ذلك يتوسع الفقه الإسلامي

توسعاً كبيراً في إقرار الدفع بعدم تنفيذ العقد، في صورته الخاصة وفي الصورة العامة التي يسمى فيها بالحق في الحبس. . . وسبب ذلك واضح، فإن فسخ العقد، أي حله بعد عقده، أمر خطير، فوجب الاحتراز منه والتضييق فيه ما أمكن، أما الدفع بعدم تنفيذ العقد فليس فيه حل للعقد، بل هو وقف لتنفيذه، ومن ثم كان أقل خطراً فجاز التوسط في إقراره.

ونبحث: أولاً: متى يجوز فسخ العقد في الفقه الإسلامي؟

ثانياً: ثم متى يجوز الدفع بعدم تنفيذ العقد؟

المبحث الأول

متى يجوز فسخ العقد في الفقه الإسلامي؟

استعراض العقود المسماة في الفقه الإسلامي:

قدمنا أن الفقه الإسلامي لم تؤصل فيه النظريات العامة، وعلى الباحث أن يؤصلها بعد أن يستخلصها من الحلول الموضوعية للمسائل المختلفة وسنجري على هذه الخطة، فنستعرض من العقود المسماة في الفقه الإسلامي ما يصلح مجالاً لبحث نظرية الفسخ.

ونستبعد باديء ذي بدء طائفتين من العقود:

الطائفة الأولى: العقود التي يقوم فيها خيار، فقد قدمنا أن قيام خيار في العقد يجعله قابلاً للفسخ، ولكن ذلك لا يرجع إلى نظرية عامة في الفسخ، بل إلى قيام الخيار ذاته وقد بسطنا القول في ذلك فيما قدمناه في الجزء الرابع.

الطائفة الثانية: العقود غير اللازمة بطبيعتها، فهذه يجوز لأحد العاقلين أو لكليهما بحسب العقد المسمى أن يستقل بالفسخ. فالعارية عقد غير لازم، وكذلك القرض والوديعة والوكالة. ونستبعد أيضاً الكفالة، فإنها عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الكفيل، فلا يتصور فيها الفسخ كنظرية عامة. أما الحولة فإنها تفسخ لأسباب لا ترجع إلى نظرية الفسخ (انظر المواد ٨٩٨ - ٩٠٥ «مرشد الحيران»).

ونستبقي من العقود المسماة البيع والإيجار بأنواعه المختلفة والرهن والصلح ونستعرض الحالات التي لا يجوز فيها الفسخ، هذه العقود والحالات التي يجوز فيها الفسخ ثم نستخلص من كل ذلك قاعدة عامة تنتظم ما تشتت من هذه التفصيلات.

المطلب الأول

الحالات التي لا يجوز فيها فسخ العقد

لا يجوز للدائن فسخ العقد بل يطالب بتنفيذه إذا أخل المدين بالتزامه:

يبدو أن الأصل في الفقه الإسلامي أن الدائن لا يطالب بفسخ العقد إذا أخل المدين بالتزامه، بل يطالب بتنفيذ العقد، فالعقود الملزمة للجانبين - أو عقود المعاوضة - اللازمة بطبيعتها والخالية

من الخيارات، الأصل فيها إذن إنه إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، لم يستطع الدائن أن يفسخ العقد ليتحلل هو أيضاً من التزامه المقابل. بل كل ما يستطيع عمله، بعد أن انعقد العقد صحيحاً لازماً، هو أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه، على أن يقوم هو من جانبه بتنفيذ ما في ذمته من التزام.

ونستعرض في هذا الصدد من العقود المسماة البيع والإيجار والرهن والصلح.

١ - عقد البيع

عدم قيام المشتري بالتزامه من دفع الثمن:

إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن عند استحقاقه، فليس للبائع أن يطالب بفسخ البيع. بل يبقى البيع قائماً غير قابل للفسخ، وتبقى العين المبيعة في ملك المشتري. ولكن البائع يطالب المشتري بالثمن، ويجبره على أدائه طبقاً للقواعد المقررة في أداء الديون في الفقه الإسلامي. فليس للبائع إذن في الفقه الإسلامي كما له في الفقه الغربي، الخيار بين المطالبة بفسخ البيع أو المطالبة بأداء الثمن، بل ليس له إلا المطالبة بأداء الثمن ولا فسخ.

والأصل أنه يجب على المشتري أن ينقد الثمن أولاً في بيع سلعة بنقد إن أحضر البائع السلعة، ما لم يكن الثمن ديناً مؤجلاً على المشتري (م ٤٨١ «مرشد الحيران»). أما إذا بيعت سلعة بمثلها مقايضة، أو نقود بمثلها صرفاً، سلم المبيع والثمن معاً (م ٤٨٢ «مرشد الحيران»): وإذا كان الثمن مؤجلاً إلى أجل معلوم لزم أدائه عند حلول أجله، وإن كان مقسطاً أدى كل قسط في ميعاده، فإن تأخر المشتري عن أداء قسط لا تصير الأقساط الأخرى حالة إلا إذا كان ذلك مشروطاً في العقد (م ٤٨٣ «مرشد الحيران»). ويحل الثمن المؤجل بموت المشتري، ولا يحل بموت البائع بل تنتظر ورثته أو غرماؤه حلول الأجل لاستيفاء الثمن أو الأقساط التي تكون باقية في ذمة المشتري (م ٤٨٤ «مرشد الحيران»).

فإذا استحق الثمن الأداء على الوجه الذي قدمناه، وجب على المشتري الوفاء به للبائع. فإذا لم يدفع المشتري الثمن حالاً إن كان معجلاً أو عند حلول أجله إن كان مؤجلاً، لم يفسخ البيع، بل أجبر المشتري على دفع الثمن، فإن امتنع بيع من متاعه ما يفي بالثمن المطلوب منه (م ٤٨٧ «مرشد الحيران»)، وإذا مات المشتري مفلساً بعد قبض المبيع وقبل نقد الثمن، فالبائع أسوة الغرماء، ولو وجد متاعه باقياً بعينة فلا يكون أحق به من غيره من أرباب الحقوق على المشتري في المذهب الحنفي (م ٤٦٣ «مرشد الحيران»). هذا كله إذا قبض المشتري المبيع. أما إذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع ودفع الثمن، فالبائع أحق بحبسه إلى أن يستوفي الثمن من تركة المشتري أو يبيعه القاضي ويؤدي للبائع حقه من ثمنه. فإن زاد الثمن على حق البائع، دفع الزائد لباقي الغرماء، وإن نقص ولم يعرف حق البائع بتمامه كان أسوة الغرماء فيما بقي له (م ٤٦٤ «مرشد الحيران»)، ونرى من ذلك أنه قبل قبض المشتري للمبيع يكون للبائع حق حبسه، كما يكون له حق امتياز عليه بالثمن الذي له في ذمة المشتري، ولكن لا يكون له مع كل ذلك فسخ البيع لعدم استيفاء الثمن.

خيار النقد:

ولا يثبت للبائع فسخ البيع عند عدم استيفاء الثمن، إلا إذا اشترط لنفسه صراحة في البيع خيار النقد، وعند ذلك يكون له فسخ البيع في حدود ضيقة، ويرجع الفسخ هنا لا إلى قاعدة عامة في الفسخ، بل إلى قيام خيار في العقد يجعله غير لازم وفقاً للقواعد المقررة في سائر الخيارات. وقد جاء في صدد خيار النقد في «مرشد الحيران» ما يأتي: «إذا اشترط المتبايعان في عقد البيع أن المشتري إن لم يؤد الثمن إلى ثلاثة أيام صح البيع والشرط. فإن أدى المشتري الثمن في المدة المعينة لزم البيع. وإن لم يؤده في المدة المعينة أو مات في أثنائها قبل أداء الثمن فسد البيع».

٢ - عقد الإيجار بأنواعه المختلفة**عقد الإيجار قابل للفسخ في أكثر الأحوال:**

عقد الإيجار ورد على خلاف القياس، وأجيز استحساناً. والخاصية البارزة فيه هو أنه يرد على منفعة هي في أول الأمر معدومة، وتتجدد شيئاً فشيئاً.

ومن ثم جاز فسخ عقد الإيجار في أكثر الأحوال. فهو يفسخ، كما سنرى، لعدم استيفاء المؤجر أو الأجير الأجرة، ولهلاك المأجور أو تغييره تغييراً يخل باستيفاء المنفعة منه، ويفسخ الإيجار للعدو ولموت أحد المتعاقدين، ولغير ذلك من الأسباب الكثيرة التي سنذكرها فيما يلي.

عقد الإيجار لا يفسخ في كل حال يخل فيها المدين بالتزامه:

ومع ذلك فإن عقد الإيجار لا يفسخ في كل حال يخل فيها المدين بالتزامه، بل إنه في بعض هذه الحالات، وهي قليلة، لا يجوز فيه طلب الفسخ ونذكر من هذه الحالات ما يأتي:

١ - جاء في المادة ٥٩٨ من «مرشد الحيران»: «من استأجر دابة لنقل حمل له إلى محل معين بأجر معلوم، فتعبت الدابة في الطريق قبل الوصول إلى المحل المقصود، فإن كان المستأجر استأجر الدابة بعينها كان له الخيار إن شاء نقض الإجارة وإن شاء تربص إلى أن تقوى الدابة، وليس له أن يطالب المؤجر بدابة أخرى، وإن كان المستأجر استأجر دابة بغير عينها كان له أن يطالب بدابة أخرى». ويفهم من هذا النص أنه يجب التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: أن المستأجر استأجر دابة بعينها وتعاقدها عليها، وعند ذلك لا يستطيع أن يطالب بدابة أخرى لأنها تكون غير المعقود عليه، وله نقض الإجارة، والنقض هنا أي الفسخ، سببه استحالة استيفاء المنفعة المتعاقد عليها، وللمستأجر أن ينزل عن بعض حقه إن شاء. ويتربص إلى أن تقوى الدابة، فلا ينقض الإيجار.

والفرض الثاني: ألا يكون المستأجر قد استأجر دابة بعينها، فهو قد تعاقد على نقل الحمل إلى مكان معين على أية دابة، وفي هذه الحالة إذا تعبت الدابة التي بدأ بها، لم يكن تنفيذ الالتزام مستحيلًا، بل يستبدل بها غيرها أي يطلب التنفيذ العيني، وليس له فسخ العقد.

وتنص المادة ٥٣٨ من المجلة في هذا الصدد على أنه «كما يصح استكراء دابة معينة، كذلك

يصح الاشتراط على المكارى الإيصال إلى محل معين». ويقول الأستاذ سليم باز (٢٩٣) تعليقاً على هذا النص: «ففي الصورة الأولى يكون عقد الإجارة وارداً على منفعة الدابة المعينة، فليس للمؤجر أن يعطي غيرها، ولو فعل فلا أجر له، لأنه أتى بغير المعقود عليه (هندية). وليس للمستأجر أن يطلب غيرها إذا تعبت في الطريق، بل يخير بين فسخ الإجارة أو انتظار الدابة حتى تستريح.. وفي الصورة الثانية يكون العقد وارداً على ذمة المكارى، فعليه إيصال الحمل إلى المحل المعين على أية دابة شاء، حتى لو تعبت دابته في الطريق لا يكون ذلك عذراً في فسخ الإجارة، بل يجبر على إيصال الحمل إلى المحل المسمى بتحميله على دابة أخرى».

٢ - في خصوص عقد المزارعة - وهو ضرب من عقد الإيجار - أورد «مرشد الحيران» النصوص الآتية:

(م ٧٢١): «إذا قصر المزارع في سقي الأرض حتى هلك الزرع بهذا السبب، فلا ضمان عليه إن كانت المزارعة فاسدة، وعليه الضمان في المزارعة الصحيحة الواجب عليه العمل فيها».

(م ٧٢٢): «إذا ترك الأكار سقي الأرض عمداً حتى يبس الزرع، ضمن وقت ما ترك السقي قيمة الزرع نابتاً في الأرض، وإن لم يكن للزرع قيمة تقوم الأرض مزروعة وغير مزروعة فيضمن نصف ما فضل بينهما».

(م ٧٢٣): «إذا تأخر الأكار سقي الزرع تأخيراً معتاداً فلا ضمان عليه، وإن أخره تأخيراً غير معتاد فعليه الضمان لو المزارعة صحيحة».

(م ٧٢٤): «إذا ترك حفظ الزرع حتى أكلته الدواب فعليه ضمانه. وإن لم يرد المزارع الجراد حتى أكل الزرع كله مع إمكان رده ضمن. وإلا لا».

ويستخلص من هذه النصوص أن على الزارع التزامات بموجب عقد المزارعة، فإن أخل بها، كأن قصر في سقي الأرض حتى هلك الزرع، أو ترك السقي حتى يبس الزرع، أو أخر السقي تأخيراً غير معتاد، أو ترك حفظ الزرع حتى أكله الدواب، أو لم يرد الجراد حتى أكل الزرع كله، لم يرد النص بجواز أن يطلب صاحب الأرض فسخ المزارعة، بل ورد بوجوب الضمان على المزارع في جميع هذه الأحوال.

٣ - عقد المساقاة - وهو ضرب آخر من عقد الإيجار - عقد لازم من الجانبين، فلا يجوز فسخه إلا بالتراضي أي بالتقابل، ولا يصح أن يستقل أحد المتعاقدين بفسخه حتى لو أخل المتعاقد الآخر بما عليه من التزام، وإنما يطالب المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه. والعقد - كسائر الإيجارات - يفسخ للعذر، كما إذا عجز العامل عن العمل أو كان غير مأمون على الثمر.

وقد وردت في هذا الخصوص النصوص الآتية في «مرشد الحيران»:

(م ٧٣٤): «عقد المساقاة لازم من الجانبين، فلا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا الآخر إلا بعذر، ويجبر المساقى على العمل إلا من عذر». وتطبيقاً لقاعدة العذر تنص المادة ٧٣٨ على أنه «إذا عجز العامل عن العمل، أو كان غير مأمون على الثمر، جاز فسخ المساقاة».

وتطبيقاً لقاعدة عدم الفسخ والاقتصار على التنفيذ تنص المادة ٧٣٦ على أنه «لا يجوز للمساقى أن يساقى غيره إلا بإذن مالك الشجر. فإن ساقى بغير إذنه، فالخارج للمالك وللمساقى الثاني أجر مثله على المساقى الأول بالغاً ما بلغ ولا أجر للأول».

٣ - عقد الرهن

الرهن عقد ملزم للجانبين:

الرهن - ويراد به في الفقه الإسلامي رهن الحيازة دائماً - عقد ملزم للجانبين في تعبير الفقه الغربي. فيلتزم الراهن بعدم التعرض للمرتهن في العين التي ارتهنها منه حتى يفك الرهن بسبب من أسباب فكها ومن ثم لا يملك الراهن استرداد العين قبل فك الراهن، كما لا يملك بيعها ولا إيجارها ولا إعارتها بدون رضا المرتهن. ويلتزم المرتهن بالعناية بحفظ الرهن كعنايته بحفظ ماله، ولا يجوز له بيع الرهن إلا إذا كان وكيلاً في بيعه من قبل الراهن، وليس له إيداعه ولا إيجارته ولا إعارته ولا رهنه بلا إذن الراهن. ولا يجوز له أن ينتفع بالرهن دون إذن الراهن.

لا يفسخ الرهن لعدم قيام أحد المتعاقدين بالتزاماته:

والأصل في الرهن أنه لازم للجانبين، فلا يجوز لأحدهما الاستقلال بفسخه ولو لعدم تنفيذ الآخر لالتزاماته. وإنما يملك المطالبة بالتنفيذ. ويجب الضمان على العاقد المخالف، ويبقى عقد الرهن قائماً دون أن يفسخ.

فإذا أخل الراهن بالتزامه وباع الرهن بلا إذن المرتهن، فالعقد لا يفسخ، ولكن بيع الراهن لا ينفذ إلا بإجازة المرتهن. وإن هلك الرهن في يد المشتري من الراهن قبل أن يجيز المرتهن البيع فلا تصح الإجازة بعد الهلاك، وللمرتهن الخيار إن شاء ضمن المشتري قيمته يوم هلاكه، وإن شاء ضمنها الراهن.

وإذا أخل المرتهن بالتزاماته، بقي الراهن قائماً بالرغم من ذلك، وطولب بالتنفيذ والضمان. والأصل أن الرهن مضمون على المرتهن بهلاكه دون تعد بعد قبضه بالأقل من قيمته ومن الدين، وتعتبر قيمته يوم قبضه لا يوم هلاكه. وما زاد من الرهن على الدين فهو أمانة في يد المرتهن، إن هلك بتعد ضمن، وإلا لم يضمن.

فإن تعدى المرتهن وباع الرهن بلا إذن الراهن، لم ينفذ البيع، ويبقى الرهن قائماً لا يفسخ. فإن تسلم المشتري الرهن من المرتهن وهلك في يده قبل الإجازة، كان للراهن الخيار في تضمين المشتري أو المرتهن.

وإذا تعدى المرتهن ورهن الرهن بلا إذن الراهن، لم ينفذ الرهن الثاني، ويبقى الرهن الأول قائماً لا يفسخ. وإن هلك الرهن في يد المرتهن الثاني قبل الإجازة، فللراهن الأول الخيار إن شاء ضمن المرتهن الأول قيمة الرهن بالغاً ما بلغت ويصير ضمانه رهناً ويملكه المرتهن الثاني بالدين، وإن شاء ضمن المرتهن الثاني ويكون الضمان رهناً عند المرتهن الأول وبطل رهن الثاني، ويكون للمرتهن الثاني الرجوع على الأول بما ضمنه وبدينه (م ١٠٠٣ «مرشد الحيران»).

وإذا باع المرتهن ثمار العين المرهونة بلا إذن الراهن الحاضر أو بلا إذن القاضي لو كان الراهن غائباً، فلا يفسخ الرهن بل يبقى قائماً، ويضمن المرتهن قيمة الثمار.

وإذا قصر المرتهن في المحافظة على الرهن أو انتفع به دون إذن الراهن، لم يفسخ الرهن بل يبقى قائماً، ولكن إن هلك الرهن كان ضمانه على المرتهن، فيهلك بالدين من الرهن ما يساوي الدين، ويضمن المرتهن قيمته ما زاد على الدين.

ونرى من ذلك أن الرهن لا يفسخ لإخلال الراهن أو المرتهن بالتزامه، وعلاج هذا ليس هو الفسخ، بل هو تارة عدم نفاذ التصرف، وطوراً الإجبار على التنفيذ، وثالثة الضمان عند الهلاك، أما الفسخ فلا.

٤ - عقد الصلح

الصلح عقد ملزم للجانبين:

والصلح في الفقه الإسلامي، كالبيع والإيجار والرهن، عقد ملزم للجانبين، فإذا تم الصلح على الوجه المطلوب، دخل بدل الصلح في ملك المدعي، وسقطت دعواه المصالح عنها، فلا يقبل منه الإدعاء ثانياً، ولا يملك المدعي عليه استرداد بدل الصلح الذي دفعه للمدعي. ويخلص من ذلك أن كلا من المتصالحين يلتزم نحو الآخر، فيلتزم المدعي بالنزول عن ادعائه في مقابل التزام المدعي بتسليم بدل الصلح.

لا يفسخ الصلح لعدم قيام أحد المتعاقدين بالتزامه:

ولا يفسخ الصلح لعدم قيام أحد المتعاقدين بالتزامه، بل يبقى قائماً، ويجبر العاقد على التنفيذ، وقد جاء في المادة ١٠٤٧ من «مرشد الحيران»: «إذا كان الصلح بمعنى المعاوضة، فلكل من الطرفين فسخه بتراضيهما، وإذا انفسخ يرجع المدعي به للمدعي وبديل الصلح للمدعي عليه». ويخلص من ذلك أنه لا يجوز لأحد الطرفين أن يستقل بفسخ الصلح، بل يجب أن يكون الفسخ بتراضيهما أي بالتقابل. وتأيداً لذلك جاء في المادة ١٠٤٨ من «مرشد الحيران»: «إذا كان المدعي عليه منكراً لما ادعى عليه به، وصالح المدعي على بدل، سقط حق المدعي في الخصومة فليس له أن يخاصمه في الدعوى المصالح عنها، ولا أن يحلفه اليمين، ولا أن يفسخ الصلح».

وحتى لو ضاع بدل الصلح أو استحق، وكان مما لا يتعين بالتعيين، لم يفسخ الصلح، ويلزم المدعي عليه بمثل ما ضاع أو استحق. أما إذا كان البديل مما يتعين بالتعيين، كان لا مناص من فسخ الصلح لهلاك المحل. وقد جاء في المادة ١٠٤٩ من «مرشد الحيران» في هذا الصدد: «إذا ضاع بدل الصلح أو استحق كلاً أو بعضاً قبل تسليمه للمدعي، فإن كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعي به أو غير جنسه ولكن ضاع قبل الافتراق عن المجلس، فلا ينقضي الصلح ويلزم المدعي عليه بمثل ما ضاع كلاً أو بعضاً سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار. وإن كان بدل الصلح مما يتعين بالتعيين، فضاع كله أو بعضه قبل تسليمه للمدعي، فإن كان الصلح عن إقرار

يرجع المدعي على المدعي عليه بالمدعي به كلاً أو بعضاً، وإن كان الصلح عن إنكار يرجع المدعي إلى المخاصمة»^(١).

المطلب الثاني

الحالات التي يجوز فيها فسخ العقد

يجوز فسخ العقد استثناء:

ومع ذلك فقد أجاز الفقه الإسلامي في بعض الحالات فسخ العقد، إذا تعذر على أحد المتعاقدين القيام بالتزامه بأن هلك أو كان في حكم الهالك أو فاتت منفعته المقصودة. ويقع ذلك بوجه خاص في عقدي البيع والإيجار.

١ - عقد البيع

ضمان البائع لهلاك المبيع:

إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يسلمه للمشتري، جاز للمشتري فسخ البيع لانعدام المحل بعد العقد، والرجوع على البائع بالثمن إذا كان البائع قد قبضه. ويستوي أن يكون الهلاك بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بأفة سماوية، أما إذا كان بفعل المشتري لم يجز له فسخ البيع ووجب الثمن في ذمته. وإذا كان الهلاك بفعل أجنبي، فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع والرجوع بالثمن والبائع يرجع على الأجنبي. أما إذا قبض المشتري المبيع ثم هلك في يده، فقد تم تنفيذ البيع، ويهلك المبيع في هذه الحالة على المشتري، إذ يمتنع عليه الفسخ ويجب عليه دفع الثمن. انظر المواد ٤٦٠ و ٤٦٢ و ٤٦٥ من «مرشد الحيران».

ضمان مقدار المبيع:

ولا يضمن البائع هلاك المبيع فحسب، بل هو أيضاً يضمن مقداره. فإذا بيعت جملة من المكيالات أو الموزونات أو المذروعات التي ليس في تبعضها ضرر أو من العدديات المتقاربة، وتعين مقدارها مع بيان جملة ثمنها أو بيان ثمن الوحدة، فإن ظهر المبيع ناقصاً عن المقدار المعين في العقد، كان للمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن. وإن ظهر أنه زائد على المقدار المعين في العقد، فالزيادة للبائع. انظر (م ٤٤٨) «مرشد الحيران».

(١) كذلك عقد الشركة لا يفسخ لإخلال أحد الشركاء بالتزامه، بل يجب على الشريك المخل بالتزامه الضمان. جاء في «المجلة» (م ١٣٨٣): «إذا نهى أحد الشريكين الآخر بقوله: لا تذهب بمال الشركة إلى ديار أخرى ولا تبع المال نسيئة، فلم يسمع له وذهب إلى ديار أخرى أو باع نسيئة، ضمن حصة شريكه من الخسار الواقع». ويقول الأستاذ سليم باز (٧٣٦) تعليقاً على هذا النص: «أي إذا هلك المبيع، أما لو كان المبيع قائماً فيتوقف البيع على إجازة الشريك، فإن أجازته جاز والربح بينهما».

وإذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التي في تبويضها ضرر أو بيعت قطعة أرض، وعين مقدار المبيع مع بيان جملة الثمن. فإن ظهر المبيع ناقصاً عن المقدار المعين في العقد، كان للمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بجميع الثمن المسمى. وإن ظهر أنه زائد على المقدار المعين في العقد، فالزيادة للمشتري ولا خيار للبائع. أما إذا كان الثمن مقدراً بسعر الوحدة، وظهر المبيع ناقصاً أو زائداً، فالمشتري مخير إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحقه من الثمن. انظر المادتين (٤٤٩ - ٤٥٠) «مرشد الحيران».

وإذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة مع بيان جملة ثمنها، وظهر المبيع ناقصاً أو زائداً، كان البيع في الصورتين فاسداً، أما إذا قدر الثمن على أساس آحاد المبيع، وظهر المبيع زائداً كان البيع فاسداً، أو ظهر ناقصاً أخذه المشتري بحقه من الثمن. انظر المادتين (٤٥١ - ٤٥٢) «مرشد الحيران»^(١).

ضمان استحقاق المبيع:

ويضمن البائع للمشتري استحقاق المبيع، ولو لم يشترط الضمان في العقد، فإن ظهر للمبيع مستحق، فسخ المشتري البيع لأن المبيع لم يخلص له، ورجع على البائع بالثمن، وهذا حتى لو كان يعلم من قبل بأن المبيع ليس ملكاً للبائع، ويسترد المشتري الثمن بتمامه من البائع، ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع أو زادت.

وإذا استحق المبيع من يد المشتري الأخير وقضى به للمستحق. كان قضاء على جميع الباعة، ولكل أن يرجع على بائعه بالثمن، لكن لا يرجع قبل أن يرجع عليه المشتري. ولو أثبت المستحق الاستحقاق وقضى له. ثم دفع إليه المشتري شيئاً وأمسك المبيع، كان هذا شراء للمبيع من المستحق. وله أن يرجع على بائعه بالثمن.

ضمان العيب من المبيع:

ويضمن البائع العيب في المبيع، وخيار العيب هو أحد الخيارات الأربعة المعروفة وقد سبق تفصيله. فرأينا أنه يثبت للمشتري خيار العيب وإن لم يشترطه في عقد البيع، ويشترط أن يكون العيب قديماً أي موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم. فإن ظهر عيب في المبيع على هذا النحو، فللمشتري الخيار إن شاء قبله بكل الثمن المسمى، وإن شاء فسخ البيع ورد المبيع واسترد الثمن.

وقد يتعذر فسخ البيع، كما إذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد كصبغ الثوب والبناء والغرس في الأرض المبيعة، وكما إذا تصرف المشتري في المبيع ببيع أو هبة، وكما إذا هلك

(١) ويضمن البائع أيضاً توابع المبيع، فإذا هلك في يده قبل تسليمها للمشتري، لم يقابلها شيء من الثمن، ولكن يكون للمشتري الحق في فسخ البيع. وقد نصت المادة (٤٧٨) من «مرشد الحيران» في هذا الصدد على أن: «كل ما يدخل في البيع تبعاً إذا هلك قبل التسليم، لا يقابله شيء من الثمن. فلو اشترى داراً فانهدم بناؤها قبل التسليم، خير المشتري إن شاء أخذها بكل الثمن، وإن شاء ترك».

المبيع في يد المشتري، وكما إذا حدث بالبيع عيب جديد عند المشتري، ففي جميع هذه الأحوال يتعذر فسخ البيع، ويرجع المشتري على البائع بنقصان الثمن، ويقدر نقصان الثمن بأن يقوم المبيع سالمًا ثم يقوم معيبًا، وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى، وبمقتضى هذه النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان.

٢ - عقد الإيجار

الأحوال المختلفة التي يجوز فيها فسخ عقد الإيجار:

قدمنا أن عقد الإيجار ورد على خلاف القياس، وأن أحوال الفسخ هي الكثرة الغالبة فيه. فهو قابل للفسخ إما لأسباب ترجع إلى العين المؤجرة، وإما لأسباب ترجع إلى الأجرة، وإما للعذر، وإما لموت أحد العاقلين.

وفسخ الإيجار للعذر أو لموت أحد المتعاقدين ليس تطبيقاً مباشراً لقاعدة فسخ العقد لعدم تنفيذه. بقيت الأسباب التي ترجع إلى العين المؤجرة. وتلك التي ترجع إلى الأجرة.

أسباب الفسخ التي ترجع إلى العين المؤجرة:

القاعدة أن العين المؤجرة إذا هلكت أو استحققت أو حدث بها عيب أو طرأ عليها ما يفوت منفعتها المقصودة على المستأجر، كان للمستأجر أن يفسخ عقد الإيجار عن المدة التي لم يستوف فيها منفعة العين. وتطبيقات هذه القاعدة كثيرة، نذكر منها:

١ - إذا تغيرت الدار المؤجرة قبل التسليم عن الحالة التي كانت عليها وقت العقد، فإذا كانت قد تغيرت بفعل المؤجر أو بفعل غيره تغيراً يخل بالسكنى، فالمستأجر مخير إن شاء قبلها وإن شاء فسخ الإجارة.

٢ - لا يجبر صاحب الدار المؤجرة على عمارتها وترميم ما اختل من بنائها، وإن كان ذلك عليه لا على المستأجر. فإذا لم يفعل المؤجر ذلك، كان للمستأجر أن يفسخ الإجارة ويخرج من الدار، إلا إذا كان استأجرها وهي كذلك وقد رآها فليس له الفسخ.

٣ - إذا حدث بالعين المؤجرة عيب يفوت به النفع كخراب الدار، أو يخل بالمنفعة المقصودة كانهدام جزء منها، كان للمستأجر فسخ الإجارة. فإذا بنيت الدار أو أصلح الخلل الذي حدث فيها قبل أن يفسخ المستأجر، بطل حق الفسخ.

٤ - إذا احتاجت الدار المؤجرة لعمارة ضرورية، لم يجز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجرائها، فإن ترتب على العمارة ما يضر بالسكنى أو يخل بالمنفعة المقصودة كان للمستأجر أن يفسخ الإجارة.

٥ - إذا غلب الماء على الأرض المؤجرة فاستبحرت ولم يمكن زراعتها، أو انقطع الماء منها فلم يمكن ريها، لم تجب الأجرة أصلاً، وللمستأجر فسخ الإجارة. أما إذا زرع المستأجر الأرض فأصاب الزرع آفة فهلك، وجب عليه من الأجرة حصة ماضى من المدة قبل هلاك الزرع وسقطت حصة ما بقي من المدة بعد هلاكه. إلا إذا كان متمكناً من زراعة مثل الأول أو دونه في الضرر

فتجب حصة ما بقي من المدة أيضاً.

أسباب الفسخ التي ترجع إلى الأجرة:

ويختلف عقد الإيجار عن عقد البيع في أنه يجوز فسخ المؤجر للإيجار إذا لم يستوف الأجرة، كما يجوز للأجير فسخ الإيجار إذا لم يستوف أجره. وهذا بخلاف البيع، فقد رأينا أنه لا يفسخ لعدم دفع الثمن إلا إذا اشترط البائع خيار النقد.

وقد نصت المادة (٥٨٣) من «مرشد الحيران» في هذا الصدد على أنه «إذا اشترط تعجيل الأجرة لزم المستأجر دفعها وقت العقد، وللمؤجر أن يمتنع عن تسليم العين المؤجرة للمستأجر حتى يستوفي الأجرة. وله أن يفسخ عقد الإجارة عند عدم الإيفاء من المستأجر». ونصت المادة (٥٨٤) من «مرشد الحيران»: «يجوز للأجير أن يمتنع من العمل إلى أن يستوفي أجرته المشروط تعجيلها، وله فسخ الإجارة إن لم يوفه المؤجر الأجرة».

المطلب الثالث

استخلاص قواعد الفسخ في الفقه الإسلامي

لا ارتباط في الفقه الإسلامي بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين:

ويستخلص من المسائل التي قدمناها أنه لا يوجد في الأصل ارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين في الفقه الإسلامي، بخلاف الفقه الغربي فقد رأينا أن هذا الارتباط موجود وهو الأساس الذي تقوم عليه نظرية الفسخ هناك. ففي الفقه الإسلامي كل التزام مستقل عن الالتزام المقابل له، فالتزام المشتري بدفع الثمن، وهو الذي يقابل التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه، لا يرتبط بهذا الالتزام المقابل.

فالقاعدة إذن أن العقد لا يفسخ إذا أخل المدين بالتزامه:

وقد ترتب على انعدام الارتباط ما بين الالتزامين المتقابلين أن ضمرت نظرية الفسخ في الفقه الإسلامي ضموراً ظاهراً. فالأصل أن العقد الملزم للجانبين - أو عقد المعاوضة - لا يفسخ لإخلال أحد العاقلين بتنفيذ التزامه، بل يبقى العقد قائماً في هذه الحالة، وليس للدائن إلا أن يطالب مدينه بالتنفيذ أو بالضمان على حسب الأحوال والعقد هو الذي يكون مصدر المطالبة بالتنفيذ أو الضمان. وهذا قريب مما كان عليه القانون الروماني فيما قدمناه.

فإذا لم يقم المشتري بدفع الثمن عند استحقاقه. فليس للبائع أن يفسخ البيع، بل كل ماله هو أن يطالب المشتري بالثمن، ولا يتحلل هو من التزامه بنقل المبيع إلى المشتري عن طريق فسخ البيع. وإذا أخل المرتهن بالتزامه، لم يملك الراهن فسخ الرهن، بل يقتصر على مطالبة المرتهن بتنفيذ التزامه أو مطالبته بالضمان إذا هلكت العين المرهونة. وإذا لم يقم أحد المتعاقدين في الصلح بتنفيذ ما التزم به بموجب العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يفسخ الصلح، بل يطالب المدين بأن يقوم بتنفيذ التزامه. وهكذا لا توجد قاعدة عامة في الفقه الإسلامي - كما وجدت في الفقه الغربي - تقضي بأنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر

أن يفسخ العقد فيتحلل هو أيضاً مما في ذمته من التزام.

والاستثناء جواز الفسخ - مرد هذا الاستثناء إلى أمرين:

على أن هناك أحوالاً يجوز فيها للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقيم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، وهذه الأحوال مردها إلى أمرين:

الأمر الأول: انعدام محل العقد أو فوات منفعته المقصودة. ذلك أنه يمكن القول في الفقه الإسلامي بأن هناك محلاً للعقد، وهذا غير محل الالتزام، فمحل عقد البيع هو المبيع لا الثمن، ومحل عقد الإيجار هو العين المؤجرة أو عمل الأجير لا الأجرة ولا الأجر. فإذا انعدم محل العقد أو فأتت منفعته المقصودة، بأن هلك كلياً أو جزئياً أو لحقه عيب أو نقص مقداره أو قامت موانع حالت دون استيفاء منفعته المقصودة كما رأينا في الأسباب التي ترجع إلى المبيع وإلى العين المؤجرة، فإن الخلل الذي يصيب المحل بعد انعقاد العقد صحيحاً يؤثر في القوة الملزمة للعقد، فيصبح العقد قابلاً للفسخ بناء على طلب من تتأثر مصلحته من المتعاقدين بهذا الخلل. ويرجع الفسخ هنا للخلل الذي يصيب محل العقد، لا لفكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، وإلا لما جاز فسخ البيع لهلاك المبيع أو لاستحقاقه ثم لا يجوز لعدم الوفاء بالثمن.

والأمر الثاني: عقد الإيجار خاصة، فهو قابل للفسخ في أكثر الأحوال كما قدمنا. ذلك أن هذا العقد قد جاء على خلاف القياس استحساناً، والمعقود عليه فيه، وهو المنفعة أو العمل - معدوم ويتجدد آنأ فآنأ. ومن ثم أمكن تصور الفسخ في الإيجار، لا فحسب عندما يختل المحل كهلاك العين المؤجرة أو حدوث عيب فيها أو حصول أي مانع يحول دون استيفاء المنفعة المقصودة، بل أيضاً عندما لا يفي المستأجر بأجرة العين أو بأجر العامل، على خلاف البيع وغيره من العقود كالرهن والصلح على ما رأينا. ولا يرجع الفسخ في عقد الإيجار إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة، فهذه الفكرة غير موجودة في الفقه الإسلامي كما قدمنا، بل يرجع إلى فكرة تجدد المعقود عليه آنأ فآنأ. فمنفعة العين المؤجرة تتجدد، فكأن عقوداً متوالية تقع على وحدات المنفعة المتجددة. وتستحق الأجرة عن كل وحدة. فإذا امتنع المستأجر من دفع الأجرة، أمكن للمؤجر أن يمسك ما يقابل هذه الأجرة من المنفعة، وفي هذا كفسخ للعقد. وكذلك الحال في الأجير، يمسك عن العمل حتى يستوفي أجره.

ويلاحظ في الحالات التي يجري فيها فسخ العقد أنه يجب التمييز بين فسخ العقد وانفساخه. وينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى فسخه إذا هلك محل العقد هلاكاً كلياً، فعند ذلك لا فائدة من صدور عمل من المتعاقد بفسخ العقد، فإن العقد ينعدم بطبيعته لانعدام محله. وفي غير حالة الهلاك الكلي يكون العقد في حاجة إلى فسخ، والفسخ إما أن يكون من عمل المتعاقد بحضرة المتعاقد الآخر أو بغير حضرته، وإما أن يكون من عمل القاضي على التفصيل الذي رأيناه عند الكلام في الخيارات الأربعة المعروفة وبخاصة خيار العيب. ونورد مثلاً على ما قدمناه من انفساخ العقد وفسخه ما جاء في المادة (٦٤٦) من «مرشد الحيران»: «إذا حدث بالعين المستأجرة

عيب يفوت به النفع بالكلية كخراب الدار، أو يخل بالمنفعة كأنهدام جزء منها يآثر هدمه على المنفعة المقصودة منها، يكون للمستأجر خيار فسخ الإجارة. ويسقط عنه الأجر في الصورة الأولى سواء فسخ أم لا، وأما في الصورة الثانية فإن فسخ بحضرة رب الدار سقط عنه الأجر. وإن لم يفسخ لا يسقط الأجر سواء استوفى المنفعة مع العيب أم لا». فنرى من هذا النص أنه إذا فانت منفعة العين المؤجرة بالكلية لخرابها أو لهلاكها هلاكاً كلياً، فلا حاجة للمستأجر بفسخ العقد، بل العقد يفسخ من تلقاء نفسه، وتسقط الأجرة عن المستأجر. أما إذا اختلت المنفعة فلم تفت إلا فواتاً جزئياً، فلا بد من فسخ العقد بحضرة المؤجر، فإن لم يفسخ المستأجر العقد لم يفسخ من تلقاء نفسه، ووجبت الأجرة استوفى المستأجر المنفعة مع العيب أو لم يستوفها.

إدخال التقنين المدني العراقي فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة:

والتقنين المدني العراقي، كما هو معروف، مأخوذ في جزء كبير منه من الفقه الإسلامي مع تعديلات اقتضتها سنة التطور. ومما أدخله هذا التقنين من التعديلات فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين وإقامة نظرية الفسخ على هذه الفكرة، وقد اقتبس التقنين العراقي ذلك من الفقه الغربي.

وهذه هي نصوص التقنين المدني العراقي في هذه المسألة:

(م ١٧٧) عراقي:

١ - في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد العاقلين بما وجب عليه بالعقد، جاز للعاقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتض، على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته.

٢ - ففي عقد الإيجار إن امتنع المستأجر عن إيفاء الأجرة المستحقة الوفاء. كان للمؤجر فسخ الإجارة. وفي إيجار العمل إن امتنع المستأجر عن إيفاء الأجر المستحق الوفاء كان للأجير طلب فسخ العقد. وفي عقد البيع يجوز للبائع أو للمشتري أن يطلب الفسخ، إذا لم يؤد العاقد الآخر ما وجب عليه بالعقد. كما يثبت حق الفسخ بخيار العيب، من غير اشتراط في العقد».

(م ١٧٨) عراقي: «يجوز الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته».

(م ١٧٩) عراقي:

١ - إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه، انفسخ العقد، سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة، ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه.

٢ - فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري».

(م ١٨٠) عراقي: «إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو انفسخ، سقط الالتزام الذي كان مترتباً عليه، فلا يلزم تسليم البديل الذي وجب بالعقد، وإن كان قد سلم يسترد. فإذا استحال رده، يحكم بالضمان».

وهذه النصوص تحمل أثر التوفيق بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام الفقه الغربي، ولكنها أكثر نزوعاً إلى الفقه الغربي. فقد وسعت من نظرية الفسخ وجعلتها القاعدة بعد أن كانت استثناء في الفقه الإسلامي، وأقامت نظرية الفسخ على فكرة الارتباط ما بين الالتزامين المتقابلين. وفكرة الارتباط هذه يأبأها الفقه الإسلامي على الأقل فيما يتعلق بالفسخ، وإن كان قد قبلها فيما يتعلق بالدفع بعدم تنفيذ العقد على ما سرى.

المبحث الثاني

متى يجوز الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي؟

الدفع بعدم تنفيذ العقد أوسع نطاقاً من الفسخ في الفقه الإسلامي:

الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من الفسخ كما سبق القول. ويمكن أن تستخلص من تطبيقاته المختلفة نظرية عامة أكثر شمولاً من نظرية الفسخ. فنستعرض أولاً تطبيقات مختلفة لهذا الدفع، ثم نستخلص من هذه التطبيقات نظرية عامة^(١).

المطلب الأول

تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي

عقود متنوعة:

نستعرض تطبيقات للدفع بعدم تنفيذ العقد في العقود الآتية: عقد البيع وعقد الإيجار، وعقد الوكالة، وعقد الزواج.

١ - عقد البيع

المشتري ينقد الثمن أولاً ثم يقبض المبيع:

إذا كان البيع بيع سلعة بنقد - وهذا هو البيع المعروف في الفقه الغربي، فإنه يجب على المشتري أن ينقد الثمن أولاً، ما لم يكن الثمن ديناً مؤجلاً على المشتري.

(١) انظر في هذا الموضوع في الفقه الإسلامي رسالة الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء

أما إذا كان البيع مقايضة (بيع سلعة بثمنها أو صرفاً) فإن المبيع والثمن يسلمان معاً في وقت واحد.

حبس البائع للمبيع حتى يستوفي الثمن:

فإذا كان الثمن حالاً، سواء في البيع أو المقايضة أو الصرف، فإن للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن. ولا يسقط حق البائع بإعطاء المشتري له رهناً أو كفيلاً ولا بإبرائه من بعض الثمن، بل له حبسه إلى استيفاء الثمن بتمامه^(١).

أما إذا لم يكن الثمن حالاً، بأن كان مؤجلاً عند البيع أو رضي البائع بتأجيله بعد البيع، فلا حق للبائع في حبس المبيع، بل يلزم بتسليمه إلى المشتري، ولا يطالبه بالثمن إلا عند حلول الأجل.

كذلك إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن، فقد أسقط حق حبسه، فليس له بعد ذلك أن يسترد المبيع.

وإذا استوفى البائع الثمن ولو من طريق الحوالة، بأن أحال البائع أحداً على المشتري بالثمن أو أحال المشتري البائع بالثمن على مدين له، وقبل المشتري أو البائع الحوالة، سقط حق البائع في حبس المبيع، إذ يعتبر مستوفياً للثمن.

وحق البائع في حبس المبيع يقتصر به حق امتياز له على المبيع يتقدم به على سائر غرماء المشتري. فإذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع ودفع الثمن^(٢) فالبائع أحق بحبسه كما قدمنا

(١) وقد قرر حبس المبيع، إلى جانب الحنفية، المالكية. وهو المختار عند الحنابلة، وإن كان المشهور في مذهب أحمد عند أصحابه أن البائع لا يملك الحبس «أعلام الموقعين» (٢٧/٤)، «الشرح الكبير» (٤/١١٣)، «ابن جزى» (٢٣٩).

وفي قول في مذهب الشافعي للبائع حق حبس المبيع كما عند الحنفية، وفي قول آخر يجبر البائع على الابتداء بالتسليم لرضاء بذمة المشتري ولا استقرار ملكه، ولأن ملك المشتري للمبيع غير مستقر فعلى البائع تسليمه حتى يستقر «الشرح الكبير» (١١٢/٤ - ١١٤). وفي قول ثالث: يجبران لوجوب التسليم عليهما، «الوجيز» للغزالي، (١٤٦/١)، «النهاية على المنهاج» (١٥٩/٣)، «البدائع» (٢٤٩/٥)، «المبسوط» (١٩٢/١٣). ويوجد إجماع في مذهب الشافعي على أن البائع حبس المبيع عند خوف فوته عليه «المنهاج» (٢٠٦/٤). وللبيع أن يشترط رهن العين عنده حتى يستوفي الثمن، «أعلام الموقعين» (٢٨/٤).

وعند الإمامية جاء في «مفتاح الكرامة» كتاب المتاجر (٧١٩ - ٧٢٠): «والإطلاق يقتضي تسليم الثمن والمثمن، فإن امتنعاً أجبراً، ويجبر أحدهما لو امتنع، سواء كان الثمن عيناً أو ديناً. فأما إذا لم يبذل البائع المبيع وأراد حبسه خوفاً من تعذر تحصيل الثمن، فله ذلك بلا خوف، وكذا للمشتري حبس الثمن خوفاً من تعذر تحصيل المبيع».

(٢) أما إذا قبض المشتري وأفلس، ففي المذهب الحنفي يكون البائع أسوة الغرماء وليس له حق امتياز، لأن المشتري قبض المبيع. وعند الشافعي والأوزاعي وأهل الظاهر للبائع استرداد سلعته بشرط أن يجدها بعينها كاملة. وعند الحنابلة للبائع أيضاً استرداد السلعة، ويعللون ذلك بفسخ البيع «المغني» (٤٥٩/٤).

إلى أن يستوفى الثمن من تركة المشتري أو يبيعه القاضي. ويؤدي للبائع حقه من ثمنه، فإن زاد الثمن على حق البائع يدفع الزائد لباقي الغرماء، وإن نقص ولم يوف حق البائع بتمامه كان أسوة الغرماء فيما بقي له.

حبس المشتري للثمن:

وإذا كان البيع مقايضة أو صرفاً فوجب قبض الثمن والمبيع في وقت واحد، فالظاهر أن للمشتري حبس الثمن إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع. لكن إذا قبض المشتري المبيع وكان الثمن حالاً، لم يجز له أن يحبس الثمن إلا إذا استحق المبيع في يده بالبينة وفسخ البيع قبل أداء الثمن. وإذا استحق المبيع حتى قبل قبضه من المشتري، كان للمشتري أن يحبس الثمن، بل إن له في هذه الحالة حق الفسخ واسترداد الثمن إذا كان قد دفعه للبائع.

٢ - عقد الإيجار

المستأجر يدفع الأجرة أولاً ثم يتسلم العين المؤجرة:

وفي عقد الإيجار يرتب الفقه الإسلامي الالتزامين المتقابلين من حيث المبادأة في التنفيذ، بأن يجعل المستأجر يبدأ بدفع الأجرة إذا كانت معجلة، ثم على المؤجر بعد قبضه الأجرة أن يسلم للمستأجر العين المؤجرة.

على أن الأجرة لا تلزم بمجرد العقد، فلا يجب تسليمها به إلا إذا اشترط على المستأجر تعجيلها وكانت الإجارة منجزة، فإذا كانت الإجارة مضافة إلى وقت مستقبل، فلا يجوز اشتراط تعجيل الأجر. ولو عجلت لا تملك ويجوز استردادها، وإذا كانت الإجارة منجزة، جاز اشتراط تعجيل الأجرة وتأجيلها وتقسيطها إلى أقساط تؤدي في أوقات معينة، وإذا لم يشترط تأجيل الأجرة ولا تعجيلها في الإجارة المنجزة، لم تجب الأجرة إلا بتسليم العين المؤجرة للمستأجر واستيفائه المنفعة فعلاً أو بتمكنه من استيفائها بتسليمها له ولو لم يستوفها. فإن قبض المستأجر الدار المؤجرة فارغة عن متاع المؤجر، لزمته أجرتها ولو لم يسكنها.

ويخلص مما قدمناه أن الأجرة لا تجب قبل تسليم العين المؤجرة إلا إذا كانت الإجارة منجزة واشترط تعجيل الأجرة أو تعجيل أقساطها قسطاً قسطاً^(١).

حبس المؤجر العين المؤجرة حتى يستوفي الأجرة:

فإن اشترط تعجيل الأجرة في الإجارة المنجزة، كانت واجب الأداء بمجرد العقد وقبل أن يسلم المؤجر المستأجر العين المؤجرة، وللمؤجر أن يحبس العين المؤجرة ويمتنع عن تسليمها

(١) انظر في ميعاد دفع الأجرة: «البدائع» (٢٠١/٤ - ٢٠٤)، «الزيلي» (١٠٨/٥ - ١٠٩)، «بداية المجتهد» (٢/ ٨١٨)، «المجلة» (م ٤٧٤).

للمستأجر حتى يستوفي الأجرة، وهذا عدا حقه في فسخ الإجارة على النحو الذي قدمناه.

حبس المستأجر العين حتى يستوفي ما عجله من الأجرة عند موت المؤجر:

وهناك حالة يحبس فيها المستأجر العين عن الرد، ذلك أنه إذا مات المؤجر فانقضى عقد الإيجار، وكان المستأجر قد عجل الأجرة لمدة لم يستوف المنفعة فيها، فله حبس العين المأجورة إلى حين استرداد ما عجله. بلى إن للمستأجر في هذه الحالة حق امتياز على العين بما وجب له استرداده من الأجرة المعجلة، فلو مات المؤجر مديوناً وليس له ما يسد به دينه غير العين المؤجرة، بيعت العين والمستأجر أحق بثمنها من سائر الغرماء إن كانت العين في يده، فيستوفي حقه من ثمنها وما زاد للغرماء، وإن نقص للمستأجر شيء مما عجله كان في الناقص أسوة الغرماء.

ويلاحظ هنا أن حق الحبس ثبت للمستأجر بعد انقضاء العقد بموت المؤجر وقد استحق المستأجر استرداد المعجل من الأجرة بموجب قاعدة دفع ما لا يجب لا بموجب العقد.

امتناع الأجير عن العمل حتى يستوفي أجره:

والأجير الخاص يستحق أجره بتسليم نفسه للخدمة وتمكنه منها، سواء خدم أو لم يخدم. على أنه يجوز اشتراط تعجيل الأجر قبل أن يسلم الأجير نفسه للعمل، فيجوز في هذه الحالة للأجير أن يمتنع عن العمل - أي أن يحبس نفسه أو عمله - إلى أن يستوفي أجره المشروط تعجيله^(١). هذا عدا حقه في فسخ الإجارة فيما قدمناه.

حبس الأجير المشترك العين المعقود عليها حتى يستوفي أجره:

وإذا كان الأجير مشتركاً كالخياط والحمال، فمن كان لعمله أثر في العين كالخياط جاز له حبسها وعدم تسليمها للمستأجر حتى يستوفي أجرته إن كانت الأجرة حالة، فإن تلفت عنده فلا ضمان عليه ولا أجر له، وإن كانت مؤجلة، فليس له حبسها، فتلفت فعليه قيمتها.

ومن ليس لعمله أثر كالحمال ليس له حبس العين للأجرة، فإن حبسها وتلفت ضمن قيمتها، وصاحبها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها محمولة وعليه له الأجر، وإن شاء ضمنها غير محمولة ولا أجر عليه^(٢).

(١) انظر في امتناع الأجير الخاص عن العمل حتى يستوفي أجره، «البدائع» (٤/٢٠٥ - ٢٠٦).

(٢) انظر في حبس الأجير المشترك العين الذي لعمه فيها أثر حتى يستوفي أجره: «البدائع» (٤/٢٠٤)، «الزيلي» (١١١/٥)، «المجلة» م (٤٨٢ - ٤٨٣).

والمالكية لا يقولون بوجوب أن يكون لعمل الأجير أثر في العين. جاء في «المدونة»: «قلت: رأيت الخياطين والقصارين والجزارين والصواغين وأهل الصناعات إذا عملوا للناس بالأجرة، اللهم أن يحبسوا ما عملوا حتى يعطوا أجرهم. قال: وكذلك أن التفليس هم أحق بما في أيديهم وكذلك في الموت هم أحق بما في أيديهم إذا مات الذي استعمل عندهم وعليه دين. قلت: رأيت إن استأجرت حملاً لي الطعام أو متاعاً أو عرضاً من العروض إلى موضع من المواضع بأجر معلوم على نفسه أو على دابته أو على إبله أو على سفينته، فحمل ذلك حتى إذا بلغ الموضع الذي اشترطت عليه منعي متاعي أو طعامي حتى يقبض حقه؟ =

٣ - عقد الوكالة وعقد الزواج

حبس الوكيل بالشراء المبيع عن الموكل حتى يستوفي الثمن:

وإذا دفع الوكيل بالشراء ثمن المبيع من مال نفسه للبائع . فله الرجوع به على موكله ، وله حبس المبيع عن الموكل لاستيفاء الثمن وإن لم يكن دفعه للبائع .

حبس الزوجة نفسها عن زوجها حتى تستوفي المهر:

وقد جرى حق الحبس في الفقه الإسلامي حتى في غير عقود المعاوضات المالية . ففي عقد الزواج ، وهو ينطوي على مبادلة البضع بالمهر احتاط الفقه الإسلامي لحفظ حق الزوجة في مهرها ، فأجاز لها حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفي المعجل من المهر . فللزوجة إذن قبل الدخول أن تمنع الزوج من الدخول بها حتى يعطيها ما اشترطت تعجيله من المهر ، ويثبت لها هذا الحق حتى لو كانت قد انتقلت إلى بيت زوجها . ذلك أن الزواج عقد معاوضة ، فيقتضي المساواة من الجانبين ، والمرأة عينت حق الزوج فيجب أن يعين الزوجة حقها ، وإنما يتعين بالتسليم («البدائع» ٢/٢٨٨) .

وحق المرأة في حبس نفسها حتى تستوفي المعجل من المهر يقتضي ألا تلتزم بما كانت تلتزم به لو دخل بها الزوج ، فلا يكون للزوج منعها من السفر أو الخروج من منزله أو زيارة أهلها قبل إيفاء المهر^(١) .

ولا يمنع حبس المرأة نفسها عن زوجها حتى تستوفي المهر من وجوب النفقة لها على زوجها ، حتى في مدة الحبس («الزيلي» ٣/٥٠ - ٥٢) .

قال : مالك ذلك له ، وإن فلس رب المتاع كان هذا الحمال أو الكرى أحق بما في يديه من الغرماء حتى يستوفي حقه . «المدونة الكبرى» (٣/٤١٤) تحت عنوان القضاء في الإجارة .

على أن الحنفية أنفسهم خففوا من حدة هذا التمييز المادي ، فقالوا : ليس المراد بالأثر عيناً مملوكة للعامل كالنشاء والغراء وغيرهما ، بل مجرد ما يعاين ويرى . وعلى هذا فغاسل الثوب لتحصيله وكاسر الفستق والحطب لهم حبس العين حتى يستوفوا الأجرة ، (الأستاذ سليم باز في تعليقه على المادة (٤٨٢) من «المجلة») .

(١) لأن حق الحبس إنما يثبت لاستيفاء المستحق ، فإذا لم يجب عليها تسليم النفس قبل إيفاء المهر لم يثبت للزوج حق الاستيفاء ، فلا يثبت حق الحبس . وإذا وافاها المهر فله أن يمنعها من ذلك كله ، إلا من سفر الحج . . . وله أن يدخل بها . لأنه إذا أوفاهها حقها يثبت له حق الحبس لاستيفاء المعقود عليه . فإن أعطاه المهر إلا درهماً واحداً ، فلها أن تمنع نفسها وأن تخرج من مصرها حتى تقبضه لأن حق الحبس لا يتجزأ ، «البدائع» (٢/٢٩٨) .

المطلب الثاني

استخلاص نظرية عامة في الدفع بعدم تنفيذ العقد

في الفقه الإسلامي

عناصر هذه النظرية:

ويمكن أن نستخلص من التطبيقات المتقدمة عناصر نظرية عامة للدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي، باعتباره صورة خاصة من صور الحق في الحبس، فنقتصر على بحث الدفع وحده دون أن نعمم القول في الحق في الحبس.

ويمكن إفراد عناصر هذه النظرية على الوجه الآتي:

- ١ - شروط الدفع بعدم تنفيذ العقد.
 - ٢ - الأثر الذي يترتب على هذا الدفع.
 - ٣ - الأساس الذي يقوم عليه هذا الدفع.
- ونعقب ذلك بما سار عليه التقنين المدني العراقي في هذا الموضوع.

شروط الدفع بعدم تنفيذ العقد:

يمكن القول إن هناك شرطين للدفع بعدم تنفيذ العقد:

- ١ - يجب أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين أي عقد معاوضة. ففي هذا النوع من العقود يوجد الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، ويكون تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين منوطاً بتنفيذ الالتزام المقابل، فهذه الرابطة العقدية وما تنشئه من ارتباط هي التي ميزت الدفع بعدم تنفيذ العقد عن سائر التطبيقات المتنوعة في الحق في الحبس في الفقه الإسلامي، ونطاق الحق في الحبس أوسع بكثير من نطاق الدفع بعدم تنفيذ العقد^(١).

(١) فمن الأمثلة على حق الحبس في غير العقود: (أ) من يرد العبد الآبق له جعل، وله أن يحبس العبد حتى يستوفيه، «الزيلي» (٣/٣٠٨ - ٣٠٩)، «البدائع» (٦/٢٠٣ - ٢٠٤). وحق الملتقط في حبس اللقطة بما أنفق عليها، «الزيلي» (٣/٣٠٦). (ب) إذا انهدم الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة، وأراد أحد الشريكين بناء وامتنع الآخر، يجبر على العمارة، فإن لم يعمر، بإذن القاضي للشريك بالعمارة، ثم يمنع الآخر من الانتفاع به حتى يؤدي ما يخص حصته من المصروفات (م ٨٥١)، «مرشد الحيران». وإذا انهدم السفل أو احتاج إلى ترميم، فعلى صاحبه بناؤه أو ترميمه. فإن امتنع وعمر صاحب العلو بإذنه أو بإذن القاضي، فله الرجوع عليه بما أنفقه على العمارة بالقدر المعروف. ولصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من الانتفاع حتى يوفيه حقه. وإذا انهدم حائط مشترك بين جارين وكانت عليه حمولة لهما كقصر أو رؤوس جذوع، وعمر أحدهما عند امتناع الآخر، فله منع شريكه من وضع حمولة على ذلك الحائط حتى يؤديه نصف ما صرفه (م ١٢١٦) «المجلة». (ح) إذا بنى الغاصب على الأرض المغصوبة بناء أو غرس غرساً، وكان القلع أو الهدم مضرراً بالأرض، فلصاحب الأرض أن يعطي قيمة البناء أو الغراس مستحق القلع ويتملكه جبراً على =

٢ - يجب أن يكون الالتزام المحبوس أو الذي يقف المدين تنفيذه حتى يستوفي الالتزام المقابل التزاماً يتأخر تنفيذه عن تنفيذ الالتزام المقابل . وقد رأينا ترتيب تنفيذ الالتزامات المتقابلة في العقود المختلفة ، ففي البيع مثلاً يبدأ المشتري بدفع الثمن ثم يسلم البائع العين المبيعة ، فالذي يقف تنفيذه من الالتزامات هو التزام البائع بتسليم المبيع ، فيحبسه حتى يستوفي الثمن ، وليس العكس ، وكذلك الأجرة لا تستحق إلا إذا تمكن المستأجر من استيفاء المنفعة ، فلا يجوز للمؤجر حبس العين إلى حين استيفاء الأجرة إلا إذا كانت الأجرة معجلة ، أما إذا كان الالتزامان المتقابلان واجبي التنفيذ في وقت واحد ، لم يبق إلا أن يودع كل من المتعاقدين التزامه في يد عدل ، ويسلم العدل كلا منهما حقه في نفس الوقت الذي يسلم فيه الحق للمتعاقد الآخر .

الأثر الذي يترتب على الدفع بعدم تنفيذ العقد:

ويترتب على الدفع بعدم تنفيذ العقد أن يوقف تنفيذه دون أن يفسخ أو ينحل ، فالعقد لا يزال قائماً واجب النفاذ ، وإنما أبيح لأحد المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه - لا التحلل منه - حتى يستوفي حقه في ذمة العاقد الآخر .

وفي العقود الزمنية كالإيجار ، ما وقف تنفيذه من مدة ينتقص من العقد لأن هذه هي طبيعة العقود الزمنية ، الزمن معقود عليه فيها وما مضى من الزمن لا يعود .

ويسقط الدفع بعدم تنفيذ العقد :

١ - بتنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه ، فلو حبس البائع المبيع حتى يستوفي الثمن ، سقط حقه في الحبس إذا وفى المشتري الثمن . ويجب أن يوفي المشتري كل الثمن ، فلو بقي منه درهم لم يسقط حق الحبس . لأن هذا لا يتجزأ .

٢ - بالنزول عن الدفع صراحة أو ضمناً . وإذا أعطى البائع المشتري أجلاً في دفع الثمن ، كان منه نزولاً ضمناً عن حقه في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن . فلو أن المشتري لم يقبض المبيع حتى حل أجل دفع الثمن ، فليس للبائع حبس المبيع ، لأنه أسقط هذا الحق بتأجيل الثمن والساقط لا يعود ، كذلك لو طرأ الأجل على العقد بأن أخر البائع الثمن بعد العقد إلى أجل ، فليس له حق حبس المبيع ولو كان لم يسلم إلى أن حل أجل دفع الثمن .

٣ - بانقضاء الالتزام المقابل لأي سبب : فليس للبائع حبس المبيع إذا أحال أحداً بالثمن على المشتري أو أحال المشتري البائع على مدين للمشتري .

الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم تنفيذ العقد:

يمكن القول بأن ارتباط الالتزامين المتقابلين في عقد المعاوضة هو الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي ، فقد كان هذا الارتباط محل الاعتبار ، وانبنى عليه أن

= الغاصب ، وللغاصب حبس الأرض حتى يستوفي حقه . ولو غيب الغاصب المغصوب وضمن قيمته ، فإن

ظهر بعد ذلك وأخذه المالك للغاصب حبسه حتى يسترد القيمة التي دفعها ، «الزلمي» (٥/٢٣١) .

عدم تنفيذ أحد الالتزامين يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام المقابل . وهذا بخلاف الفسخ فلم يعتبر فيه الارتباط، لأن الفسخ هو حل للعقد لا مجرد وقف له، فهو أشد خطورة من الدفع بعدم التنفيذ، وإذا أباح الارتباط الأقل فلا يتعين أن يبيح الأكثر.

على أن الارتباط هنا يجب أن يفهم في ضوء فكرة عامة في الفقه الإسلامي تتعلق بعقود المعاوضة. وهذه الفكرة هي أن المساواة في هذه العقود هي مقصود المتعاقدين، وتحقيق المساواة بين المتعاقدين يقتضي ألا يجبر أحدهما على تنفيذ التزامه بينما الآخر لم يقم بتنفيذ الالتزام المقابل، وإلا كان في ذلك إخلال بالمساواة المقصودة. وفي هذا المعنى يقول صاحب «البدائع» «ولأن المعاوضات مبناه على المساواة عادة وحقيقة. ولا تتحقق المساواة إلا بتقديم تسليم الثمن، ولأن المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين إلا بالتسليم. فلا بد من تسليمه أولاً تحقيقاً للمساواة (البدائع ٢٤٩/٥)، ويقول أيضاً: «إن المعاوضة المطلقة إذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر، إذ لو ثبت لا تكون معاوضة حقيقة، لأنه لا يقابله عوض، ولأن المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدین ولا مساواة إذا لم يثبت الملك في أحد العوضين» (البدائع ٢٠١/٤).

التقنين المدني العراقي في الدفع بعدم تنفيذ العقد:

وقد قنن التقنين المدني العراقي قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي في نص واحد، جعله من العموم والشمول بحيث يوسع من القاعدة على النحو الذي وجدناه في الفقه الغربي، فنصت المادة (٢٨٠) من هذا التقنين على ما يأتي:

١ - للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال، وللعامل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه إلى أن يستوفي الأجر المستحق سواء كان لعمله أثر في هذا الشيء أو لم يكن، وذلك كله وفقاً للأحكام التي قررها القانون.

٢ - وفي كل معاوضة مالية بوجه عام، لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عله وهو في يده حتى يقبض البذل المستحق».

ويلاحظ أن التقنين المدني العراقي جعل الدفع بعدم تنفيذ العقد فرعاً عن الحق في الحبس وأدرج النص في هذا المكان.

الفصل الثاني

الإقالة

الفرع الأول

الإقالة

في الفقه الغربي

كيف تتم الإقالة من العقد والأثر الذي يترتب عليها:

الإقالة في الفقه الغربي لا تشغل الإمكان ضيقاً محدوداً، ولا تكاد تذكر إلا عند الإشارة إلى أنها اتفاق كسائر الاتفاقات يخضع لجميع القواعد العامة في الاتفاقات والعقود، ومن ثم سيكون بحثها في الفقه الغربي موجزاً، فتكلم في أمرين:

١ - كيف تتم الإقالة؟

٢ - الأثر الذي يترتب عليها.

المبحث الأول

كيف تتم الإقالة؟

تتم الإقالة من العقد بإيجاب وقبول:

كما ينشأ العقد بإيجاب وقبول متطابقين على إنشائه، كذلك يزول إقالة بإيجاب وقبول متطابقين على إلغائه. فالعقد اتفاق ينشئ الالتزام، أما الإقالة فهي اتفاق يقضيه. والإيجاب والقبول قد يكونان صريحين أو ضمنيين، كما هو الأمر في إنشاء العقد الأصلي.

وإذا كان العقد الذي حصلت الإقالة منه عقداً شكلياً، كالهبة والرهن الرسمي، لم تتم الإقالة إلا بنفس الشكل الذي أنشأ العقد، فلا بد إذن من ورقة رسمية للإقالة من الهبة والرهن الرسمي.

والتراضي على الإقالة يوجد بتلاقي الإيجاب والقبول متطابقين، ويصح إذا صدر من ذي أهلية خالياً من عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

والإقالة محلها إلغاء الالتزامات التي نشأت من العقد المقل من، وسببها هو الباعث الذي دفع المتقابلين إلى هذا الإلغاء.

كيف تتم الإقالة بإرادة منفردة؟:

وقد تتم الإقالة بإرادة منفردة تصدر من أحد العاقدين، ولكن يجب أن يكون متفقاً بين

العاقدين من قبل على جواز الإقالة بهذه الإرادة المنفردة. فالإرادة المنفردة التي تتم بها الإقالة هي إرادة منفردة متفق عليها بإرادتين متطابقتين سابقتين، فلا بد إذن من الاتفاق في الإقالة، إما عند الإقالة ذاتها وإما في وقت سابق عليها، مثل ذلك ما يتفق عليه عادة في عقود الإيجار من أن لكل من المتعاقدين الحق في إلغاء عقد الإيجار بإعلان يرسله إلى المتعاقد الآخر قبل الإلغاء بمدة معينة. فهنا عقد الإيجار يجوز إلغاؤه بإرادة أحد العاقدين عن طريق إعلان هذه الإرادة للعاقدين الآخر في مدة معينة، ولكن الإقالة على هذا الوجه متفق عليها في عقد الإيجار بين المتعاقدين. ويستوي في ذلك أن تكون مدة الإيجار مذكورة في عقد الإيجار حداً أقصى كما لو اتفق على أن تكون المدة تسع سنوات، ولكن يجوز إلغاء العقد قبل ذلك بإعلان أحد الطرفين الآخر في مدة معينة، أو يكون المذكور من المدة هو الحد الأدنى كما لو اتفق على أن تكون مدة الإيجار سنة تمتد إلى سنوات متوالية حتى يعلن أحد الطرفين الآخر في مدة معينة بإلغاء الإيجار، أو ألا تكون المدة مذكورة أصلاً كما لو اتفق على الإيجار دون تحديد مدة ما على أن يلغى العقد بإعلان أحد الطرفين الآخر في مدة معينة ويلاحظ أن هذه المدة المعينة تكون في هذه الحالة هي الحد الأدنى للإيجار. وكما تقع الإقالة على هذا الوجه في عقد الإيجار، تقع أيضاً في عقد العمل وفي عقد التأمين وفي عقد الشركة وفي غير ذلك من العقود.

الرجوع في الهبة:

ويقرب من الإقالة الرجوع في الهبة، فإنه يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك. فإن تم الرجوع بالتراضي، فهذه إقالة من الهبة، ويجب أن تتم في ورقة رسمية كما في إنشاء الهبة، إلا إذا كانت قد تمت بالقبض في المنقول فتتم برد المقبوض.

على أن الرجوع في الهبة قد يتم بغير الإقالة، ذلك أنه إذا لم يقبل الموهوب له الإقالة جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع. ويعتبر عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه، أو أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير، أو أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً إلى وقت الرجوع أو يكون الواهب ولداً يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا به حي. أما موانع الرجوع من الهبة فمعروفة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني

الأثر الذي يترتب على الإقالة

انحلال العقد:

يترتب على الإقالة انحلال العقد، فتتقضي بالإقالة الالتزامات التي أنشأها العقد، سواء كانت هذه الالتزامات لم يبدأ تنفيذها فتزول دون أن تنفذ، أو بدأ تنفيذها ولكنه لم يتم فتزول أيضاً دون

أن يتم تنفيذها، أما إذا كانت الالتزامات قد تم تنفيذها، ولا يراد الرجوع فيها بأثر رجعي، فلا محل للإقالة من العقد لأن العقد ذاته يكون قد انقضى.

ليس للإقالة في الأصل أثر رجعي:

والإقالة في الأصل ليس لها أثر رجعي، فينحل العقد باتفاق تال له هو الإقالة، وما تم تنفيذه من العقد لا يرجع فيه بطريق الاستناد، ويترتب على ذلك النتائج الآتية في العقود الناقلة للملكية:

١ - إذا تقابل المتعاقدان من عقد ناقل للملكية كالبيع، فالملكية التي انتقلت للمشتري الأصلي لا تزول بأثر رجعي، ولكنها تعود إلى البائع بعقد جديد هو الإقالة. وتعود مثقلة بالحقوق العينية التي أنشأها المشتري على المبيع كرهن أو ارتفاق، أو التي تكون قد نشأت من جهته كحق امتياز أو حق اختصاص.

٢ - ومن ثم يجب تسجيل الإقالة حتى تعود الملكية إلى البائع، وقبل التسجيل تبقى الملكية للمشتري ولا يجوز للبائع أن يتصرف فيها.

٣ - ويجب دفع رسوم جديدة عن عودة الملكية من جديد إلى البائع، تعادل الرسوم التي دفعت عند تسجيل البيع الأصلي.

٤ - ولا يسقط حق الشفيع في الشفعة بسبب البيع الذي تقابل منه المتعاقدان، بل يثبت للشفيع حق جديد في الشفعة بالإقالة إذا كان قد فاته الأخذ بالشفعة في البيع الأصلي.

قد يكون للإقالة أثر رجعي:

على أن المتقابلين قد يتفقان عند الإقالة على أن يكون لها أثر رجعي، فما بدأ تنفيذه من الالتزامات أو تم يرجع فيه ويعتبر العقد الأصلي كأن لم يكن، وهنا تقترب الإقالة من الفسخ الاتفاقي.

ولكن الأثر الرجعي المتفق عليه للإقالة ترد عليه القيود الآتية:

١ - بالنسبة إلى التسجيل والخزاة، لا تزال الإقالة ذات الأثر الرجعي تعتبر عقداً جديداً، وما قررناه من وجوب تسجيلها ودفع رسوم جديدة عند التسجيل ينطبق هنا كما انطبق هناك.

٢ - بالنسبة إلى الغير، لا يضار هؤلاء بالأثر الرجعي. فإذا كان المشتري قبل التقابل قد رتب حقاً عيناً على العين المبيعة أو ترتب من جهته هذا الحق العيني، كرهن أو ارتفاق أو امتياز أو اختصاص، فإن الأثر الرجعي للإقالة لا يمس حقوق الغير، وتعود العين إلى البائع مثقلة بهذه الحقوق.

٣ - بالنسبة إلى الدائنين، لا يضارون هم أيضاً بالأثر الرجعي إذا وقعت الإقالة من المدين غشاً إضراراً بحقوقهم. فيجوز للدائنين في هذه الحالة الطعن في الإقالة بالدعوى البولصية، بل إنهم يستطيعون هذا الطعن ولو لم يكن للإقالة أثر رجعي، ذلك أن الإقالة قد تضر حقوق الدائنين ولو لم يكن لها أثر رجعي.

٤ - بالنسبة إلى العقود الزمنية كالإيجار، لا يمس الأثر الرجعي ما تم تنفيذه من هذه العقود

حتى فيما بين المتقابلين . فطبيعة العقد الزمني أن ما تم تنفيذه منه لا يمكن الرجوع فيه ، إذ الزمن معقود عليه وما مضى من الزمن لا يعود . وفي هذا تستوي الإقالة والفسخ ، فقد قدمنا أن الفسخ ليس له أثر رجعي في العقود الزمنية .

الفرع الثاني الإقالة في الفقه الإسلامي

خطة البحث:

يفيض الفقه الإسلامي في الإقالة أكثر مما يفيض الفقه الغربي كما سبق القول . وسنجري في بحث الإقالة في الفقه الإسلامي على الخطة التي جرينا عليها في الفقه الغربي ، فنبحث :

أولاً: كيف تتم الإقالة؟

ثانياً: الأثر الذي يترتب على الإقالة؟ .

ثالثاً: وننتهي بعقد موازنة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي في الإقالة .

المبحث الأول كيف تتم الإقالة؟

تنعقد الإقالة بإيجاب وقبول:

ركن الإقالة في الفقه الإسلامي الإيجاب من أحد العاقلين والقبول من الآخر ، فإذا وجد الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر بلفظ يدل عليه فقد تم الركن . ولا خلاف في أن الإقالة تنعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي ، وكذلك تنعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي والآخر عن المستقبل كما في الزواج وبخلاف البيع عند إنشائه لا عند التقابل منه ، وذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، أما عند محمد فلا تنعقد الإقالة إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي كما في البيع عن إنشائه . «وجه قوله - كما جاء في «البدائع» (٣٠٦/٥) - أن ركن الإقالة هو الإيجاب والقبول كركن البيع . ثم ركن البيع لا ينعقد إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي ، فكذا ركن الإقالة . ولهما الفرق بين الإقالة وبين البيع وهو أن لفظة الاستقبال للمساومة حقيقة ، والمساومة في البيع معتاد فكانت اللفظة محمولة على حقيقتها فلم تقع إيجاباً ، بخلاف الإقالة لأن هناك لا يمكن حمل اللفظة على حقيقتها لأن المساومة فيها ليست بمعتادة فتحمل على الإيجاب ولهذا حملناها على الإيجاب في النكاح ، كذا هذا» .

شروط صحة الإقالة:

وشروط صحة الإقالة :

- ١ - رضا المتقابلين أي خلو التراضي من الإكراه لأن الإكراه يفسد العقود.
- ٢ - المجلس، لأن معنى العقد موجود في الإقالة فيشترط لها المجلس كما يشترط للعقد.
- ٣ - تقابض بدلى الصرف في الإقالة من الصرف.
- ٤ - أن يكون المبيع بمحل الفسخ بسائر أسباب الفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية والعيب عند أبي حنيفة وزفر، فإن لم يكن بأن ازداد زيادة تمنع الفسخ بهذه الأسباب لا تصح الإقالة عندهما. وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط.
- ٥ - قيام المبيع وقت الإقالة، فإن كان هالكاً وقت الإقالة لم تصح. فأما قيام الثمن وقت الإقالة فليس بشرط. ووجه الفرق أن إقالة البيع رفعه فكان قيامها بالبيع، وقيام البيع بالمبيع لا بالثمن لأنه هو المعقود عليه على معنى أن العقد ورد عليه لا على الثمن، لأنه يرد على المعين والمعين هو المبيع لا الثمن لأنه لا يحتمل التعيين وإن عين لأنه اسم لما في الذمة فلا يتصور إيراد العقد عليه. دل أن قيام البيع بالمبيع لا بالثمن، فإذا هلك لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه، فلا تتصور الإقالة التي هي رفع حكم البيع في الحقيقة. وإذا هلك الثمن فمحل حكم البيع قائم، فتصح الإقالة، وكذا إن كان المبيع قائماً وقت الإقالة ثم هلك قبل الرد على البائع، بطلت الإقالة سواء كان الثمن قائماً أو هالكاً لأن الإقالة فيها معنى البيع، وهلاك المبيع بعد الإقالة قبل القبض كهلاكه بعد البيع قبل القبض، فإنه يوجب بطلان البيع فكذا يوجب بطلان الإقالة. ولو تباعاً عيناً بعين وتقابضاً، ثم هلك إحداهما في يد مشتريها ثم تقايلاً، صحت الإقالة، وعلى مشتري الهالك رد مثله أو قيمته ويسترد العين الباقية، لأن المبيع إحداهما والآخر ثمن فإذا هلك أحدهما تعين الهالك للثمن والقائم للمبيع لما فيه من تصحيح العقد. انظر في شرائط صحة الإقالة «البدائع» (٣٠٨/٥ - ٣١٠).

الرجوع في الهبة:

والرجوع في الهبة بالتراضي في الفقه الإسلامي نوع من الإقالة، كما هو الأمر في الفقه الغربي، بل إن أحكام الرجوع في الهبة في مصر مأخوذة عن أحكام الفقه الإسلامي، وقد قنن التقنين المصري هذه الأحكام من حيث جواز الرجوع في الهبة بالتراضي أو بحكم القاضي، ومن حيث الموانع التي تمنع الرجوع في الهبة. أما العذر الموجب لفسخ الهبة بالتقاضي في التقنين المدني المصري فمأخوذ عن التقنين المدني الفرنسي.

المبحث الثاني

الأثر الذي يترتب على الإقالة

انحلال العقد:

يترتب على الإقالة انحلال العقد، فيرتفع حكمه. ولذلك يجب أن يكون العقد منعقداً في حق الحكم حتى ترد عليه الإقالة، فإذا لم ينعقد في حق الحكم كأن هلك المبيع قبل الإقالة أو بعد

الإقالة وقبل الرد، لم تصح الإقالة، لأنه لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه فلا تتصور الإقالة التي هي رفع حكم البيع، وقد تقدم بيان ذلك.

التكيف القانوني للإقالة - ماهية الإقالة:

وقد اختلف الفقهاء في ماهية الإقالة. فعند أبي حنيفة الإقالة فسخ في حق المتقابلين، وبيع جديد في حق الغير. وقال أبو يوسف إنها بيع جديد في حق المتقابلين، وفي حق الغير، إلا إذا تعذر إعمالها بيعاً فتجعل فسخاً، وهذا هو أيضاً مذهب مالك. وقال محمد هي فسخ في حق المتقابلين وفي حق الغير إلا إذا تعذر إعمالها فسخاً فتجعل بيعاً، وهذا هو أيضاً مذهب الشافعي ومذهب أحمد. وقال زفر هي فسخ في حق المتقابلين وفي حق الغير.

ويترتب على هذا الاختلاف في الرأي اختلاف الحكم في المسائل الآتية:

١ - إذا تقابل المتبايعان ولم يسميا الثمن الأول، أو سميا زيادة على الثمن الأول، أو أنقصا من الثمن الأول، أو سميا جنساً آخر سوى الجنس الأول قل أو كثر، أو أجلا الثمن الأول، فالإقالة تكون على الثمن الأول عند أبي حنيفة لأنها عنده فسخ في حق العاقلين، والفسخ رفع العقد، والعقد وقع بالثمن الأول فيكون فسخه بالثمن الأول ضرورة، وتبطل تسمية الزيادة والنقصان والجنس الآخر والأجل، وتبقى الإقالة صحيحة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، لأن الشرط إنما يؤثر في البيع لأنه يمكن الربا فيه والإقالة رفع البيع فلا يتصور تمكن الربا فيه. وعند أبي يوسف - إذ الإقالة بيع إلا إذا تعذر فتجعل فسخاً - إن كانت الإقالة بعد قبض المبيع مطلقاً أو قبل القبض في العقار فهي بيع، لأن بيع المشتري المبيع بعد قبضه مطلقاً وقبل قبضه في العقار يجوز، وتكون الإقالة بالثمن الجديد لأنه لم يتعذر إعمالها بيعاً، أما قبل القبض في المنقولات فلا يجوز للمشتري التصرف فيتعذر إعمال الإقالة بيعاً فتجعل فسخاً على الثمن الأول وتبطل التسمية وعند محمد إذ الإقالة فسخ إلا إذا تعذر فتجعل بيعاً - إن كانت الإقالة قبل القبض تعذر إعمالها بيعاً إذ لا يجوز عنده للمشتري بيع المبيع قبل قبضه في المنقول والعقار على السواء فتجعل فسخاً وتبطل التسمية، وإن كانت الإقالة بعد القبض لم يتعذر إعمالها بيعاً فتجعل بيعاً وتجوز التسمية فيما زاد أو أجل أو في جنس آخر كثر أو قل، وتجعل فسخاً عند عدم التسمية أو تسمية الثمن الأول أو النقص فيه فتكون على الثمن الأول، وتبطل تسمية النقصان لأن السكوت عن النقص لا يكون أعلى من السكوت عن الثمن الأول وهنا يجعل فسخاً لا بيعاً فهنا أولى. وعند زفر - إذ الإقالة فسخ دائماً - تبطل التسمية وتقع الإقالة على الثمن الأول.

٢ - إذا كان المبيع داراً ولها شفيع فقاضى له بالشفعة، ثم طلب منه المشتري أن يسلم الشفعة بزيادة على الثمن الأول أو بجنس آخر، كانت التسمية باطلة عند أبي حنيفة ومحمد وزفر، لأنه لما قضى للشفيع بالشفعة فقد انتقلت الصفقة إليه بالثمن الأول، فالتسليم بالزيادة على الثمن الأول أو بجنس آخر يكون إقالة تعتبر فسخاً عندهم جميعاً فتكون على الثمن الأول وتبطل التسمية وعند أبي يوسف تصح التسمية، لأن الإقالة عنده بيع ولا يتعذر هنا إعمالها بيعاً.

٣ - لو تقابل المتبايعان البيع في المنقول بعد القبض ثم إن البائع باعه من المشتري ثانياً قبل

أن يسترده من يده، جاز البيع عند أبي حنيفة ومحمد وزفر، لأن الإقالة عندهم فسخ، لا بيع جديد فلا يقال إن بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز، وعند أبي يوسف، إذ الإقالة بيع، لم يجز البيع الثاني، لأنه يعتبر بيعاً للمنقول قبل قبضه وهو لا يجوز.

٤ - لو باع البائع بعد التقايل مع المشتري المنقول من غير المشتري، لم يجز البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف، لأن الإقالة في حق الغير عند أبي حنيفة بيع، وعند أبي يوسف بيع مطلقاً ولم يتعذر إعمالها بيعاً، فيكون البائع بعد المنقول بالإقالة باعه قبل قبضه وهذا لا يجوز. وعند محمد وزفر الإقالة فسخ، فلا يكون هذا بيع المنقول قبل قبضه فيصح البيع. وإن كان المبيع عقاراً والمسألة بحالها، جاز البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر جميعاً. لأن بيع العقار قبل قبضه جائز عند الأولين، ولأن الإقالة فسخ عند الآخرين.

٥ - إذا اشترى داراً ولها شفع فسلم الشفعة، ثم تقايل المتبايعان البيع، أخذ الشفع بالشفعة عند التقايل عند أبي حنيفة لأن الإقالة بيع في حق الغير والشفيع غير، وعند أبي يوسف لأن الإقالة بيع مطلقاً ولم يتعذر إعمالها بيعاً فجعلت بيعاً. ولا يأخذ الشفع بالشفعة عند محمد وزفر، لأن الإقالة عندهما فسخ.

٦ - لو اشترى شيئاً وقبضه قبل نقد الثمن، ثم باعه من أجنبي، ثم تقايل مع الأجنبي فعاد المبيع إلى المشتري. ثم إن بائعه اشتراه بأقل مما باعه بالثمن الأول قبل النقد، جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، لأن الإقالة عند أبي حنيفة بيع في حق الغير والبائع الأول ههنا غير، وهي عند أبي يوسف بيع في حق العاقلين وغيرهما. فكأن المشتري الأول اشتراه ثانياً من الأجنبي بموجب الإقالة، ثم باعه من بائعه بأقل من الثمن الأول قبل النقد وذلك جائز. وأما على أصل محمد وزفر فلا يجوز، لأن الإقالة عندهما فسخ فكانت إعادة إلى قديم الملك، ولا يجوز للمشتري الذي لم ينقد الثمن أن يبيع المبيع من البائع بأقل من الثمن الأول.

انظر في كل ذلك «البدائع» (٣٠٦/٥ - ٣٠٨). «الفتاوي الهندية» (١٩٤/٥).

المبحث الثالث

موازنة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي في الإقالة

الموازنة من حيث انعقاد الإقالة وصحتها:

ويتبين مما تقدم أن الإقالة في الفقه الإسلامي، كما هي في الفقه الغربي، تنعقد بإيجاب وقبول جديدين، فلا يستقل أحد المتعاقدين بالإقالة.

ويلاحظ أن أحكام الفقه الإسلامي في صحة الإقالة تختلف عن أحكام الفقه الغربي من

حيث:

١ - عدم صحتها في الفقه الإسلامي إذا لم يكن المبيع بمحل الفسخ بسائر أسبابه.

٢ - ضرورة تقابض البدلين في الصرف في الفقه الإسلامي.

٣ - وبخاصة ضرورة قيام المبيع وقت الإقالة في الفقه الإسلامي.

الموازنة من حيث الأثر:

ينحل العقد الأصلي بالإقالة في الفقهين.

ولكن القاعدة في الفقه الغربي أن الإقالة ليس لها أثر رجعي، ولا يكون لها هذا الأثر إلا باتفاق المتقاييلين، ولا يمتد الأثر الرجعي حتى عند الاتفاق عليه إلى التسجيل وإلى العقود الزمنية وإلى العلاقة بالغير.

أما الفقه الإسلامي فيجعل الإقالة فسخاً تارة وطوراً بيعاً جديداً. والفرق بين الفسخ والبيع الجديد هو أن الفسخ رفع لحكم البيع الأصلي بأثر رجعي فيعتبر البيع كأن لم يكن. أما في البيع الجديد فيبقى البيع الأصلي، ثم يعود المبيع إلى البائع بعقد جديد بحكم الإقالة، فلا تكون للإقالة إذن أثر رجعي. ولا يقتصر الفرق على هذا الأثر الرجعي وجوداً أو عدماً، بل هناك أيضاً فروق أخرى. ذلك أن الإقالة إذا اعتبرت بيعاً كان لهذا نتائجه من نواح مختلفة، كعدم جواز التصرف في المبيع قبل القبض، وجواز الخلاف في الثمن وفي الإقالة الصادرة من الشفيع، وفي أخذ الشفيع بالشفعة عند التقايل، وفي إعادة البيع من المشتري الأول للبائع بعد أن يتقايل مع المشتري الثاني.

ومن ذلك نرى أن الإقالة في الفقه الإسلامي إذا اعتبرت فسخاً بأثر رجعي لا يقتصر ذلك على العاقدين بل قد يتعداهما إلى الغير، وإذا اعتبرت بيعاً دون أثر رجعي لا يقتصر أثر ذلك على الغير بل قد يكون أيضاً في العلاقة فيما بين المتعاقدين.

التقنين المدني العراقي:

وقد وفق التقنين المدني العراقي بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام الفقه الغربي في الإقالة. فهو قد ساير في الفقه الإسلامي في اشتراطه أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد العاقد وقت الإقالة. وسايره أيضاً - في قول أبي حنيفة - في أن الإقالة في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد.

وفيما عدا ذلك من الأحكام ساير القواعد العامة، وهي مأخوذة في أغلبها من الفقه الغربي.

وهذه هي نصوص التقنين المدني العراقي في هذه المسألة:

(م ١٨١) عراقي: للعاقدين أن يتقايدا العقد برضاها بعد انعقاده.

(م ١٨٢) عراقي:

١ - يلزم أن يكون المعقود عليه قائماً موجوداً في يد العاقد وقت الإقالة.

٢ - ففي البيع يلزم أن يكون المبيع قائماً وموجوداً في يد المشتري، ولو كان بعض المبيع قد تلفت صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن. أما هلاك الثمن فلا يكون مانعاً من صحة الإقالة.

(م ١٨٣) عراقي: الإقالة في حق العاقدين فسخ، وفي حق الغير عقد جديد.

محتوى الجزء السادس

الفصل الثاني

آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع

٧	الفرع الأول - العقد يلزم العاقدين بما ورد فيه
٧	المبحث الأول - ما يلزم العاقدين بالعقد في الفقه الغربي
٧	المطلب الأول - تفسير العقد وتحديد نطاقه
٧	١ - تفسير العقد
٧	حالات التفسير الثلاث:
٨	(أ) عبارة العقد واضحة
٩	(ب) عبارة العقد غير واضحة
١١	(ج) قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين
١٢	٢ - تحديد نطاق العقد
١٢	العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد نطاق العقد:
١٢	طبيعة الالتزام
١٢	القوانين التكميلية والتفسيرية
١٣	العرف والشروط المألوفة
١٣	العدالة
١٣	المطلب الثاني - إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد (العقد شريعة المتعاقدين)
١٤	١ - تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه
١٦	٢ - نظرية الحوادث الطارئة:
١٦	(أ) التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة
	(ب) نظرية الحوادث الطارئة في التقنين المدني المصري الجديد وفي التقنيات
١٩	المدنية العربية الأخرى
٢٢	المبحث الثاني - ما يلزم العاقدين بالعقد في الفقه الإسلامي

المطلب الأول - تفسير العقد وتحديد نطاقه	٢٢
١ - تفسير العقد:	٢٣
العبرة في تفسير العقد في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة ..	٢٣
قواعد في الفقه الإسلامي توهم أن العبرة بالإرادة الباطنة ..	٢٥
ولكن الصحيح هو أن العبرة بالإرادة الظاهرة ..	٢٥
قواعد كلية أخرى في تفسير العقد في الفقه الإسلامي	٢٧
يفسر الشك في مصلحة المدين في الفقه الإسلامي	٣١
٢ - تحديد نطاق العقد	٣١
العوامل التي يسترشد بها في تحديد نطاق العقد:	٣١
العرف والعادة ..	٣٢
طبيعة الالتزام ..	٣٥
المطلب الثاني - إلزام المتعاقد بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد	٣٧
١ - تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه:	٣٧
تقسيم العقود في الفقه الإسلامي:	٣٧
(أ) نقل الملك ..	٣٩
(ب) نقل المنفعة ..	٤٧
(ح) ترتيب الدين في الذمة ..	٥٤
(د) الإلزام بعمل معين ..	٥٨
(هـ) توثيق الديون ..	٦١
٢ - فسخ العقد للعدر أو لحوادث طارئة:	٦٤
(أ) الأعذار في عقد الإيجار ..	٦٤
المذهب الحنفي في فسخ الإيجار بالعدر ..	٦٥
المذاهب الثلاثة الأخرى في فسخ الإيجار بالعدر ..	٦٨
(ب) الجوائح في بيع الثمار:	٧٣
حكم الجوائح في المذهب المالكي ..	٧٤
حكم الجوائح في المذهب الحنبلي ..	٧٦

٧٩	الفرع الثاني - المسؤولية العقدية
٧٩	المبحث الأول - المسؤولية العقدية في الفقه الغربي
٧٩	المطلب الأول - الخطأ العقدي
٨٠	١ - ما هو الخطأ العقدي
٨٣	٢ - تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق
٨٦	المطلب الثاني - الضرر
٨٦	١ - الضرر المادي والضرر الأدبي:
٨٦	الضرر المادي
٨٧	الضرر الأدبي
٨٧	٢ - مدى التعويض عن الضرر:
٨٧	الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعرض عنه في المسؤولية العقدية
٨٩	تحديد الضرر المباشر والضرر المتوقع
٩٠	المطلب الثالث - علاقة السببية بين الخطأ والضرر
٩٠	١ - القوة القاهرة والحادث الفجائي
٩٣	خطأ المضرور
٩٧	٣ - خطأ الغير
٩٨	المبحث الثاني - المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي
٩٨	المطلب الأول - الخطأ العقدي في الفقه الإسلامي:
٩٩	١ - الالتزام بتحقيق غاية في الفقه الإسلامي
١٠٥	٢ - الالتزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي
١١٨	المطلب الثاني - الضرر في الفقه الإسلامي:
١١٨	فكرة الضرر في الفقه الإسلامي فكرة ضيقة محدودة
١١٨	الخراج بالضمان
١١٩	الأجر والضمان لا يجتمعان
١١٩	متى يعرض عن الضرر في الفقه الإسلامي
١٢٠	متى لا يعرض عن الضرر في الفقه الإسلامي

- استثناءات ثلاثة يعوض فيها عن المنافع في الفقه الإسلامي ١٢٠
- اتجاه ملحوظ في الفقه الإسلامي نحو التعويض عن المنفعة ١٢٢
- تقوم المنافع ووجوب التعويض عنها في التقنين المدني العراقي ١٢٣
- المطلب الثالث - علاقة السببية بين الخطأ والضرر في الفقه الإسلامي ١٢٤
- ١ - السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي : ١٢٤
- القوة القاهرة أو الآفة السماوية ١٢٤
- خطأ المضرور ١٢٥
- خطأ الغير ١٢٦
- ٢ - أثر السبب الأجنبي في الضمان : ١٢٧
- التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي ١٢٧
- السبب الأجنبي ينفي الضمان في يد الأمانة لا في يد الضمان ١٢٨

الباب الثالث

زوال العقد

- تمهيد: الأسباب المختلفة لزوال العقد ١٣٣
- أسباب انحلال العقد في الفقه الغربي ١٣٤
- أسباب انحلال العقد في الفقه الإسلامي ١٣٥

الفصل الأول

الفسخ

- الفرع الأول - الفسخ في الفقه الغربي ١٣٦
- المبحث الأول - الفسخ بحكم القضاء ١٣٨
- المطلب الأول: شروط المطالبة بالفسخ ١٣٨
- المطلب الثاني - كيف يستعمل حق الفسخ؟ ١٣٩
- المطلب الثالث - ما يترتب على الفسخ من أثر ١٤١
- المبحث الثاني - الفسخ بحكم الاتفاق ١٤٣
- الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً ١٤٣

- الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه ١٤٣
- الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم ١٤٤
- الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم
أو إنذار ١٤٤
- ما يترتب على الفسخ الاتفاقي من أثر ١٤٥
- المبحث الثالث - انفساخ العقد بحكم القانون ١٤٥
- انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه ١٤٥
- استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي ١٤٥
- استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي ١٤٥
- مبدأ تحمل التبعة ١٤٦
- الأثر الذي يترتب على انفساخ العقد بحكم القانون ١٤٦
- المبحث الرابع - الدفع بعدم تنفيذ العقد ١٤٧
- المطلب الأول - متى يمكن التمسك بعدم تنفيذ العقد؟ ١٤٧
- المطلب الثاني - كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ؟ ١٤٩
- المطلب الثالث - ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم التنفيذ ١٥٠
- الفرع الثاني - الفسخ في الفقه الإسلامي ١٥١
- المبحث الأول - متى يجوز فسخ العقد في الفقه الإسلامي؟ ١٥٢
- المطلب الأول - الحالات التي لا يجوز فيها فسخ العقد ١٥٢
- ١ - عقد البيع ١٥٣
- ٢ - عقد الإيجار بأنواعه المختلفة ١٥٤
- ٣ - عقد الرهن ١٥٦
- ٤ - عقد الصلح ١٥٧
- المطلب الثاني - الحالات التي يجوز فيها فسخ العقد ١٥٨
- ١ - عقد البيع ١٥٨
- ٢ - عقد الإيجار ١٦٠
- المطلب الثالث - استخلاص قواعد الفسخ في الفقه الإسلامي ١٦١
- المبحث الثاني - متى يجوز الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي؟ ١٦٤

المطلب الأول - تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي	١٦٥
١ - عقد البيع	١٦٥
٢ - عقد الإيجار	١٦٦
٣ - عقد الوكالة وعقد الزواج	١٦٨
المطلب الثاني - استخلاص نظرية عامة في الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي .	١٧٠
شروط الدفع بعدم تنفيذ العقد	١٧٠
الأثر الذي يترتب على الدفع بعدم تنفيذ العقد	١٧٠
الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم تنفيذ العقد	١٧١
التقنين المدني العراقي في الدفع بعدم تنفيذ العقد	١٧١

الفصل الثاني

الإقالة

الفرع الأول - الإقالة في الفقه الغربي	١٧٣
المبحث الأول - كيف تتم الإقالة	١٧٣
المبحث الثاني - الأثر الذي يترتب على الإقالة	١٧٤
الفرع الثاني - الإقالة في الفقه الإسلامي	١٧٦
المبحث الأول - كيف تتم الإقالة؟	١٧٦
المبحث الثاني - الأثر الذي يترتب على الإقالة	١٧٧
المبحث الثالث - موازنة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي في الإقالة	١٧٩
الفهرس	١٨١