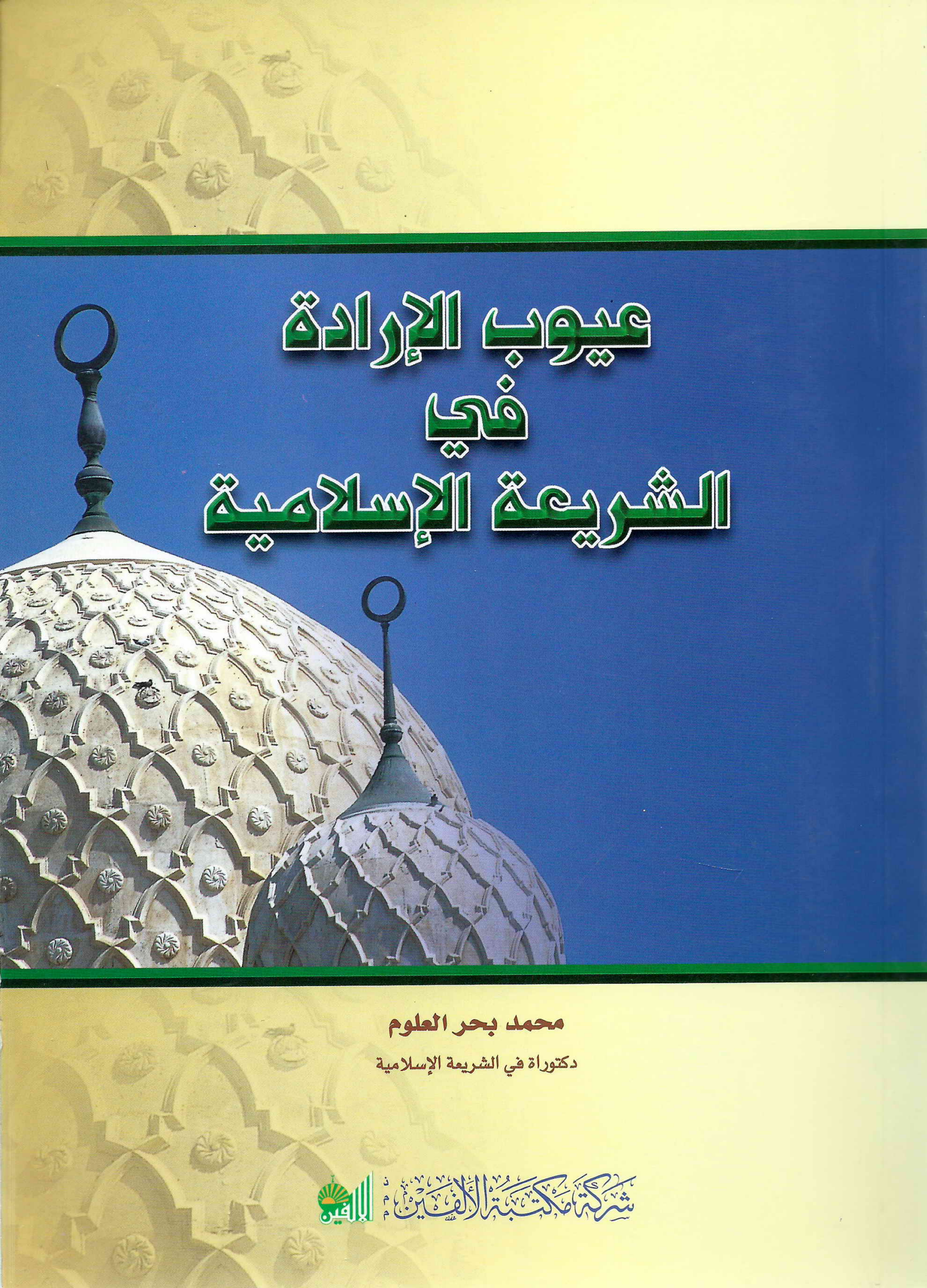




عيوب الإرادة في الشريعة الإسلامية

محمد بحر العلوم

دكتورة في الشريعة الإسلامية



شركة كتابت بئرا الفاتين

عيوب الإرادة في الشريعة الإسلامية

محمد بحر العلوم

دكتوراه في الشريعة الإسلامية



حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

الطبعة الأولى

١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م

الطبعة الثانية

١٤٢١هـ - ٢٠٠١م



رسالة دكتوراة تمت مناقشتها

سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م

«دار العلوم - جامعة القاهرة»

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي عَلَّمَنَا مَا لَمْ نَعْلَمُ،
وَأَنَارَ لَنَا سَبِيلَ الْهُدَايَةِ بِالْمَعْرِفَةِ،
وَالصَّلَاةَ وَالسَّلَامَ عَلَى رَسُولِهِ الْأَمِينِ،
وَالِهِ الطَّاهِرِينَ، وَصَحْبِهِ الْمُتَجَبِّينَ

المُقدمة

وبعد:

فقد قال الله في محكم كتابه المجيد: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١) وقال رسوله الأمين - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه»^(٢).

فمن هذه الآية الكريمة يتوضح لنا أن الرضا قوام التعامل، فإذا انتفى في موضع ما انتفت معه صحة ما انبنى عليه من عمل.

ومن الحديث الشريف نفهم أن الرضا هو طيب النفس، فالذي يختلج في أعماق المرء هو الرغبة والإرادة للشيء، والإرادة المعبرة السليمة مظهر كمال الإنسان وقدرته على اجراء التصرفات له أو عليه.

فأي تصرف اذا برز الى مسرح الوجود، لا بد أن يكون مدفوعا بإرادة باطنة عبرت عنها الإرادة الظاهرة، التي هي إحدى مقومات التصرف الرئيسة الثلاث: الإرادة، والمحل، والسبب.

(١) سورة النساء: آية ٢٩

(٢) البيهقي - السنن الكبرى: كتاب الغصب / باب (لا يملك أحد بالجناية شيئاً جنى عليه، إلا أن يشاء هو والمالك):

ولما للارادة من أهمية وأثر في إبراز التصرف السليم، واستقرار التعامل، وعدم زعزعته أكد المشرع على أهمية دورها.

فالارادة التي يعتمد عليها في ميدان التعامل الخارجي لا بد ان تكون مبنية على معرفة تامة كافية بكل الظروف التي تجعل صاحبها قادراً على حسن الاختيار بين الاقدام على التصرف، والاحجام عنه، وبكل حرية وتنور، كي لا يكون مدفوعاً إلى تنفيذ ما طلب منه بدافع خارجي يؤثر على سيرها الصحيح، ويترتب عليها الاثر الشرعي أو القانوني.

ومن هذا المنطلق برز بحث (الألتزام) ودوره الاساسي في ما يترتب على التصرفات، فان للإلتزام أثر حقوقي يترتب على الارادة السليمة للشخص في اجراء أي تصرف مع طرف آخر يثبت حقاً له أو عليه.

وهذه الارادة التي هي سبب الألتزام كما تتحقق سليمة قد تولد معدومة وقد يطرأ عليها ما يخل بسلامتها فتكون معيبة، ولكل من مظاهرها حكم شرعي أو قانوني. وقد كثر الحديث والبحث عنها من قبل فقهاء الشريعة المحدثين، وفقهاء القانون المعاصرين، وعن تحديدها، وأنواعها، ومع انهم سجلوا جهداً - مشكورين عليه - إلا انهم لم يبرزوا لنظرية «عيوب الارادة» بحثاً منظماً في كتاب مستقل، يمثل باباً من ابواب الفقه وانما بحثت - وبصورة غير موسعة - ضمن الحديث عن العقد وصحته، والالتزام ومقوماته.

ورغم أن هذه النظرية قد حظيت من القانونيين بمكانة أكبر مما حصلت عليه في فقه الشريعة، لكن - وحتى الآن - لم يصدر كتاب مستقل يختص بها عرضاً وتحليلاً، شأنهم في ذلك شأن فقهاء الشريعة، مع أن لهذه النظرية أهمية كبيرة، وعلاقة وطيدة بحياتنا العملية العامة في ميدان الالزامات كافة.

وهذا ما دعاني الى أن أختار هذا البحث لأكون بذلك قد أضفت إلى فقه المعاملات كتاباً جمعت فيه شتات هذه النظرية وحددت فيها منطقة الإرادة المعيبة من غيرها والجزاء المترتب عليها في ضوء الشريعة الغراء.

ونظراً إلى أن القانون الوضعي قد أولى هذه النظرية عناية ظاهرة؛ فأبرز لها باباً خاصاً من أبوابه فقد كان عليّ - وان كنت غير ملزم بذلك - أن أتعرض لذكرها من وجهة نظر القانون اتماً للفائدة... وتنفيذاً لذلك اخترت كلاً من القانون المدني العراقي والمصري، والقانون المدني الكويتي^(١)، مقارناً بينه وبين فقه الشريعة - ما أمكن - خدمة للعلم، وعسى أن أكون قد أدت واجباً عليّ، ووفيت الموضوع حقه قدر المستطاع لأن الكمال لله وحده.

ومن خلال قراءتي لما كتب في هذا الصدد في بحوث الفقهاء المحدثين من شريعة وقانون، لاحظت أن منهجين أمامي في عرض نظرية (عيوب الارادة):

الأول: هو منهج الاستاذ الدكتور المرحوم عبدالرزاق السنهوري - والذي له فضل سبق في تناوله لهذه النظرية، ووضع كيان مستقل لها ضمن بحثه عن العقد وصحته، حيث خصها باب مفرد في مصادره الثلاثة^(٢) - وعلى الأخص كتابه «مصادر الحق»^(٣) - وقد حاول جاهداً اثبات ان هذه النظرية في الشريعة الاسلامية كما هي في القانون الوضعي، إلا انها في الشريعة منتشرة في جوانب فقهها، غير مجموعة في باب واحد كما هو الحال في القانون.

أما من حيث منهجه من وجهة نظر الشريعة فقد قال:

«ان الفقه الاسلامي أكثر ما يعتد بالاكراه، حتى عقد له باباً قائماً بذاته يتميز به عن

(١) حين كتابة هذه الرسالة كان القانون المدني لم يشرع بعد في الكويت، وكان قانون التجارة الكويتي رقم ٢ لسنة ١٩٦١ - والذي جمع بين العرف التجاري والمدني - هو المعمول به في المحاكم الكويتية، كما ان القضايا المدنية كانت تنظر في ضوء مجلة «الأحكام العدلية».

وبتاريخ ٢٢ ذي القعدة ١٤٠٠هـ الموافق ١ / ١ / ١٩٨٠ صدر القانون المدني الكويتي بمرسوم رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، وألزم العمل به ابتداء من ٢٥ فبراير سنة ١٩٨١ وألغى العمل بمجلة الأحكام العدلية.

وكنا عند مقارنتنا نرجع لقانون التجارة الكويتي المشار إليه، وإتماً للفائدة رجعنا إلى القانون المدني - لأنه هو موضع البحث - وحذفنا ما كان من القانون التجاري خشية التكرار، إلا مالا يوجد له نص في القانون المدني اعتمدنا القانون التجاري في ذلك.

(٢) الوسيط، ونظرية العقد، ومصادر الحق.

(٣) انظر الجزء ٢ / ١٠٥.

سائر الموضوعات، ويعتد بعد الاكراه بالتدليس، (لأن) التدليس له قوام في الفقه الاسلامي، بل هو معروف في بعض المذاهب بهذا الاسم بالذات. والغلط هو في الفقه الاسلامي أقل عيوب الارادة بروزاً، إذ هو أكثر العيوب نزعة ذاتية^(١).

وعلى هذا المنهج سلك الكثير من الفقهاء المحدثين في بحثهم لعيوب الارادة، فقد أصبح المنهج التقليدي يبحث: الاكراه، والتدليس، والغلط. والاكراه والغلط عيبان رئيسيان، أما التغيرير فقد يبحث منفرداً أو مقترناً بالغبن أو يبحث التغيرير بدل التدليس وهكذا: وقد أشرنا إلى تفصيل هذا في ثنايا هذه الرسالة.

أما المنهج الثاني - فيتجلى في بحث الاستاذ مصطفى الزرقاء لهذه النظرية فقد خرج على الخط الذي رسمه المرحوم السنهوري، ووضع منهجاً آخر لعيوب الارادة قائماً على الاكراه، والخلافة والغلط، واختلال التنفيذ، واعتبر بعض هذه الحالات أصلاً تتفرع منه فروع عديدة، وصنف هذه العيوب الى صنفين:

الأول: العيوب المرافقة لتكوين العقد وهي الثلاث الأولى: الاكراه، والخلافة، والغلط. وفي الخلافة بحث الفروع التالية: الخيانة، والنجش، وتدليس العيب، والغبن.

والثاني: ما ينشأ بسبب طارئ بعد تكوين العقد لكنه ذو تأثير في الرضا السابق وهو العيب الرابع: «اختلال التنفيذ» ويضم مواضيع: تفرق الصفقة، وظهور عيب غير مدلس في المبيع، وظهور البيع مرهوناً أو مأجوراً، وامتناع العاقد عن الوفاء، بشرط لا يمكن الاجبار فيه على التنفيذ العيني^(٢).

ولم يسلم هذان المنهجان من الملاحظات، والاشكالات كما اشرنا إليها في موضعه من هذه الرسالة^(٣).

(١) مصادر الحق ٢ / ١٠٥.

ولعل السنهوري يقصد بـ «النزعة الذاتية» العامل الداخلي المباشر، بخلاف الاكراه والتدليس فهما نتيجة عامل خارجي ليس لصاحب الارادة دافع فيه.

(٢) المدخل الفقهي العام: ١ / ٣٩٣ - ٣٩٤.

(٣) يراجع: «تحديد عيوب الارادة» المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب التمهيدي لهذه الرسالة.

ونظراً الى ان تحديد نطاق كل عيب من هذه العيوب، بحيث لا يتعدى الى دائرة أخرى يكاد يكون مستحيلاً لتشابكها وتداخلها في كثير من الصور، وتلافياً لكل الملاحظات والاشكالات، ومحاولة في وضع منهج سليم لتحديد عيوب الارادة أرى أن منشأ تعيب الارادة:

١ - إما أن تكون الارادة «غير حرة» وهو: ان يلبسها عامل خارجي، فيضطرها لأن تأتي تصرفاً تأباه كالكراه، أو أن يحول بينها وبين تصرف تتوخاه، كما في بعض حالات نقص الاهلية كالافلاس والسفه، ومرض الموت.

٢ - أو أن تكون الارادة «غير منورة» بان تصدر من صاحبها على غير هدى وبينه وعدم اطلاع كما في حالة «الخلافة» والتي تظهر بوضوح في التدليس والتغريز، أو انها تنشأ عن مغايرة الحقيقة بين متطلب الارادة والمعتقد عليه، فيقع في غلط جوهري نتيجة تخلف الوصف المرغوب فيه.

وعلى هذا فالعيب الذي يتعلق بالارادة، إما ان ينشأ من عدم الحرية أو عدم التنور، فتكون الارادة في هذه الحالات قد اتجهت الى اجراء تصرف غير طبيعي لأنها مشوبة بأحد هذه العيوب.

وبهذا نكون قد وضعنا منهجاً واضحاً لتأصيل العيوب التي تطرأ على الارادة فتخل بصحتها وسلامته

وفي صدد خطة البحث فقد اشتملت الرسالة على باب تمهيدي، وبابين وخاتمة، تناولت خلالها موضوع «عيوب الارادة» من جوانبه كافة - فقد جاء في:

١ - الباب التمهيدي «الارادة ومظاهر التعبير عنها وحقيقة العيب فيها» وقد ضم اربعة فصول:

الأول: خصص لبحث حقيقة الارادة.

والثاني: اختص بمظاهر التعبير عن الارادة. سواء كان اللفظ الصريح أو الكنائي، أو الوسائل غير اللفظية: كالكتابة، والاشارة، والمعاطاة، والسكوت، ومدى صلاحية هذه الوسائل للتعبير عن الارادة.

أما الفصل الثالث: فقد اختص ببيان «بحوث تتعلق بعيوب الارادة» وقد ضم عدة بحوث لها علاقتها بحقيقة العيب في الارادة ولماذا اخترت مصطلح عيوب الارادة؟ وتحديد عيوب الارادة والفرق بين الارادة المعيبة وغيرها، وعلاقة بعض مظاهر عوارض نقص الأهلية بعيوب الارادة.

والفصل الرابع: وهو الأخير من فصول الباب التمهيدي . خصص لعرض مظاهر بحثها بعض الفقهاء ضمن عيوب الارادة وهي ليست منها: كبيع التلجئة، وتصرف المضطر، واختلال التنفيذ الذي ضم بحوث: تفرق الصفقة، وظهور عيب في البيع غير مدلس، وظهور المبيع مرهوناً أو مأجوراً، وامتناع العاقد عن الوفاء بشرط لا يمكن إجباره عليه.

وبعد عرض الباب التمهيدي الذي كنت مضطراً للتعرض لهذه البحوث فيه، والتي لا بد منها كمدخل لصلب موضوعنا وهو الحديث عن «عيوب الارادة» تناولت في: ٢. الباب الأول «مظاهر الارادة غير الحرة» وقد احتوى على فصلين خصص الأول منهما لبحث «الاكراه» وهو العيب الناشئ عما يلبس الارادة، فيضطرها لتصرف تأباه، وهو العيب الذي أولاه الفقه الاسلامي العناية التامة، حيث أفرد له باباً خاصاً. أما الفصل الثاني: فقد تناول البحث عن العيب الناشئ عما يلبس الارادة من عامل خارجي يحول بينها وبين تصرف تتوخاه، مثل بعض مظاهر عوارض نقص الأهلية، كالافلاس والسفه، ومرض الموت.

٣. والباب الثاني تناول البحث في «مظاهر الارادة غير المنورة»، وقد ضم فصلين: الأول في البحث عن العيب الناشئ عن الخلابة والخداع، وهو (التغير والتدليس) ومن بحوث هذا الفصل ما تناول (الغبن)، وهو القائم على اختلال التوازن بين البدلين، فيترتب عليه حق الخيار، فالعيب في الغبن يتجلى في محل العقد، وليس في الارادة. ثم «الاستغلال» والذي انتهينا إلى أنه عامل في تحقق العيب، لا سببه فهو ليس من عيوب الارادة.

أما الفصل الثاني: فقد تحدث عن العيب الناشئ عن مغايرة الحقيقة وهو (الغلط)

وقد ضم عدة بحوث انتهت فيها إلى أن نظرية الغلط قاصرة عن أداء دورها كعيب من عيوب الارادة إلا في حدود ضيقة جداً.

٤ - وفي الخاتمة فقد تناولت فيها:

أولاً: خلاصة ما توصلت إليه من تحديد الارادة وعيوبها.

ثانياً: عقدت مقارنة بين الجزاء المترتب على عيوب الارادة - في رأي جمهور فقهاء الشريعة - وهو (العقد الموقوف) وبين الجزاء المترتب على عيوب الارادة في القانون وهو (العقد القابل لابطال).

ثالثاً: كلمة رجاء إلى الدول الاسلامية - العربية منها وغير العربية - أن تعتمد في تشريعاتها ونظمها الفقه الاسلامي، لأنه شرع من أجلنا، لتنظيم حياتنا العملية، ونابع من ذاتنا وحقيقتنا، وتبتعد عن التشريعات الغربية، البعيدة عن أخلاقنا وتقاليدينا. كما حاولت جاهداً أن أتحرى في كل خطوة من خطوات هذا البحث رأي فقهاء الشريعة، وأعتمد فقه المذاهب الاسلامية الشهيرة، معتقداً أنها جميعاً ثروة علمية قيمة يجب أن يستفاد من معينها، وتبني صروح الفكر الفقهي على روافدهم، معتمداً - عند عرض نصوصهم - على الأقدم فالأقدم، نظراً إلى أن الأسبق هو اللبنة الأساسية لمن يليه.

وتحريت أن أذكر ترجمة مختصرة في الهامش لكل من أعتمده من الفقهاء والأصوليين والقانونيين، وغيرهم ممن يرد ذكرهم للتعريف بهم، وإفادة للقارئ الكريم.

وإتماماً للفائدة العلمية، وزيادة في المعرفة، تعرضت للمقارنة بالفكر القانوني وموضحاً ما أمكن أهمية الاتجاه الأسلم، والسبيل الأكثر ملائمة لحاجة المجتمع، واستقراراً لقاعدة التعامل بين أطراف التصرف، وانتهيت إلى نتيجة هامة هي: أن الفقه الاسلامي، هو الأكثر والأسلم معالجة لنظم الحياة معتمداً في ذلك كله أهم المصادر الأساسية في كل جانب من جوانب هذا البحث، وبذل الوسع في الاطلاع على أكبر عدد ممكن من مصادر الفقه والقانون، من أجل الاطمئنان إلى سلامة

النتائج. ومع هذا فإنني لا أجزم بأنني قد استوعبت كل ما يقتضي من جوانب هذا البحث، ولكن أستطيع أن أدعي أنها محاولة أرجو أن تكون ناضجة وموفقة. وأخيراً كل اعتزازي وجميل شكري للاخوان الأجلاء الأساتذة الذين تفضلوا بمساعدتي وإبداء الملاحظات البناءة لي في إطار كتابة هذه الرسالة راجياً من الله سبحانه أن يوفق جميع العاملين في حقل العلم والمعرفة، وأن يسدد خطاهم في كشف معالم الكنوز الفكرية الإسلامية، وهو ولي التوفيق والتسديد. وختاماً أمني أن أكون قد وفقت في بحثي هذا، وقدمت عملاً ينال الرضا والقبول والله وحده من وراء القصد.

محمد السيد علي بحر العلوم

باب تمهيدي

الإرادة: ومظاهر التعبير عنها وحقيقة العيب فيها

ويضم الفصول التالية:

الفصل الأول - حقيقة الإرادة.

الفصل الثاني - مظاهر التعبير عن الإرادة.

الفصل الثالث - حقيقة العيب في الإرادة.

الفصل الرابع - مظاهر ليست من عيوب الإرادة.

الفصل الأول

حقيقة الإرادة

ويضم البحوث التالية:

المبحث الأول: تحديد مصطلح الإرادة.

المبحث الثاني: حقيقة الإرادة وأقسامها الباطنة والظاهرة.

المبحث الثالث: مبدأ سلطان الإرادة.

المبحث الرابع: الإرادة المنفردة.

المبحث الخامس: هل عمل الإرادة يقتصر على اجراء التصرفات أم يتجاوز إلى تنفيذها؟

المَبْحَثُ الأولُ

تَحْدِيدُ مُصْطَلَحِ الإرَادَةِ

أولاً - تعريف الإرادة:

١ - في اللغة

عرف اللغويون الإرادة بـ «المشيئة»^(١) وهي منقولة من راد، يرود، إذا سعى في طلب شيء^(٢) والإرادة تكون مضمرة، وظاهرة^(٣)، ومنه أراد الشيء أي شاءه^(٤).

٢ - في الكتاب الكريم

لم أجد لفظ «الإرادة» - المصدر - في الكتاب الكريم، إنما وردت مادتها في صيغ أخرى، مثل: أراد، ويريد كقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ ذَا الَّذِي يَعْصِمُكُمْ مِنَ اللَّهِ إِنْ أَرَادَ

(١) محمد بن مكرم بن منظور - لسان العرب: مادة «رود» طبعة دار صادر بيروت ١٣٧٤هـ.

وقال ابن منظور في (المصدر ذاته): ان الإرادة أصله الواو، كقولك راوده. أي أراده على أن يفعل كذا. إلا أن الواو سكنت فانقلبت حركتها إلى ما قبلها في الماضي ألفاً، وفي المستقبل ياء، وسقطت في المصدر لمجاورتها الألف الساكنة وعوض عنها الهاء في آخره.

(٢) الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني - المفردات في غريب القرآن: مادة (رود) طبعة الميمنية - القاهرة ١٣٢٤هـ.

(٣) محمد بن مرتضى الزبيدي - تاج العروس: مادة (رود) المطبعة الخيرية بمصر.

(٤) اسماعيل بن حماد الجوهري - الصحاح في اللغة: مادة (رود) طبعة دار الكتاب العربي بمصر.

بكم سوءاً أو أراد بك رحمة...»^(١) وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا أَمْرُهُ إِذَا أَرَادَ شَيْئاً أَنْ يَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا قَوْلُنَا لِشَيْءٍ إِذَا أَرَدْنَاهُ...﴾^(٣)، والارادة بهذه الآيات الكريمة وردت بمعنى المشيئة، وهو المعنى اللغوي.

٣ - في السنّة الشريفة

كذلك لم أجد لفظ «الارادة» في الأحاديث النبوية، وكل ما ورد فيها مشتقات هذا المصطلح، منها قوله عليه الصلاة والسلام: «لكل نبي دعوة، فأريد - ان شاء الله - أن أختبئ دعوتي شفاعاً لأمتي يوم القيامة»^(٤) وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ان الشيطان يريد ابن آدم بكل ريذة»^(٥) وقوله عليه أفضل الصلاة والسلام: «لا طلاق إلاّ لمن أراد الطلاق»^(٦).

ولن يختلف مدلول الارادة في هذه الأحاديث الشريفة عن المعنى اللغوي الذي تلمسناه في الآيات الكريمة السالفة الذكر، فهي جميعاً بمعنى المشيئة.

(١) سورة الأحزاب: آية ١٧.

(٢) سورة يس: آية ٨٢.

(٣) سورة النحل: آية ٤٠.

(٤) محمود بن أحمد العيني - عمدة القارئ شرح صحيح البخاري: ٢٥ / ١٤٩ - المطبعة المنيرة - مصر، وقريب منه ما ذكره المجلسي - بحار الأنوار: ٨ / ٢٤ طبعة طهران عن أنس بن مالك.

(٥) مبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير - النهاية في غريب الحديث: ٢ / ٢٨٨ طبع عيسى البابي - القاهرة. وقال ابن الأثير في (المصدر المتقدم) في شرح الحديث المذكور: «أي بكل مطلب ومراد، يقال: أراد، يريد، إرادة، والريذة: الاسم من الارادة».

(٦) محمد بن يعقوب الكليني - الكافي: ٧ / ٦٢ مطبعة طهران الحديثة، طهران ١٣٩١ هـ قاله الامام الصادق عن آبائه عن جده عليه الصلاة والسلام.

٤ - عند الفقهاء والأصوليين

فوجد شمس الدين الكرمانى^(١) يقول في تعريف الإرادة: بأن «لها تعريفات مثل اعتقاد النفع في الفعل، أو تركه^(٢)، (ولكن) الأصح أنها: صفة مخصصة لأحد طرفي المقدور بالوقوع»^(٣) والمشية: ترادفها. وقيل: هي الإرادة المتعلقة بإحدى الطرفين^(٤).

كما عرفها جمال الدين الاسنوي - الأصولي الشافعي -^(٥) بأنها: «صفة من شأنها ترجيح أحد الجائزين على الآخر»^(٦).

وهذه التعاريف التي ذكرها الكرمانى والاسنوي استمدت جذورها من الفكر الفلسفي والكلامي، والذي ساد تلك الفترة^(٧).

(١) محمد بن يوسف بن علي بن سعيد شمس الدين الكرمانى، فقيه، وعالم بالحديث اشتهر ببغداد وتصدى لنشر العلم فيها ثلاثين سنة كما أقام مدة بمكة وعاد إلى بغداد، ومات فيها سنة ٧٨٦هـ. وله مؤلفات عديدة منها: «الكواكب الدراري في شرح صحيح البخاري» مطبوع ترجمه الزركلي - الأعلام: ٢٧ / ٨.

(٢) ذكر دكتور جميل صليبا في (المعجم الفلسفي ١ / ٥٨ طبع دار الكتاب اللبناني) بيروت بأن «الإرادة عند المتكلمين: اعتقاد النفع أو ظنه، وقيل: ميل يتبع ذلك وهو قول كثير من المعتزلة».

(٣) ونقل علي بن محمد الجرجاني في كتابه (التعريفات) طبع مصطفى البابي، مصر - عن الأشاعرة بأنهم يعرفون الإرادة بأنها: صفة مخصصة لأحد صرفي المقدور بالوقوع في وقت معين، وليست مشروطة باعتقاد النفع، أو بميل يتبعه، فإن الهارب من السبع - مثلاً - إذا ظهر له طريقان متساويان في الإفضاء إلى النجاة فإنه يختار أحدها بإرادته ولا يتوقف في ذلك الاختيار على ترجيح أحدها لنفع يعتقد فيه، ولا على ميل يتبعه.

(٤) شمس الدين الكرمانى - صحيح البخاري شرح الكرمانى: ٢٥ / ١٦٨ - المطبعة البهية المصرية بالقاهرة ١٣٥٦هـ.

(٥) عبد الرحيم بن الحسن الاسنوي الشافعي، جمال الدين أبو محمد - انتهت إليه رئاسة الشافعية، توفي سنة ٧٢٢هـ له مؤلفات عديدة منها: نهاية السؤل شرح منهاج الأصول» مطبوع، و«التمهيد في تخريج الفروع على الأصول»، مطبوع. ترجمة الزركلي - الأعلام: ١١٩ / ٤.

(٦) جمال الدين الاسنوي - نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول: ٢٤٣ - المطبعة السلفية بالقاهرة ١٢٤٣هـ.

(٧) عرف الفيلسوف ابن رشد الإرادة بقوله: «الإرادة قوة فيها إمكان فعل أحد المتقابلين على السواء» انظر: محمد بن أحمد بن رشد - تهافت التهافت: ٦٦ طبع دار المعارف بمصر ١٩٦٤هـ، ودكتور صليبا - المرجع السالف الذكر: ١ / ٥٧-٥٨.

ونستطيع أن نتلمس بشيء من الوضوح تحديداً للارادة من خلال ما ذكره ابن قيم الجوزية - الفقيه الحنبلي^(١) - عن اعتبار «النية» في المقاصد، إذ يقول: لا بد «من اعتبار النيات والمقاصد (الارادة الباطنة) في الألفاظ، وانها لا تلزم بها أحكامها حتى يكون المتكلم بها قاصداً مريداً لموجباتها، كما انه لا بد أن يكون قاصداً للتكلم باللفظ (الارادة الظاهرة) مريداً لها. فلا بد من إرادتين: إرادة المتكلم باللفظ اختياراً، وإرادة موجبة ومقتضاه، بل إرادة المعنى أكد من إرادة اللفظ فإنه المقصود واللفظ وسيلة»^(٢).

وإذا لم نجد تعريفاً للارادة لدى فقهاء الشريعة القدامى، فلأن هذا المصطلح - أي الارادة - لم يكن متداولاً في أقوالهم - حينذاك - كما هو شأنه اليوم، فقد كان معروفاً في بحوث الفلسفة والكلام، ويؤدي معناه عند الفقهاء مصطلح «القصد» أو «النية» في وقته^(٣).

٥ - عند فقهاء الشريعة والقانون المحدثين

وعرفه بعض أعلام الفقه المقارن بين الشريعة والقانون، وفي مقدمة هؤلاء المرحوم الدكتور عبدالرزاق السنهوري - من كبار علماء الفقه المقارن في مصر - يقول الارادة «عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين»^(٤). كما عرفه الدكتور عبدالمجيد الحكيم - من فقهاء العراق القانونيين - بقوله: «أمر

(١) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبدالله، شمس الدين، المعروف بابن قيم الجوزية. ولد عام ٦٩١هـ بدمشق، وتوفي فيها عام ٧٥١هـ، تتلمذ على يد شيخ الاسلام ابن تيمية، من كبار فقهاء الحنابلة، له مؤلفات عديدة مطبوعة. ترجمة الزركلي - الاعلام ٦ / ٢٨٠.

(٢) ابن قيم الجوزية - اعلام الموقعين: ٢ / ٨٠-٨١ مطبعة الكيلاني القاهرة: ١٣٨٩هـ.

(٣) ابن قيم الجوزية - المصدر المتقدم: ٢ / ١٢٥.

(٤) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري - الوسيط: ١ / ١٨٦ - مطبعة القاهرة ونظرية العقد: ١٤٩ طبع القاهرة.

نفسى ينعقد به العزم على أمر معين»^(١).

وانتهى الأستاذ مصطفى الزرقاء - من كبار رجال الفقه المقارن في سوريا - في تعريفه بأنها: «مجرد اعتزام الفعل، والاتجاه إليه»^(٢).

٦ - مناقشة التعاريف الثلاثة

وهذه التعاريف الثلاثة مع ما فيها من أصالة وعمق يمكن أن ترد عليها الملاحظات التالية:

أ - أنها تستمد جذورها من المصعب الفلسفي للارادة كما يقرر بعض فلاسفة المسلمين بأن الارادة حتى تتم ولادتها تمر بأربع مراحل: الداعي، والشوق، والعزم، فالتحرك العملي. وتسمى المراحل الثلاثة بالارادة النفسية، لأنها باطنة بينما تسمى المرحلة الرابعة بالارادة العملية - الارادة الظاهرة^(٣).

ب - أن التعريفين الأولين - وهما متفقان في منحى واحد - لم يتضمنا الإشارة إلى

(١) د. عبدالمجيد الحكيم: الوسيط في نظرية العقد: ١ / ١٢٤ مطبعة شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد ١٩٦٧ هـ.

(٢) مصطفى أحمد الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١ / ٣٩٥ طبع دار الفكر، بيروت.

(٣) قال الراغب الأصفهاني في (المصدر المتقدم: ٢٠٦-٢٠٧) إن «الارادة في الأصل قوة مركبة من شهوة وحاجة، وأمل، وجعل اسماً لنزوع النفس إلى الشيء مع الحكم فيه بأنه ينبغي أن يفعل أو لا يفعل، ثم يستعمل مرة في المبدأ، وهو نزوع النفس إلى الشيء وتارة في المنتهى وهو الحكم فيه بأنه ينبغي أن يفعل أو لا يفعل». وتقرر بعض المصادر الفلسفية الحديثة بأن كل إنسان يحتاج في فعله المختار إلى أربع مراحل: الأول: الداعي - وهو العلم والادراك بالشيء فيما ترغب وتميل إليه النفس إيجاباً أو ما يحصل به الكراهة (سلباً) فيما تنفر النفس منه.

الثانية: وبعد حصول هذا العلم والادراك ينبثق في النفس شوق مؤكد لتحقيق ذلك الداعي إيجاباً أو عدم تحققه سلباً. الثالثة: ثم يستتبع ذلك العزم والتصميم في النفس لانجاز ذلك الأمر.

الرابعة: التحرك العملي لتحقيق وإنجاز الغاية التي عزم عليها صاحب الأرادة.

هذه مراحل أربعة لا بد من سبقها على الفعل بل في الحقيقة أن الفعل الخارجي نفس حركة العضل، وهي مترتبة على العزم والتصميم وهذا مترتب على الشوق المؤكد - إيجاباً وسلباً - والشوق وليد الداعي، وهو العلم، وإدراك الفعل. يراجع: محمد تقي الأملي - درر الفوائد: ٢ / ٧٨ طبع طهران.

الارادة الظاهرة، واقتصرا على الارادة الباطنة، وليست هي كل الارادة، إنما هي قسم منها، والمرحلة الثانية لها، والكاشفة عن تلك الارادة الباطنة هي الارادة الظاهرة. جـ. أن التعريف الثالث، وقد تلافى هذا الاشكال المتقدم بقوله «والاتجاه إليه» لكنه من جهة ثانية لم يلاحظ المرحلة الأولى والثانية للارادة، وهما «الداعي» و«الشوق» إنما انتقل إلى المرحلة الثالثة دون إشارة للمرحلتين السابقتين والإشارة إلى المرحلة الرابعة وهي «التحرك العملي» لابرار العزم إلى حيز الوجود وهو الارادة الظاهرة. ومما تقدم نرى أن مصطلح «الارادة» لم يرد في الكتاب والسنة بهذه الصيغة المذكورة إنما ورد بصيغ أخرى، ولم يختلف مدلولها عن المعنى اللغوي وهو «المشيئة».

أما عند الفقهاء، فقد لاحظنا أن جل التعاريف تستمد جذورها من المصعب الفلسفي، ولعله لم يكن معروفاً. حينذاك - أكثر مما كان يدور من نقاش في معناه بين فريقَي المتكلمين - الاشاعرة والمعتزلة^(١)..

وبهذا المعنى تأثر الفقهاء المحدثون - وبخاصة فقهاء الفقه المقارن - فقد طغى المعنى الفلسفي على تعاريفهم - كما أشرنا إلى ذلك.. والذي يمكن أن نعتبره توضيحاً لمعنى «الارادة» بمعناها الفقهي، وقسميها الباطنة والظاهرة هو ما ذكره الفقيه ابن قيم الجوزية في حديثه عن اعتبار «النية» لان «النية روح العمل، ولبه وقوامه، وهو - أي العمل - تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها»^(٢).

وقريب من هذا ما يقرره علماء النفس في تكوين الارادة - كما نقله السنهوري - فهم يرون: أن الارادة يسبقها عملان تحضيريان ويليهما عمل تنفيذي فأول مرحلة هي اتجاه الفكر إلى أمر معين وهذا هو الادراك ثم يلي ذلك مرحلة التدبر فيزن الشخص الأمر ويتدبره، ثم المرحلة الثالثة وهي البت في الأمر وإمضاء العزيمة فيه، وهذه هي الارادة ذاتها فإذا انعقدت الارادة لم يبق بعد ذلك إلا التعبير عنها وهذه هي المرحلة الرابعة والأخيرة، وهي عمل خارجي بخلاف المراحل الثلاث فهي مراحل داخلية انظر: السنهوري - الوسيط: ١ / هامش ١٨٦.

(١) انظر: الاسنوي - نهاية السؤل في شرح منهاج الاصول: ٢٤١-٢٤٣.

(٢) ابن قيم الجوزية - أعلام الموقعين: ٣ / ١٤٥.

ثانيا - التعريف المختار:

وحيث اتضح لنا - مما تقدم - ان حقيقة الارادة هي التحرك العملي لتحقيق وإنجاز ما انعقد العزم عليه، لذا نضع تعريفاً جامعاً لكل مقومات الارادة، فنقول:

الارادة: تحرك عملي لتحقيق وإنجاز ما انعقد العزم عليه من شوق مسبق بعلم وإدراك.

المَبْحَثُ الثَّانِي

حَقِيقَةُ الْإِرَادَةِ وَأَقْسَامُهَا الْبَاطِنَةُ وَالظَّاهِرَةُ

أولاً - حقيقة الإرادة:

وبعد أن أوضحنا حقيقة الإرادة، بأنها: تحرك عملي، لتحقيق وإنجاز ما انعقد العزم عليه، من شوق، مسبوق بعلم وإدراك. لهذا فكل فعل يصدر من أي إنسان لا يخلو إما أن يكون قد صدر منه عن إرادة أولاً، والثاني لا تترتب عليه آثار شرعية، أو قانونية، لانعدام الأهلية. والأول إما أن يصدر عن إرادة سليمة، أولاً.

أما صاحب الإرادة السليمة، فهو الذي يعتزم الفعل، ويتجه إليه بمحض اختياره ورضاه، وان تضرر من جرائه لأنه حين عزم عليه، واتجه إليه كان مريداً لفعله، مختاراً له متمكناً منه مهما كانت النتائج المترتبة عليه، وحتى ان لحقه ضرر فادح، لأنه روجه واختاره بإرادته ورضاه، في حين كان في إمكانه أن لا يقدم على فعله ويتحمل مسؤولية ما سيلحقه من جراء امتناعه عنه.

وعلى هذا فالاختيار قد يكون صحيحاً سليماً إذا كان الفعل منبعثاً عن إرادة سليمة منورة، حرة، والرضا فيها متوفراً، ولا تكون مشوبة بأية شائبة تخل بها، أو تفقدها أصالتها. وقد يكون ذلك الاختيار غير سليم، كما إذا كان الفعل صادراً ترجيحاً لأهون الشرين أو أخف الضررين. ففي هذه الحالة يكون الاختيار موجوداً، وأما الرضا فيكون غير تام أو مفقوداً.

فالاختيار أعم من الرضا، فقد يوجد الاختيار ولا يوجد الرضا، ولكن إذا وجد الرضا فقد وجد الاختيار - في حدود المعاملات - .

ثانياً: الارادة مكونة من الاختيار والرضا:

ومن هذا المنطلق ذهبوا إلى أن الارادة - في الفقه الاسلامي - تتكون في مظهرها الخارجي من عنصرين: الاختيار والرضا، فإذا انعدمت الارادة انعدم العنصران معاً^(١). فهي مرتبطة وجوداً وعدماً بهذين العنصرين، فان بدت سليمة بأن جمعت طرفيها - الاختيار والرضا - ترتبت عليها كل الآثار الشرعية والالتزامات القانونية. وإذا فقدت الرضا فقد بدت معيبة وغير سليمة، وتصبح الآثار الشرعية والالتزامات القانونية قابلة للفسخ أو الابطال.

وإذا كان الاختيار هو قيام الارادة في أثرها الخارجي - سواء تطابق مع الرضا أم لم يتطابق - فلا بد من معرفة حقيقة كل منهما.

فقد عرفوا الاختيار بأنه: «القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم، داخل في قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر»^(٢).

وعرفوا الرضا بأنه: «امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها»^(٣).

والفرق واضح بين الأمرين، وقد حاول بعض المحققين أن ينكر هذه التفرقة بين الرضا والاختيار، مدعياً أنهما شيء واحد، بناء على تفسير الرضا بطيب النفس، وعلى هذا فقد عرف الاختيار بأنه «القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس في مقابل الكراهة، وعدم طيب النفس، لا الاختيار مقابل الجبر»^(٤).

ويعلل هذا الرأي:

بأن من الواضح أن اختيار وقوع الشيء حقيقياً كان أو اعتبارياً يتوقف على ترجيح

(١) السنهوري - مصادر الحق: ٢ / ١٨٧، طبع دار المعارف مصر، ١٩٦٧، والأستاذ المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة

- الملكية ونظرية العقد: ٢٢١، طبع دار الفكر العربي بمصر.

(٢) البخاري - كشف الأسرار للبزودي: ٤ / ٣٨٢، طبع أوفست دار الكتاب اللبناني بيروت ١٩٧٤م.

(٣) البخاري - المصدر المتقدم: ٤ / ٣٨٢.

(٤) المرحوم الشيخ مرتضى الأنصاري - المكاسب: ١١٨ - طبع إيران.

وجوده وعدمه - في نظر المختار - الموجب لميل النفس، الموجب لتعلق الإرادة به. وهذا الميل هو المعبر عنه بطيب النفس، وعلى هذا فاعتبار القصد إلى المنشأ في حقيقة الانشاء راجع إلى اعتبار الاختيار فيه، واعتبار طيب النفس به فضلاً عن الرضا به»^(١).

مناقشة هذا القول من عدة وجوه:

١ - أن الآية الكريمة: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢) تصرح بالنهي عن تبادل الأموال بجميع الأسباب سوى طريق التجارة وبشرط أن تكون عن تراضي.

ولو تساءلنا عن مقصود الآية الكريمة بـ «التراضي» فهل هو الاختيار أم شيء آخر؟ - بناء على أن الإرادة هي الاختيار والرضا معاً - فلو أريد بالتراضي الإرادة لزم اللغو، فإن التجارة متقومة على الإرادة، فذكر الرضا بعدها يكون لغواً.

ولو أريد بالتراضي الاختيار، فانه خلاف ظاهر الآية، إذ لا بد أن يكون المقصود بالتراضي في هذه الآية غير الإرادة والاختيار وهو طيب النفس.

٢ - قوله عليه الصلاة والسلام: «إنما البيع عن تراضي»^(٣) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم «لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه»^(٤) وهاتان الروايتان تدلان

(١) المرحوم السيد محسن الحكيم - نهج الفقاهة: ١ / ١٨٩ - طبع المطبعة العلمية - النجف ١٣٧١ هـ.

(٢) سورة النساء: آية ٢٩.

(٣) رواد ابن ماجه في سننه - كتاب التجارات / باب (بيع الخيار) ٢ / ٧٢٧، طبعه دار احياء الكتب العربية - القاهرة.

وذكر البيهقي - السنن الكبرى: ٦ / ١٧ كتاب البيوع / باب (ما جاء في بيع المضطر وبيع المكره) ان رسول الله (ص) قال: «لألقين الله عز وجل من قبل ان اعطى أحداً من مال أحد شيئاً بغير طيب نفسه، إنما البيع عن تراضي».

وراجع الصنعاني - سبل السلام: ٣ / ٧٨٧ طبعة مكتبة عاطف، القاهرة، فقد رواد عن ابن حبان.

(٤) البيهقي - السنن الكبرى - كتاب الغضب / باب (لا يملك أحد بالجناية شيئاً جنى عليه إلا أن يشاء هو والمالك): ٦ / ٩٧.

ونذكره الدارقطني في (سننه: ٣ / ٢٥-٢٦) كتاب البيوع / طبع دار المحاسن للطباعة - القاهرة ١٣٨٦.

ونذكر الحر العاملي في (وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٩) طبع طهران كتاب الغضب / باب (تحريمه ووجوب رد المغصوب إلى مالكه) حديث ٤ عن الامام المهدي عليه السلام انه قال: «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه».

وروى البيهقي في (السنن الكبرى: ٦ / ١٧ كتاب البيوع / باب (ما جاء في بيع المضطر وبيع المكره) قريب من هذا المعنى قال: «ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: لألقين الله عز وجل من قبل ان اعطى أحداً من مال أحد شيئاً بغير طيب نفسه، إنما البيع عن تراضي».

على أن الرضا غير الاختيار، وذلك:

ففي الرواية الأولى جعل الرضا ركن البيع، فلو انعدم الرضا فلا بيع. وفي الرواية الثانية: فإن إسناد عدم الحل إلى العين الخارجية ظاهر في عدم حل جميع التصرفات حتى الاعتبارية، فلا يستقر شيء منها إلا بطيب النفس، والمراد به الرضا لا الاختيار. ٣ - ما ورد في الطلاق قوله (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه «لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق»^(١). بناء على رأي من يشترط في الطلاق القصد (الاختيار). فلا بد أن يراد بالارادة في الحديث الشريف الرضا، لا ما يقابل الجبر أي الاختيار. فان الطلاق لا عن اختيار (أي جبراً) لا يكون طلاقاً فلا مجال لنفيه شرعاً، وبعدم الفصل - بين الارادة والرضا - ثبت هذا الاعتبار في سائر العقود والايقاعات»^(٢).

٤ - كما نرى في بعض التصرفات والالتزامات يتوفر الاختيار، ويتخلف الرضا، ومع ذلك نقول بصحة ترتب الأثر الشرعي والقانوني وكمثل على ذلك بيع الإنسان داره أو سيارته أو أي حاجة يملكها مختاراً لكنه غير راضي. وعلى ضوء ما تقدم نؤكد على التفرقة بين الاختيار والرضا وأنها ليسا شيئاً واحداً، وان «وجود الرضا بالحكم يستلزم وجود الاختيار فيه، وفي سببه، ويستلزم كذلك الرضا بالسبب. ووجود الاختيار لا يستلزم وجود الرضا لأن مجرد القصد إلى شيء لا يلزم منه الرغبة فيه»^(٣).

ومن هذا كله ننتهي إلى أن الارادة في مظهرها الخارجي تارة تكون سليمة حرة منورة إذا توفر فيها الاختيار والرضا. وإذا تخلف عنها الرضا فتكون موجودة، لكنها غير سليمة، ولا يستلزم أن يترتب عليها حكم البطلان أو الفسخ في كل الحالات في هذه الصورة.

(١) الكليني - الكافي: ٦٢ / ٧.

(٢) علي بن علي أكبر الشاهرودي - محاضرات في الفقه الجعفري: ٢٤٣، مطبعة الآداب - النجف: ١٣٨٤ هـ.

(٣) المرحوم الشيخ علي الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية: ٣٦٢-٣٦٣، طبعة القاهرة عام ١٩٤٧ م.

ثالثاً - أقسام الإرادة:

الأمر النفسي الكامن الذي لا يطلع عليه أحد يسميه الفقهاء «النية»^(١) ولا بد أن يقارنه وجه ظاهري يعبر عما في أعماق النفس من أجل أحداث الأثر الخارجي لها. ومن هنا قسمت الإرادة إلى قسمين: باطنة ومناطها العزم النفسي، وظاهرة ومناطها الكلام اللفظي، أو ما يقوم مقامه من فعل يدل عليه.

أ - الإرادة الباطنة:

وتعرف بأنها: القصد إلى وقوع الفعل والعزم على إنشائه مع طيب النفس بما يترتب عليه من آثار. ومحل هذا القسم: القلب. ومادامت هذه الإرادة في طي الكتمان، فلا يمكن أن تترتب عليها الآثار الشرعية أو القانونية في المعاملات خاصة، إذ لا فائدة من عزم الإنسان على بيع ماله، أو إجارته، أو رهنه ما لم يظهر هذا العزم، وينقل إلى مجال التعامل الخارجي. ولهذا فالأخذ بالإرادة الباطنة بدون تحفظ وبناء الأحكام عليها قد يعرض الكثير من المعاملات لعدم الاستقرار. إذ من الممكن أن يبدل المتعاقد نيته برفض العقد، أو يتحلل من الالتزام أو ينكر تصرفه بادعاء أن إرادته الحقيقية قد اتجهت إلى شيء آخر غير الذي وقع عليه الفعل.

ب - الإرادة الظاهرة:

وتعرف بأنها: ما يصدر عن الشخص - قولاً أو فعلاً - إظهاراً لقصده ونيته، ودليلاً على رغبته ورضاه بترتب الآثار الشرعية أو القانونية عليه.

(١) ابن قيم الجوزية - أعلام الموقعين: ٢ / ٨٠-٨١.

وهذه الإرادة هي الدالة على الإرادة الباطنة بوجه عام، إلا إذا تبين عكس ذلك، أو المعبرة عنها بالكلام الخارجي أو فعل صادر من المعبر المختار، ولولاها لما برز ما في النفس إلى الوجود، وهي العامل الظاهري في إجراء التصرف، وتحديد حدوده، وقيوده الالتزامية.

يقول الأستاذ الزرقاء: «وأما الإرادة الظاهرة، وهي التعبير عن الإرادة الحقيقية بكلام، أو بفعل صادر من المتعاقد المختار، فهي العامل في العقد دون حاجة إلى البحث عن الإرادة الحقيقية الباطنة، مادامت تلك الإرادة الحقيقية مستورة لا يوجد دليل ينفيها»^(١).

ولما كانت الإرادة الباطنة لم تتعد نطاق النفس، كان الأمر الظاهر للإرادة الظاهرة التي هي الكاشفة عما في النفس، وعليها تترتب الآثار الشرعية أو القانونية.

رابعاً - موقف فقهاء الشريعة من هاتين الإرادتين:

تبلورت في الشريعة الإسلامية ثلاثة اتجاهات بشأن هاتين الإرادتين، ومدى الاعتداد بأيهما.

الأول - الاتجاه نحو الإرادة الباطنة:

ولقد أشرنا إلى أن الأثر الشرعي أو القانوني لا يترتب على الإرادة الباطنة إذا بقيت ضمن إطارها الداخلي.

ومع هذا فإن فقهاء المالكية اعتدوا بالإرادة الباطنة إلى درجة المبالغة، ورتبوا عليها

(١) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١ / ٢٨٠-٢٨١.

الآثار الشرعية أو القانونية تبعاً للحديث الشريف: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»^(١). واعتبروه منطلقاً لمبدأ سلطان الإرادة عندهم.

ولعلنا نستطيع أن نتلمس جيداً حدود الاعتداد بالإرادة الباطنة من خلال ما يقرره الفقيه المالكي المواق^(٢) وهو يتحدث عن أحكام الرجعة، فيقول: «الركن الثالث: السبب - وهو الصيغة، وما يجري مجراها - فالصيغة، كقوله: رجعت، وراجعت وارتجعت، ورددتها إلى النكاح، وكل لفظ يحتمل الارتجاع إذا نواه به أفاده»^(٣).

وذكر الصاوي^(٤) - من فقهاء المالكية - وهو يتحدث عن صحة الطلاق بمجرد النية قائلاً: «قال بعضهم: هذا هو المنصوص في الموازية. والأول (أي بلزوم الطلاق بالنية) صححه في المقدمات، وهو مخرج عند ابن رشد^(٥) واللكمي^(٦) على أحد قولي مالك^(٧) بلزوم الطلاق واليمين بمجرد النية»^(٨).

(١) رواد البخاري في صحيحه - كتاب الطلاق / باب الطلاق في الإغلاق والمكره ٢ / ٢٧٢ طبعة دار إحياء الكتب العربية - القاهرة. وكتاب العتق باب الخطأ والنسيان في العتاقة والطلاق ٢ / ٨٠ وراجع إرشاد الساري شرح صحيح البخاري للقسطلاني ١ / ١٤٤ الطبعة الميمنية - مصر، ١٣٠٧هـ.

وشرح النووي على صحيح مسلم: ٣ / ٥١٥ طبعة دار الشعب، القاهرة. كما اعتمده ابن حزم في المحلى ٩ / ٢٥٨. ونقل الكليني في (أصول الكافي: ٢ / ٨٤ طبعة طهران ١٣٨٨ الطبعة الثالثة) عن الإمام علي بن الحسين عليهما السلام أنه قال: «لا عمل إلا بنية».

(٢) محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق فقيه مالكي، كان فقيه غرناطة وإمامها، توفي عام ٨٩٧هـ. وله مؤلفات متعددة منها: التاج والاكلیل شرح مختصر خليل، فقه مالكي مطبوع بهامش المواهب الجليل للحطاب - ترجمه الزركلي: الاعلام: ٨ / ٣٠.

(٣) المواق - التاج والاكلیل شرح مختصر خليل: ٤ / ١٠١ مطبوع بهامش المواهب الجليل - للحطاب. وراجع الآبي - جواهر الاكلیل ١ / ٣٦٢ طبع دار الفكر بيروت.

(٤) أحمد بن محمد الخلوتي «الشهير بالصاوي» فقيه مالكي، توفي بالمدينة المنورة عام ١٢٤١هـ. وله عدة مؤلفات منها: حاشية على تفسير الجلالين - مطبوع ترجمه الزركلي - الاعلام: ١ / ٢٣٣.

(٥) محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد قاضي المالكية بقرطبة «ومن فقهاءهم له عدة مؤلفات منها: «المقدمات والممهدات في الأحكام الشرعية» مطبوع، ومختصر (شرح معاني الآثار للطحاوي) مولده ووفاته بقرطبة عام ٥٢٠هـ وهو جد ابن رشد الفيلسوف محمد بن أحمد المتوفي عام ٥٩٥هـ وصاحب «بداية المجتهد ونهاية المقتصد» ترجمها الزركلي - الاعلام: ١ / ٣١٦ و٣١٨ ط ٤.

(٦) علي بن محمد الربيعي أبو الحسن، المعروف باللكمي، فقيه مالكي، قيرواني الأصل نزل سفاقس وتوفي عام ٤٧٨هـ. من مؤلفاته «التبصرة» تعليقة على المدونة في فقه المالكية. ترجمه الزركلي - الاعلام ٥ / ١٤٨.

الثاني - الاتجاه نحو الارادة الظاهرة:

وكما أغرق فقهاء المالكية بالاعتداد بالارادة الباطنة، فقد أغرق فقهاء الحنفية بالاعتداد بالارادة الظاهرة، وذهبوا إلى اعتدادهم بالألفاظ حتى إذا أوقعها من غير قصد نتيجة لسبق لسان المتكلم إلى كلمة النكاح، أو البيع من غير قصد فيؤخذ بظاهر اللفظ.

١ - في التصرفات غير القابلة للفسخ:

لنأخذ مثلاً النكاح، فلو وقع الشخص في غلط سواء أكان في ذاتية المحل، أم في ماهية التصرف، فإنه مع ذلك يعتد بالارادة الظاهرة.

أ. فمن الغلط في ذاتية المحل ما ذكره الفقيه الحصكفي^(١) في قوله: «ولو (كان) له (أي الأب) ابنتان، وأراد تزويج الكبرى فقط، فسمى لنا باسم الصغرى، صح للصغرى (الزواج)»^(٢).

ب. ومن الغلط في ماهية التصرف ما ذكره الكاساني^(٣). الفقيه الحنفي - في نكاح الخاطئ «فقال: «يجوز نكاح الخاطئ وهو الذي يسبق لسانه كلمة النكاح من غير

(٧) مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري، أبو عبد الله. أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه تنسب المالكية مولده في المدينة عام ٩٢هـ كما توفي فيها عام ١٧٩هـ، وشيء به إلى جعفر عم المنصور العباسي، فضربه سياطاً انخلعت لها كتفه، سأله المنصور - بعد ذلك - ان يضع كتاباً للناس يحملهم على العمل به، فصنف «الموطأ» في الفقه، وله مؤلفات أخرى. ترجمه الزركلي - الاعلام: ١٢٨/٦.

(٨) الصاوي - حاشيته على الشرح الصغير للدردير: ٢/٦٠٦ مطبوع مع الشرح الصغير للدردير طبع دار المعارف - القاهرة. وانظر: الدردير - الشرح الصغير: ٢/٦٠٦.

(١) محمد بن علي بن محمد الحصني، المعروف بعلاء الدين الحصكفي، مفتي الحنفية في دمشق، وتوفي فيها سنة ١٠٨٨هـ. له عدة مؤلفات منها: «الدر المنتقى شرح ملتنقى الأبحر» فقه حنفي. ترجمه الزركلي - الاعلام: ١٨٨/٦.

(٢) الحصكفي - الدر المختار في شرح تنوير الأبصار: ٢/٧٥ طبع دار احياء التراث العربي - بيروت.

(٣) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (أو الكاشاني) علاء الدين، فقيه حنفي من أهل حلب، لقب بملك العلماء. توفي بحلب عام ٥٨٧هـ. من مؤلفاته «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» ترجمه الزركلي - الاعلام: ٤٦/٢.

قصد . وعند الشافعي^(١) (القصد شرط) . والصحيح قولنا، لأن الثابت بالخطأ ليس القصد وانه ليس بشرط لجواز النكاح عندنا بدليل نكاح الهازل^(٢) . والطلاق والرجعة شأنهما شأن النكاح، حيث يقع الطلاق وتتحقق الرجعة، حتى وان لم يقصدهما... «فلو اراد أن يقول شخص لزوجته اسقني . مثلاً . فجرى على لسانه أنت طالق، وقع طلاقه^(٣)، وكذلك الرجعة، فإنها «تصح مع الاكراه والهزل واللعب والخطأ»^(٤) .

هذه في التصرفات غير القابلة للفسخ، وهي لا تستلزم توافر نية احداث الأثر في صحتها، بل يكفي لتكوينها توافر ارادة التعبير أو مجردة .

٢ . أما بالنسبة للتصرفات القابلة للفسخ فهي لا تخرج عن حالتين:

١ . قد يقع الغلط من العاقد في تعبيره عن اسم المبيع ، ويدعي المشتري الغلط ولم يصدقه البائع فيؤخذ بالارادة الظاهرة للمشتري وينعقد العقد، كما لو اراد أن يقول هذا العبد، فقال هذه الجارية، فعلى ما تلفظ به^(٥) .

وعلة ذلك: أن «مغايرة هذه الارادة للارادة الأولى أمر باطني لا سبيل الى معرفته إلا من الخاطئ، بأن يقول: أخطأت. والباعث على تصحيح العقد هو استقرار التعامل، وصيانة حقوق العاقد الآخر عن الضياع»^(٦) .

(١) محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع الهاشمي، القرشي، المطلبي، أبو عبدالله، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه تنسب الشافعية. ولد في غزه - بفلسطين عام ١٥٠هـ، وحمل منها إلى مكة وهو ابن سنتين، ولما نبغ في العلم قصد مصر سنة ١٩٩هـ، وبقي فيها يفتي الناس حتى وفاته عام ٢٠٤هـ، وقد برع في الشعر والأدب كما برع في الفقه والأصول من مؤلفاته: كتاب «الام» في الفقه و «أحكام القرآن» و «المسند» في الحديث، و «الرسالة في أصول الفقه» ترجمه: الزركلي - الاعلام: ٦ / ٢٤٩.

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢ / ٢١٠ طبع دار الكتاب العربي بمصر ١٩٧٤م.

(٣) الكمال بن الهمام - تيسير التحرير على كتاب التحرير: ٢ / ٢٠٦ مطبعة مصطفى البابي. القاهرة: ١٣٥٠هـ.

(٤) الكاساني: بدائع الصنائع: ٣ / ١٨٧.

(٥) ابن البراز - الفتاوي البزازية: ٤ / ٣٦٥ مطبوع بهامش الفتاوي الهندية، طبعة الاميرية. القاهرة: ١٣١٠هـ.

(٦) د. وحيد الدين سوار - التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي: ٤٣٣، مطابع دار الكتاب العربي - مصر ١٩٦٠م.

ب - وفي حالة ما اذا صدقه خصمه، ففيه رأيان:

١ - القول بانعقاد العقد - كبيع المكره - فاسداً^(١).

٢ - القول بانعقاده - كبيع الهازل - فاسداً^(٢).

والفرق بينهما: انه لو قيس على بيع المكره يكون البيع مملوكاً بالقبض، أما لو قيس على بيع الهازل يكون البيع مملوكاً بالقبض.

وهذان القولان يذهبان الى تصحيح حكم عقد الخاطئ في العقود القابلة للفسخ عند تصديق الطرف الثاني له، وانهما يصوران اعتداد الحنفية بالارادة الظاهرة، حيث ضحوا بالارادة الباطنة ضماناً لاستقرار التعامل بين الناس^(٣).

الثالث - الاتجاه الملائم بين الارادتين:

وبين اعتداد فقهاء الحنفية في الارادة الظاهرة، واعتداد المالكية بالارادة الباطنة، سلك جمهور الفقهاء مسلكاً يأخذ بالارادتين معاً، ولا يضحى بأي منهما اعتقاداً منهم بأن من الارادتين بصورة منفردة لا أثر عملي لها في ابراز الالتزام، أو التصرف الفردي، وترتب الآثار الشرعية أو القانونية عليها، لأن الارادة الظاهرة دالة على الارادة الباطنة، والظاهرة بدون النية لا قيمة لها.

فالألفاظ والأفعال بما هي لا أثر لها اطلاقاً في المعاملات، والايقاعات والاقارات

(١) عبدالعزيز بن أحمد البخاري - كشف الأسرار عن أصول البزدوي: ٤ / ٢٨٢، طبع دار الكتاب العربي - بيروت ١٩٧٤م.

(٢) الكمال بن الهمام - تيسير التحرير على كتاب التحرير: ٢ / ٣٠٧.

(٣) اننا نرى ان المخطئ لا إرادة له فهو مغلوب علي أمره في انحرافه عن التعبير المقصود إلى التعبير غير المقصود ويؤيد هذا الرأي ما ذهب إليه المرحوم الاستاذ الشيخ علي الخفيف في (أحكام المعاملات الشرعية: ٢٦٦-٢٦٧ طبعة القاهرة ١٩٤٧م) إذ يقول: «ومن هذا القبيل عبارة المخطئ كمشتري قيل له: بعتك هذا الكتاب بجنيه فلما استكثر الثمن أراد أن يقول رفضت فسبق لسانه فقال: - قبلت على غير إرادة منه - وعليه فلا يعتمد بها كذلك ولا ينعقد بها عقد...».

والشهادات وغيرها، وانما تكون حجة يترتب عليها الاثر الشرعي من حيث تعبيرها عن القصد، فهو الأصل والأساس^(١).

وحيث إن الألفاظ موضوعة من الله سبحانه دلالة على ما في النفوس، ورتب عليها أحكامه الشرعية، وحيث انها مظهر خارجي لارادة الشخص فلا بد أن تكون ذات اعتبار حكمي وإذا اجتمع القصد والدلالة القولية ترتب الحكم^(٢).

وأمام هذه الآراء الثلاثة بشأن الاعتداد بالارادة وبأي قسم منها فالسلوك الوسط الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الرأي السديد. ذلك لأن الجنوح إلى الاعتداد بالارادة الباطنة فقط يدعو إلى الفوضى والارتباك في التعامل بين الأفراد إذ لا وسيلة لنا للوقوف على نية المرء بصورة تطمئن إليها النفس. كما ان الالتزام بالارادة الظاهرة تجريد للعقود والايقاعات من عنصرها النفسي، وترتب الآثار الشرعية على كثير من الأمور غير المقصودة من صاحبها أخذاً بظاهر الحال. وهذا غير صحيح لأنه تحميل للأشياء بأكثر من حقائها. وان ما تركز إليه النفس هو تطابق الارادتين، والاعتداد بالارادة الظاهرة متى قام الدليل على أنها المظهر الخارجي للارادة الباطنة، أو متى قام الدليل على مخالفة حقيقتها.

(١) راجع: ابن حزم الظاهري - المحلى: ١٠ / ٢٤٤ مطبعة الامام القاهرة.

والعلامة الحلي - القواعد - كتاب المتاجر: ١٧٠ مطبوع مع مفتاح الكرامة للعاملي - المطبعة الرضوية مصر ١٣٢٢هـ وابن قيم الجوزية - أعلام الموقعين: ١١٧ / ٢ مطبعة السعادة القاهرة ١٣٥٥هـ. وابن المرتضى البحر الزخار: ١٦٧ / ٤ الطبعة الثانية ١٩٧٥ والشربيني الخطيب - مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: ٧ / ٢ مطبعة البابي، مصر.

(٢) ابن قيم الجوزية - المصدر المتقدم والصفحة.

المَبْحَثُ الثَّالِثُ

مَبْدَأُ سُلْطَانِ الْإِرَادَةِ

ومما تقدم يتضح لنا أن الإرادة هي أساس التصرف، وهي التي تنشئه وتحدده آثاره.

وان مبدأ سلطان الارادة من أهم الأسس والمبادئ التي يرتكز عليها كل نظام يقر حرية العمل، ويعترف بالملكية. ومرتكز هذا المبدأ هو الاقرار للارادة. إلى حد كبير - بالحرية والسلطان في اجراء التصرف.

ويمكن - من الناحية العامة - تحليل مبدأ سلطان الارادة الى عنصرين:

الأول - من حيث الشكل: ويبرز سلطان الارادة من هذه الناحية النفوذ «الرضا» في التصرفات، فهو القوة الملزمة واللازمة لشكلية التصرف. فالارادة السليمة لدى المتعاقدين - الايجاب والقبول - هي التي تنشئ الرابطة العقدية بين الطرفين. قال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾. وإذا تحقق الرضا في تصرف طرفي العقد، واقترن بالمشروعية كانت الارادة بمجرد صدورهما للعالم الخارجي لازمة وملزمة، استناداً للآية الكريمة: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) ولا يهم كيفية الصورة التي تم فيها اقتران الارادتين لفظاً. أو كتابة، أو إشارة، أو فعلاً، أو سكوتاً ملابساً، إنما المهم بروزها للعالم الخارجي لاحداث الأثر الشرعي لزوماً والتزاماً لأن «العقد سبب قام في الملك لعموم قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»^(٢). حيث إن الشارع أنشأ السببية للايجاب والقبول والرضا، فبدون

(١) سورة المائدة: آية ١.

(٢) المرحوم الحكيم - نهج الفقاهة: ١ / ٢٨٨.

تحقق جميع أجزاء السبب لا يعقل تحقق المسبب»^(١).

الثاني - من حيث الموضوع: فإن دور الإرادة السليمة لم يقتصر على إنشاء الرابطة العقدية، إنما يتعدى إلى جوانب أخرى كتحديد شروطها والآثار التي تترتب على نشوئها. فكل ما ارتضاه الملتزم ديناً في ذمته يكون صحيحاً منتجاً للآثار المترتبة عليه، لأن التزامه مبني على إرادته السليمة، شريطة أن لا يكون هذا الالتزام قائماً على سبب لا تقره الشريعة أو منطقياً على مخالفة للنظام العام.

قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(٢) فكل شرط ينافي مقتضى العقد يكون باطلاً.

(١) ميرزا موسى النجفي الخونساري - منية الطالب في حاشية المكاسب: ١ / ٢٦، طبع المطبعة المرتضوية - النجف ١٣٥٧هـ.

ويقول المرحوم السنهوري في (مصادر الحق: ١ / ٤٠-٤١) في مناسبة رضائية العقد في الفقه الاسلامي. «والذي يلفت النظر في أحكام العقد قاعدة أساسية قررها الفقهاء تقضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد ووجه الغرابة في ذلك أن هذه القاعدة علي بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث، لم يصل القانون الروماني على عراقتة إلى تقريرها كقاعدة عامة حتى في آخر مراحل تطوره. ولعل السر في وصول فقهاء الشريعة الاسلامية الى هذه القاعدة ما كان للدين من الأثر البالغ في تقريره قواعد الفقه أصولاً وفروعاً. ويكفي لترجيح هذا الرأي أن نذكر أن العقد في أوروبا لم يصبح رضائياً إلا تحت تأثير عوامل مختلفة من أهمها الدين المسيحي وقوانين الكنيسة، وهي تحض على وجوب الوفاء بالعهد فصار تقيد الانسان بكلمته متفقاً مع آداب الدين، ثم انتقل ذلك من الدائرة الدينية إلى الدائرة القانونية، وقد تم ما يعدل هذا في الشريعة الاسلامية فان مشروعية العقد تستند عادة إلى القرآن والحديث. قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾، ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾، ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾، وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً» (راجع فهرست الآيات القرآنية) وقال النبي عليه الصلاة والسلام: «لا أمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له» وراجع السنهوري - نظرية العقد: ٩٣.

استشهد السنهوري بالحديث المذكور دون ذكر مصدره، ولقد نقله المتقى الهندي في (كنز العمال: ٢ / ٣٨٤-٣٨٥ كتاب الأخلاق / باب الأمانة ان النبي (ص) قال: «لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له».

(٢) ذكره الترمذي في (سننه) كتاب الأحكام باب (الصلح بين الناس) ٢ / ٤٠٣ طبعة دار الاتحاد العربي للطباعة القاهرة، وروى البخاري في صحيحه - كتاب الاجارة باب (أجرة السمسرة) ٢ / ٣٥ طبعة دار احياء الكتب العربية القاهرة «المسلمون عند شروطهم» وذكره العلامة الحلي في تذكرة الفقهاء: ٧ / ١٦٥ طبعة النجف «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» وجاء في وسائل الشيعة: مجلد ١٢ ج ٦ / ٢٤٥ (كتاب التجارة) باب / ثبوت خيار الشرط عن الامام جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: إن علي بن أبي طالب (ع) كان يقول: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً».

«فظاهره (أي الحديث) يقتضي لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل لأنه يقتضي أن يكون كل مسلم عند شرطه، وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به.. وهذا لأن الأصل أن تصرف الانسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلاً للتصرف، والمحل قابلاً، وله ولاية عليه»^(١).

فلو فرض أن اشترى شخص جارية بشرط أن لا خسارة عليه، ومعناه أنه متى خسر فيها فضمّانه على البائع، وكذا لو شرط عليه - البائع - ان لا يبيعها - على اشكال - أو لا يعتقها - على اشكال فان هذه الشروط باطلة لمافاتها بمقتضى العقد. فان مقتضاه ملك المشتري، والنبي عليه الصلاة والسلام قال: «الناس مسلطون على أموالهم»^(٢) وإذا بطلت الشروط بطل البيع لأن التراضي إنما وقع على هذا الشرط، فبدونه لا تراضي فيدخل تحت قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٣).

وكما يقول ابن تيمية:^(٤) «الأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما في التعاقد»^(٥).

وهذه النصوص توضح مدى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة من اقرار مبدأ سلطان الارادة في الفقه الاسلامي في حدود ما رسمها الشارع لها وان لا تتعد من نطاق القيود المفروضة عليها من الشريعة. «والشارع بوضعه هذه الحدود، وفرضه تلك القيود إنما يرمي إلى تحقيق الغاية من التشريع الا وهي المصلحة العامة، وهذا ما

(١) الكاساني - بدائع الصنائع: ٥ / ٢٥٩.

(٢) ذكره العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٧ / ١٦٥، ورواه المجلسي في بحار الأنوار: ٢ / ٢٧١ رقم الحديث (٧) الطبعة الحديثة.

(٣) العلامة الحلي - المصدر المتقدم والصفحة.

(٤) احمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبدالله بن أبي القاسم الخضر النميري الحراني الدمشقي، الحنبلي، أبو العباس، تقي الدين ابن تيمية، شيخ الاسلام. ولد في حران عام ٦٦١هـ. واشتهر بدمشق ومات فيها عام ٧٢٨هـ. له مؤلفات عديدة منها: «الفتاوى» فقه مطبوع. والسياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية مطبوع وهو أستاذ الفقيه الحنبلي ابن قيم الجوزية ترجمه الزركلي - الاعلام: ١ / ١٤٠.

(٥) ابن تيمية - الفتاوى الكبرى: ٣ / ٢٢٩ - طبع القاهرة، سنة ١٣٢٨هـ.

توصل إليه الفقه الغربي، ولكن بعد تطور دام زمنًا طويلاً»^(١).

ونستخلص مما تقدم نتائج مترتبة على مبدأ سلطان الإرادة وهي:

١ - حرية التعاقد في أصل التعاقد مع غيره: فالالتزامات الإرادية هي الأصل، لأن الشخص - بحسب الأصل - لا يلتزم إلا بإرادته في تكوين العقد، فقد جعل القرآن والسنة رضا الإنسان أساساً دستورياً في كل عقد يلزمه «فالعقد شريعة المتعاقدين». ولم يقر المشرع الإسلامي عقداً يلزم شخصاً بتكليف لم يرض به رضاءً بيناً، لأن «الناس مسلطون على أموالهم»^(٢).

«وإذا كانت حاجة المجتمع قد تقضي في بعض الحالات بإنشاء التزامات تفرض على الشخص بالرغم من إرادته فيجب أن تحصى هذه الحالات في أضيق حدود، بحيث لا تتقرر الالتزامات غير الإرادية»^(٣) إلا استثناءً، وذلك لأن الإنسان أعلم بما يحقق مصالحه. ولذلك فالالتزامات الإرادية بالضرورة عادلة، لأن الإنسان تحمل بها بإرادته»^(٤).

٢ - حرية التعاقد: فللإنسان حريته المطلقة في إبرام العقود، وإنشاء الالتزامات بمجرد التراضي دون أن تكون هناك سلطة تقيده بقيود شكلية بحيث تغير صورة تعاقدته إلا ما خرج عن التشريع الإسلامي أو اعتبر مخالفاً للنظام العام، وحسن الآداب - فبالعنوان الثانوي^(٥) يحكم على تعطيل التعاقد، أو إبطاله، أو فسخه.

(١) د، الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٨٨ - ٨٩، بتصرف.

(٢) يقول الأستاذ الزرقاء في (المدخل الفقهي العام: ١ / ٥٠٠): «إلا فيما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة مما تمارسه السلطة الحاكمة باسم العدالة لا حقائق الحق كبيع أموال للمدين المماطل في وفاء الدين وبيع الأموال المحتكرة على محتكرها عندما يضر احتكارها بالجماعة وكالاستملاك للمصالح العامة. فأمثال هذه العقود الخيرية هي من المؤيدات الضرورية للتشريع العادل، والغاية من قيام حكومة في دولة. وقد أقرتها الشرائع الوضعية الحديثة التي أخذت بمبدأ الإرادة العقدية المطلق».

(٣) الالتزامات غير الإرادية: الالتزام بالتجنيد الإجباري، فهو مفروض على الشخص ولا يريده.

(٤) الدكتور محمد لبيب شنب: موجز في مصادر الالتزام: ٢٢ / مطبعة مقيمة الحديثة - بيروت ١٩٧٠م.

(٥) العنوان الأولي والعنوان الثانوي مصطلحان أصوليان عرفا في المدرسة الأصولية النجفية. فشرب الخمر بالعنوان الأولي حرام، ولكن عندما يأمر الطبيب به يصبح بالعنوان الثانوي مباحاً للفترة التي يحددها الطبيب.

٣- حرية تحديد آثار العقد: وإذا كان الإنسان كامل الأهلية فله حريته في إنشاء ما يشاء من أنواع العقود في حدود حقوقه الشخصية مهما كان موضوعها، فكل طرف يستطيع أن يحمل نفسه من الالتزام بما يقره الشرع والقانون، ولا يلتزم إلا بما أراد الالتزام به، وكل ما أراده لا بد أن يترتب على العقد الذي أبرمه.

٤- حرية التصرف بالعقد: والمتعاقدان هما وحدهما اللذان يتمكنان من تعديل العقد أو إنهائه، ولا يمكن لأحدهما أن يتصرف دون رضا الآخر.

يقول الأستاذ الزرقاء: «وموقف الفقه الإسلامي في هذه الناحية يختلف سعة وضيقاً باختلاف المذاهب الاجتهادية فيه. لكن أوسع مذاهبه يتفق مع ما استقرت عليه النظريات القانونية في التشريع الحقوقي الحديث»^(١).

هذه أهم النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة^(٢).

على أن «جميع الشرائع الوضعية الحديثة التي أقرت أخيراً مبدأ سلطان الإرادة العقدية في الشرق والغرب قد مرت أصولها بمراحل طويلة من القيود الشكلية المختلفة في إنشاء العقود^(٣) إلا الشريعة الإسلامية فإنها أنشأت قواعد العقد إنشاءً جديداً محرراً من جميع القيود الشكلية التي كانت تفرضها الاعراف والعادات في جاهلية العرب، وشرائع الأمم المحيطة بها وقد كان هذا من الظواهر الغريبة غير المعهودة في تاريخ التشريع، وهذه المزية التي تفرد بها الشرع الاسلامي مدينة لعامل واحد هام وهو المصدر الديني فيه»^(٤).

(١) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١ / ٥٠٢.

(٢) اقتبسنا هذه المبادئ الأربعة بتصرف وتلخيص من كل من الأستاذ الزرقاء المصدر المتقدم: ١ / ٤٩٨-٥٠٢ ودكتور محمد لبيب شنب - موجز في مصادر الالتزام - الإرادة المنفردة: ٢٢-٢٣ ودكتور غني حسون طه - الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١ / ٥٠-٥١.

(٣) يراجع في الإرادة من حيث حريتها وقدرتها على إنشاء العقود وترتيب آثارها - الفقه الغربي والأدوار التي مرت بها وتطورها في القرون الوسطى المصادر التالية: د. عبد الفتاح عبد الباقي - دروس في مصادر الالتزام: ٢٩-٣٦. د. محمود جمال الدين في - الوجيز في نظرية الالتزام: ١ / ٢٧-٤٣، د. عبدالمجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٦٩-٨٤، د. غني حسون طه - الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١ / ٤٥-٥٥.

(٤) الزرقاء: المصدر المتقدم: ١ / ٥٠٠-٥٠١.

ولعلنا نستطيع بعد هذا العرض الموجز لمبدأ سلطان الارادة في الشريعة الاسلامية أن نتعرف على مدى ما اكتسبت الارادة من حرية وسلطان في ظل التشريع الاسلامي، وان كان ذلك قد يختلف سعة وضيقاً في الاجتهادات الفقهية.

وقد أشار القانون المدني العراقي في المادتين (٧٤، ٧٥) إلى هذا التطور حيث قررتا صحة ورود العقد على أي شيء لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون، أو مخالفاً للنظام العام، أو للآداب - المادة (٧٤): «يصح أن يرد العقد:

١ - على الاعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعوض بيعاً، أو بغير عوض هبة، ولحفظها وديعة، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً.

٢ - وعلى منافع الاعيان للانتفاع بها بعوض إجارة، أو بغير عوض اعاره.

٣ - وعلى عمل معين، أو على خدمة معينة».

المادة (٧٥): «يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون، أو مخالفاً للنظام العام، أو للآداب»^(١).

أما المدني المصري فلم يشر إلى هذا التفصيل، إنما اكتفى بالإشارة إلى منع العقد إذا كان محله، أو سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب. فقد نصت المادة (١٣٥) منه على الآتي:

«إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً».

ونصت المادة (١٣٦) منه على ما يلي:

«إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً»^(٢).

(١) كان القانون التجاري الكويتي رقم ٢ لسنة ١٩٦١ قد أخذ نص المادتين العراقيتين المشار إليهما كاملاً، وصاغهما في المادة (١٠٤) منه بأربع فقرات. لكن المشرع الكويتي للقانون المدني عدل عنها، واكتفى بما أورده في المادة (١٧٢ و ١٧٦ / ف ١ - مدني كويتي).

(٢) يقول حسني نصار في شرحه لهذه المادة: «ويجب أن يفسر النظام العام والآداب بمفهوم الجماعة في تطورها المستمر في شتى مجالات الحياة». انظر: (القانون المدني المصري شرح حسني نصار: ٥٠).

وقد أخذ المدني الكويتي بمادته (١٧٢) بالمبدأ الذي أخذ به كل من القانونين المصري والعراقي مكتفياً بالإشارة دون التفصيل، فقد نصت المادة المذكورة على الآتي:

«إذا كان محل الالتزام مخالفاً للقانون أو النظام العام أو لحسن الآداب وقع العقد باطلاً».

المَبْحَثُ الرَّابِعُ

الإِرَادَةُ الْمُنْفَرِدَةُ

تحدثنا فيما سبق عن دور الإرادة في التصرفات الالتزامية في حالة توافق إرادتين سليميتين - إيجاباً وقبولاً - ومدى ترتب الأثر الشرعي، أو القانوني عليها. بقي أن نعرف دور الإرادة المنفردة في التصرفات الالتزامية أو العقدية فهل يترتب عليها الأثر الشرعي^(١). ولا بد ونحن بصدد تحديد أثر الإرادة المنفردة في التصرف الشخصي، أن نحدد معنى كل من:

١ - التصرف:

فقد عرف بأنه: «ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته، ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج، سواء كانت في صالح ذلك الشخص أو لا».

(١) أما الأثر القانوني: فيختلف الفقه الألماني عن الفقه الفرنسي في كون الإرادة المنفردة منشئة للالتزام أم لا؟ فالفقه الألماني يجعلها سبباً للالتزام والفقه الفرنسي يقصر السببية الإرادية على العقد ثم لا يقتصر الأول على جعل الارادة المنفردة من أسباب الالتزام، بل يقرر هذا ويزيد أنها مناط الالتزام في العقد الذي يتكون بتوافق إرادتين فيقول: إن إحدى الإرادتين هي التي تنفرد بإنشاء الإلتزام بإرادة المدين هي التي أنشأت الإلتزام وإرادة الدائن ما اشتركت في الإنشاء ولكنها انضمت إلى الإرادة الأولى ليثبت الحق للدائن فكأن العقد الذي يتم بإرادتين يتم فيه عملان: أحدهما: إنشاء الإلتزام وقد استبدت به إرادة المدين منفردة.

والثاني: إثبات الحق للدائن وذلك يتم بإرادة المدين لأن من المقرر أن حقاً لا يثبت لشخص جبراً عنه. لزيادة الاطلاع يراجع: السنهاوري - نظرية العقد: ١٨٤ والدكتور جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام: ٤٠٤-٤٠٩ والمرحوم الشيخ أبوزهرة: الملكية ونظرية العقد: ٢١٢-٢١٥.

٢ - الالتزام:

فقد عرف بأنه «كل تصرف تضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق، أو إنهائه، أو إسقاطه، سواء كان من شخص واحد كالوقف، والطلاق المجرد عن المال، والابراء. أو من شخصين كالبيع، والإجارة، والطلاق على مال».

٣ - العقد:

فقد عرف بأنه: «ارتباط أيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله»^(١).

وفي ضوء هذه التعاريف نجد أن التصرف أعم من الالتزام، وأوسع دائرة منه فإن كل التزام تصرف، ولا عكس. إذ ليس كل تصرف التزاماً؛ فقد ينطوي على التزام، أو يكون خالياً منه.

أما العقد فأخص من الالتزام، إذ كل عقد التزام، ولا عكس، لأن العقد قائم على إرادتين، لازمة وملزمة. في حين ليس كل التزام عقد، فإن العقد يتألف من إرادتين وإذا أطلق على إرادة واحدة فهو إطلاق مجازي.

ولا شك أن كثيراً من المواضيع كالوصية، والطلاق المجرد من المال، والوقف، والابراء ونحو ذلك يمكن أن تقوم الإرادة الواحدة في أحداث الأثر الشرعي فيها من انتقال الحق من صاحب الإرادة إلى طرف آخر من دون حاجة إلى قبول، فالإيجاب وحده ينشئ التزاماً على الموجب.

وحيث عرفنا أن هناك فرقاً بين العقد والالتزام، فلا بد أن ندرس كل حالة على حدة:

(١) مصدر هذه التعاريف - شلبي: المدخل لدراسة الفقه الاسلامي: ٢٢٦-٢٢٧.

أولاً: الالتزام بإرادة واحدة:

في الفقه الاسلامي صور من الالتزامات التي تتم بإرادة واحدة، ولا تحتاج إلى إرادة ثانية - أي القبول - منها:

١ - الوقف:

وهو «تحييس الأصل وإطلاق المنفعة»^(١) ينعقد بمجرد صدور الصيغة من الواقف، دون حاجة إلى قبول الموقوف عليهم^(٢)، ويكون لازماً، ولا يجوز الرجوع فيه، خاصة إذا كان الموقوف عليه جهة خيرية، بإرادة الواقف تنشئ التزاماً، وإذا كان الموقوف عليهم أشخاصاً معينين، كأن يقول الواقف - مثلاً - وقفت على فلان وفلان، أو على أولاد فلان، فالكثرة الغالبة من الفقهاء على أن الوقف ينعقد لازماً بمجرد صدوره، ولكن لا يثبت الحق المستحق المعين إلا بقبوله، وقد قالوا: إنه يكتفى من القبول بعدم الرد وهو ألا يرد. وذلك لكي لا يثبت حق لشخص من غير إرادته ولكي لا يدخل في ملك الشخص شيء جبراً عنه»^(٣).

٢ - الكفالة:

من التصرفات التي تنشأ بإرادة واحدة عند بعض الفقهاء^(٤). قال الشيخ أبوزهرة:

(١) المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢ / ٢١١.

(٢) المرحوم الحكيم - منهاج الصالحين: ٢ / ٦٩ أو ١٧٣ كتاب الوقف مسألة ٢٧ و ٢٨.

(٣) المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد: ٢١٦ - ٢١٧.

(٤) هو أحد قولي الشافعي وقول لأبي يوسف كما نقل الكاساني في (بدائع الصنائع ٦ / ٢) وقال الشيرازي في ←

«ولذا تصح ولو كان المكفول له غير معين، أو غائباً، وتنعقد ويجب على الكفيل، ولو كان القبول لازماً ما انعقدت إلا في حضرة المكفول له، وللزم أن يكون معيناً معروفاً، ولكن لا يلزم شيء من ذلك فدل هذا على أن القبول من المكفول له ليس بلازم لانعقاد الكفالة، كما أن الاذن من المدين المكفول عنه ليس بلازم»^(١).

٣ - الهبة:

في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الاحكام. والدليل على أن وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة»^(٢) أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة^(٣).

٤ - الجعالة:

وهي «أن تجعل للرجل جعلاً على عمل يعمل ان أكمل العمل، وإلا فلم يكن له أي

→

(المهذب: ١ / ٣٤٠): «هل يفتقر إلى معرفة المضمون له والمضمون عنه؟ فيه ثلاثة أوجه:

الثالث: لا يفتقر إلى معرفة واحد منها لأن أبا قتادة ضمن عن الميت، ولم يسأله النبي عليه الصلاة والسلام عن المضمون له والمضمون عنه» ونقل الكاساني في (بدائع الصنائع ٦ / ٢) عن أبي يوسف قوله: «الركن هو الإيجاب فحسب فأما القبول فليس بركن» ونقل ابن رشد في بداية المجتهد ٢ / ٢٩٨ - طبع دار المعرفة - بيروت ١٩٧٨: «ان أبا حنيفة والشافعي يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان بإذنه، ومالك لا يشترط ذلك».

(١) أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد: ٢١٦-٢١٧.

(٢) ذكره الكاساني - بدائع الصنائع ٦ / ١١٥ وجاء عن الامام الصادق (ع) انه قال: «الهبة لا تكون أبداً هبة حتى

يقبضها...» راجع وسائل الشريعة: ٦ / ٢٢٦ كتاب الهبة / ٤ باب (عدم لزوم الهبة قبل القبض).

(٣) الكاساني - المصدر المتقدم.

شيء»^(١) ويرى بعض الفقهاء: أنها لا تفتقر إلى قبول، لأنها من الايقاعات، ولا بد فيها من الايجاب عاما أو خاصا^(٢) ومن حيث كونها التزاما من طرف واحد للآخر فيجوز للجاعل أن يرجع بالتزامه قبل البدء في العمل^(٣).

٥ - الطلاق المجرد من المال:

وهو إزالة قيد النكاح بغير عوض^(٤) ويتم إيقاعه بمجرد بروز صيغة الطلاق من طرف الزوج إذا لم يمنع مانع شرعي من ذلك^(٥) ولا تتوقف صحة الطلاق على قبول الزوجة. كما هو الشأن في سائر الايقاعات التي لم تتوقف صحتها على قبول الطرف الآخر، وعلى هذا الغرار الابرء والضمان والعارية والوصية. على قول من لا يرى انعقادها بالقبول من قبل الموصى له. ويكتفي بإيجاب الموصي فقط في انعقادها^(٦). إن هذه التصرفات الشرعية تتم بإرادة واحدة. كما تقدم. ويترتب عليها التزام، فكل الايقاعات، والاسقاط، والابرء، يكون لصاحب الحق فيها هو الذي يملك الارادة. وقد لا تتوقف في كثير منها على قبول الطرف الآخر. على اختلاف فيها عند بعض

(١) مدكور - المدخل للفقهاء الاسلامي - ٥٦٨ هامش (١) نقلاً عن مقدمات ابن رشد ٢ / ٣٠٤ - ٣١٠.

(٢) المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ١٦٣ / ٣ والمرحوم الحكيم - منهاج الصالحين ٢ / ١٠٩ بحث الجعالة.

(٣) المرجع الحكيم - منهاج الصالحين: ٢ / ١١٠ بحث الحعالة مسألة (٤).

(٤) الشهيدان - الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية: ١١ / ٦ طبع مطبعة الآداب - النجف ١٣٨٧هـ.

(٥) كما هو المشروط عند الامامية أن يكون الطلاق أمام شاهدي عدل، وأن تكون المرأة في حالة يصح فيها الطلاق.

يراجع المرجع الحكيم - منهاج الصالحين ٢ / ٢٢٢ - ٢٢٤ بحث الطلاق مسألة ٢ و ٧ - ٨ أو أن لا يكون متصفاً بأي

حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩

ونصّها: «لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم:

١- السكران، والمجنون، والمعتوه، والمكره، ومن كان فاقد التمييز من المرض أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض.

٢- المريض في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة...».

(٦) المرجع الحكيم - منهاج الصالحين ٢ / ١٤٤ بحث الوصية مسألة (١).

الفقهاء^(١) ومن هذا نرى أن الارادة المنفردة تكون مصدرا لبعض الالتزامات في الشريعة.

أما بالنسبة للقانون فيرى فقهاء القانون الوضعي أن الارادة المنفردة تنتج أثارا قانونية مختلفة كما هو الحال في بعض القوانين الغربية كالقانون الألماني^(٢) وكذلك في القوانين العربية الحديثة. وخاصة المعنية لدينا. وفي حدود ضيقة^(٣)، فإن الأحوال

(١) وكمثل على ذلك نرى في مورد الجعالة أن يعين شخص مبلغاً معيناً لأول المتسابقين أو الرماة ويترتب عليه الالتزام. يقول الكاساني في (بدائع الصنائع ٦ / ٢٠٦): «لو قال أحدهما لصاحبه: إن سبقتني فلك علي كذا، وإن سبقتك فلا شيء فهو جائز... وكذلك ما يفعله السلاطين وهو أن يقول السلطان لرجلين من سبق منكما فله كذا، فهو جائز». ولكن بعض الفقهاء يرون أن الجعالة لا تقوم على الارادة المنفردة، فالجعل عند الحنفية واجب دون شرط، وعند الشافعي لا يجب إلا بالشرط، أي بالعقد لا بالارادة المنفردة ثم ان الجعل مقدر شرعاً لا بالاتفاق. ويقول المرحوم السنهوري: وهو عند الحنفية أقرب إلى أن يكون قائماً على قاعدة الاثراء بلا سبب، ولا يقوم على الارادة». يراجع: الكاساني (بدائع الصنائع ٩ / ٢٠٣-٢٠٦) والسنهوري: (مصادر الحق ١ / ٤٥ هامش ١).

(٢) السنهوري - الوسيط: ١ / ١٤٤٥-١٤٥٢.

(٣) قال السنهوري في المصدر المتقدم: ١ / ١٤٥٢-١٤٥٥: «كان المشروع التمهيدي للقانون المدني (المصري) الجديد في المادة ٢٢٨ منه على ما يأتي:

١- إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً وكان لمدة معينة فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذي يصل فيه إلى علم من وجه إليه ما دام هذا لم يرفضه.

٢- وتسري على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لانشاء الالتزام.

٣- يبقى الايجاب في العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به ويسري حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور».

فكان هذا النص - على غرار المشروع الفرنسي الايطالي في مادته الستين بجعل الارادة المنفردة شأنه في ذلك شأن كل تعبير عن الارادة ويسري (عليها) ما يسري على العقد من أحكام... ولكن النص حذف في لجنة المراجعة. وكان حذفه «عدولاً عن وضع قاعدة تجعل الارادة المنفردة ملزمة واكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من ان الارادة تنشئ التزاماً».

ويراجع: د. جمال الدين زكي - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري: ١ / ٤٢٩-٤٣٠، ومجموعة الأعمال التحضيرية: ٢ / ٣٣٩.

ولكن المدني المصري أشار بمادته (١٦٢) إلى مدى اعتبار الارادة المنفردة، وما تنتجه من أثر قانوني ونصها: «١- من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة، أو دون علم بها.

التي يظهر فيها قصد المتعهد إلى الالتزام نهائياً دون توقف على قبول تعهده من شخص آخر، والتي يقوم الالتزام فيها بالارادة المنفردة تصل في القلة إلى حد الندرة بالنسبة للأحوال التي يلزم فيها العقد لتحقيق الالتزام». ويمكن أن نحصر حالات الالتزام بالارادة المنفردة فيما يأتي:

١. التزام الموجب البقاء على إيجابه المدة التي يحددها أو التي تحددها ظروف

٢- وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد، وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور». «ولا يعتبر الوعد في هذا النص، إيجاباً، وإنما يعتبر وعداً قائماً على المشيئة المنفردة للواعد يلتزم بها وحدها بمجرد قيام أي شخص بالعمل الذي وعد بجائزة عنه، ولو لم يكن عالماً بهذا الوعد، بل ولو لم يكن راغباً - أصلاً - في الجائزة، ودون حاجة إلى تطابق إرادتين» انظر: شرح القانون المدني المصري - حسني نصار: ٦٢. أما القانون المدني العراقي فقد ضيق نطاق عمل الارادة المنفردة بموجب المادة (١٨٤) منه. ونصها:

«١- لا تلزم الارادة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك.

٢- ويسري عليها ما يسري على العقد من الأحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لانشاء الالتزام». كما نصت المادة (١٨٥) منه على الآتي:

«١- من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر إلى وعده...».

ولم تختلف الفقرتان الثانية والثالثة من المادة المشار إليها عن الفقرة الثانية للمادة (١٦٢ - مدني مصري). وجاء المدني الكويتي ملتزماً بهذا المبدأ من تضيق نطاق عمل الارادة المنفردة، فنص في المادة (٢٢٠) منه على ما يلي:

«١- التصرف القانوني الصادر بالارادة المنفردة لا ينشئ التزاماً، ولا يعدل في التزام قائم، ولا ينيه، إلا في الأحوال الخاصة التي ينص عليها القانون.

٢- فان قضى القانون بنشوء الالتزام أو بتعديله، أو بانقضائه بمقتضى التصرف الصادر بالارادة المنفردة، سرى على هذا التصرف ما يسري على العقد بوجه عام من أحكام القانون، إلا ما كان منها متعارضاً مع قيام التصرف على الارادة الواحدة، وعلى الأخص ما تعلق بتوافق إرادتي طرفي العقد».

وفي صدد «الوعد بجائزة الجمهور» فان المادة (٢٢١ - مدني كويتي) لم تختلف عن المادة (١٦٢ - مدني مصري) والمادة (١٨٥ - مدني عراقي) إلا باختلاف بسيط في الصياغة.

يراجع لزيادة الاطلاع عن الارادة المنفردة في القانون المدني العراقي د. الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي: ١/ ٣٩١-٣٩٩ ود. غني حسون طه - الموجز في النظرية العامة للالتزام: ١/ ٤٠٢-٤٠٨. وعن الارادة المنفردة في المدني الكويتي تراجع المذكرة الايضاحية للقانون المذكور رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ المنشورة في جريدة «الكويت اليوم» عدد ١٣٣٥ تاريخ ١٠/ ١/ ١٩٨١.

الحال أو طبيعة المعاملة - المادة ٩٣ مدني مصري^(١)، والمادة ٨٤ مدني عراقي^(٢)،
والمادة ٤١ / ف ٢ مدني كويتي باختلاف بسيط في الصياغة عن القانونين
المذكورين^(٣).

٢ - إنشاء المؤسسة الخاصة ويكون التعبير عن الارادة عندئذ في الشكل الرسمي
ولكن إنشاء المؤسسة لا يكون لازماً فيظل لمنشئها أن يرجع فيها، حتى يتم شهرها
وفقاً لقواعد شهر المؤسسات الخاصة.

٣ - الوقف وهو حبس العين على أن تكون مملوكة لأحد وجعلها على حكم ملك
الله وتخصيص ريعها لجهة من جهات البر، وهو تصرف يتم بإرادة الواقف وحدها
وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

٤ - الوصية: وهي تصرف من شخص في مال من أمواله أو جزء من ذمته إلى
شخص آخر يستحقه بعد وفاة الموصي، وهي تتم بالارادة المنفردة للموصي، ولكنها
لا تكون لازمة إلا بوفاة الموصي فيجوز له أن يرجع فيها حتى الوفاة.

٥ - الحالة التي ينص القانون عليها كتطبيق للالتزام بالارادة المنفردة في المادة ١٦٢
مدني (مصري) وهي حال الوعد بجائزة^(٤).

(١) تنص المادة (٩٣ - مدني مصري) علي ما يلي:

«١- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه، إلى أن ينقضي هذا الميعاد.

٢- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة».

(٢) تنص المادة (٨٤ - مدني عراقي) على الآتي:

«إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد».

(٣) تنص المادة (٤١ - مدني كويتي) على التالي:

«١- للموجب خيار الرجوع في إيجابه، طالما لم يقترب به القبول.

٢- ومع ذلك، إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول، أو اقتضت هذه الميعاد ظروف الحال أو طبيعة المعاملة، بقي الإيجاب

قائماً طوال هذا الميعاد، وسقط بفواته».

(٤) راجع لزيادة الاطلاع: د. الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام: ١ / ٤١٧-٤١٨.

ثانيا - العقد بإرادة واحدة:

اختلف الفقهاء في إمكان الاعتداد بجريان العقد بإرادة واحدة على قولين:

الأول - القول بالمنع:

ذهب بعض الفقهاء إلى عدم جواز انعقاد العقد بإرادة واحدة، فلو أطلق مصطلح العقد فلا بد أن تكون هناك إرادتان مستقلتان لمتعاقدين يتم ارتباطهما - إيجابا وقبولا - شرعا على وجه ينعكس أثره في المحل - فلا يتصور - على رأي هؤلاء - إطلاق العقد على إراد واحدة، إذ لا يمكن أن تكون تلك الإرادة موجبة وفي نفس الوقت قابلة، فالعقد لا يكون إلا بين اثنين بإيجاب وقبول^(١)، لأن الواحد لا يتصور أن يكون مملكا ومتملكا في آن واحد^(٢).

الثاني - القول بالجواز:

ولكن بعض الفقهاء أجازوا للشخص الواحد أن يتولى العقد عن الطرفين بإرادة واحدة، ويمكن تصور ذلك بما يلي:

١ - الولي أو الوصي أو الوكيل عن المرأة هل له أن يزوجه من نفسه فيكون هو موجبا وقابلا؟

٢ - الولي أو الوصي أو وكيلهما هل يصح أن يشتري مال المولى عليه لنفسه أو بيع

(١) انظر: الشيرازي - المذهب: ٢/ ٢٨، والكاساني - بدائع الصنائع: ٢/ ٢٣١ وبرهان الدين المرغيناني - الهداية

على بداية المبتدى: ٢/ ٤٢٧ مطبوع مع فتح القدير للكمال بن الهمام - والكمال بن الهمام - فتح القدير: ٢/ ٤٢٧

المطبعة الكبرى الاميرية - بولاق مصر ١٢١٥هـ. والدردير - الشرح الصغير على أقرب المسالك: ٣/ ١٢ طبع دار

المعارف، القاهرة، ١٩٧٣م.

(٢) المرغيناني - الهداية على بداية المبتدى: ٢/ ٤٢٧.

ماله عليه فيتولى هو طرفي العقد أصالة عن نفسه، وولياً، أو وصياً أو وكيلاً عن القاصر الآخر؟

٣ - أن يوكل الطرفان - البائع والمشتري - شخصاً يتولى هو طرفي العقد، وفي مثل هذا أيضاً عقد النكاح، والطلاق على البذل، وأمثال ذلك.

الصورة الأولى:

يرى بعض الفقهاء: أن الولي أو الوصي أو الوكيل على البنت لو عقدها لنفسه جاز وصح العقد. واشترط البعض منهم استئذانها، فلو وافقت تولى هو طرفي العقد، إيجاباً وقبولاً حيث أصبح من جانب المرأة ناقلاً للإيجاب - حسب ولايته، أو وكالته - ومن جانبه قابلاً أصلاً، وفي هذا المجال يتم العقد بإرادة منفردة وأنشأت إرادته التزاماً عقدياً^(١).

ولم يمنع من ذلك إلا الفقيه زفر^(٢) - من الحنفية - لأنه يرى أن ركن النكاح اسم لشطرين مختلفين وهو الإيجاب والقبول، فلا يتمان إلا بعاقدين كشطري البيع^(٣). وكذلك بعض فقهاء الشافعية، إذ لا يجوز عنده أن يزوجه من نفسه فيكون موجباً قابلاً لأنه لا يملك الإيجاب بالاذن، فلم يجز أن يملك شطري العقد، فإن أراد أن يتزوجها، فإن كان هناك من يشاركه في الولاية زوجها منه، وإن لم يكن من يشاركه في الولاية زوجها الحاكم منه^(٤)، وذهب إلى القول الناصر^(٥) من فقهاء الزيدية^(٦).

(١) انظر: المحقق الحلبي - شرائع الاسلام: ٢٧٧ / ٢ وابن المرتضى - البحر الزخار: ٤ / ٢٥-٢٦ والمرداوي -

الانصاف: ٨ / ٩٦ والدردير - الشرح الصغير ٢ / ٢٧٧ وابن عابدين - رد المحتار: ٣ / ٦٠.

(٢) زفر بن الهذيل بن قيس الغنبري من تميم، فقيه حنفي، من أصحاب أبي حنيفة. ولد بالبصرة، وولي قضاءها وتوفي

بها سنة ١٥٨هـ. ترجمه: الزركلي - الاعلام: ٣ / ٧٨.

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع: ٢ / ٢٣١.

(٤) الشيرازي - المهذب: ٢ / ٢٨.

(٥) الناصر بن عز الدين بن الحسن بن علي بن المؤيد الحسيني، الناصر للدين، من أئمة الزيدية في اليمن، كان فقيهاً

فاضلاً، توفي سنة ٩٢٩هـ ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢ / ٢١٤.

(٦) ابن المرتضى - البحر الزخار: ٤ / ٢٥.

الصورة الثانية:

وهل للولي، أو الوصي، أو الوكيل أن يشتري من مال الطرف الآخر لنفسه، أو يبيع عليه؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:

(أ) ذهب جمهور الفقهاء إلى المنع من كون الشخص الواحد يتولى طرفي العقد في البيع والشراء. ولاية أو وكالة من جانب، وأصالة عن نفسه. إذ الإرادة الواحدة لا يمكن أن تكون في البيع أو الشراء موجبة وقابلة، وأهم أدلتهم هي:

١. التهمة في أن الوكيل الذي يشتري لنفسه مال الموكل، أو يبيع ماله عليه قد لا يكون واقعياً. أو على الأقل غير مستقص للثمن في قيمة المبيع. وتسرب الشك يكفي لعدم الاطمئنان.

٢. إن سياق التوكيل في البيع أو الشراء يدل على اخراج الوكيل من الشارين، لأن الموكل جعله نائباً في البيع والشراء فلا يكون مشترياً أو بائعاً.

٣. بالاضافة إلى أن العرف يقتضي في الوكيل أن يوجب العقد لغيره.

٤. إن الشخص الواحد لا يمكن أن يتولى طرفي العقد، فيأخذ بإحدى يديه من الأخرى^(١).

(ب) وإلى القول بالجواز في أن يتولى شخص واحد طرفي العقد في البيع والشراء إيجاباً وقبولاً، ذهب كل من الفقيه الحنفي الكاساني والفقيه الإمامي المحقق الحلبي^(٢).

(١) انظر الشيرازي - المذهب: ١ / ٣٥٢ وابن رجب - القواعد في الفقه الاسلامي: ١٣١ قاعدة ٧٠ وابن المرتضى - البحر الزخار: ٤ / ٣٠١-٣٠٥ والدردير: الشرح الكبير: ٢ / ٣٨٧.

(٢) جعفر بن الحسن بن يحيى بن الحسن بن سعيد الهذلي الحلبي، نجم الدين أبو القاسم المعروف بـ «المحقق الحلبي» فقيه امامي كان مرجعاً للشيعة الامامية في عصره توفي بالحلة. من محافظات العراق عام ٦٧٦ هـ له مؤلفات عديدة. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢ / ١١٧.

ويرى الكاساني أن الأب أو الجد إذا اشترى مال الصغير لنفسه أو باع مال نفسه من الصغير بمثل قيمته أو بأقل جاز.

ولو فعل الوصي ذلك، لا يجوز عند محمد بن الحسن^(١)، وجائز عند أبي حنيفة^(٢) وصاحبه أبي يوسف^(٣) أن كان خيراً لليتيم، وإلا فلا^(٤).

أما بالنسبة لوكيل بالشراء، فلا يملك الشراء من نفسه، لأن الحقوق في باب الشراء ترجع إلى الوكيل، فيؤدي إلى الاحالة، وهو أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلاً، مطالباً ومطالباً، ولأنه متهم في الشراء من نفسه، ولو أمره الموكل بذلك، اللهم إلا أن تكون الوكالة عامة فيجوز حينذاك، لأن المانع من الجواز التهمة، وقد زالت بالأمر والاجازة^(٥).

ولم يختلف المحقق الحلبي عما عرضه الكاساني في النتيجة، فقد أمضى تصرف الأب والجد بيعاً وشراء مادام الولد غير رشيد.

وفي صدد الوصي فيتردد في توليه طرفي العقد، وإن كان يذكر قولاً بالجواز، أما الوكيل فيمضي تصرفه عن الموكل حياً جائز التصرف، ويذكر قولاً للإمامية بجواز توليه طرفي العقد إن علم الموكل، فإن أوقع قبل اعلامه وقف على الاجازة، ويرتضي هو هذا القول^(٦).

(١) محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني من موالى بن شيبان، أبو عبد الله فقيه حنفي صاحب الامام أبي حنيفة، ولد بواسط في العراق عام ١٢١هـ، ونشأ بالكوفة، وانتقل إلى بغداد فولاه الرشيد العباسي القضاء بالرقعة ومات بالري

عام ١٨٩هـ له عدة مؤلفات منها: «الجامع الكبير» و «الجامع الصغير» ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢٠٩ / ٦.

(٢) النعمان بن ثابت التيمي بالولاء الكوفي أبو حنيفة، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه ينسب الأحناف أصله من فارس، ولد بالكوفة عام ٨٠هـ، ونشأ بها، وكان يبيع الخز، ويطلب العلم في صباه، ثم انقطع للدرس وأصبح بعد ذلك مركزاً للتدريس والافتاء توفي ببغداد عام ١٥٠هـ من مؤلفاته: «الفقه الأكبر» ترجمه: الزركلي - الاعلام: ٩ / ٤.

(٣) يعقوب بن ابراهيم بن حبيب الانصاري، البغدادي، المعروف بأبي يوسف، صاحب أبي حنيفة، وتلمذ عليه ولد بالكوفة وولي القضاء ببغداد واشتهر بمكانته الفقهية. توفي سنة ١٨٢هـ. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢٥٢ / ٩.

(٤) الكاساني - بدائع الصنائع: ١٥٤ / ٥.

(٥) الكاساني - المصدر المتقدم: ٣٠ / ٦.

(٦) المحقق الحلبي - شرائع الاسلام: ١٥ / ٢.

- وبعد عرض هذه الأقوال لنا أن نختار القول بالجواز في امكان تولي الشخص الواحد طرفي العقد في كل من النكاح، والبيع والشراء، للأسباب التالية:
١. عدم وجود دليل من الكتاب والسنة على منع مثل هذا العقد.
 ٢. إن العرف لا يمنع من اجرائه.
 ٣. الأصل في الولي، والوصي، والوكيل الامانة حتى يثبت عكس ذلك، فلا مجال للتهمة في تصرفهم طالما لم يثبت عليهم شيء.
 ٤. إن سياق التوكيل الاطلاق والعموم ما لم يحدد مجاله، واذا كانت الوكالة عامة فمن أين سيظهر أن الوكيل لم يدخل في جملة المتعاقدين كما يدعي القائلون بذلك؟
 ٥. اذا كان جمهور فقهاء المسلمين قد أجازوا تولي الشخص الواحد طرفي العقد في النكاح، وهو الموضوع الخطير، الذي تترتب عليه آثار النسب، والتزامات شرعية، فمن باب أولى أن يجرى الجواز في البيع والشراء طالما ان الموضوع لا يتوقف عليه إلا الأثر المالي، والمال لا يصل إلى درجة الانساب والاعراض.

الصورة الثالثة:

- ويصورها الفقهاء: بأن يوكل شخصان رجلاً واحداً على بيع وشراء سلعة يتفقان عليها، ويتولى هو طرفي العقد.
- أو أن يوكل رجل وامرأة شخصاً على عقد زواجهما، فيتولى هو اجراء عقد النكاح موجباً من الزوجة، وقابلاً من الرجل وكالة. ومثل هذا الطلاق على البذل، فيكون وكيلاً للطرفين على البذل والطلاق.
- أو أن الجد أو الأب يعقد لابن ابنه على بنت ابنته أو ابنه أو بالعكس، فيجري هو عقد الزواج حسب ولايته، إيجاباً وقبولاً.
- أو أن السيد يعقد على جاريته لعبده فهو حسب تملكه لأمر الطرفين يكون موجباً وقابلاً في عقد النكاح.

والسؤال الذي يبدو معقولاً هو: هل يصح أن يكون شخص واحد طرفين للعقد عن شخصين آخرين؟

و«الفقهاء (في هذه المسألة) متباعدون في الرأي تباعداً بيناً، ومن بين أسباب هذا اختلافهم في التزام الوكيل بحقوق العقد التي يباشرها^(١)».

غير أن هذه المسألة - كما أتصورها - لا تدخل في موضوع بحثنا الذي يدور حول الارادة المنفردة هل تبرم عقداً؟ بمعنى أن شخصاً واحداً - سواء أكان ولياً أو وصياً أو وكيلاً - يتولى طرفي العقد أصيلاً من جانب نفسه، ممثلاً عن الجانب الآخر، وفي هذه الصورة تتجلى الارادة المنفردة في تعاملها كطرف في العقد، وتنشئ التزاماً من جهته مترتباً عليه التزام الجهة الثانية.

أما تولي الشخص طرفي العقد لموكلين آخرين، فلا مجال لارادته ان تتحكم في الموضوع لأنه واسطة في اثبات مثل هذا العقد، فارادته هنا لم تكن «ذاتية» انما هي «طريقة» ولا تعرض لنا بهذا البحث لعدم دخوله في موضوعنا.

(١) الأستاذ المذكور - المدخل للفقهاء الاسلامي: ٥٧٢.

المَبْحَثُ الخَامِسُ

هل عَمَلُ الإرَادَةِ يَقْتَصِرُ عَلَى اجْرَاءِ التَّصَرُّفَاتِ أَمْ يَتَجَاوِزُهُ إِلَى تَنْفِيزِهَا؟

مما تقدم عرفنا أن للإرادة الأثر الأكبر في انشاء الالتزام، فهي الأساس في ترتب الالتزام الذي يحمل في طياته الآثار الشرعية أو القانونية على كل من المتعاقدين. ومن أجل تحديد مهمة الإرادة نتساءل هل انها مقتصرة على التلفظ بالايجاب والقبول في حدود اجراء التصرف، أو انها تقوم - أيضاً - بدور في تثبيت الآثار المترتبة عليه، أو ان الآثار يتحكم بها المشرع وبجعل منه؟

إننا نرى ان آثار العقد تترتب بجعل من الشارع، وهو قوتها الملزمة، ومن هذا نعرف ان العقود تستمد قوتها من الشارع فاذا منح المشرع التصرف الذي تم بين شخصين هذه القوة وجب على المتعاقدين ان ينفذاه وذلك لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

فإنه منح الايجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين في أي عقد كان قوة ملزمة رتبت على البائع وجوب تسليم المبيع للمشتري كما رتبت على المشتري تسليم الثمن للبائع في حين لم يمنح الكثير من الاتفاقات هذه القوة الملزمة..^(٢).

(١) سورة المائدة: آية ١.

(٢) فرق فقهاء القانون بين الاتفاق والعقد. فقالوا في تعريف الاتفاق:

«بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله، أو أنهائه».

وعرفوا العقد: «بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله».

وبذلك يكون الاتفاق أعم من العقد. وهذا أخص منه. فكل عقد يعتبر اتفاقاً وليس كل اتفاق يعتبر عقداً.

راجع: الدكتور حجازي - النظرية العامة للالتزامات: ١٩، والأستاذ شلبي: المدخل لدراسة الفقه الاسلامي:

٢٢٨ / ٢٥.

فمثلاً أن الاتفاق الذي يتم بين شخصين أن يقدم كل منهما للآخر هدية لم يمنحه المشرع تلك القوة الملزمة التي رأيناها في العقود، إذ في الامكان أن لا يفي أي منهما بما اتفق عليه، ولم يجبر أيّاً منهما على تنفيذ اتفاه.

فالقوة الملزمة التي تترتب على آثار العقد قوة خارجة عن نطاق الارادة العقدية، وليست امتداداً لها، ولا جزء منها، انما هي آثار مترتبة على الارادة حين تحققها في التعامل الخارجي، وهي الاحكام التي رسمها المشرع لها، وتقيد بالقيود التي فرضها النظام العام^(١).

ولكن هذا لا يمنع ان تكون القوة الملزمة هي مراد الارادة. فإن تنفيذ التزام البائع بتسليم المبيع هو ما اتجهت اليه ارادة المشتري، وكذلك تسليم الثمن إلى البائع، هي مراد البائع.

إذا فالقوة الملزمة التي منحها المشرع لتنفيذ العقد هي لتحقيق ارادة طرفي العقد فهي بهذه المثابة لا تخرج عن ارادة كل من المتعاقدين.

(١) د. الحكيم: الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٨٩ / ١٥.

الفصل الثاني

مظاهر التعبير عن الإرادة

ويضم البحوث التالية:

المبحث الأول: اللفظ الصريح.

١ - صيغة الماضي.

٢ - صيغة المضارع.

٣ - صيغة الأمر.

٤ - صيغتا الاستفهام.

والاستقبال والجملة الاسمية.

المبحث الثاني: اللفظ الكنائي.

المبحث الثالث: الوسائل غير اللفظية.

١ - الكتابة.

٢ - الإشارة.

٣ - المعاطاة.

٤ - السكوت.

«تَمْهيد»

تقدمت الإشارة بأن الارادة أمر كامن في النفس، وانه من الصعب التعرف عليها مادامت كامنة في مطاوي النفس، والشرع والقانون لا يعبئان بها، ولا يرتبان عليها أثراً ملزماً حتى يعبر عنها صاحبها بطريقة ما. سواء أكانت صريحة، أم ضمنية، لغرض ابراز الارادة في مجال التعامل الخارجي، وانشاء الأثر الشرعي أو القانوني. وإذا كان لا بد من مظهر خارجي لتلك الارادة، فالاداة الطبيعية هي اللفظ الصريح، لا لأن اللفظ مقصود لذاته على سبيل الشكلية في العقود، بل لأنه أفضل ترجمان عن الارادة بصورة واضحة.

وفقهاء المذاهب عندما يضعون اللفظ في مقدمة قائمة الأدوات التعبيرية عن الارادة الباطنة، فانهم لا يلتزمون به إلى حد الاغراق، أو التمسك بالشكلية، بل نراهم غالباً ما يصرحون بأن اللفظ واحد من تلك الأساليب المقصود بها بيان غرض المتكلم، وان لصاحب الارادة ان يعبر عن مراده بأية طريقة تؤدي إلى المعنى المطلوب، حتى لو كانت اشارة، أو كتابة، أو تعاطياً، أو أي طريق غير لفظي تبرز بواسطته ارادة الانسان على المراد، وخاصة في حالة تعذر اللفظ عليه.

يقول الكاساني: «والأصل أن تصرف الانسان يقع على الوجه الذي أوقعه»^(١). ويرى المرحوم الحكيم^(٢): ان البيع يقع بكل لفظ دال على المقصود، وان لم يكن صريحاً فيه.. واذا تعذر اللفظ لخرس ونحوه قامت الاشارة مقامه.. وكذا الكتابة مع

(١) الكاساني - بدائع الصنائع: ٥ / ٢٥٩.

(٢) محسن بن مهدي بن صالح الطباطبائي الحكيم، المنتهي نسبة إلى الإمام الحسن بن علي - عليهما السلام - انتهت إليه زعامة الشيعة الامامية، والمرجعية العامة في البلاد الاسلامية في عصره، ولد عام ١٢٠٦ هـ بالنجف وتوفي ببغداد عام ١٢٩٠ هـ ونقل إلى النجف حيث دفن فيها، من مؤلفاته «مستمسك العروة الوثقى» يقع في عدة مجلدات في الفقه الامامي.

العجز عن الإشارة، بل الجواز بهما حتى مع التمكن من اللفظ، كما يقع بالمعاطاة.. ولا فرق في صحتها. أي المعاطاة - بين الخطير والحقير..»^(١).

والمهم ان يكون المظهر الخارجي للتعبير عن الارادة واضحاً بحيث لا يثير التباساً وغموضاً في قصد صاحب الارادة. اذ العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. واذا كان التعبير عنها عنصراً مقوماً لاظهار الارادة الكامنة كي يترتب عليها الأثر الشرعي أو القانوني، فان الوسائل التعبيرية تارة تكون لفظية، صريحة أو كناية، وأخرى غير لفظية، كالأشارة والكتابة، والتعاطي، وما إلى ذلك من الوسائل^(٢) والأدوات التي تكشف عن مكنون النفس واراقتها، ولهذا سيكون بحثنا عن التعبير اللفظي بنوعيه أولاً، ومن ثم الوسائل الأخرى للتعبير الارادي والتي وضعت من قبل الشارع تيسيراً ومصلحة للناس.

(١) المرحوم الحكيم - منهاج الصالحين: ٢ / ١٣-١٥ شروط العقد - مسألة ٦٠٥، ١.

(٢) يعتبر بعض الفقهاء الواقعة المادية وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة إلا إذا اقترن بها ما ينفي هذه الوسيلة، مثل الاكراه، وعدم الرضا. فقد جاء في (منهاج الصالحين - المرحوم الحكيم: ٢ / ١٦٧ الوقف مسألة ١): «والظاهر وقوعه (أي الوقف) بالمعاطاة... بل وربما يقع بالفعل بلا معاطاة مثل ان يعمر الجدار أو الاسطوانة الخربة من المسجد، أو نحو ذلك فانه إذا مات من دون إجراء صيغة الوقف، لا يرجع ميراثاً إلى ورثته».

المَبْحَثُ الأولُ اللفظُ الصَّريحُ

وعرف بأنه «اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق»^(١) فهو «اسم لما فهم معناه منه بنفسه»^(٢).

وحكمه: «تعلق الحكم بعين الكلام، وقيامه مقام معناه»^(٣).
و«لغاية وضوحه، وظهوره، جعل كأنه نفس معناه الحاصل في الذهن، وليس فيه توسط اللفظ حتى يحتمل شيئاً آخر»^(٤).

والتعبير الصريح موثوق به إلى درجة كبيرة، وذلك لأنه «وحيد الاتجاه» وهذه الوحدة في الاتجاه الناتجة عن غلبة الاستعمال تفضي حتماً إلى استقرار التعامل^(٥).
ولقد أخذ التعبير اللفظي الصريح - خاصة في العقود - صيغاً محددة قدمها فقهاء المسلمين على غيرها من الصيغ الزمنية، للعوامل التي تحملها في نفسها، فتعطيها الأولوية في قبولها، وهي: صيغ الماضي، والمضارع، والأمر، والجملة الاسمية.

-
- (١) جلال الدين السيوطي - الاشباه والنظائر: ٢٣٧ - طبع مطبعة مصطفى محمد القاهرة ١٣٥٩هـ.
(٢) عبدالعزيز بن أحمد البخاري - كشف الأسرار على أصول البزدوي: ١ / ٦٧، طبع الاستانة ١٣٠٧هـ.
(٣) عبداللطيف بن ملك - شرح المنار: ٥١٢ طبع المطبعة العثمانية ١٣١٥هـ.
(٤) المصدر المتقدم: ٥١٣.
(٥) الدكتور وحيد الدين سوار - التعبير عن الإرادة: ٣١٢ طبع دار النهضة المصرية ١٩٦٠م.

المطلب الأول:

صيغة الماضي

اعتد فقهاء المسلمين بصيغة الماضي في اجراء التصرف ونفاذه، نظراً لكونها مظهراً واضحاً للتعبير عن الارادة في مرحلتها النهائية، وان ارادة المرء قد تخطت دور التفكير والتردد الى دور الجزم والقطع .

وكان مبعث هذا الموقف لدى الفقهاء من صيغة الماضي عدة أسباب، لعل أهمها: أولاً - أن القرآن الكريم أخبر عن أمور مستقبلية بلفظ الماضي، كما جاء في قوله تعالى: ﴿اقتربت الساعة وانشق القمر﴾^(١). وهذا الاستعمال منه عز وجل بلسان الماضي يوحي بالدلالة على ان المخبر عنه واقع لا محالة.

ثانياً - أن أخباراً وردت عن النبي عليه الصلاة والسلام تفيد بأنه استعمل صيغة الماضي في عقود وعقوده وانه كان مقتصراً عليها دون سواها، كما ينقل ذلك البابرقي الفقيه الحنفي^(٢) فيقول: «وإنما لا ينعقد (بغير الماضي) لأن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقيق وجوده، فكان الانعقاد مقتصراً عليه»^(٣).

وحيث إن هذه الصيغ يترتب عليها أثر شرعي، فان الشارع المقدس هو الذي يكسبها هذه الصفة الحكمية، وهو الذي ينفرد بهذه الخاصة، وباقتصاره في ميدان

(١) سورة القمر: آية ١.

(٢) محمد بن محمد بن محمود أكمل الدين أبو عبد الله البابرقي - بابرت قرية من أعمال الدجيل ببغداد - ولد عام ٧١٤هـ، فقيه حنفي، رحل إلى حلب، ثم إلى القاهرة، عرض عليه القضاء مراراً فامتنع. وتوفي بمصر عام ٧٨٦هـ.

من مؤلفاته «العناية في شرح الهداية» فقه مطبوع. ترجمه الزركلي - الاعلام ٧ / ٢١٧.

(٣) البابرقي - العناية في شرح الهداية: ٥ / ٧٥، مطبوع مع فتح القدير للكمال ابن الهمام.

العقود على استعمال صيغة الماضي فقط دليل على صلاح هذه الصيغة لإنشاء العقد، فينعقد العقد بها أخذاً بالارادة الظاهرة وبالنهية تكون الصيغة في الماضي أدل على المقصود.

ثالثاً - ان اللغة العربية تقصر الألفاظ المنشئة للعقود على الألفاظ الماضية^(١) وتعليل ذلك: «أن البيع - ونحوه من العقود - لما كان من المعاني الإيجابية التي لا حقيقة لها في الخارج إلا بنفس إنشائها وإيجادها، فإذا أنشئت تحققت ووجدت. وحيث إن هيئة الماضي هي الصريحة في الدلالة على الثبوت وتحقق الوقوع ومفادها الصريح تحقق نسبة وقوع الفعل من الفاعل»^(٢).

رابعاً - أن صيغة الماضي وان كانت للماضي وضعاً لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع. والعرف قاضي على الوضع^(٣).

ويؤكد القرافي المالكي^(٤) على دور العادة في مثل هذا الحال، فيقول - في بيان الفرق بين الصيغ التي يقع بها الإنشاء الواقع اليوم في العادة :- «ان الشهادة تصح بالمضارع دون الماضي، واسم الفاعل فيقول الشاهد: أشهد بكذا عندك أيديك الله. ولو قال: شهدت بكذا، أو أنا شاهد بكذا لم يقبل منه. والبيع يصح بالماضي دون المضارع عكس الشهادة فلو قال: أبيعك بكذا، أو قال أبيعك بكذا لم ينعقد البيع عند من يعتمد على مراعاة الألفاظ، ومن لا يعتبرها لا كلام معه. وإنشاء الطلاق يقع بالماضي نحو طلقك ثلاثاً، واسم الفاعل نحو أنت طالق ثلاثاً دون المضارع، نحو: أطلقك ثلاثاً.

(١) المرحوم أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد: ٢٣٥.

(٢) المرحوم الشيخ محمد حسين آل كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ١ / ١٤٥ - ١٤٦ طبع المطبعة الحيدرية بالنجف ١٣٥٩هـ.

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع: ١٣٥ / ٥.

(٤) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي فقيه مالكي مصري المولد والمنشأ والوفاة فقد توفي بالقاهرة عام ٦٨٤هـ. وله عدة مؤلفات منها: «الفروق» مطبوع، و «شرح تنقيح الفصول» أصول مطبوع ترجمه الزركلي - الاعلام: ١ / ٩٠.

وسبب هذه الفروق بين الأبواب ، النقل العرفي من الخبر إلى الانشاء ، فأى شيء نقلته العادة لمعنى صار صريحاً في العادة لذلك المعنى بالوضع العرفي»^(١). يقول الامام مالك: «ما عده الناس بيعاً فهو بيع»^(٢) وهو صريح في الرجوع إلى العرف والعادة عند الناس ، والأمر بالتلازم به .

وكيفما كان فان الفقهاء اعتدوا بصيغة الماضي في انعقاد العقود ، نظراً إلى كونها متمحضة للحال ، وواضحة في المقصود ، ولكنهم لم يجمدوا على لفظ «بعت» في عقود البيع - مثلاً - بل أجازوا الانعقاد بأي لفظ يحمل معنى المبادلة مادامت صيغته متمحضة للحال ، وتدل على المقصود ، وان لم يكن صريحاً فيه ، مثل بعت ، وملك وبادلت ، ونحوها في الايجاب ، وقبلت ، ورضيت ، وتملكت ، واشتريت ، ونحوها في القبول . فالعبرة للمعنى لا للصورة ، وبهذه الصيغ ونحوها يتم الركن ، لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع ، وهو المبادلة^(٣).

المطلب الثاني:

صيغة المضارع

تقدم أن صيغة الماضي يتم بها التصرف نظراً لكونها متمحضة للحال . أما المضارع فحيث إنه يحتمل الحال والاستقبال ، فقد اختلف الفقهاء في إجراء التصرف به إلا إذا قامت قرينة حالية ، أو مقالية تدل على إرادة إنشاء التصرف . وهناك من يرى أن المضارع أولى بالصحة من الماضي ، لأن الفعل المضارع مشترك بين

(١) القرافي - الفروق: ١ / ٥٢ طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية بالقاهرة ١٣٤٤ هـ.

(٢) المصدر المتقدم والصفحة.

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع: ٥ / ١٢٣ ، والمرحوم الحكيم - منهاج الصالحين: ٢ / ١٣ بحث شروط العقد - المسألة الأولى.

الحال والاستقبال. فاستعماله في إنشاء المادة في الحال حقيقة^(١) ويمكن تصور اعتداد الفقهاء بصيغة المضارع في صورتين:

الأولى - اقتران المضارع ما ينبئ عن تمحضه للحال:

ان يقترن بالمضارع ما ينبئ عن تمحضه للحال، فالتصرف عند ذاك يعتبر نافذاً بهذه الصيغة عند الفقهاء كافة، لأن هيئة الماضي هي الصريحة في العقود، وسيما البيع، ولهذا اتفقوا قولاً واحداً على تحقق العقد بها^(٢)، ولأنه لو أتى العاقد بصيغة الماضي لم يقبل منه رجوع، وإن أتى بصيغة المضارع - مثلاً - فكلامه محتمل فيحلف على ما أراحه^(٣)، والبيع في الشرع هو الخبر الدال على الانشاء^(٤). ولهذا فلا بد من اقتران المضارع بقرينة حالية أو مقالية، كما لو قال البائع بعثك كذا بكذا، فقال المشتري أنا أخذه بذلك، لم يصح ولم ينعقد البيع، لأن ذلك وعد بأخذه، وإن قال المشتري لمن قال له: بعثك كذا بكذا - أخذته منك، أو أخذته بذلك، صح البيع. فالمثل الثاني وضحت فيه القرينة الحالية بخلاف الأول^(٥).

الثانية - التعارف على اعتبار صيغة المضارع للحال:

ان يتعارف قوم على اعتبار صيغة المضارع للحال، وهذا التجويز يعتبر عند من

(١) المرحوم الحكيم - نهج الفقهاء: ١ / ٩٨.

(٢) كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ١ / ١٤٦.

(٣) محمد بن محمد الحطاب المالكي - المواهب الجليل شرح مختصر خليل: ٤ / ٢٢٢ مطبعة السعادة مصر ١٣٢٩ هـ.

(٤) ابن المرتضى - البحر الزخار: ٤ / ٢٩٧.

(٥) منصور بن يونس البهوتي الحنبلي - كشاف القناع عن متن الاقناع: ٣ / ١٤٧، طبع مكتبة النصر الحديثة - الرياض.

ولزيادة الاطلاع راجع: الكاساني - المصدر المتقدم: ٥ / ١٢٢ وسليمان بن عمر المعروف بالجمال - حاشيته على شرح المنهج: ٣ / ٧ طبع مصطفى محمد القاهرة.

يقول بحجية العرف والعادة.

يقول ابن نجيم الفقيه الحنفي^(١): «وفي القينة إنما يحتاج (المضارع) إلى النية ان لم يكن أهل البلد يستعملون المضارع للحال، بل للوعد، والاستقبال، فان كان كذلك - كأهل خوارزم - لا يحتاج إلى النية»^(٢).

وفي غير هاتين الحالتين من المضارع لا ينعقد البيع، كما في المضارع المقترن بالسین وسوف^(٣) أو المضارع الذي يخلو من قصد الحال، فان فقهاء الشريعة أجمعوا على عدم الاعتداد بها.

ومما تقدم يتضح لنا أن الفقهاء بعد أن لاحظوا أن صيغة المضارع تتراوح دلالتها بين الحال والاستقبال، اشترطوا للاعتداد به أن يفيد الحال بقرينة، لأنه «لا يدل على أكثر من نسبة المبدأ إلى الذات، وتلبسها به، وهذا غير كونه محقق الوقوع فإن أريد منه الحال بالقرينة كان لازمه كونه محقق الوقوع، فيدل على إنشاء المبادلة، أو التملك باللازم»^(٤) وهذا ما فرقه عن الماضي الذي تفيد دلالة الحال ولا حاجة إلى البحث عن نية المتعاقدين معولاً في ذلك على الإرادة الظاهرة.

ولكن سبق أن أشرنا: أن الفعل المضارع مشترك بين الحال والاستقبال، فلو استعمل في إنشاء البيع في الحال يكون مستعملاً في معناه الموضوع له، ويكون أولى بالصحة من الماضي. لأن الماضي لا يدل على الإنشاء إلا بقرينة المقام التي

(١) زين الدين بن ابراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم، فقيه حنفي، مصري اشتهر بمكانته الفقهية له عدة مؤلفات منها: «البحر الرائق في شرح كنز الدقائق» فقه مطبوع. و«الاشباه والنظائر» فقه مطبوع. توفي عام ٩٧٠هـ ترجمه الزركلي - الاعلام: ٣ / ١٠٤.

(٢) ابن نجيم - البحر الرائق في شرح كنز الدقائق: ٥ / ٢٨٥ أوفست دار المعرفة بيروت عن شركة علاء الدين للطباعة - القاهرة. ولزيادة الاطلاع راجع:

الاستاذ أحمد فهمي أبو سنة - العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٥٤ مطبعة الأزهر - القاهرة: ١٩٤٧م.

(٣) بهادر عالمكير - الفتاوى الهندية: ٣ / ٤، طبع المطبعة الكبرى الاميرية، بولاق مصر ١٣١٠هـ.

(٤) المرحوم كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ١ / ٥٠.

تعين قصد الإنشاء منه، وهذه القرينة بعينها هي التي تعين أحد معني المضارع منه، وهو الانشاء دون الأخبار^(١).

وعلى كل فقد اعتد الفقهاء بصيغة الماضي أخذاً بالارادة الظاهرة في سائر العقود^(٢)، إذ الأمر لم يكن مقصوراً على البيع فحسب، ومنها النكاح الذي قرر الفقهاء أن يكون بلفظين بصيغة الماضي. وأما إذا كان بصيغة الحال أو الاستقبال، فلا يدل قطعاً على حصول الرضا فعلاً، لاحتمال أن يراد باللفظين الوعد والاستيعاد، ومادامت الصيغة تحتمل معنى غير العقد فلا ينعقد بها الزواج^(٣)، وإن كان الحنفية قد جوزوا تحقق الإيجاب والقبول بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي، وبالأخر عن المستقبل^(٤).

المطب الثالث:

صيغة الأمر

وقد اختلف في صيغة الأمر، كما اختلف في المضارع، ذلك لاحتمال هذه الصيغة للحال وللأستقبال وحيث إنها لم تتمحض كالماضي للحال، فقد حصل فيها الاختلاف، ويمكن إرجاع أقوال فقهاء الشريعة في هذه المسألة إلى قولين رئيسيين:

(١) لزيادة الاطلاع يراجع:

المرحوم الحكيم - نهج الفقاهاة: ٩٧-٩٨ / ١ والمرحوم الشاهرودي: محاضرات في الفقه الجعفري: ١٢٧ / ٢ والأستاذ معروف - نظرية العقد في الفقه الجعفري: ١٢٩.

(٢) الأستاذ محمد سلام مذكور - المدخل للفقه الاسلامي: ٥٣٥ / طبع المطبعة العالمية - القاهرة ١٩٦٦ م

(٣) د. أحمد الغندور - الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي: ٤٦ - ٤٧ مطبعة مقهوي - الكويت ١٩٧٢ م.

(٤) المرحوم الشيخ أبوزهرة - الأحوال الشخصية: ٤٧، د. الغندور: المصدر المتقدم: ٤٧ وأبو زهرة - الملكية ونظرية العقد: ٢٣٩-٢٤٢.

أولاً - القول بالاعتداد بصيغة الأمر:

والقائلون بإجراء التصرف بصيغة الأمر جمهور فقهاء المالكية بالدرجة الأولى وقول للامامية، والحنابلة، والشافعية.

أ - ويعتد جمهور فقهاء المالكية بهذه الصيغة إلى درجة وضعها بمصاف صيغة الماضي وذلك لسببين:

الأول: أنها تساوي الماضي في الرضا على العقد بدلالة العرف. بتقريب «ان المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا عرفاً، وان كان محتملاً لذلك لغة. فالماضي لما كان دالاً على الرضا من غير احتمال (لغة) انعقد البيع به من غير نزاع. والأمر كبعني إنما يدل لغة على الأمر بالبيع له أو التماسه منه إلا أنه محتمل لرضاه به وعدمه، ولكن العرف دل على رضاه به وحينئذ فيستوي الأمر مع الماضي»^(١).

الثاني - إن للقرينة دورها المهم في الفقه المالكي، وترتب الأثر الشرعي في كثير من الحالات. فمثلاً أنه في حالة احتمال صيغة الأمر للحال والاستقبال، وان الإرادة غير واضحة، فالقرينة تحدد الموقف في هذه الحالة. يقول الحطاب^(٢): «وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بها بمجرد ما تنزل بها عرف أو عادة، أو ما يدل على البيع مثل أن يقول: المبتاع بكم؟ فيقول البائع: بدينار، فيقول قبلي. فيقول البائع: لا أبيعك فان كان في سوق تلك السلعة فروى أشهب^(٣) يلزمه البيع»^(٤).

فوقوف البائع في السوق عارضاً سلعته قرينة واضحة مؤكدة على أن البائع بصدد بيع سلعته فلو قال له المشتري: بكم؟ وقال له البائع: بدينار، فيقول المشتري: قبلي فيقول البائع: لا أبيعك يلزمه البيع على رأي الفقيه أشهب.

(١) محمد بن أحمد عرفه الدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير للدردير: ٣ / ٤، دار احياء الكتب العربية القاهرة.

(٢) محمد بن محمد بن عبدالرحمن الرعيني، أبو عبدالله، المعروف بالحطاب فقيه مالكي. توفي بطرابلس عام ٩٥٤هـ. له عدة مؤلفات. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٧ / ٢٨٦.

(٣) اشهب بن عبدالعزيز بن داود القيس العامري أبو عمر، فقيه الديار المصرية، صاحب الامام مالك. توفي بمصر عام ٢٠٤هـ. ترجمه الزركلي - الاعلام: ١ / ٣٣٥.

(٤) الحطاب - المواهب الجليل شرح مختصر خليل: ٤ / ٢٢٩ - ٢٣٠ أوفست عن طبعة السعادة بمصر ١٣٢٩هـ.

ب . وهناك قول للشافعية^(١) والحنابلة^(٢) والامامية^(٣) بانعقاد العقد بصيغة الأمر كما لو قال: بعني، فقال البائع: بعتك. انعقد البيع، لأن ذلك يقتضي الإيجاب والقبول وان صيغة «بعني» فيها دلالة على الرضا فصح العقد بها.

ثانياً - القول بعدم الاعتداد بصيغة الأمر:

والذين يذهبون إلى عدم الاعتداد بصيغة الأمر في انعقاد التصرف فقهاء الحنفية بالدرجة الأولى، وقول للامامية والحنابلة والشافعية.

أ - فالمانعون مطلقاً هم فقهاء الحنفية، يقول الفقيه السرخسي الحنفي^(٤): «ولو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل بأن يقول أحدهما: بعني، فيقول الآخر: اشتريت، لا ينعقد البيع عندنا»^(٥).

وعللوا ذلك:

١ - أن هذه الصيغة مساومة حقيقية فلا تكون إيجاباً وقبولاً حقيقة، بل هي طلب الإيجاب والقبول فلا بد للإيجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما^(٦).

٢ - لا يوجد في شيء من الكتاب التمثيل بالأمر لذلك، مع أنه هو المستقبل في

(١) الشيرازي - المذهب: ٢٥٧ / ١.

(٢) ابن قدامة المقدسي - المغني: ٣ / ٤، مطبعة الامام - القاهرة.

(٣) المرحوم السيد محسن الطباطبائي الحكيم - نهج الفقهاء: ٩٨، المطبعة العلمية، النجف ١٣٧١ هـ.

(٤) محمد بن أحمد بن سهل، أبوبكر، شمس الأئمة السرخسي، من كبار فقهاء الحنفية توفي عام ٤٨٢ هـ من أشهر مؤلفاته «المبسوط» في الفقه - مطبوع. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢٠٨ / ٦.

(٥) السرخسي - المبسوط: ١٢ / ١٠٩ أوفست دار المعرفة بيروت.

ويوضح الأستاذ مذكور في (المدخل للفقه الاسلامي: ٥٣٥) هذا الرأي بقوله: «ان بعض فقهاء الأحناف في كتاباتهم يتجهون إلى عدم صلاحية فعل الأمر مطلقاً في عقود المعاوضات التي هي محل للمساومات وصلاحيته في غيرها. فيمنعون البيع بلفظ ويجيزون الزواج بلفظ زوجيني ويعللون المساومة ذلك بأن صيغة الأمر غير قاطعة في الدلالة على إنشاء العقد فعلاً، وخصوصاً ان المفاوضات تحتمل المساومة».

(٦) الكاساني - المصدر المتقدم: ١٣٤ / ٥.

الحقيقة وذلك لأنه إنشاء وبينه وبين الإخبار كمال انقطاع ، فلا يتجاوز به فيه ، فلا يقال: بعينه، والمراد اشتريته فلا ينعقد به^(١).

إذا فرأى الحنفية أن صيغة الأمر غير صالحة لانعقاد العقد بها، لأن العقد إنشاء تصرف يفيد حكماً يثبت جبراً.

والإنشاء على هذا الوجه لا يعرف إلا بالشرع ، وهو قد استعمل الألفاظ الموضوعية للإخبار ، فلا ينعقد العقد إلا بها، فلا يصح الإيجاب بلفظ الأمر حتى ولو نوى، إذ النية لا تعمل إلا فيما يحتمله اللفظ، وهو لا يحتمل الإخبار بحال، فلا يعدو الأمر أن يكون مساومة وهي لا تدل على الرضا المشروط تحققه في أكثر العقود^(٢).

ب - وهناك قول للامامية^(٣)، والحنابلة^(٤)، والشافعية^(٥) بعدم انعقاد العقد بصيغة الأمر. وذلك لأن صيغة الأمر والطلب لا ينعقد العقد بها لانصرافها إلى طلب إنشاء البيع ، لا البيع نفسه، فلا ينعقد، أخذاً بالارادة الظاهرة لتمحض هذه الصيغة للاستقبال^(٦).

(١) الكمال بن الهمام - فتح القدير: ٥ / ٧٦.

(٢) ورغم هذا الموقف المتشدد من فقهاء الحنفية بالنسبة لصيغة الأمر فانهم استثنوا بعض الحالات التي تأتي بصيغة الأمر، واعتبروا صحة انعقاد العقد بها، ومن ذلك صيغة «خذ»، كما جوزوا صيغة إجراء صيغة الأمر في بعض العقود كعقد النكاح وعقد الخلع، وعقود الكفالة والهبة، والابراء. كما ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى جريان الاقالة بصيغة الأمر.

لزيادة الاطلاع انظر: السرخسي - المبسوط: ١٢ / ١٠٩ والكاساني - المصدر المتقم: ٥ / ١٤٣ و ٣٠٦ والسمرقندي - تحفة الفقهاء: ٢ / ٣٥ طبع دار الفكر دمشق، والكمال بن الهمام - فتح القدير: ٥ / ٧٦، ٢٤٧. ومن المصادر الحديثة: المرحوم الشيخ علي الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية: ٢٢٣ والمرحوم محي عبد الحميد - الأحوال الشخصية: ٢٢٨ ود. سوار - التعبير عن الارادة: ٢٢٩ ناقلاً عن الأستاذ محمود شوكت العدوي - نظرية العقد في الشريعة الاسلامية: ١٠٠، رسالة أستاذية غير مطبوعة.

(٣) العلامة الحلبي - تذكرة الفقهاء: ٧ / ٥.

(٤) ابن قدامة - المغني: ٤ / ٣ والمرداوي - الانصاف: ٤ / ٢٦١ - ٢٦٢ والحجاوي المقدسي - الاقناع: ٢ / ٥٦ المطبعة العصرية بالأزهر.

(٥) محمد بن أحمد الشربيني - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: ٢ / ٥، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة ١٣٧٧هـ.

(٦) كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ١ / ١٤٦-١٤٧.

أولاً - تلخيص لآراء الفقهاء

قدمنا ملخص أقوال فقهاء الشريعة في صيغة الأمر، ومن قبلها في الماضي، والمضارع، وقد لاحظنا أن الصيغة هي ركن العقد الذي لا بد من تحققه ليصح العقد ويترتب الأثر الشرعي عليه، والمتمثلة بالإيجاب والقبول باعتبارهما المظهر الأكثر صراحة في إيضاح إرادة المتعاقدين والتعبير عنهما.

ولم يختلف أغلب الفقهاء في أن صيغة الماضي من أظهر الصيغ التي يتم بها العقد استناداً لاستعمال الشارع لها في العقود أولاً^(١)، ولأنها متمحضة للحال، وصريحة في الدلالة على أن إرادة المتعاقدين قد تعدت دور التفكير والتردد إلى الجزم والقطع النهائي في إبرام العقد ثانياً.

ولهذا فقد استأثرت صيغة الماضي في التعبير عن الإرادة بهذه الأولوية، وتقدمها على غيرها من الصيغ، كصيغتي المضارع والأمر.

ولقد أرجع القائلون بتأخير الصيغتين الأخريين عن صيغة الماضي إلى عدم تمحضهما للحال واشتراكهما في الحال والاستقبال وحاجتهما إلى القرينة، أو أي عامل آخر لتعيين المراد منهما، والكشف عن إرادة المتعاقدين. فان دلنا - ولو بالواسطة - على الحال، وكشفنا عن إرادة المتعاقدين في النقل والانتقال تم التصرف، وإلا فلا. نظراً إلى أن دلالة المضارع لا تزيد على الإخبار عما يحدث في المستقبل، والأمر لا يفيد إلا معنى الاستدعاء والطلب، وهذا لا يكفي في انعقاد التصرف لأنهما يدلان على إنشاء التملك، أو انتقال المبيع إلى المشتري في الحال.

(١) البابرتي - العناية شرح الهداية: ٥ / ٧٥.

ثانيا - الرأي المختار

ولكن إذا رجعنا إلى هذه الصيغ الثلاث: الماضي، والمضارع، والأمر، ودرسناها بدقة وجدنا أن التصرف يتم بها جميعا. وانه يتم بصيغتي المضارع والأمر، كما يتم بصيغة الماضي، وقد يكونا أولى بالصحة من الماضي لأن المدار على صراحة اللفظ في المعنى المراد ولم يثبت من الأدلة اختصاص البيع بلفظ معين، ولا من الفقهاء اشتراط أمر زائد على صراحة اللفظ في المعنى، مما هو كاشف عن إرادة المتعاقدين. وتقريب ذلك:

أن الفعل الماضي يفيد الإخبار عن التلبس بالمبدأ في الزمان الماضي فلو أنشأ المتعاقدان العقد بصيغة الماضي، فهو بلحاظ المعنى الحقيقي يكون إخباراً عن وقوع البيع في الزمن الماضي وإذا قصد به الانشاء يكون استعماله بهذا المعنى مجازاً. أما المضارع فانه مشترك بين الحال والاستقبال، فلو استعمل في إنشاء البيع في الحال يكون مستعملاً في معناه الموضوع له، ويكون أولى بالصحة من الماضي، لأن الماضي لا يدل على الانشاء إلا بقرينة المقام التي تعين قصد الانشاء منه، وهذه القرينة بعينها هي التي تعين أحد معنيي المضارع منه، وهو الانشاء دون الإخبار. وهذه القرينة أيضاً هي التي تعين استعمال الأمر في إنشاء المبادلة فيما لو أنشأ البائع البيع به، والاستدعاء الراجع إلى طلب إيجاد الفعل إنما يتعين إرادته من الأمر، حيث يمتنع إنشاء الفعل بالصيغة كما في مثل: «اضرب» أما غيرها كبيع واشتر من صيغ الأمر فيصح استعمالها في إنشاء المبادلة بين المالين، وكل ما في الأمر أن استعمال الأمر في إنشاء البيع ليس مألوفاً عند العرف، والشارع لم يتخط ما هو المألوف عرفاً في المعاملات، والتجارات في الغالب^(١).

(١) انظر الشهيد الثاني - مسالك الافهام: ١ / ٤٤٢-٤٤٣ والمرحوم الحكيم - نهج الفقاهة: ١ / ٩٧-٩٨ والشاهرودي

- محاضرات في الفقه الجعفري ١٢٧-١٢٨.

ومن مجموع ما تقدم يتبين أن المبدأ العام المستفاد من أدلة الأحكام، ومن النصوص الفقهية فيما يرجع إلى صيغة العقد أن الألفاظ لها الأولوية للتعبير عن إرادة المتعاقدين، وهي مقدمة على غيرها من وسائل التعبير عن الإرادة، لأنها أصرح من الإشارة والكتابة ونحوهما، وكل لفظ يدل على إنشاء المبادلة والنقل والانتقال يتكون منه العقد، وكلما كان اللفظ أصرح في الدلالة على هذا المعنى تكون له الأفضلية على غيره من الألفاظ التي لا تتسم بتلك الصراحة.

رأي القانون:

وسار القانون المدني العراقي في معالجته للصيغة الصالحة للإيجاب والقبول على ضوء الفقه الاسلامي، فقد اعتبر الصيغ الثلاث: الماضي، والمضارع، والأمر صالحة كلها ليبرم بها التصرف وترتيب الأثر الشرعي والقانوني عليها.

فقد نصت المادة (٧٧) الفقرة الثانية منها على ما يأتي: «ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال».

كما أن القانون التجاري الكويتي نص على ذلك بمادته (١٠٥). والقانون المدني الكويتي لم يأخذ بذلك^(١).

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ شرح المادة ٢٤ النص التالي: «ولم يشأ المشروع كذلك أن يعرض للجدل الذي ثار في الفقه الاسلامي حول الصيغة التي يأتي عليها اللفظ الدال على الرضاء، سواء أكانت صيغة الماضي أم المضارع أم الأمر، وهو جدل ترك أثره في بعض تقنيناتنا العربية، كقانون التجارة الكويتي الحالي (المادة ١٠٥)، والقانون المدني العراقي (المادة ٧٧)، والقانون الاردني (المادة ٩٢). فالأمر مرده إلى الدلالة على حقيقة القصد، على نحو ما يتبينه قاضي الموضوع. وسيان بعد ذلك أن يأتي اللفظ على صيغة أو على أخرى. وهو من بعد الأمر الذي يسود في الفقه الاسلامي، وعلى الأخص وفقاً لما يقول به المذهب المالكي، والمذهب الحنبلي.

وقد حرص المشروع على أن يشير، في عجز المادة الرابعة والثلاثين إلى ما قد يورده المشرع - في حالات خاصة - من قيود على مبدأ إطلاق طريقة التعبير عن الإرادة ليحتفظ على الأخص، في شأن الشكل، حينما يستلزمه القانون لذات انعقاد العقد».

المطلب الرابع:

صيغتا الاستفهام والاستقبال والجملة الاسمية

وإذا عرفنا موقف الفقهاء من الصيغ الثلاث: الماضي والمضارع والأمر في إجراء التصرف بها بقي علينا أن نتعرف على رأي الفقهاء في صيغة الاستفهام، ثم الاستقبال، والجملة الاسمية، وهل من الممكن إجراء التصرف بها أيضاً؟

١ - صيغة الاستفهام:

يرى الفقهاء أن صيغة الاستفهام لا ينعقد العقد بها، نظراً لتمحُّضها للاستقبال إلا إذا اقترنت بما يفيد تمحُّضها للحال، فعندما ينعقد العقد بها، كما لو قال شخص: اتبيعني ثوبك بكذا، فيقول البائع: بعثك، لم يصح^(١) ونقل بعض الفقهاء الاجماع على ذلك^(٢).

ويعلل بعض الفقهاء ذلك «لأنه ليس بقبول ولا استدعاء»^(٣).

ولكن هذه الصيغة إذا اقترنت بقرينة أفادت تمحُّضاً للحال انعقد العقد، كما أشار إلى ذلك الكمال بن الهمام^(٤) عند عرض رأي الطحاوي^(٥) الفقيه الحنفي في هذه

(١) انظر: الكاساني - المصدر المتقدم: ١٢٣/ ٥ وابن قدامة - المرجع سالف الذكر: ٤ / ٤. والعلامة الحلبي -

المصدر المشار إليه: ٥ / ٧ والخطاب - المرجع السابق: ٤ / ٢٢٠ والرملي - المصدر المتقدم: ٢٦٧ / ٣.

(٢) العلامة الحلبي - المصدر المذكور: ٥ / ٧ ونقل الكاساني في (المرجع سالف الذكر ١٢٣ / ٥) الاتفاق عليه.

(٣) انظر: ابن قدامة - المغني: ٤٤ / ٥ والعلامة الحلبي - المرجع سالف الذكر: ٥ / ٧.

(٤) محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي الاسكندري، كمال الدين، المعروف بابن الهمام من اعلام

الحنفية، ولد بالاسكندرية عام ٧٩٠هـ، وتعلم في القاهرة وبقي فيها حتى وفاته عام ٨٦١هـ، من مؤلفاته: «فتح

القدير» في شرح الهداية في الفقه، «والتحرير» في اصول الفقه. ترجمه: الزركلي - الاعلام: ١٢٤ / ٧.

المسألة بقوله: «لو قال: هل أعطيتها؟ فقال: أعطيت، إن كان المجلس للوعد فوعد، وإن كان للعقد فنكاح»^(١).

٢ - صيغة الاستقبال:

وصيغة الاستقبال - وهو المضارع المبدوء بالسین وسوف لم يتعرض لها إلا بعض الفقهاء، مثل: سابع، وسوف أشترى، فقالوا بعدم الاعتداد بها، وإنها غير صالحة لأن تكون شرطاً في العقد، استناداً إلى أن لفظ الاستقبال عدة والذي يصلح للعقد هو ما تمحض للحال^(٢).

فكل لفظ تمحضت صيغته للاستقبال يؤخذ فيه بالارادة الظاهرة، ولا ينعقد العقد به، لأن الارادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل عنها إلى الارادة الباطنة. فلو نوى العاقد الايجاب ولكنه استعمل صيغة تتمحض للاستقبال لا ينعقد العقد^(٣).

ولكن القانون المدني العراقي، والتجاري الكويتي خرجا على هذا المعيار فنص العراقي بمادته (٧٨) والتجاري الكويتي بمادته (١٠٥) على ما يلي: «صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعداً ملزماً إذا انصرف إلى ذلك قصد العاقلين»^(٤).

غير أن المدني الكويتي لم يأخذ بها.

(٥) أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي الطحاوي أبو جعفر فقيه انتهت إليه رئاسة الحنفية بمصر، تفقه على المذهب الشافعي ثم تحول حنفياً توفي عام ٣٢١هـ له عدة مؤلفات منها «شرح معاني الآثار» جزءان في الحديث، و «ومشكل الآثار» في الحديث. ترجمه الزركلي: ١ / ٢٠٦ ط. الرابعة.

(١) الكمال بن الهمام - فتح القدير: ٢ / ٣٤٥.

(٢) انظر الكمال بن الهمام - المصدر المتقدم: ٥ / ٧٦ والفتاوى الهندية: ٣ / ٤، وكاشف الغطاء - تحرير المجلة: ١ / ١٤٦.

(٣) السنهوري - مصادر الحق: ١ / ٢٨٩ طبعة دار المعارف، القاهرة.

(٤) علق د. سوار في (التعبير عن الارادة: ٢٤٥) على المادة (٧٨ مدني عراقي) بقوله: «ويعتبر موقف المدني العراقي

٣- الجمل الاسمية:

أما بالنسبة لرأي الفقهاء في الجمل الاسمية هل تصلح لإجراء التصرف بها وترتب الآثار الشرعية عليها؟

الملاحظ أن بعض الجمل الاسمية لا يعارض الفقهاء في صلاحيتها لصحة التصرف بها، فمثلاً: ان انشاء الطلاق يتم بها كقوله: أنت طالق، وزوجتي طالق، وهي طالق^(١). وكذلك يمكن إنشاء الهبة بها - في رأي بعض الفقهاء - كقوله: هذا لك، بدون ذكر العوض، والبيع مع ذكره^(٢) كقوله: هذا الكتاب عليك بألف، فيقول: قبلت، بكل هذا ينعقد العقد، لأن الجملة الاسمية في هذه الموارد قد تمحضت للحال.

ولكن الجملة الاسمية إذا رافقتها دلالة قوية، أو قرينة واضحة تمحضت للحال وصح انعقاد العقد بها دون بحث عن النية كما هو الحال في صيغة الماضي... فلو قال المبتاع: بكم؟ فيقول البائع: بدينار، فيقول: قبلت، فيقول البائع: لا أبيعك فان كان البائع في سوق تلك السلعة فيلزمه البيع، وبعض الفقهاء يقول «يحلف (البائع) على أنه ما ساومه على البيع، ولا يلزمه»^(٣).

إذاً فالقرينة الواضحة سواء كانت حالية أو مقالية، هي التي تجعل الجملة الاسمية صالحة لانعقاد العقد بها، وإلا فهي في ذاتها لا تصلح لانشاء المعاني العقدية، وترتب الآثار عليها، لأنها لا دلالة فيها على تمحضها للحال^(٤).

هذا من صيغة الاستقبال التي أخرجها من حظيرة المتمحضات للاستقبال وعول فيها على الإرادة الباطنة نقطة تحول خطيرة في اتجاه الفقه الاسلامي إذا اعتبرنا هذا القانون امتداداً لأحكام الشريعة الاسلامية» كما أشار الصدة في كتابه (محاضرات في القانون المدني للبلاد العربية / ٧٧) إلى مخالفة المادة المذكورة للفقه الاسلامي. ولكنني أرى أن المادة تتضمن الإشارة ضمن الفقرة - «إذا انصرف إلى ذلك قصد العاقلين» - إلى القرينة أو الدلالة بحيث تصلح لتمحضها للحال، فيجوز العمل بها حينذاك.

(١) انظر ابن حزم - المحلى: ١٠ / ٤٩٣ والمحقق الحلي - شرائع الاسلام: ١٧ / ٣ والبهوتي - كشف القناع: ٥ / ٢٤٥ وابن مودود الموصلي - الاختيار: ١٢٥ / ٣ والشربيني - مغني المحتاج: ٢ / ٢٨٠ وابن المرتضى الزبيدي - البحر الزخار: ٤ / ١٥٥ والدردير - الشرح الصغير: ٢ / ٥٥٩ والحكيم - منهاج الصالحين: ٢ / ٢٢٤.

(٢) الشاهرودي - محاضرات في الفقه الجعفري: ١٢٨.

(٣) الخطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٢٢٩ - ٢٣٠.

(٤) كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ١ / ١٤٦.

المَبْحَثُ الثَّانِي

اللفظُ الكِنَائِي

تمهيد:

عرف اللفظ الكِنَائِي بأنه: «لفظ استتر المراد به استتاراً ناشئاً من الاستعمال»^(١). ولهذا فلا بد لمعرفة المراد منه الوقوف على نية المتلفظ به أو البحث عن الارادة الباطنة إذا لم تكن هناك قرينة تعيين المراد.

يقول الفقيه الشيرازي^(٢): ان اللفظ الكِنَائِي «يحتمل المراد وغيره فيحتاج في الاعتداد به لنية المراد لخفائه فهو نية أحد احتمالات اللفظ لا نية معنى مغاير لمدلولة»^(٣). إن اللفظ الكِنَائِي من قبيل المجاز، لكن قبل أن يصبح متعارفاً عند الناس، استعمل في غير موضوعه ولهذا كان محتاجاً إلى تعيين المراد، سواء من طريق الوقوف على نية المتلفظ أو القرينة الخارجية.

ويوضح علاء الدين البخاري^(٤) - شرح أصول البزدوي^(٥) - الكناية بقوله: ان «لفظ الكناية مستتر المراد فكأن في ثبوت المراد تردد فلا يوجب الحكم ما لم يزل ذلك

(١) ابن ملك - شرح المنار: ٥١٣.

(٢) علي بن علي الشيرازي أبو الضياء نور الدين فقيه شافعي مصري ولد عام ٩٩٧هـ، وتوفي عام ١٠٨٧هـ تعلم بالأزهر وصنف كتباً منها «حاشية نهاية المحتاج» فقه مطبوع. ترجمه الزركلي - الاعلام: ١٢٩ / ٥.

(٣) الشيرازي - حاشيته على نهاية المحتاج: ٨٤ / ٩.

(٤) عبدالعزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري فقيه حنفي من علماء الأصول، من أهل بخارى توفي عام ٧٣٠هـ. له تصانيف منها شرح أصول البزدوي، أصول. ترجمه الزركلي - الاعلام: ١٢٧ / ٤.

(٥) علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم، أبو الحسن، فخر الاسلام البزدوي، اشتهر بأبي العسر - لعسر تصانيفه

الاستتار والتردد. وذلك مثل المجاز قبل أن يصير متعارفاً. أي من نظائر الكناية المجاز الذي لم يتعارف بين الناس. لأن المتكلم باستعماله في غير موضوعه ستر المراد عن السامع، فصار المراد في حقه في حيز التردد فكان كناية^(١).

ولكن هل يمكن أن يترتب الحكم الشرعي أو القانوني على التعبير الكنائي، وينعقد العقد به، قبل الوقوف على نية المعبر به أو ظهور القرينة على تخصيص المراد؟
وكمثل لذلك: هل ينعقد البيع بقول البائع: «بارك الله في صفقتك» أو الزواج بقول ولي الزوجة: لك ابنتي، أو الطلاق بقول المطلق لامرأته: «حبلك على غاربك» وأمثال ذلك؟
للإجابة على هذا التساؤل نلاحظ أن الإلتزامات والتصرفات التي يترتب الأثر الشرعي أو القانوني عليها تنشأ مرة عن إرادتين كعقود المعاوضات والنكاح والخلع، وأخرى عن إرادة منفردة كال تبرعات والإيقاعات ولكل من هذين القسمين أحكام خاصة لدى فقهاء الشريعة نعرضها بما يلي:

المطلب الأول:

التصرفات الناشئة عن توافق إرادتين

١ - في عقد المعاوضة

الالتزامات القائمة على إرادتين: إيجاب وقبول، وقد تسمى بعقود المعاوضات أو المبادلات، وهي ما تضمنت المعاوضة أو المبادلة بين المتعاقدين على ما ملكه كل

➤ - فقيه حنفي أصولي، من سكان سمرقند، نسبته إلى «بزدة» قلعة بقرب نسف، ولد عام ٤٠٠هـ، وكانت وفاته عام ٤٨٢هـ من مؤلفاته «كنز الوصول» في أصول الفقه، يعرف بأصول البزدوي. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٥ / ١٤٨.
(١) علاء الدين البخاري - كشف أسرار البزدوي: ٢ / ٢٠٣ - ٢٠٤.

منهما للآخر سواء أكانت مبادلة مال بمال - وهي تشمل البيع بجميع أنواعه - أم مبادلة مال بمنفعة مال - كالأجارة، والزراعة وأمثالها - أم مبادلة مال بما ليس بمال أو منفعة مال، انما بعوض خاص كالزواج أو الخلع .

وهذه الالتزامات لا بد من توافر ارادتين سليمتين فيها: (الايجاب والقبول) ل يتم العقد وتترتب الآثار الشرعية عليها.

ولكن هل تنعقد المعاوضات بالتعبير الكنائي، أو اللفظ غير الصريح؟
للفقهاء في ذلك قولان:

الأول - انعقاد العقد باللفظ الكنائي:

يرى جمهور الفقهاء انعقاد العقد باللفظ الكنائي متى كان مقترناً بنية أو دليل تتمحض فيه الصيغة للحال، وهو ما ذهب اليه جمهور فقهاء الشافعية، والمالكية، والامامية، وهو الرأي السائد في الفقه الحنبلي^(١)، بشرط أن لا يكون المعقود عليه مما يقتضي الشهادة. اذ لا يمكن الاشهاد على النية لتعذر الاطلاع عليها.
وحجتهم في ذلك: حديث الرسول الأعظم عليه الصلاة والسلام لبني النجار: «ثامنوني بحائطكم هذا»^(٢) ولفظة «ثامنوني» في الحديث النبوي من المثامنة - وهي من كناية البيع والشراء - وقد استعملها الرسول الكريم صلى الله عليه واله وسلم في شراء الحائط - البستان - من بني النجار، فهي مع اقتران النية، ودلالة الحال قامت مقام الصريح من الألفاظ.

(١) يراجع بهذا الصدد: السيوطي - الاشباه والنظائر: ٢١-٢٢ مطبعة مصطفى محمد، مصر، والرملّي - نهاية المحتاج: ٢٦٧/٣ وابن القيم - أعلام الموقعين ٦٧/٣، والبهوتي - كشف القناع: ٢٨-٢٩ / ٥ والقرطبي: الجامع لأحكام القرآن: ٣٥٧/٣ والحطاب - المواهب الجليل: ٢٢٩/٤، والاصفهاني - وسيلة النجاة: ١٠/٢ وآل ياسين - بلغة الراغبين: ١٢٧ والمرحوم الحكيم - منهاج الصالحين ١٢/٢٠ والسيد الخوئي - منهاج الصالحين: ١٧/٢ والسيد الخميني تحرير الوسيلة: ١/٥٠٤ بحث البيع.

(٢) رواه البخاري في صحيحه - كتاب الوصايا / باب (وقف الأرض للمسجد) ١٢٢/٢ كما رواه في كتاب البيع / باب (صاحب السلعة أحق بالسوم): ١٢/٢ بالنص التالي: «يا بني النجار ثامنوني بحائطكم وفيه خرب ونخل».

الثاني - عدم الانعقاد باللفظ الكنائي:

عدم الانعقاد به، وهو رأي فقهاء الحنفية، وهو قول للمالكية والامامية، وان صاحبه دلالة حال، أو قرينة واضحة^(١).

ونرى ان ما ذهب اليه الجمهور أولى بالاتباع مادام التعبير الكنائي مقترنا بدلالة عرفية أو قرينة حالية أو مقالية تعين المقصود منه وذلك لسببين:

الأول - إن مصلحة المجتمع الاسلامي - في ميدان التعامل - تقتضي استقرار التعامل، وعدم زعزعة الثقة بين المتعاقدين، ومما يحقق ذلك هو محاولة تضيق الصيغ المحتملة للحال والاستقبال بقلبها الى تعبيرات متمحضة للحال في الموارد التي لا تدع القرينة المصاحبة شكاً في دلالتها على الرضا.

الثاني - إن الاعتماد على الارادة الباطنة يستدعي سلوك طريق اليمين لاثبات النية في الصيغ المرددة بين الحال والاستقبال، وهذا ما يحذره الفقهاء لذا عمدوا إلى طرق أخرى لتلمس الارادة الباطنة بحيث تجنبهم سلوك طريق اليمين للاثبات، كاعتبار الألفاظ الدالة على المقصود في البيع والاجارة عند أهل المحاوره، أو وقوف البائع بسلعته في السوق وأمثال ذلك.

٢ - عقد النكاح

عقد النكاح من عقود المعاوضة لأنه مبادلة مال بما ليس بمال، ولا منفعة مال، وهو من العقود الهامة التي يترتب عليه احكام الانساب والاعراض ولهذا عالجها الفقهاء منفصلاً عن بقية العقود، وان كان من ضمن عقد المعاوضة.

(١) يراجع: الكاساني - بدائع الصنائع: ١٢٣/٥ وابن مودود الموصلي - الاختيار: ٤/٢ والسمرقندي - تحفة الفقهاء: ٣٤/٢ وشيخ زاده - مجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر: ٤/٢ طبع الاستانة ١٣١٠هـ، والخطاب - المواهب الجليل: ٤/٢٢٩ والسيوطي - الاشباه والنظائر: ٢٣٩، وكاشف الغطاء - تحرير المجلة: ١/١٤٥.

وقد اتفق الفقهاء على ان عقد النكاح لا ينعقد إلا بألفاظ دالة عليه. والألفاظ الصريحة فيه: «زوجت» و«انكحت» أخذاً بما ورد في الكتاب الكريم، حيث لم يرد فيه إلا بهذين قال تعالى: ﴿فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها، لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج ادعيائهم إذا قضوا منهن وطراً وكان أمر الله مفعولاً﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف﴾^(٢).

ولكن هل يتم عقد النكاح في التعبير الكنائي، كما لو كان الايجاب بلفظ البيع، أو الهبة، أو الاجارة، أو غير ذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك:

١ - القائلون بالجواز:

وهؤلاء انقسموا فريقين:

الأول: ذهب فريق إلى أن كل الألفاظ الكنائية تصلح لانعقاد النكاح، وهو مذهب جمهور فقهاء الحنفية، الذين أجازوه بلفظ الهبة والصدقة، والتمليك، والجعل، وكل لفظ وضع لتمليك العين، ودلت القرائن على أن المقصود به انشاء عقد الزواج^(٣)، وهو أيضاً مذهب الزيدية^(٤) وقول للحنابلة^(٥).

الثاني - وذهب جمهور المالكية الى تضيق الالفاظ التي يصح بها عقد الزواج، فينعقد عندهم لو وقع بلفظ الهبة شريطة ان يكون مقرونا بذكر الصداق، مع دلالة القرائن على قصد انشائه، واختلفوا في لفظ الصدقة فمنهم من اجاز الانعقاد به، ومنهم من منعه^(٦).

(١) سورة الأحزاب: آية ٢٧.

(٢) سورة النساء: آية ٢٢.

(٣) ابن الهمام - شرح فتح القدير: ٢ / ٣٤٦-٣٤٩ وراجع: الأستاذ أحمد الحصري - النكاح والقضايا المتعلقة به:

٧٤ طبع المطبعة الحديثة للطباعة - القاهرة ١٩٦٧ ود. غندور - الأحوال الشخصية في التشريع الاسلامي: ٤٨.

(٤) ابن المرتضى الزبيدي - البحر الزخار: ٤ / ١٨.

(٥) المرداوي - الانصاف: ٨ / ٤٥-٤٦ وراجع: أبو النجا المقدسي - الأقناع: ٣ / ١٦٧.

(٦) الحطاب - المواهب الجليل: ٣ / ٤٢٠ وراجع الدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ٣ / ١٩٦-١٩٧.

٢ - المانعون وقوعه إلا بلفظي «أنكحت» و«زوجت»:

وهو ما ذهب اليه الامامية^(١)، والشافعية^(٢)، والظاهرية^(٣)، وقول للحنابلة^(٤)، لأن العقود اللازمة لا تقع بالألفاظ المجازية خصوصاً النكاح، فانه مبني على الاحتياط وفيه شوب من العبادات المتلقة من الشارع، ولأصالة تحريم الفرج فيستصحب الحرمة إلى ان يثبت الحل شرعاً^(٥)، ولأن الفاظ التمليك والهبة لا تأتي على معنى النكاح، ولأن الشهادة شرط في النكاح، فاذا عقد بلفظ الهبة لم تقع الشهادة على النكاح، لأصالة عدم الشهادة على النية^(٦)، ولأن الشارع هو الذي وضع الفاظ النكاح. ويرى الرملي^(٧) من فقهاء الشافعية، بأنه لا يمكن تجاوزها الى غيرها^(٨) ولما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لرجل خطب منه امرأة: «قد انكحناكها بما معك من القرآن» وفي رواية ثانية «وقد ملكتها بما معك من القرآن» وفي رواية ثالثة «وقد زوجتكما فعلمها القرآن»^(٩) فتعدد الألفاظ التي رويت عن الرسول عليه الصلاة

(١) المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢٧٢-٢٧٣ والشهيد الثاني - مسالك الافهام: ١ / ٤٤٢.

(٢) الشيرازي - المذهب: ٤١ / ٢ والشربيني - مغني المحتاج: ١٤١ / ٣ والرملي - نهاية المحتاج: ٢٠٧ / ٦.

(٣) ابن حزم - المحلي: ٥٦٧-٥٦٨.

(٤) ابن قدامة - المغني: ٤٢٨-٤٢٩ وراجع: البهوتي - كشف القناع: ٣٨-٣٩.

(٥) الشهيد الثاني - مسالك الافهام: ١ / ٤٤٢.

(٦) الشيرازي - المذهب: ٤١ / ٢، والشربيني - مغني المحتاج: ١٤١ / ٣.

(٧) محمد بن أحمد بن حمزة، شمس الدين الرملي، فقيه الديار المصرية في عصره، ومرجعها في الفتوى يقال له

الشافعي الصغير، نسبته إلى الرملة من قرى المنوفية، ولد عام ٩١٩ بالقاهرة، وتوفي فيها عام ١٠٠٤ هـ ولي افتاء

الشافعية، من مؤلفاته «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» في الفقه الشافعي. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢٣٥ / ٦.

(٨) الرملي - نهاية المحتاج: ٢٠٧ / ٦.

(٩) تراجع الرويات الثلاث في: البخاري - كتاب النكاح (باب تزويج المعسر) ٢ / ٢١٤، وباب (السلطان ولي):

٢ / ٢٤٩ وباب (التزويج على القرآن وبغير صداق) ٢ / ٢٥٢.

وجاء في وسائل الشيعة - مجلد ١٤ ج ٧ / ١٩٥ كتاب النكاح / باب (اعتبار الصيغة) عن الامام أبي جعفر الباقر عليه

السلام قال: جاءت امرأة إلى النبي (ص) فقالت: زوجني، فقال: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله، قال:

ما تعطيها؟ قال: مالي شيء ... (إلى أن قال)، فقال: أحسن شيئاً من القرآن؟ قال: نعم. قال (ص): «قد زوجتكما

على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه».

والسلام والموطن واحد، والمرأة واحدة، وكل ذلك صحيح، وهو من قبيل تعليمنا الألفاظ التي ينعقد بها النكاح^(١٠).

ونرجح ما ذهب اليه الفريق الثاني من عدم جواز الانعقاد بغير لفظي الانكاح والتزويج للأسباب التالية:

- ١ - أن النصوص القرآنية لم تعد هذين اللفظين.
- ٢ - وأن الرسول الاعظم صلى الله عليه واله وسلم لم يستعمل في مورد الزواج غير هذين اللفظين.
- ٣ - ولأن ما سواهما من الألفاظ كالتمليك والهبة والاجازة وغيرها لا تأتي بمعنى النكاح.

- ٤ - اشترط غير الامامية الشهادة في النكاح، واذا عقد بلفظ الهبة أو الاجارة أو الاعارة وما شابه ذلك - وهذه لم يشترط الفقهاء فيها الاشهاد - فقد تم عقد النكاح بدون اشهاد، وهذا لا يجوز عندهم.
- ٥ - ولأنه لو أتى بغير هذين اللفظين، فلا بد من تعيين المراد بالنية والنكاح مشروط فيه الاشهاد - عند من يشترط الاشهاد - فلا ينعقد بالنية، لأن اشتراط الشهادة تقتضي علم الشاهد بحقيقة العقد^(١).

→

(١٠) ابن حزم - المحلى: ٩ / ٥٦٧-٥٦٨.

(١) لزيادة الاطلاع على أدلة القائلين بعدم جواز الانعقاد بغير لفظي الانكاح والتزويج يراجع: المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢ / ٢٧٢-٢٧٣ والشهيد الثاني - الروضة البهية: ٥ / ١٠٨ وابن قدامة - المغني: ٨ / ٤٢٩ والبهوتي - كشف القناع: ٥ / ٣٨-٣٩ والشيرازي - المهذب: ٢ / ٤١ والشرييني - مغني المحتاج: ٣ / ١٤١، والرملي - نهاية المحتاج: ٦ / ٢٠٧ وابن حزم - المحلى: ٩ / ٥٧٩.

المطلب الثاني:

التصرفات الناشئة عن ارادة واحدة

١ - في التبرعات

هناك تصرفات تصدر من الشخص قائمة على ارادة منفردة، وتترتب عليها اثار شرعية كالوقف، والعتق، والوصية، وقد تسمى هذه الثلاثة تجوزاً عقود تبرع، لأنها في واقعها تبرع انسان بما يملكه لشخص اخر.

أ - الوقف - وهو حبس الملك - أي الرقبة - وتسييل المنفعة لشخص، أو أشخاص أو جهات خيرية، ونحوها.

وحكم الوقف: انه يلزم «ويصح بمجرد صدور الصيغة السليمة من الواقف، ولا يتوقف لزومه على قبول من الموقوف عليهم».

ب - العتق - هو ازالة ملكية العاتق، وتحرير المعتق من قيد الرقبة بمجرد ظهور ارادة المالك للوجود، ولا يتوقف تحقق العتق على قبول المعتوق.

ج - الوصية - رغم ان قسماً من الفقهاء ذهبوا الى أنها من العقود التي تفتقر الى الايجاب، والقبول، ولكن الرأي الذي يطمئن اليه انها مثل الوقف والعتق^(١)، وان شئت قلت: ركن الوصية الايجاب من الموصى، وعدم الرد من الموصى له، وهو ان يقع اليأس عن رده^(٢).

(١) وهناك من يرى أن الوصية من الايقاعات غير الصريحة التي يشترط القبول في تنفيذها واستقرارها في حدود ضيقة. كما إذا كانت الوصية لشخص معين.

راجع: الوصية وأحكامها في الفقه الاسلامي - الشيخ جعفر شمس الدين: ٢٩، طبع دار التراث الاسلامي - بيروت ١٣٩٤هـ.

(٢) راجع: الكاساني - بدائع الصنائع: ٢٣١ / ٧ والشربيني - مغني المحتاج ٥٣ / ٢ وابن المرتضى الزبيدي - البحر

الزخار: ٣٠٥ / ٦، والمرحوم الأصبهاني - وسيلة النجاة: ١٤٤ / ٢، والمرحوم الحكيم - منهاج الصالحين:

١٤٤ / ٢ - بحث: الوصية.

وإذا كانت الآثار الشرعية تترتب على التصرفات الناشئة عن ارادة منفردة فهل تتحقق صحة تنفيذها بالتعبير الكنائي؟

للإجابة على هذا لا بد أن نلاحظ طبيعة هذه التصرفات وماذا يجب أن يتوفر فيها؟ فان هذه التصرفات تقضي بطبيعتها انتقال الملكية من شخص لغيره. أو إسقاط الملكية، وهذا الانتقال يجب أن يتوفر فيه وضوح ارادة المالك، ورغبته في إجراء هذا الانتقال مع غرض النظر عن موقف الطرف المنقول له، لأنه تصرف بحق شخصي صرف، ليس لأحد فيه أي مدخل يقتضي توفر رضاه، أو إظهار موافقته بالقبول. وعلى هذا الأساس فقد ذهب الفقهاء بأنه يجوز تحقق هذه التصرفات الثلاثة بلفظ صريح أو كناية، وعلى اختلاف بسيط في تحديد الفاظ الصريح أو الكناية، مع توفر النية، أو القرينة في اللفظ الكنائي.

ففي الوقف نرى أن لفظة «وقفت» موضع اتفاق الفقهاء في أن الوقف يتحقق بها، فهي الصيغة الصريحة^(١) وألحق جمهور الفقهاء لفظتي «حبست» و«سبلت» باللفظ الصريح لأنهما دالان على المقصود، ويفيد أن التأيد مطلقاً^(٢). وأما باقي الألفاظ، كتصدّقت، وحرّمت، وأبدت، ونحو ذلك فهي من كنيات صيغة الوقف، وتحتاج إلى النية، أو القرينة في تعيين المدلول.^(٣)

(١) راجع: المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢ / ٢١١ والشيرازي - المهذب: ١ / ٤٤٢ والدريبر - الشرح الكبير: ٤ / ٨٤ والبهوتي - كشف القناع: ٤ / ٢٤٢ والكمال بن الهمام - شرح فتح القدير: ٥ / ٣٩ وابن المرتضى الزيدي البحر الزخار: ٥ / ١٥٠.

(٢) راجع: المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢ / ٢١١ والشيرازي - المهذب: ١ / ٢٤٢ والمرتضى الزيدي - البحر الزخار: ٥ / ١٥٠ واقتصر الدسوقي في (حاشيته على الشرح الكبير: ٤ / ٨٤) على أن الراجع من المذهب المالكي «حبست».

(٣) راجع: الشيرازي - المهذب: ١ / ٢٤٢ والبهوتي - كشف القناع: ٤ / ٢٤١، والمحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢ / ٢١١ وابن المرتضى الزيدي - البحر الزخار: ٥ / ١٥٠ والكمال بن الهمام - شرح فتح القدير: ٥ / ٣٩، والدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ٤ / ٨٤.

والعتق: فان الفقهاء ذهبوا إلى أن لفظتي «الاعتاق» و«التحرير» أظهر ألفاظ العتق^(١)، وأضاف فقهاء المالكية «فك الرقبة» إلى صريح العتق^(٢). كما أن الحنفية أضافوا لفظ «الولاء» نحو قوله: أنت مولاي إلى صريح العتق، وإنه لا يحتاج إلى النية وكذلك لفظتي «وهبت» في نحو قوله لعبده «وهبت لك نفسك» و«بعت» في قوله: «بعت نفسك منك» فانهما من صريح العتق، ويعتق العبد بهما سواء نوى، أو لم ينو، قبل أم لم يقبل، اذ لا يحتاج إلى النية لصراحتهما في الدلالة على زوال الملك عن الموهوب^(٣).

أما التعبير الكنائي فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى صلاحه للزوم العتق، ولكن بشرط اقتران الألفاظ الكنائية بالنية، مثل: لا سبيل لي عليك، أخرجتك عن ملكي، ما أنت إلا حر، الحق بأهلك، اذهب حيث شئت، فككت رقبتك، أنت لله، رفعت يدي عنك. ملكتك نفسك، ولا سلطان لي عليك، وأمثال ذلك.

وانما اشترط اقتران الصيغة بالنية، لاشتراك الصيغة بمعنى آخر فيتعين المراد بالنية، مثل قول القائل: لا سبيل لي عليك، فيحتمل سبيل اللوم والعقوبة، أي ليس لي عليك سبيل اللوم والعقوبة، لوفائك بالخدمة والطاعة، ويحتمل لا سبيل لي عليك لأنني كاتبتك فزالت يدي عنك، ويحتمل لا سبيل لي عليك لأنني أعتقتك، ولهذا فلا بد من تعيين المراد من هذه المعاني بالنية، وهكذا الشأن في باقي ألفاظ الكناية^(٤).

(١) راجع: ابن جزى - قوانين الاحكام الفقهية: ٤٠٧ والبهوتي - كشف القناع: ٤ / ٥١١ وابن المرتضى الزيدي -

البحر الزخار: ٥ / ١٩٢ والشيرازي - المذهب ٢ / ٢ والكاساني - بدائع الصنائع: ٤ / ٤٦ والمرحوم الحكيم -

منهاج الصالحين ٢ / ٢٤٣ بحث: العتق.

(٢) ابن جزى - قوانين الاحكام الفقهية: ٤٠٧.

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع: ٤ / ٤٦-٤٧.

(٤) السمرقندي - تحفه الفقهاء: ٢ / ٣٦٤، والشيرازي - المذهب: ٢ / ٢ والبهوتي - كشف القناع: ٤ / ٥١٢ وابن

جزى - قوانين الأحكام الفقهية: ٤٠٧-٤٠٨، وابن المرتضى الزيدي - البحر الزخار: ٥ / ١٩٣.

وفي الوصية: فقد اتفق على أن لفظ «وصيت» محقق في ثبوت الوصية، ولكن ذلك لا يمنع من تحققها بكل لفظ دال على المقصود، سواء أكان اللفظ صريحاً، أم غير صريح، مثل: اعطوا فلانا بعد وفاتي كذا. أو ادفعوا لفلان بعد موتي كذا، أو جعلت له كذا، ونحو ذلك مما يؤدي معنى انتقال الملكية للطرف الآخر بعد الوفاة^(١). ولو قال: عبدي هذا لفلان، وداري هذه لفلان، ولم يقل وصية، ولا كان في ذكر الوصية. أي دلالة الحال. ولا قال: بعد موتي، كان هبة عند الحنفية قياساً واستحساناً^(٢) وعند الشافعية وصية انعقدت بالكناية مع النية، لأنه يحتمل التعيين للوصية وللإعارة، فلا بد من تعيينها بالنية^(٣).

أن توسع الفقهاء في تحقق الوصية بأي لفظ يدل على المقصود صريحاً كان أو غير صريح شريطة اقترانه بالنية أو دلالة الحال أغناهم عن تخصيص ألفاظ كناية للوصية، لا مكان ظهور ارادة الموصي في تعيين المراد، كما فعلوا في الطلاق وغيره. إن هذه التوسعة في الاتجاه الكنائي من قبل فقهاء الشريعة كان نتيجة حرصهم على اكساب صيغ التعامل قوة النفوذ والاثمار. لكنني لست مع هذه التوسعة في الأخذ بألفاظ الكناية، وخاصة في المواضع التي لها مساس بالجوانب العبادية، كالعتق المشروط فيها تحقق القصد، والاعتداد بالارادة الباطنة، وليس من السهل الوقوف على حقيقة الارادة الباطنة، وإذا كان اعتماد انكشاف ذلك على النية، فقد بقينا ندور في حلقة مفرغة، لأن النية مخفية، ولا يعلم بها إلا صاحبها، فنضطر للاعتماد على صاحب الارادة في كشف الحقيقة وهذا ما لا تطمئن اليه النفس في كثير من المجالات. وتجنباً للكثير من المشكلات التي قد تحصل يحسن بنا الاقتصار على الصيغ الصريحة التي تعبر عن نفسها بوضوح لغة وشرعا وعرفا.

(١) راجع: المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢/ ٢٤٣ والحصكفي - الدر المختار: ٥/ ٤١٦ والبهوتي - كشف القناع: ٤/ ٣٤٥ والمرتضى الزيدي - البحر الزخار: ٦/ ٣٢٠ والشربيني - مغني المحتاج: ٣/ ٥٢ والدردير - الشرح الصغير: ٤/ ٥٨٨.

(٢) الفتاوى الهندية: ٦/ ٩٤.

(٣) الشربيني - مغني المحتاج: ٣/ ٣٥.

٢ - في الايقاعات

الطلاق في الايقاعات - وهو كما عرّف - «حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق»^(١) في الحال أو بالمآل^(٢).

ويراد بالحال شمول الطلاق البائن، اذ بمجرد ايقاعه يتم الطلاق، ويرفع النكاح في الحال. وبالمآل شمول الطلاق الرجعي الذي لا يزول قيد النكاح فيه إلا بعد انتهاء العدة^(٣).

ولما كان الطلاق من الايقاعات فلا بد من تحقق ارادة المطلق، نظراً لكونه صاحب الحق في ازالة قيد النكاح تمسكا بالحديث الشريف «انما الطلاق بيد من أخذ بالساق»^(٤) ومن هذا المنطلق يبرز دور ارادة المطلق.

وقد أجمع الفقهاء ان صيغة «طالق» هي الصيغة الصريحة المتلقاة من الشارع المقدس، وبها يتم حل عقدة النكاح^(٥).

ولكن هل يقع الطلاق بألفاظ الكناية؟

ويمكن ان نضع أقوال الفقهاء في موضوع التعبير الكنائي في مجموعتين متضادتين الأولى ترفض التعبير الكنائي في هذه المسألة. والثانية تجوز الأخذ به.

(١) الشربيني - مغني المحتاج: ٢ / ٢٧٩.

(٢) ابن عابدين - رد المختار: ٢ / ٤١٤.

(٣) د. غندور - الأحوال الشخصية في التشريع الاسلامي: ٢٦٩.

(٤) ذكره البيهقي في السنن الكبرى كتاب الرجعة باب (ما جاء في عدد طلاق العبد، ومن قال الطلاق بالرجال ...): ٣٧٠ / ٧.

(٥) المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٣ / ١٧، والبهوتي - كشف القناع: ٥ / ٢٤٥ وابن مودود الموصلي - الاختيار:

٣ / ١٢٥ والمرتضى الزبيدي - البحر الزخار: ٤ / ١٥٥ والشيرازي - المهذب: ٢ / ٨١ والدردير - الشرح الصغير:

٢ / ٥٥٩ وابن حزم - المحلى: ١٠ / ٢٢٧.

أ - الرافضون للتعبير الكنائسي:

ذهب الإمامية الى رفض التعبير الكنائسي في إيقاع الطلاق، وبأي لفظ لعدم صلاحيته لتحقيق المقام^(١)، اذ المقصود في لفظ الطلاق ان يكون صريحا واضحا يتوفر فيه قصد المتكلم في إيقاع الطلاق لا قصد لفظه لمعناه^(٢).

ولعل سبب تشدد الامامية في الطلاق، فبالإضافة الى التعبد بالنص، واجتماعهم على عدم وقوعه بالكناية، نزوعهم الى تضيق دائرة الطلاق الذي هو أبغض الحلال عند الله، حفاظا على كيان الاسرة من الانهيار.

ولم يختلف موقف الظاهرية عن الامامية في رفض التعبير الكنائسي، وعدم صلاحيته لفك عقد النكاح، يقول ابن حزم^(٣): «الطلاق، والسراح، والفراق، وفيما عدا هذه الألفاظ فلا يقع بها طلاق البتة، نوى بها طلاقاً أو لم ينو، لا في فتيا، ولا في قضاء مثل: الخلية، والبرية، وانت مبرأة، وقد بارأتك وحبلك على غاربك، وقد وهبتك لأهلك... والتحرير والتخير والتملك هذه الألفاظ جاءت فيها آثار مختلفة الفتيا عن نفر من الصحابة - رضي الله عنهم - ولم يأت فيها عن رسول الله عليه أفضل الصلاة والسلام شيء أصلا، ولا حجة في كلام غيره عليه الصلاة والسلام لا سيما في أقوال مختلفة ليس بعضها أولى من بعض»^(٤).

(١) المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ١٧/٣ والشهيدان - الروضة البهية: ١٢/٩ - ١٣.

(٢) يوضح المرحوم الشهيد في المسالك الافهام: ١٢/٢ الفرق بين النية في قصد إيقاع الطلاق وبين قصد لفظ الطلاق لمعناه فيقول: «انه لما كان المعنى في اللفظ الصريح متحداً اكتفى بقصد اللفظ للمعنى بمعنى كون المتلفظ قابلاً للقصد، وان لم يصرح بالقصد، ولهذا حكم عليه به بمجرد سماع لفظه، وإنما احترزوا باشتراط القصد عن مثل الساهي والنائم إذا أوقعا لفظاً صريحاً فإنه لا يعتد به لعدم القصد إلى مدلوله بخلاف الكناية فإن ألفاظها لما كانت مشتركة بين المقصود منها وهو الطلاق ونحوه لم يحمل عليه بمجرد قصده تخصيص اللفظ المشترك بأحد معانيه فلا بد من العلم به وإلا لم يحكم عليه بالطلاق ولا غيره. بخلاف الصريح فإن الأصل فيه إذا وقع من العاقل الخالي عن الموانع أن يكون قاصداً به مدلوله وهذا هو الفارق بين القصدين».

(٣) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد، عالم الاندلس في عصره، ولد بقرطبة عام ٣٨٤هـ وكانت له ولأبيه من قبله رئاسة الوزراء، وتدير المملكة، فزهد بها وانصرف إلى العلم والتأليف، توفي ببادية لبلة من بلاد الأندلس عام ٤٥٦هـ له مؤلفات منها «المحلى» في الفقه، و«الأحكام لأصول الأحكام» في أصول الفقه. وإليه تنتسب الفرقة «الحزمية»، وقيل: ان أصله من الفرس. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٩٥/٥.

(٤) ابن حزم - المحلى: ١٠/٢٢٧-٢٢٨.

وموقف الامامية بالنسبة للخلية والبرية وغيرهما من الكنايات لا يختلف عن الظاهرية في عدم الاعتداد في إيقاع الطلاق^(١).

ب - القائلون بالكناية في إيقاع الطلاق:

والذين ذهبوا إلى القول بوقوع الطلاق بألفاظ الكناية توسعوا في ذلك كثيراً بحيث يمكن ردها إلى أربعة تصنيفات:

تصنيفها بلحاظ الظهور والخفاء:

ونظراً إلى أن الألفاظ الكنائية لم تكن في مرتبة واحدة من الظهور في إيقاع الطلاق فقد صنفنا إلى كناية ظاهرة وكناية خفية فمثلاً صيغة «حبلك على غاربك»، أو «اعتدي» أو «لا سلطان لي عليك» أو «أنت على علم» فكل واحدة من هذه الصيغ تحمل في نفسها نسبة من الشبه بالطلاق، والبيّنونة لأنها لم تكن على صعيد واحد في ظهور المعنى، وإذا كانت كذلك - سواء أكانت بطبيعتها، أم بالقرائن المحفوفة - فلا بد من تصنيفها إلى ظاهرة وخفية.

يقول البهوتي^(٢): «الكنايات في الطلاق نوعان: ظاهرة - وهي الألفاظ الموضوعة للبيّنونة - لأن معنى الطلاق فيها أظهر... (مثل أنت خلية، وبرية، وبتلة)، وخفية - لأنها

(١) قال الشهيد الثاني في الروضة البهية: ١٢/ ١٣ «ولا عبرة عندنا بالخلية والبرية وغيرها من الكنايات كالبتة والبتلة (وهما القطع) وحرام وبائن، واعتدي، وإن قصد الطلاق (بهذه الألفاظ) لأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت شرعاً ما يزيله».

(٢) منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي، شيخ الحنابلة بمصر في عصره، ولد عام ١٠٠٠ هـ ونسبته إلى «بهوت» في مصر، وتوفي عام ١٠٥١ هـ من مؤلفاته «كشف القناع عن متن الاقناع» فقه، و«الروض المربع شرح زاد المستنقع المختصر من المقنع» فقه، ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢٤٩ / ٨.

أخفى في الدلالة من الأولى - وهي الألفاظ الموضوعية للطلقة الواحدة ما لم ينو أكثر، نحو: اخرجني، وذوقي، وأمثال ذلك»^(١).

وهذه الألفاظ الكنائية نظرا لقصورها عن صرائح الألفاظ، فقد احتاجت إلى نية الطلاق تقوية لها في الدلالة ولأنها لفظ يحتمل غير معنى الطلاق فلا يتعين له بدون النية - بنية مقارنة اللفظ^(٢) - فلو تلفظ بالكناية غير ناو للطلاق، ثم نوى بها الطلاق بعد ذلك لم يقع .

أو يأتي - مع الكناية - بما يقوم مقام نية الطلاق، كحال خصومة وغضب، وجواب سؤالها الطلاق فيقع الطلاق فمن أتى بكناية - ولو بلا نية - لأن دلالة الحال كالنية بدليل أنها تغير حكم الأقوال والأفعال^(٣).

وحدد البهوتي ألفاظ الكناية الظاهرة بست عشرة لفظة وهي: أنتِ خلية، وبريئة، وبائن، وبته، وبتلة، وأنتِ حرة، وأنتِ الحرج - يعني الحرام والاثم - وحبلك على غاربك، وتزوجي من شئت، وحللت للأزواج، ولا سبيل لي عليك، ولا سلطان لي عليك، واعتقك، وغطي شعرك، وتقنعي، وأمرك بيدك.

والخفية: اخرجني، واذهبي، وذوقي، وتجرعني، وخليتك، وأنتِ مخلاة، وأنتِ واحدة، ولست لي بامرأة، واعتدي، واستبرئي، واعتزلي، والحقي بأهلك، ولا حاجة لي فيك، وما بقي شيء، وأعفاك الله، والله قد أراحك مني، واختاري، وهكذا^(٤).

(١) البهوتي - كشف القناع: ٥ / ٢٥٠-٢٥١.

(٢) يرى بعض فقهاء الحنابلة والشافعية بأن النية لا بد أن تكون مقارنة لكل اللفظ فلو قارنت بعضها لم يقع الطلاق يقول البهوتي: «ويشترط أن تكون النية مقارنة للفظ الكناية غير ناو للطلاق ثم نوى بها الطلاق بعد ذلك لم يقع ... فلو قارنت الجزء الثاني من الكناية دون الأول لم يقع الطلاق، لأن ما بقي لا يصلح للإيقاع بعد اتيانه بالجزء الأول من غير نية». راجع: البهوتي - كشف القناع: ٥ / ٢٥١، والسيوطي - الاشباه والنظائر: ٢٢.

(٣) البهوتي - كشف القناع: ٥ / ٢٥١.

(٤) البهوتي - كشف القناع: ٥ / ٢٥٠-٢٥١.

٢ - تصنيفها بلحاظ مظاهر دلالة الحال:

وقسم بعض الفقهاء الكنايات بلحاظ مظاهر دلالة الحال إلى ثلاثة أقسام:

- أ - ما يصلح من ألفاظ الكناية جواب لطلب الطلاق، ولا يصلح شتماً، مثل: اعتدي، واختاري، وأمرك بيدك، واستبري رحمك، وأنتِ واحدة.
- ب - ما يصلح من ألفاظ الكناية جواباً ورفضاً لطلبها الطلاق، مثل: اخرجني، واذهبي، وقومي، ولا حاجة لي فيك.
- ج - ما يصلح شتماً وجواباً، ولا يصلح رفضاً لطلبها الطلاق، مثل: خلية، وبريئة، وبته، وبائن، وحرام.

وحددوا مظاهر دلالة الحال بثلاث حالات:

- ١ - أن يكون المعبر في حال مذاكرة الطلاق.
- ٢ - أو أن يكون المعبر في حال الغضب.
- ٣ - أو أن يكون المعبر في حال رضا^(١).

وفي ضوء تصنيف ألفاظ الكناية وملاحظة مظاهر دلالة الحال - نرى:

أولاً: إذا كانت ألفاظ الكناية صالحة لأن تكون جواباً لطلب الطلاق، ولا تصلح للشتم، والمعبر في حال مذاكرة الطلاق فهي قرينة كافية على أن المراد الطلاق بدون حاجة إلى التعرف على النية، كما هو الحال في صريح الطلاق، مثل: أمرك بيدك، اختاري اعتدي، استبري رحمك، أنتِ واحدة.

ثانياً: أما إذا كانت ألفاظ الكناية صالحة للشتم والطلاق، والمعبر في حال الغضب، والاحتمالان - الشتم والطلاق - في رتبة واحدة فالنية تلعب دورها في تعيين مدلول الكناية مثل (خلية، بريئة، بائن، حرام).

(١) راجع: الكاساني - بدائع الصنائع: ١٠٦/٢، والبهوتي - كشف القناع: ٢٥١/٥.

ثالثاً: وفيما إذا كانت الألفاظ لا تصلح للشتم وتصلح للتبديد والطلاق، والمعبر في حالة رضا من زوجته ولا قرينة صارفة لأي من التعبير أو الطلاق فالنية هي التي تحدد مدلول مراده مثل «اذهبي، وقومي، وابتعدي، ولا حاجة لي فيك»^(١). من هذا يتضح أن دلالة الحال في «ظرف مذاكرة الطلاق» أو «الغضب» تغني عن طلب نية صاحب التعبير لتحديد مدلوله في كثير من التعبيرات الكنائية التي وضع فيها إرادة الطلاق. وعلى هذا الأساس لم يشترط فقهاء الحنفية، وقسم من فقهاء الحنابلة، كما ذكر البهوتي - توفر النية في كل لفظ كناية، بل اكتفوا بالقرائن^(٢).

٣ - تصنيفها بلحاظ مدلول اللفظ:

وقسم الشيرازي^(٣) - الفقيه الشافعي - ألفاظ الكناية - بخصوص الطلاق - بلحاظ مدلول اللفظ إلى ما تشبه الطلاق وتدل على الفراق، ولا تشبه الطلاق ولا تدل على الفراق.

فالقسم الأول - وهي ما تشبه الطلاق وتدل على الفراق، مثل: أنت بائن، خلية، وبرية، وبتة، وبتلة، وحررة، وبينني، وأبعدني، واغربي، واذهبي، واستفليحي، والحقني بأهلك، وحبلك على غاربك، واستتري، وتقنعي، واعتدي، وتزوجي، وذوقي (مرارة الفراق)، وتجري (كأس الفراق) وما أشبه ذلك فان خاطبها بشيء من ذلك ونوى به الطلاق وقع، وان لم ينو لم يقع، لأنه يحتمل الطلاق وغيره.

والقسم الثاني - وهي ما لا تشبه الطلاق، ولا تدل على الفراق - كقوله: اقعدي، واقربي، واطعمي، واسقيني، وما أحسنك، وبارك الله فيك، وما أشبه ذلك فانه لا يقع

(١) الكاساني - بدائع الصنائع: ١٠٦/٣ - ١٠٧.

(٢) البهوتي - كشف القناع: ٢٥١/٥.

(٣) ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي، الشيرازي، أبو اسحاق، ولد عام ٣٩٢هـ في فيروز أباد، وانتقل إلى شيراز فقرأ على علمائها، وانصرف إلى البصرة ومنها إلى بغداد ٤١٥هـ، واشتهر فيها، وتوفي عام ٤٧٦هـ له مؤلفات، منها: «المهذب» في الفقه، و«التبصرة» في اصول الفقه، ترجمه الزركلي - الاعلام: ١/ ٤٤.

به الطلاق وان نوى به الطلاق، لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق، فلو أوقع الطلاق لأوقعه بمجرد النية؛ والطلاق - كما يرى الشيرازي - لا يقع بمجرد النية^(١).

٤ - تصنيفها بلحاظ مراتبها الحكمية:

وقد اختص بهذا التصنيف الفقه المالكي، فصنف الخرشي^(٢) ألفاظ كناية الطلاق من حيث مراتب حكمها إلى خمسة أقسام:

أ - ما يلزم به طلبة واحدة فقط، إلا أن ينوي أكثر مثل أن يقول: أنت طالق، أو أنت مطلقة، أو طلقتك، أو قد أوقع عليك الطلاق، وأنا طالق منك، وما أشبه ذلك مما ينطق به بالطاء واللام والقاف وألحق بذلك أيضا لفظ «اعتدي».

ب - وما يلزم به ثلاث ولا ينوي سواء كانت مدخولا بها أم لا، مثل: البتة، أو حبلك على غاربك، أو خلعت سبيلك، أو ادخلي الدار، أو الحقني بأهلك، أو استتري، أو اخرجي، إنما يلزمه الطلاق الثلاث بقوله: «بتة» لأن البت هو القطع فكأن الزوج قطع العصمة التي بينه وبين زوجته ولم يبق بيده منها شيء ولا ينوي، بنى بها أم لم يبن، وهكذا في حبلك على غاربك فإن الحبل كناية عن العصمة التي بيد الزوج.

ج - وما يلزم به ثلاث طلقات وينوي في غير المدخول بها فقط كالميتة والدم ووهبتك ورددتك لأهلك. فلو قال لزوجته التي لم يدخل بها أحد هذه الألفاظ فإنه يلزم الطلاق الثلاث. إلا أن يقول: نويت أقل من الثلاث فإنه يلزمه ما نوى ويصدق مع يمينه.

(١) الشيرازي - المذهب: ٨٢/٢. وقال في (المصدر المتقدم: ٨١-٨٢): «لا يقع الطلاق، إلا بصريح أو كناية مع النية فإن نوى الطلاق من غير صريح ولا كناية لم يقع لأن التحريم في الشرع علق على الطلاق ونية الطلاق ليست بطلاق، ولأن إيقاع الطلاق بالنية لا يثبت إلا بأصل أو بالقياس على ما ثبت بأصل، وليس ههنا أصل ولا قياس على ما ثبت بأصل فلم يثبت».

(٢) محمد بن عبد الله الخرشي، أو الخراشي، المالكي، أبو عبد الله، نسبته إلى قرية، يقال لها «أبو خراش» من البحيرة بمصر، ولد عام ١٠٠١ هـ وأقام في القاهرة، وتولى مشيخة الأزهر، وتوفي عام ١١٠١ هـ بالقاهرة من مؤلفاته «الشرح الكبير على متن خليل» و«الشرح الصغير على متن خليل» في الفقه المالكي. ترجمه الزركلي - الاعلام: ١١٨/٧.

وأما التي دخل بها فإذا قال لها أحد هذه الألفاظ فإنه يلزمه الثلاث فإن ادعى أنه نوى أقل من ذلك فإنه لا يصدق، وقد لزمته الثلاث.

د- وما يلزم به ثلاث طلقات وينوي سواء أكانت الزوجة قد دخل بها أو غير مدخول بها وهي مثل خليت سبيلك، أو بائنة، أو أنا حرام عليك، فلو قال شخص لزوجته - سواء دخل بها أو لم يدخل - خليت سبيلك، فإن نوى بذلك الثلاث لزمته، وإن لم تكن له نية فقد لزمته الثلاث أيضا فإن ادعى أنه أراد أقل من الثلاث، حلف عند إرادة النكاح بها والعودة إليها.

هـ - وقسم ينوي فيه وفي عدده - وهي ألفاظ الكنيات الخفية المحتملة للطلاق وغيره - مثل: اذهبي، وانصرفي، أو لم أتزوجك، وأمثال ذلك، فإن لم يرد أحد الاحتمالين فلا شيء عليه. فإذا قال شخص لزوجته - سواء دخل بها أم لم يدخل بها - لفظا من هذه الألفاظ فإنه ينوي في الطلاق، وفي نفيه فإن قال لم أرد بذلك طلاقا فإنه يحلف على ذلك، ولا شيء عليه، وإن قال نويت بذلك الطلاق فإنه يلزمه فإن كانت له نية بطلقة أو أكثر عمل بهذا وإن لم تكن له نية في عدد لزمه الثلاث.

وإن قال لزوجته: اسقني الماء، أو ادخلي، أو أخرجني، أو كلي، أو اشربي، أو غير ذلك مما ليس من ألفاظ الطلاق، ولا من ألفاظ صريح الظهار، وقصد بذلك الطلاق فإنه يلزمه على المشهور، لأن هذه الألفاظ من الكنيات الخفية فيلزمه ما نواه من طلقة فأكثر. فإن لم ينو طلاقا فلا يقع^(١).

هذا هو موقف الفقهاء من صيغ الكناية في إيقاع الطلاق، ونستطيع أن نستخلص من مجموع النصوص الفقهية التي ذكرناها صورتين للاعتداد بالألفاظ الكنائية وهي:

١ - اقتران التعبير الكنائي بالنية:

وأخذ بهذا المبدأ بعض فقهاء الحنفية، والشافعية، والمالكية، والحنابلة، والزيدية،

(١) الخرشي - شرح مختصر سيدي خليل: ٤ / ٤٣ - ٤٤.

وذلك لأن الألفاظ الكنائية مستترة المراد عند السامع ، وتحتمل الطلاق وغيره . مثل : أنت بائن ، فهذا اللفظ يحتمل البيئونة عن النكاح ، ويحتمل البيئونة عن الخير والشر ، وإذا احتملت هذه الصيغة هذين المعنيين فقد استتر المراد على السامع ، فافتقرت إلى النية لتعيين المراد .

٢ - اقتران الكناية بدلالة الحال :

وبعض فقهاء الحنفية ، والحنابلة أخذوا بالتعبير الكنائي إن كانت دلالة الحال ، أو ما يسمى بالقرائن الخارجية المحفوفة باللفظ توضح إرادة المعبر دون أي لبس أو غموض . وإذا تحقق ذلك فلا حاجة عندها إلى التعرف على النية . فإن الظرف الخارجي الذي أحاط بها اعتبر قرينة مثبتة بأن المراد باللفظ الكنائي هو الطلاق^(١) . ولنا أن نتساءل وبكل صراحة : لماذا كل هذه الألفاظ الكنائية في الطلاق وهو أبغض حلال عند الله ؟

إن الطلاق سبب من أسباب هدم الكيان العائلي وتفتيت الأسرة ، وإن المصلحة العامة تقتضي أن نعمل على توطيد دعائم الأسرة ونحفظها من كل ما يهددها بالخطر حماية لكيان المجتمع ، وإذا سمحنا بهذا التوسع الكبير في صيغ الطلاق وألفاظه نكون قد ساعدنا على ازدياد الخطر بدل تقليصه .

إن الفقهاء الذين رفضوا صيغ الكنايات وفرضوا القيود الصارمة على حرية إرادة المطلق أحسنوا صنعا ، ونظروا بعيدا ، ولم يخالفوا شرعا ، إذ لم ترد هذه الكثرة من الألفاظ والصيغ المؤدية إلى الطلاق في كتاب الله ولا في سنة رسوله عليه الصلاة والسلام ولا تقتضي المصلحة إعطاء هذه الحرية لرب الأسرة في قطع حبل المودة ، وانهاء الصلة الزوجية بمجرد رغبة قد تكون طائشة أو حالة نفسية تجتاح الإنسان في

(١) الكاساني - بدائع الصانائع: ١٠٦/٢ ، والشيرازي - المذهب: ٨٠-٨١/٢ وأبو النجا المقدسي - الاقناع:

١١/٤ وابن المرتضى الزبيدي - البحر الزخار: ١٥٦-١٥٧ والكشناوي - أسهل المدارك: ١٤٣/٢ .

دوامة الأزمات فينزع إلى هذا الأسلوب السلبي ، مهدداً كيان بيته من حيث يشعر أو لا يشعر .

إن اقتصارنا في إيقاع الطلاق على لفظ خصصه الشارع المقدس لهذا الغرض تضيق بذلك دائرة الطلاق . ونتجنب كثيراً من المشكلات ونصون أنفسنا من احتمال وقوع مخاطر تؤثر على حياة الفرد والعائلة على السواء .
ولهذا أرى أن الرجوع إلى الألفاظ التي ورد بها النص هو السليم .

المَبْحَثُ الثَّالِثُ

الْوَسَائِلُ غَيْرُ اللَّفْظِيَّةِ

تمهيد:

تقدم الحديث عن التعبير اللفظي للإرادة، سواء أكان منه الصريح، أو الكنائي، نظراً إلى أن الإرادة من الأمور الخفية الكامنة في النفس، وهي بحاجة إلى مظهر لها وقد يقوم بذلك - الاظهار - اللفظ بقسمية ليكشف عن قصد صاحب الارادة، وقد تقوم مقامه وسائل أخرى.

وفقهاء الشريعة لم يقفوا عند اللفظ معبراً عن الإرادة إنما ذكروا وسائل أخرى غير لفظية يمكن أن تكون أداة صالحة لإبراز الإرادة، وتحديد مدلولها.

ولعل الكتابة والاشارة والتعاطي من أبرز هذه الوسائل، يقول الأستاذ الزرقاء: «هذا وإن النطق باللسان ليس طريقاً حتمية لظهور الإرادة العقدية بصورة جازمة في النظر الفقهي، بل النطق هو الأصل في البيان ولكن قد تقوم مقامه كل وسيلة أخرى اختيارية أو اضطرارية، مما يمكن أن تعبر عن الإرادة الجازمة تعبيراً كافياً مفيداً.

وعلى هذا أقر الفقهاء أن يقوم مقام النطق في الإيجاب والقبول إحدى وسائل ثلاث وهي: الكتابة، والاشارة، والتعاطي^(١). ثم هناك السكوت، أو ما يسمى بدلالة الحال.

(١) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١ / ٢٤٩ - ٣٥٠.

ولم تتفق وجهة نظر الفقهاء على درجة هذه الوسائل من حيث الاعتبار الشرعي وقوتها في كشف المراد. وهذا ما نأمل توضيحه في البحوث التالية.

المطلب الأول:

الكتابة

ويقصد بها: ما يدون على القرطاس، أو اللوح أو أية مادة أخرى بصورة واضحة، بحيث يستفاد منها أنها محررة لغرض إجراء تصرف ما. كما هو متعارف بالمخاطبات، أو المراسلات «الكتابية» في الأعمال التجارية فقد يتم التعاقد ببيعاً وشراءً أو إيجاراً أو استيجاراً بواسطة المراسلة الخطية.

والسؤال الذي يثور: هل الكتابة وسيلة تعبيرية عن الإرادة يمكن أن تحدث أثراً شرعياً بحيث يتم بواسطتها الاعراب عن إرادة تصرف سليمة؟

أولاً - موقف الفقهاء:

اختلف الفقهاء بالكتابة كوسيلة تعبيرية عن الإرادة العقدية. ومن أجل التعرف على مدى اعتبارها نستعرض - بشيء من الإيجاز - الكتابة في: عقد المعاوضة، والنكاح، وإيقاع الطلاق.

١ - عقد المعاوضة:

والمعاوضة: إعطاء ما يملك مقابل عوض، وتسمى عقود المبادلات، وهي ما حدثت فيها المعاوضة. والمبادلة بين المتعاقدين على ملكية كل منهما للآخر في حدود العقد على سبيل المبادلة^(١).

(١) مذكور - المدخل للفقهاء الاسلامي: ٥٨٨.

ولم يتفق فقهاء الشريعة على اعتبار الكتابة وسيلة للتعبير عن الإرادة بصورة مطلقة، وإن اتفقوا على صلاحها عند الضرورة للعاجز عن النطق، ويمكن حصر أقوالهم بالآتي:

أ - القول بصلاحية الكتابة:

ذهب المالكية^(١) وبعض الشافعية^(٢) والمتأخرون من الإمامية^(٣) إلى عدم التفرقة بين اللفظ والكتابة عند التعبير عن الإرادة، فيجري بهما التصرف على حد سواء.

ب - القول بعدم صلاحيتها إلا للضرورة:

وذهب إلى هذا الرأي عدد من فقهاء المذاهب، إذ لا يرون صلاحية الكتابة إلا للضرورة. فالفقه الحنفي^(٤) والحنبلي^(٥) لا يريان صلاحيتها إلا للغائبين، ورأى للإمامية^(٦) عند العجز عن النطق، ومثله للزيدية^(٧)، وقول للشافعية^(٨).

٢ - عقد النكاح:

وكذلك اختلف الفقهاء في هذه المسألة فكان الرأي السائد للفقهاء هو عدم

(١) الدردير - الشرح الكبير: ٢ / ٣ والشرح الصغير: ١٤ / ٣.

(٢) الرملي - نهاية المحتاج: ٣ / ٣٦٩.

(٣) الحكيم - منهاج الصالحين: ٢ / ١٥ شروط العقد، والخوئي - منهاج الصالحين ٢ / ١٨ شروط المتعاقدين مسألة: ٥١.

(٤) ابن مودود الموصلي - الاختيار: ٢ / ١٠ وابن عابدين - رد المختار: ٤ / ٥١٢.

(٥) البهوتي - كشف القناع: ٣ / ١٤٨ وأبو النجا المقدسي - الاقناع: ٢ / ٥٧.

(٦) محمد جواد بن محمد العاملي - مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة - متاجر، ١٦٣، طبع المطبعة الرضوية القاهرة ١٣٢٢هـ.

(٧) ابن المرتضى - البحر الزخار: ٤ / ٢٩٨.

(٨) الشيرازي - المهذب: ١ / ٢٥٧.

الاعتداد بالكتابة في عقد النكاح، وبعضهم حدده بالمنع القادر على الكلام، ويمكن إيجازه بالآتي:

أولاً - ذهب إلى عدم الاعتداد بالكتابة في عقد النكاح كل من الإمامية^(١)، وجمهور فقهاء الحنابلة^(٢) والمالكية^(٣) ورأي للشافعية^(٤).

ثانياً - وذهب إلى جواز الاعتداد بالكتابة في عقد النكاح فقهاء الحنفية^(٥) وقول للحنابلة^(٦) والرأي السائد عند الزيدية^(٧) وقول للشافعية^(٨).

٣ - إيقاع الطلاق:

وعند استعراض آراء فقهاء الشريعة بالنسبة لإيقاع الطلاق هل يقع بالكتابة نراها في اتجاهين:

الأول: عدم الاعتداد بالكتابة في إيقاع الطلاق إلا عند العجز عن النطق وهو رأي الامامية^(٩) وقول للشافعية^(١٠) وكما يرى بعض فقهاء الامامية انه يقع بالكتابة ان كانا غائبين^(١١).

(١) محمد كاظم الطباطبائي اليزدي - العروة الوثقى: ٩٤٨، وهامش ٩ طبعة دار الكتب الاسلامية - طهران ١٣٩٢ هـ، والمرحوم الحكيم - مستمسك العروة الوثقى ١٤ / ٢٧٦ مطبعة النجف - النجف.

(٢) المرداوي - الانصاف: ٨ / ٥٠.

(٣) الدردير - الشرح الصغير: ٢ / ٣٥٠.

(٤) الرملي - نهاية المحتاج ٦ / ٢٠٨ والشبرايملي - حاشيته على نهاية المحتاج ٦ / ٢٠٨.

(٥) الكمال بن الهمام - فتح القدير: ٢ / ٣٥٠.

(٦) المرداوي - المرجع المتقدم: ٨ / ٥٠.

(٧) ابن المرتضى - البحر الزخار: ٤ / ٢٦.

(٨) نور الدين علي بن علي الشبرايملي - حاشيته على نهاية المحتاج: ٦ / ٢٠٨، مطبوعة مع نهاية المحتاج.

(٩) الشهيد الثاني - مسالك الافهام: ٢ / ١٢.

(١٠) الشيرازي - المهذب: ٢ / ٨٣.

(١١) الخوئي - منهاج الصالحين: ٢ / ٣١٤ والاصبباني - وسيلة النجاة: ٢ / ٢٨٣ والحكيم - منهاج الصالحين: ٢ / ٢٢٤ الطلاق.

الثاني: جواز الأخذ بالكتابة في إيقاع الطلاق وفي مقدمة القائلين بذلك فقهاء الحنفية^(١)، والحنابلة^(٢)، والمالكية^(٣) والزيدية^(٤) وقول للشافعية^(٥).

بعد هذا العرض لآراء فقهاء الشريعة بالنسبة للكتابة كأداة تعبيرية عن الإرادة في العقود نلاحظ بروز اتجاهين في اعتبار الكتابة:

الأول - الاعتداد بالكتابة إلى درجة اعتبارها في مصاف اللفظ كما هو الحال في الفقه الحنبلي، والحنفي، والزيدي، والمالكي.

الثاني: الاعتداد بها كأداة تقوم مقام اللفظ في حالة التعذر عن النطق لخرس أو آفة لسانية، أو عارض يمنعه عن الكلام أو غائب يتعذر حضوره كما هو عند الإمامية والشافعية.

ثانيا - الرأي المختار:

ونحن نميل إلى الأخذ باعتبار الكتابة كأداة صالحة للتعبير عن الإرادة في ميدان التعاقد حتى مع القدرة على النطق للأسباب التالية:

١ - لما ذكره بعض الفقهاء: ان الله أمر رسوله بتبليغ الرسالة وقام النبي صلى الله عليه وآله وسلم بتبليغها تارة بالرسول وأخرى بالكتب وثالثا بالمشافهة، ولو كانت الكتابة غير معتبرة لما قام بها النبي عليه الصلاة والسلام.

٢ - إن جل الفقهاء يقولون: «ان الكتابة أحد الخطابين كاللغة». والإنسان يعبر عما في نفسه بالكتابة كما يعبر بالعبرة»^(٦).

(١) الكاساني - المرجع المشار إليه: ١٠٩ / ٣ والكمال بن الهمام - فتح القدير: ٩٢-٩٣.

(٢) المرداوي - المرجع المتقدم: ٤٧٣ / ٨ والبهوتي - المصدر المذكور: ٢٤ / ٥.

(٣) محمد بن يوسف المواق - التاج والاكلیل: ٥٨ / ٤ مطبوع بهامش المواهب الجليل - للحطاب.

(٤) ابن المرتضى - المصدر المتقدم: ١٦٢-١٦١ / ٤.

(٥) الشيرازي - المذهب: ٨٣ / ٢ والشربيني - مغني المحتاج: ٢٨٤ / ٣.

(٦) الشهيد الثاني - مسالك الافهام: ١٢ / ٢.

وقد روي عن الإمام أبي عبدالله الصادق^(١): «لا يكون طلاقاً ولا عتقاً حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده، ويريد به الطلاق أو العتق... ويكون غائباً عن أهله»^(٢) ولو كانت الكتابة غير معتمدة لما أرشد إليها الإمام اتباعه وهو في مقام البيان.

٣- إن العرف يرى انعقاد العقد بالكتابة والناس ترتب الآثار عليها، كما ترتب على اللفظ والعرف حاكم في كثير من الأمور التي تقتضي المصلحة في تثبيت دعائم واستقرار التعامل في المجتمع.

٤- إن الكتابة تعبر عن إرادة كاتبها إذا كان في مقام التعبير، فهي وسيلة إثبات جيدة لا يرقى إليها الشك، إذا كان الكتاب مستوفياً كل شرائط الاطمئنان.

إن سبب عدم اعتبار الكتابة - في رأي من لا يعتمد عليها - القول بأنها قابلة لتسرب الشك إليها وهذا الاشكال لا يقتصر على الكتابة فقط، إنما يمكن تصوّره في اللفظ أيضاً. لأن الاعتماد على إرادة المتلفظ لا يمكن الركون إليها لاحتمال أن يريد المعنى المقصود الظاهر من اللفظ، أو شيئاً آخر خاصة في الألفاظ المشتركة والتي تحمل أكثر من معنى، وحيث إن هذا يوجب الحرج، فقد ألزمتنا شرعاً بظاهر الحال.

٦- وحتى في العقود التي تقتضي الاشهاد عليها كعقد النكاح - عند فقهاء المذاهب - والطلاق عند الإمامية، يمكن أن نحقق ذلك بحيث يحضر الشاهدان حالة انعقاد العقد بالكتابة «لأن ابتداءها هو القائم مقام اللفظ لاستدامتها وإنما يعلم النية بإقراره. ولو شك فيها فالأصل عدمها، وحينئذ فتكون الكتابة كالكناية»^(٣).

(١) جعفر بن محمد الباقر بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب - عليهم السلام - أبو عبدالله، الصادق، سادس الأئمة الاثني عشر عند الامامية، ولد بالمدينة المنورة عام ٨٠، وقتل مسموماً فيها عام ١٤٨ هـ على يد عامل المنصور العباسي بأمر من المنصور. ترجمه: محمد حسين المظفر - الامام الصادق: ١٠٩/٢ والزركلي - الاعلام: ١٢١/٢.

(٢) الشهيد الثاني - مسالك الافهام: ١٢/٢.

(٣) الشهيد الثاني - مسالك الافهام: ١٢/٢.

ثالثاً - مدى اعتداد القانون بالكتابة:

والقوانين الثلاثة - المصري، والعراقي، والكويتي - أخذت بمبدأ الاعتداد بالكتابة بحيث جعلوها بمصاف النطق، وهم بذلك لم يخرجوا على الرأي الإسلامي، فقد أشرنا - فيما تقدم - ان الفقه الحنبلي، والحنفي، والزيدي، والمالكي ذهب إلى الاعتداد بها واعتبارها بمصاف اللفظ.

وقد نصت المادة (٩٠ / ف ١ - مدني مصري) على أن «التعبير عن الارادة يكون باللفظ والكتابة...» ومثلها تماماً المادة (٣٤ - مدني كويتي) أما المدني العراقي فقد اختلف عنهما في التعبير فقط، ولكن النتيجة واحدة. فنصت المادة (٧٩ - مدني عراقي) على الآتي: «كما يكون الايجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبه...». ومع هذا كله فلا نستطيع إعطاء الكتابة المرتبة المساوية للنطق، نظراً للخصائص الهامة التي تحيط باللفظ، إنما هي - كما أرى - بالمرتبة التي تلي النطق، لأنه مظهر عقلي اخباري لا يمكن التفريط باعتباره.

المطلب الثاني:

الإشارة

الإشارة باليد أو بالرأس^(١) أو بالعين قد يستعملها الإنسان في حالة إفهام الطرف الآخر بإرادته سواء كان متمكناً من النطق أو عاجزاً عنه.

(١) في الفقه الحنفي من لا يقبل الإشارة بالرأس قال ابن عابدين في (رد المحتار: ٤ / ١٣): «ظاهر قوله من لفظين أنه لا ينعقد بالإشارة بالرأس ويدل عليه ما في الحاوي الزاهدي في فصل البيع الموقوف: فضولي باع مال غيره، فبلغه (أي صاحب المال) فسكت متأملاً فقال ثالث: هل أذنت لي في الاجازة فقال: نعم. فأجازه ينفذ. ولو حرك رأسه بنعم: فلا. لأن تحريك الرأس في حق الناطق لا يعتبر».

والسؤال الذي يطرح هل الإشارة تصلح لأن تكون أداة تعبير في التصرف وبها يتم أو لا؟

أولا - مدى اعتبار الإشارة لدى الفقهاء:

لقد ذهب أغلب فقهاء الشريعة إلى القول بأن الإشارة يمكن اعتبارها أداة للتعبير عن الإرادة للأخرس فقط ، وبشرط أن تكون الإشارة مفهومة^(١).

وتوسع الفقه المالكي في الأخذ بالإشارة إلى درجة اعتد بها حتى لو كان الشخص غير عاجز عن النطق فأجاز إجراء التصرف بها في هذه الحالة. قال الحطاب: «واعلم أيضا أنه ينعقد (البيع) بكل قول يدل على الرضا. وبالإشارة الدالة على ذلك وهي أولى بالجواز من المعاطاة لأنها يطلق عليها أنها كلام. قال الله تعالى: ﴿آيَتِكَ أَلَّا تَكَلَّمَ النَّاسُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾^(٢) والرمز الإشارة^(٣)...»

قلت: وغير الأخرس كالأخرس. (هكذا) في شرح مسألة المدونة المذكورة، ونصه: «وكذا غير الأخرس إذا فهم عنه بالإشارة، وإنما ذكر غير الأخرس لأنه لا يتأتى منه غيرها» انتهى وكلام الباجي^(٤) الذي ذكره ابن عرفة^(٥) دال على ذلك، ونصه في

(١) المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ١٣ / ٢ - الشهيديان - الروضة البهية: ٢٢٢ / ٣ - ٢٢٥ - والشهيد الثاني - مسالك الافهام: ٧٠ / ١ - والمرحوم الاصبهاني - وسيلة النجاة: ١١ / ٢ - بحث البيع مسألة ٥. وابن قدامة - المغنى: ٩ / ٤ - طبعة دار الكتاب العربي بيروت ١٩٧٢ - والبهوتي - كشف القناع: ٣٩ / ٥ - والكاساني - بدائع الصنائع: ٢٣١ / ٢ - ٥ / ١٣٥ - وابن مودود الموصلي - الاختيار: ١٢٤ / ٣ - والمرتضى الزبيدي - البحر الزخار: ٤ / ٢٩٨ - والسيوطي - الاشباه والنظائر: ٢٣٨ (طبعة عيسى الحلبي - مصر) والرملي - نهاية المحتاج: ٤٢٦ / ٦ - والدردير - الشرح الكبير: ٢ / ٢٤١ و ٣ / ٢ - والشرح الصغير: ٢ / ٣٥٠ - والحطاب - المواهب الجليل: ٢ / ٢٢٩ - والمواق - التاج والاكلیل ٤ / ٢٢٨.

ولقد حرمت الشريعة اليهودية الأخرس حقوقه العامة لعدم تمكنه من النطق راجع د. محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود: ٣٠٣.

(٢) سورة العمران: آية ٤١.

(٣) قال الفيومي: رمز: أشار بعين أو حاجب أو شفة (المصباح المنير مادة رمز).

(٤) سليمان بن خلف بن سعد التجيبي القرطبي، أبو الوليد الباجي، فقيه مالكي كبير مولده في باجة بالاندلس عام ٤٠٣ هـ. وتوفي بالمرية من الاندلس عام ٤٧٤ هـ، مؤلف شهير منها «المنتقى في شرح موطأ مالك» فقه مطبوع.

المنتقى: وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود»^(١).

ونجد ما يقرب من هذا الرأي عند ابن قيم الجوزية، إذ يقول: «من عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده. والألفاظ لم تقصد لذواتها وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم. فإذا وضح مراده ووضح بأي طريق كان عمل بمقتضاه سواء كان بإشارة أو كتابة»^(٢).

وكما توسع فقهاء المذهب المالكي والحنبلي في الأخذ بالإشارة، فقد ضيق من الأخذ بها فقهاء المذهب الحنفي الذين قسموا الأخرس إلى قسمين: ما كان خرسه أصليا بأن ولد أخرسا أو كان خرسه طارئا بأن عرض عليه خرس. ففي الأول يعتد بإشارته في عقود. أما في الثاني فلا يؤخذ بإشارته حتى يحصل اليأس من كلامه فتكون حينذاك إشارته مفهومة كالأخرس الأصلي^(٣) ولكن إلى أي مدى يقف التعامل مع الأخرس الطارئ فيجيب على ذلك ابن نجيم بقوله: «فإما إشارة غير الأخرس فإن كان معتقل اللسان ففيه اختلاف. والفتوى على أنه مادامت العقل إلى الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه ومنهم من قدر الامتداد بسنة»^(٤).

والأخذ بأحد هذين الرأيين يشكل حرجا كليا في التعامل مع هؤلاء الناس، وفرض عدم الاستقرار في مثل هذه المجالات، إذ ليس من المعقول أن تبقى تصرفات

ترجمه الزركلي - الاعلام: ١٨٦ / ٢.

(٥) محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، أبو عبدالله، فقيه مالكي، تونسي، ولد عام ٧١٦هـ، وتوفي بتونس عام ٨٠٣هـ، من مؤلفاته الفقهية «المختصر الكبير» في الفقه. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢٧٢ / ٧.

(١) الخطاب - المواهب الجليل: ٢٢٩ / ٤.

(٢) ابن قيم الجوزية - أعلام الموقعين: ١ / ١٩٨ طبع القاهرة ١٣٢٥هـ.

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع: ١٣٥ / ٥ حيث يقول: «وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحتهما فيجوز بيع الأخرس، وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته. هذا إذا كان الأخرس أصليا بأن ولد أخرسا فإذا كان عارضا بأن طرأ عليه الخرس فلا. إلا إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة مفهومة فيلحق بالأخرس الأصلي».

(٤) ابن نجيم - الاشباه والنظائر: ١٨٨ طبع دار الطباعة العامرة - القاهرة ١٢٩٠هـ.

المصاب بالخرس موقوفة وقلقة حتى وفاته ثم تصحح أعماله السابقة بعد الوفاة. وحتى مدة السنة فإن أعماله تبقى معطلة وسوف يتضرر حتماً، وخاصة إذا كان من أصحاب الأعمال، والذي لا يمكن تعطيل أموره طيلة هذه المدة ومقتضى المصلحة واليسر أن تقبل إشارته لتنفيذ إرادته، لكن بشرط أن تكون إشارته مفهومة ولا يعسر التعرف على مراده منها فإذا كانت غير مفهومة يعطل بها حتى يعتادها المتعاملون معه.

وإذا كان غرض الحنفية من تضيق دائرة الإشارة في مجال التعامل العقدي - كما أحسب - هو زيادة في الحيلة في حالة احتمال تسرب الشك إلى عدم تحقق الإرادة في مثل هذه المعاملة للشخص الذي طرأت على لسانه آفة فمنعته عن الكلام، فإن هذا الأمر ليس بأهم من موضوع إثبات النسب والطلاق حيث أجاز فقهاء الحنفية وقوعها بالإيماء^(١).

ولا أرى لهذه التفرقة عند الحنفية وجهاً - وعلى العموم - فالمبدأ الذي يجب أن يتوفر هو أن تكون الإشارة مفهومة لدى الناس بحيث لا تفضي إلى الشك. وبهذا أخذت مجلة الأحكام - وهي تعبر عن الرأي الحنفي - في المادة (٧٠) بأن «الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان»^(٢).

وهناك قول لبعض الفقهاء مفاده أن الأخرس لو كان كاتباً تقدم كتابته على إشارته، فقد روى أبو بصير^(٣) - من رواية الإمامية - بأنه سأل أحد أئمة آل البيت عليهم السلام عن الرجل يكون عند المرأة فصمت فلا يتكلم، قال: أخرس؟ قلت: نعم. قال: فيعلم

(١) راجع الكاساني - بدائع الصنائع: ٣ / ١٠٩ - ١١٠ والمرحوم الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية: ١٥٤.

(٢) راجع المواد: ٧٤ و ١٥٨٦ و ١٧٥٢ من المجلة في الموضوع نفسه، وكذلك راجع البهوتي - كشف القناع: ٥ / ٣٩ والدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ٣ / ٢ وابن المرتضى الزيدي - البحر الزخار: ٤ / ١٦٢ وابن الهمام - شرح فتح القدير: ٣ / ٩٢.

(٣) يحيى بن القاسم، الأسدي، يكنى أبا بصير، وقيل: أبا محمد، المتوفى عام ١٥٠ هـ من ثقافة رواية الإمامية، روى عن الأئمة: الباقر، والصادق، والكاظم - أئمة آل البيت - عليهم السلام. ترجمه: الشيخ الطوسي - الفهرست: ٢٦٢ طبعة - جامعة مشهد - إيران.

منه بغض لامرأته وكراهيته لها؟ قلت: نعم، أيجوز له أن يطلق عنه وليه؟ قال: لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك^(١).

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ الزرقاء - وهو يعبر عن الفقه الحنفي: «أما إذا كان الآخرس كاتباً فالرأي الراجح فقها أنه لا تصح تصرفاته إلا بالكتابة لأنها في الدلالة كالنطق من كل وجه، أما الإشارة فهي دون الكتابة دلالة فلا تقبل مع إمكان الكتابة^(٢)».

ثانياً - موقف القانون من الإشارة:

إن القوانين الثلاثة المعينة أخذت بمبدأ اعتبار الإشارة دون أن تخصص بها الآخرس. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٩٠ - مدني مصري) وقد أشارت إلى ذلك بقولها: «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، وبالإشارة المتداولة عرفاً...».

ومثلها المادة (٣٤ - مدني كويتي) واشترطت المادة المذكورة أن تكون الإشارة «شائعة الاستعمال» - أي تلك التي يعم بين الناس استعمالها في نفس المدلول^(٣). كما أن المدني العراقي في المادة (٧٩) أخذ بهذا المبدأ ونصها: «كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الآخرس».

وهذه القوانين الثلاثة تصرح بالتعميم باعتبار الإشارة - الشائعة الاستعمال - سواء صدرت من آخرس، أو غير آخرس. وإن كان بعض شراح المدني المصري، يعلق على ذلك بقوله: «ولكنه يتصرف بالأخص إلى الآخرس أو الأبكم، أو من في حكمهما»^(٤).

(١) الشهيد الثاني - مسالك الافهام: ١٢/٢ وانظر: معروف - العقد في الفقه الجعفري: ١٢٩.

(٢) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١/٣٥٢.

(٣) انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ المنشور في جريدة الكويت اليوم: عدد ١٢٣٥/ص ٩٦.

(٤) حسني نصار - القانون المدني (المصري) وشرحه: ١٠ طبع دار الكتب الجامعية - القاهرة ١٩٧٠.

ويتلخص مما تقدم:

١ - أن فقهاء الشريعة - عدا فقهاء المالكية والحنابلة - اعتبروا الإشارة أداة صالحة لأن تكون معبرة عن إرادة الأخرس، ومن عرضت على لسانه آفة منعه عن النطق، ويمكن إجراؤها في العقد شرط أن تكون مفهومة لدى الطرف الثاني، ولا مجال لتسرب الشك إليها.

٢ - أما بالنسبة للمتمكن من النطق فإن فقهاء المالكية والحنابلة اعتدوا بالإشارة في التعاقد ولم يقصروا حكمها على الأخرس، استناداً إلى اعتبارهم إياها ندأً للفظ، في حين أن بقية الفقهاء لم يعتدوا بإشارة الناطق لأنه متمكن من إجراء عقوده بالكلام فتنتفي الحاجة إليها.

٣ - إن القوانين الثلاثة اعتدت بالإشارة المتداولة بين الناس، ولم تقصرها على الأخرس.

ثالثاً - موازنة بين الكتابة والإشارة:

انقسم الفقهاء في الموازنة بين هاتين الوسيلتين غير اللفظيتين للتعبير عن الإرادة من حيث الأولوية في ترتب الأثر الشرعي عليها أو هل هما في مرتبة متساوية؟ وتنحصر ثمره هذه المسألة في الأخرس القادر على الكتابة فبأيهما يعمل؟ ويمكن تقسيم الاتجاهات الفقهية في الترتيب على الشكل التالي:

١ - ذهب طائفة من الفقهاء إلى تقديم الكتابة على الإشارة، لأنها أولى من الإشارة لقوتها وأدل منها على المراد وأضبط وهو قول للحنابلة والمالكية والإمامية والزيدية وقول للحنفية.

٢ - كما ذهب طائفة أخرى من الفقهاء إلى تقديم الإشارة على الكتابة لأنها أصرح في الإنشاء من الكتابة وهو قول للإمامية والحنابلة^(١).

(١) راجع: المرحوم الانصاري - المكاسب: ٩٣، والمرحوم الأصبهاني - وسيلة النجاة: ١١ / ٢ والمرادوي - الانصاف: ٤٩ / ٨.

٣- وإلى التساوي بين الإشارة والكتابة ذهب فريق ثالث من الفقهاء، لأنهما في رتبة واحدة وكل منهما أداة تعبيرية صالحة للتعاقد يترتب عليها الأثر الشرعي وهو رأي الشافعية وقول الحنفية وقول للإمامية^(١).

وعند الموازنة بين هذه الأقوال الثلاثة نرجح القول الأول الذي يعتمد تقديم الكتابة على الإشارة للأسباب التالية:

١- إن رسول الله عليه أفضل الصلاة والسلام اعتمد تبليغ دعوته بالمشافهة مرة وبالكتابة أخرى، ولم يعرف أنه بلغ بالإشارة.

٢- إن الرواية عن الإمام الرضا^(٢) - ثامن أئمة آل البيت - تعضد الكتابة وذلك عندما سأل السائل عن رجل أخرس يكره زوجته فهل له أن يطلق بالإشارة أو وليه فقال الإمام: «لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك»^(٣).

والاعتماد على الكتابة في الطلاق دليل على اعتبارها، وتقدمها على غيرها من الوسائل التعبيرية غير اللفظية مع أن الطلاق من الإيقاعات التي تترتب عليها آثار خطيرة شرعية وعرفية فلا بد من التشدد في أخذ الحيطة بها.

٣- إن جمهوراً من الفقهاء اعتمدوا الكتابة في انعقاد العقد، وبعضهم رتب الأثر الشرعي على الكتابة ولم يرتبها على الإشارة. قال الكاساني: ولو «حلف لا يخبر فلانا بمكان فلان لا يحنث إلا بالكلام أو بالكتاب أو بالرسالة ولو أوماً برأسه لا يحنث»^(٤).

(١) راجع الشربيني - مغني المحتاج: ٢ / ٧ والرملي - نهاية المحتاج: ٦ / ٢٠٨ وابن نجيم - الاشباه والنظائر: ١٨٨ ومعروف - نظرية العقد في الفقه الجعفري: ١٤٣ ناقلاً عن النجفي - جواهر الكلام.

(٢) علي بن موسى بن جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب - عليهم السلام - أبو محمد، الملقب، ثامن الأئمة الاثنى عشر، ولد بالمدينة عام ١٥٢هـ، وفي عهد المأمون العباسي، طلبه إلى خراسان، وعهد إليه ولاية العهد من بعده، وزوجه ابنته، حتى إذا التف الناس حوله، وخاصة شيعته نقم منه، ودس إليه السم ومات عام ٢٠٣ ودفن في خراسان إلى جنب هارون الرشيد العباسي. ترجمه السيد محسن الامين - اعيان الشيعة: ٧٧ / ٢ - ٢١٤ والزركلي - الاعلام: ١٧٨ / ٥.

(٣) الشهيد الثاني - مسالك الافهام: ١٢ / ٢.

(٤) الكاساني - بدائع الصنائع: ٥٤ / ٣.

ولولا أهمية دلالة الكتابة على المراد لما اعتمدها هذا الفقيه وقدمها على غيرها من وسائل التعبير غير اللفظية. وما ذلك إلا لقوتها في الدلالة على المراد.

٤ - إنها أداة واضحة تعتمد - في الأغلب - الإرادة الظاهرة، خاصة إذا كان الكاتب في مقام الاعلام فلا يتسرب إليها الشك في حين تعتمد الإشارة على الإرادة الباطنة. وإذا كانت كذلك فقد يحصل في الاشتباه ولذا كانت الكتابة أقوى من الإشارة وعند اجتماع الدلائل يقدم الأقوى^(١).

٥ - إن علماء القانون يعطون الأولوية للكتابة بعد اللفظ في التعبير عن الإرادة نظراً لأهميتها يقول الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي: «فيصح أن يحصل التعبير عن الإرادة باللفظ - كما هو الغالب عملاً - كما أنه يسوغ أن يقع بالكتابة سواء أ جاءت في سند أم رسالة عرفية أم رسمية»^(٢).

المطلب الثالث:

المعاطاة

أولاً - حقيقة المعاطاة لغة وشرعاً:

ذكر الفيومي في معرض تعريف «عطا» لغة: «عطا زيد درهما: تناوله - يتعدى إلى ثان

(١) شلبي - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي: ٢٩٨.

(٢) د. عبدالفتاح عبدالباقي - دروس في مصادر الالتزام: ٦٣ / مطبعة نهضة مصر، ١٩٦٩ م.

ويراجع لزيادة الاطلاع في فقه القانون: د. جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام: ٧٧. ود. عبدالمجيد الحكيم -- الوسيط في نظرية العقد: ١ / ١٢٠ - ١٢١.

وقد أخذ بهذا المبدأ القانون المصري رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ إذ تنص المادة (١٢٨) منه على الآتي:

«اقرار الأخرس يكون بإشارته المعودة ولا يعتبر اقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الاقرار بالكتابة».

(٣) أحمد بن محمد بن علي الفيومي، الحموي، أبو العباس، لغوي شهير، ولد ونشأ بالفيوم بمصر، ورحل إلى حماة بسوريا فمقطنها حتى توفي فيها في حدود عام ٧٧٠ هـ من مؤلفاته «المصباح المنير» في اللغة و«نثر الجمان في تراجم الاعيان». ترجمه الزركلي - الاعلام: ١ / ٢١٦.

بالحزمة، فيقال: أعطيته درهما، والعطاء اسم منه.. والعطية ما تعطيه. والجمع عطايا. والمعاطة من ذلك لأنها مناوله لكن استعملها الفقهاء في مناوله خاصة ومنه فلان يتعاطى كذا اذا أقدم عليه وفعله»^(١).

وعرف الكاساني بقوله:

«إن حقيقة المبادلة بالتعاطي هو الأخذ والعطاء»^(٢).

وقال عنه الحطاب:

«إن يعطيه الثمن فيعطيه المثل من غير إيجاب ولا استيجاب»^(٣).

ومن هذا كله نستطيع أن نحدد حقيقة المعاطة بأنها المبادلة الفعلية بالأخذ والعطاء من طرفي العقد مع توفر قصد التمليك والتملك من دون تلفظ إيجاب وقبول. وكمثل لذلك أن يأتي الشخص إلى خباز فيأخذ منه عددا من الأرغفة ويعطيه قيمتها دون أن يقول له شيئا.

ولا فرق في المثل أن يكون رخيصا أو غاليا، زهيدا أو ثمينا. المهم أن يدفع المشتري الثمن ويعطيه البائع المثل من غير إيجاب أو قبول.

ويمكن أن نطلق على هذا اللون من العقد «العقد الفعلي» لأن التعامل في مثل هذا العقد قائم على المبادلة الفعلية أخذا وعطاء وليس قولاً شكلياً ينتهي إلى الأخذ والعطاء.

ولهذا يقول الفقيه الإمامي: «ان عناوين العقود تصدق على المنشأ بالفعل كما تصدق على المنشأ بالقول»^(٤).

وهذا اللون في التعامل الفعلي والذي سمي بالتعاطي هل يمكن أن يعتبر وسيلة صالحة للتعبير عن الإرادة التعاقدية؟ وهذا ما ستكشفه الصفحات التالية.

(١) الفيومي - المصباح المنير: ٢ / ٣٠ مادة (عطا)

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع: ٥ / ١٣٤.

(٣) الحطاب - المواهب الكليل: ٤ / ٢٢٨.

(٤) المرحوم السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي - حاشيته على المكاسب ٨٢ طبع إيران حجر، ١٣٢٤ هـ.

ثانيا - أركان المعاطاة:

وقد قرر الفقهاء أركاناً للمعاطاة ليتم التعامل بها ويترتب عليها الأثر الشرعي وهي:

الأول - معلومية البدلين:

ولا بد في حالة صحة التعامل في التعاطي أن يكون الثمن والمثمن معلوماً، فإن الجهل بهما أو بأحدهما - الثمن أو المثل - يجعل العقد غير نافذ^(١).

الثاني - الرضا:

كما أن من شرط صحة التعامل في المعاطاة توفر رضا الطرفين. إذ «يدل على الاكتفاء في تحقق البيع (بالتعاطي) بما دل على الرضا به من المتعاقدين»^(٢).

الثالث - التقابض:

وإذا لم يتم التقابض بين البائع والمشتري فلا تتحقق المعاطاة كما لو أن هناك شخصان مشترٍ وبائع يعطي المشتري الثمن للبائع ويسلم البائع المثل للمشتري، لتتم المبادلة الفعلية إذ المبادلة لا تتحقق عرفاً بين شخص واحد ولكن تجوزاً أطلق عليه تعاطياً. فالتقابض - أي تسلم الثمن والمثل - شرط صحة العقد. يقول الدردير: «بل وإن كان ما يدل عليه معاطاة من الجانبين ولو في غير المحقرات كالثياب والرقيق بأن يدفع المشتري الثمن للبائع ويأخذ المثل أو يدفعه له البائع وعكسه»^(٣).

(١) ابن الهمام - شرح فتح القدير: ٧٧ / ٥.

(٢) الشهيد الثاني - مسالك الافهام: ١ / ١٦٩ ومثله في الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٤ / ٤.

(٣) الدردير - الشرح الصغير: ٣ / ١٤ - ١٥ وانظر - الصاوي - حاشيته على الشرح الصغير ٣ / ١٤ والمرحوم

الانصاري - المكاسب: ٨١.

هذه أهم أركان المعاطاة التي ذكرها الفقهاء. فان معلومية البدلين تنفي الجهالة المؤدية إلى الضرر. وان الرضا هو العامل المميز بين حالتي أخذ المال بالحق أو بالباطل. كما أن التقابض بين البدلين يحقق معنى التعاطي، والذي هو المبادلة الفعلية. هذا مع عدم الاخلال ببقية الشروط اللازم توافرها. والتي يذكرها الفقهاء في موضعها. وعدم مخالفته للشرع مثلاً.

ثالثاً - مجال المعاطاة:

ان عقود المعاوضات هي في مقدمة العقود التي قال فقهاء الشريعة بجريان المعاطاة فيها كالبيع والاجارة وأمثالهما. لأن الأفعال لا بد وان تكون مصداقاً لعناوين العقود، ليصح انشاؤها بها ومن ثم تصبح بعد الانشاء مصداقاً للعقد وتشملها أدلة العقد. وبما أن الفعل يمكن وقوعه على وجوه متعددة فلا بد من القرينة المعينة لجهة الفعل الذي استعمل آلة لانشاء العقد فيكون المعطى في مقام المبيع قرينة على ان اعطاه بقصد انشاء البيع. وهكذا لو كان في مقام القرض، أو الهبة^(١)، أو الإعارة^(٢)، وغير ذلك من العقود، وليس للقرينة المعينة لجهة الفعل أي أثر في إنشاء المقصود بالفعل وبه. أي الفعل - وحده يتم انشاء المعاملة بعد تعيين جهة الفعل الصادر عن المتعاطين^(٣).

كما يمكن أن نعتبر نوعاً من التعاطي اليوم الطريقة المعتادة في العقود التي تسمى بلغة الحقوق الحديثة «عقود الاذعان»^(٤).

واذا كان القول الراجح للفقهاء بصلاح المعاطاة كوسيلة للتعبير عن الارادة في عقود المعاوضات فانهم اتفقوا على عدم جريانه في النكاح، واشترطوا الصيغة فيه،

(١) جاء في المجلة المادة ٨٣٩ ما نصه: «تنعقد الهبة بالتعاطي».

(٢) وجاء أيضاً في المجلة المادة ٨٠٤: «الاعارة تنعقد بالايجاب والقبول وبالتعاطي».

(٣) لزيادة الاطلاع يراجع: «الخونساري - منية الطالب في شرح المكاسب: ٨٠.

(٤) السنهوري - مصادر الحق: ٢ / ٧٤-٧٧ والزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١ / ٣٥٤.

«حتى لا يعلم انه وجد لاحد منهم قول بالمعاطاة فيه البتة»^(١).

وقد يرجع السبب في منع المعاطاة في عقد النكاح الى:

أ. أما لأن الشارع خصص ألفاظاً للنكاح وبها يفرق بين النكاح والزنا، وهو رأي بعض الفقهاء منهم الإمامية.

ب. وأما لأن الشهادة شرط في النكاح والشهادة انما تتم على الألفاظ، فما لم يتحقق نطق لم تقم الشهادة وهو رأي الجمهور.

كما ان الامامية لا ترى مجالا لجريان المعاطاة في الطلاق، والعتق، والنذر، لانه لا يمكن ايقاعه إلا بألفاظه المخصوصة ولقيام الاشهاد عليه، يقول المرحوم الحكيم: «الظاهر جريان المعاطاة في غير البيع من سائر المعاملات إلا في موارد خاصة كالنكاح والطلاق والعتق والنذر واليمين»^(٢).

رابعاً - أقوال الفقهاء في المعاطاة:

ولقد اختلف الفقهاء في اعتبار التعاطي، ويمكن حصره بثلاثة أقوال:

الأول: القائلون بالمنع: وهذا ما ذهب إليه بعض فقهاء الإمامية^(٣) والحنفية^(٤) والشافعية^(٥) والزيدية^(٦)، وعلى أساس أن الذي يحقق معنى البيع هو الصيغة المتمثلة بالايجاب والقبول.

الثاني: القول بجريانها في القليل: وهو قول لبعض فقهاء الحنفية^(٧) ورأي

(١) محمد علي مفتي المالكية - تهذيب الفروق: ٣ / ١٨١ هامش الفروق للقرافي الطبعة سألقة الذكر. وابن نجيم - البحر الرائق: ٣ / ٨١ والخونساري - منية الطالب ٨٠.

(٢) المرحوم الحكيم - منهاج الصالحين: ٢ / ١٦ بحث شروط العقد مسألة (١٠).

(٣) المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢ / ١٣ والشهيدان - الروضة البهية ٢ / ٢٢٢.

(٤) حاشية سعدي جلبي على شرح العناية على الهداية: ٥ / ١٧٢ مطبوع هامش فتح القدير - للكمال بن الهمام.

(٥) السيوطي - الاشباه والنظائر: ١٠٩ / طبعة البابي - مصر ١٩٣٨ والشيرازي - المذهب: ١ / ٢٥٧.

(٦) ابن المرتضى الزيدي - البحر الزخار: ٤ / ٢٩٩.

(٧) الكاساني - بدائع الصنائع: ٥ / ١٣٤ نقلاً عن القدوري الفقيه الحنفي وابن مودود الموصلي - الاختيار: ٢ / ٤ نقلاً عن الكرخي الفقيه الحنفي.

الشافعية^(١) والحنابلة^(٢)، والامامية^(٣)، والزيدية^(٤).

والقائلون بجريان المعاطاة في القليل الرخيص لم يقولوا بأنه لا يفيد الملك، إنما اباحة التصرف في البديلين للطرفين بقصد التسهيل على الناس^(٥)، وقد أجازها الفقهاء نظراً لكثرة التعامل بها. ففي الحقيقة لم يختلفوا عن المانعين، إذ القولان متفقان على أن المعاطاة لا تفيد الملك.

الثالث: القول باعتبار المعاطاة ولعل من أبرز القائلين باعتبار المعاطاة وجريانه في انعقاد العقد هم فقهاء الحنابلة والمالكية، ورتبوا عليه أحكام العقد في المعاوضات دون النكاح، ثم من بعدهم عدد من فقهاء الحنفية وعدد من فقهاء الإمامية وبعض فقهاء الشافعية.

فالفقه الحنبلي يرى في المعاطاة أداة صالحة للتعبير عن الإرادة في انعقاد العقد ولأنه دلالة حالية على عقد البيع^(٦).

والفقه المالكي له نفس الرأي بالنسبة للمعاطاة، إذ يؤيد اعتباره ويراه في مرتبة واحدة مع اللفظ، بشرط أن يتم فيه التقابض «لأن الفعل يدل على الرضا عرفاً والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما في يد غيرك بعوض ترضاه فلا يشترط القبول ويكفي الفعل كالمعاطاة»^(٧).

(١) الشربيني - مغني المحتاج: ٤ / ٢ نقلاً عن ابن سريج البغدادي والروماني، والبيجوري - حاشيته على شرح الغربي: ١ / ٣٥٥ طبع مطبعة أحمد بن سعيد. القاهرة

(٢) البهوتي - كشف القناع: ١٤٨ / ٢ وابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير: ٤ / ٤ مطبوع مع المغني لابن قدامة أوفست بيروت.

(٣) الشيخ الطوسي - الخلاف: ١ / ١٩٩ والعاملي - مفتاح الكرامة: المتاجر - ٣.

(٤) ابن المرتضى الزيدي - البحر الزخار: ٤ / ٢٩٩.

(٥) قال المرحوم الانصاري في المكاسب: ٢٩٣ «ولازم ذلك أن المعاطاة لا تؤثر شيئاً ولكن تعامل الناس بها وانتشارها بينهم كان سبباً للتسهيل عليهم وإقرارهم على ما جرت سيرتهم فيها».

(٦) انظر ابن قدامة المغني: ٤ / ٤ طبعة بيروت والبهوتي - كشف القناع: ١٤٨ / ٢ وأبو النجا المقدسي - الاقناع: ٥٦ / ٢ وابن النجار - منتهى الارادات: ١ / ٣٢٨.

(٧) راجع: الخطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٢٢٨ والدردير - الشرح الكبير: ٣ / ٢ والدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ٣ / ٢ والصاوي - حاشيته على الشرح الصغير: ٣ / ١٤.

في حين انضم الفقه الحنفي - في المعاطاة - أربعة اتجاهات، فمن عدم الاعتبار بها مطلقاً كما ذكر سعد جلبي^(١) في تعريفه للمعاطاة^(٢)، إلى قبوله في الأشياء الخسيسة - كما يرى الكرخي^(٣) والقُدوري^(٤)، إلى جريانه في الغالي والرخيص مطلقاً^(٥)، إلى شمول صحة التعاطي حتى لو تم القبض من جانب واحد - سواء كان الثمن أو المثلثين - وهو رأي محمد بن الحسن^(٦).

أما في الفقه الإمامي فقد ذهب أغلب الفقهاء القدامى إلى عدم الاعتماد على المعاطاة، لأنه لا ينتج منها إلا إباحة التصرف العوضين بكل أنواع التصرفات. ولكن هذا الرأي لم يصمد أمام رأي المتأخرين من فقهاءهم الذين اعتبروا المعاطاة بيعاً إذا كان في مقام البيع ويقصده، فالفقيه الطباطبائي اليزدي^(٧) يقول: «والأقوى أن (المعاطاة) مع ذلك بيع إذا كان في مقام البيع ويقصد، بل الأقوى انه لازم»^(٨).

ثم تطور الاعتداد بالمعاطاة عند الفقهاء المتأخرين إلى جريانه ولزومه حتى وان حصل القبض من طرف واحد يقول المرحوم الحكيم: «الظاهر وقوع البيع بالمعاطاة

(١) سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعد جلبي، من فقهاء الحنفية، توفي عام ٩٤٥هـ له حاشية على شرح العناية على الهداية، قاضي حنفي ومن علماء الروم نشأته ووفاته في الأستانة. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٤ / ٨٨ - طبعة رابعة.

(٢) سعدي جلبي - حاشيته على الشرح العناية على الهداية: ٥ / ١٧٢ مطبوع في هامش فتح القدير.

(٣) عبيدالله بن الحسين أبو الحسن الكرخي فقيه انتهت إليه رئاسة الحنفية في العراق. من أهالي الكرخ في بغداد ولد وتوفي فيها عام ٣٤٠هـ. من مؤلفاته «شرح الجامع الصغير» و«شرح الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن الشيباني. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٤ / ٢٤٧.

(٤) أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسن القدوري فقيه حنفي ولد وتوفي ببغداد عام ٤٨٢هـ. انتهت إليه رئاسة الحنفية في العراق. من مؤلفاته «مختصر القدوري» في الفقه الحنفي. ترجمه الزركلي - الاعلام: ١ / ٢٠٦.

(٥) الكاساني - بدائع الصنائع: ٥ / ١٣٤.

(٦) الكمال بن الهمام - فتح القدير: ٥ / ٧٧.

(٧) محمد كاظم بن عبد العظيم الطباطبائي اليزدي من فقهاء الامامية وكبار شخصياتها في القرن الرابع عشر الهجري مولده ووفاته في النجف الأشرف، عام ١٢٣٧هـ. من مؤلفاته «العروة الوثقى» فقه مطبوع وكتابه هذا أصبح من بعده مصدراً لكثير من الشراح والمحشين عليه.

(٨) الطباطبائي اليزدي - حاشيته على المكاسب: ٨٢ ويراجع لزيادة الاطلاع الشهيد الثاني - مسالك الافهام: ١ / ١٩٩، والعاملي - مفتاح الكرامة - المتاجر: ١٩٠.

بأن ينشئ البائع البيع بإعطائه المبيع إلى المشتري وينشئ المشتري القبول بإعطاء الثمن إلى البائع . ولا فرق في صحتها بين المال الخطير والحقير وقد تحصل بإعطاء البائع المبيع ، وأخذ المشتري بلا إعطاء منه ، كما لو كان الثمن كلياً في الذمة أو إعطاء المشتري الثمن ، وأخذ البائع له بلا إعطاء منه ، كما لو كان المثلث كلياً في الذمة»^(١) . وإلى هذه السعة في اعتبار المعاطاة ذهب بعض فقهاء الشافعية وفي مقدمتهم أبو زكريا النووي^(٢) ، لأنه لم يثبت اشتراط اللفظ ، فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة^(٣) .

(١) المرحوم الحكيم - منهاج الصالحين: ٢ / ١٥ بحث شروط العقد، مسألة رقم ٦. ورغم أن الامامية ذهبوا في المعاطاة إلى نفس ما ذهب إليه فقهاء الحنفية ومن قبلهم فقهاء المالكية واعتدوا بجريانه إلى درجة من الاعتبار حتى لو تم القبض من طرف واحد. ولكن هناك من ينسب إليهم القول بعدم الاعتبار فالمرحوم السنهوري في (مصادر الحق: ١ / ١٢١) نسب إليهم القول بعدم جواز المعاطاة ونقل فقرات اقتطفها من أقوال بعض فقهاء الامامية التي عرضها العاملي في كتابه (مفتاح الكرامة - المتاجر: ١٥٥) ولم يراجع بقية المصادر الفقهية الامامية ليقف على جلية الأمر. كما أن الأستاذ مذكور في كتابه (المدخل للفقه الاسلامي: ٥٢٩) يرى بأن «الشافعية والشيعة في أصل مذهبهما لا يعترفون بانعقاد العقد بالتعاطي لعدم وضوح الأفعال في الدلالة على الارادة عدا التافه من الأمور كبيع الجريدة والرغيف». وكذلك الدكتور سوار في كتابه (التعبير عن الارادة: ٢٤٤) يقول: ان الشيعة يمثلون السلبية في اعتبار المعاطاة وانهم من أصحاب الرأي المضيق في هذا الأمر وقد اعتمد الدكتور سوار نفس المصدر الذي اعتمدته المرحوم السنهوري.

وإذا رجعنا إلى مصادر الامامية نجد أن الشيخ المفيد من كبار فقهاء الامامية في القرن الرابع الهجري - يصرح بقوله: «البيع ينعقد على تراضي بين الاثنين فيما يملكان التبائع له إذا عرفناه جميعاً وتراضياً بالبيع وتقابضاً وافترقا بالابدان».

وعلق الشهيد الثاني من فقهاء الامامية في القرن العاشر الهجري على النص المتقدم بقوله: «ان كلام المفيد - رحمه الله - يدل على الاكتفاء في تحقيق البيع بما دل على الرضا به من المتعاقدين إذا عرفاه وتقابضاه وقد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب إلى ذلك أيضاً لكن يشترط في الدال كونه لفظاً، وإطلاق كلام المفيد أعم منه والنصوص المطلقة من الكتاب والسنة الدالة على حل البيع وانعقاده من غير تقييد بصيغة خاصة يدل على ذلك. فانا لم نقف على دليل صريح في اعتبار لفظ معين» راجع (الشهيد الثاني - مسالك الافهام: ١ / ١٦٩ والعاملي - مفتاح الكرامة - المتاجر: ١٩٠).

وهذه النصوص تفيد أن القول باعتبار التعاطي عند الامامية من القديم وانه تطور بالتدرج بحيث أصبح عند الفقهاء المعاصرين له سعة، حتى اعتبر ولو كان من جانب واحد، كما ذكر المرحوم الحكيم - أعلاه.

(٢) يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي النووي أبو زكريا محي الدين، من كبار فقهاء الشافعية. ولد في «نوا» عام ٦٢١هـ. من قرى حوران بسوريا. وتعلم في دمشق وتوفي عام ٦٧٦هـ. له مؤلفات عديدة منها: «منهاج الطالبين» فقه مطبوع، و«المجموع» «شرح المذهب» مطبوع. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٩ / ١٨٤.

(٣) السيوطي - الاشباه والنظائر: ١٠٩، والشربيني - مغني المحتاج: ٢ / ٢٣-٢٤.

خامسا - خلاصة القول في المعاطاة:

إن فقهاء المذاهب اختلفوا في هذه المسألة، وانتهت أقوالهم إلى ثلاثة، كما تقدم. ويمكن أن نذهب من دون تردد إلى ترجيح الرأي الثالث، وهو الاعتبار المطلق للمعاطاة في العقود، إلا ما خرج منها بدليل خاص كالنكاح عند عامة الفقهاء، والطلاق عند الإمامية، على أساس أن الصيغة اللفظية في هذين هي الأساس في تمييزهما عن الآثار المترتبة عليهما من حيث الحلية والحرمة ودرء العقاب على السلوك المحرم في النكاح، واختلاط الانساب في الطلاق عند الذين خصصوا إيقاع الطلاق بالصيغ اللفظية المحددة من الشارع. نرجح هذا الرأي لسببين:

الأول - إن الأساس في صحة التصرف في المعاملة العقدية هو توفر الرضا بين البائع والمشتري، لیتملك كل منهما حقه لدى الآخر بطريق مشروع، وإرادة حرة منورة. ولا يمنع تحقق ذلك بأي طريق حصل، طالما هو تصرف سليم لم يضر بالغير وإن الرضا متوفر فيها.

الثاني - إن حقيقة المعاطاة اللغوية هي المبادلة بين شيئين - الأخذ والعطاء - ولا يتم إلا بين طرفين وحيث لم يثبت من الشرع الأمر بالالتزام بصيغة معينة في البيع، وإن التباني العرفي، وإقرار غالبية الفقهاء بعدم رفض مثل هذا التصرف، إذاً فما الذي يمنع من اعتبار أسلوب المعاطاة صحيحاً وملزماً في انعقاد العقود، إلا ما جاء في نص من الكتاب أو السنة في اشتراط الصيغة اللفظية، فلا يمكن حينذاك الاجتهاد فيه لوجود النص؟!!

وبهذا الرأي الموسع للمعاطاة أخذ القانون المدني العرفي في المادة (٧٩) منه والمدني الكويتي في مادته (٣٤) حيث نصتا على ما يلي:

«كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس. وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي...»

سادساً - مفاد المعاطة شرعاً:

القائلون باعتبار المعاطة وجريانها في انعقاد العقد رتبوا الأثر الشرعي لها في قولهم هذا فما هو مفاد هذا الأثر؟ ان مفاد المعاطة الشرعي لا يخلو من أحد هذه الوجوه:

الأول - افادة الملكية اللازمة ومعناه صحة التصرف للمشتري فيما اشتراه تصرف المالك بملكه بكل حرية. ولا يمكن العدول عن العقد ما دام قد استوفى شروطه.

الثاني - افادة الملكية الجائزة. ومعناه ان لكل من الطرفين أن يسترجع ما سلمه للطرف الآخر مادام استرجاعه ممكناً. ويكون لازماً بتلف أحد العوضين أو التصرف المغير للعين والناقل لها، أو موت أحد العاقلين، فهي بيع، لكن لم تكن كالعقد في اللزوم.

الثالث: إفادة الإباحة المطلقة الشاملة لجميع التصرفات بالعوضين حتى التي لا تسوغ لغير المالك كرهن العين المقبوضة بالتعاطي ونحو ذلك، إذ لا رهن ولا بيع ولا عتق إلا في ملك.

الرابع - إفادة إباحة خاصة غير شاملة بحيث لا تتوقف على الملكية كاستخدام الجارية ولكن لا يجوز له بيعها أو وطؤها.

وإذا عدنا إلى القائلين باعتبار المعاطة، نرى:

١ - ان الحنابلة والمالكية يرون بيع المعاطة - وهو الدلالة الفعلية - ندأً للصيغة اللفظية - وهي الدلالة القولية - وحيث كان حكم الدلالة القولية اللزوم فكذلك حكم الدلالة الفعلية اللزوم^(١).

٢ - ولم يختلف الفقه الحنفي - في النتيجة - عن الفقه الحنبلي والمالكي في مفاد المعاطة اللزوم^(٢).

(١) يراجع: ابن قدامة - المغني: ٤ / ٣-٤ والدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير للدردير: ٣ / ٣.

(٢) اعتبر الفقيه الحنفي ابن عابدين في (رد المحتار: ٤ / ٥١٤) التعاطي من جانب واحد بيعاً لازماً، لا يجوز لأحد الطرفين فسخه، والرجوع عنه، فمن باب أولى أن يكون التعاطي من الجانبين - وهو الأخذ والعطاء - بيعاً لازماً.

٣ - والذين ذهبوا من فقهاء الشافعية إلى اعتبار المعاطاة فهم لم يفرقوا بينه وبين البيع الحقيقي نظراً لاقرار العرف له^(١).

٤ - أما الامامية فان قسماً من فقهاءهم القدامى يرون أن المعاطاة لا ينتج منها إلا إباحة التصرف العوضين بكل أنواع التصرفات يقابل هذا رأي لفقيه الامامية الشيخ المفيد من قدامى فقهاءهم^(٢) بأنه يفيد الملك اللازم، وبعضهم يرى أنها تفيد الملك الجائز وهو الرأي السائد للفقهاء المتأخرين منهم ولكل واحد من المتعاقدين أن يسترجع ما سلمه للآخر مادام الثمن، أو المثلن موجوداً ومع تلفهما أو أحدهما تصبح لازمة^(٣). ولم يذهب أحد من فقهاء الإمامية إلى اعتبار المعاطاة بيعاً فاسداً، إلا العلامة الحلي^(٤) من فقهاء القرن الثامن الهجري في كتابه «نهاية الأحكام». وقد تراجع عن هذا الرأي في الكتب التي ألفها بعد النهاية^(٥).

(١) اعتبر بعض فقهاء الشافعية أن العقد بالمعاطاة من الكبائر وبعضهم ذهب إلى أنه من الصغائر وهو المعتمد عند الفقيه الشيرازي - حاشيته على نهاية المحتاج: ٣ / ٣٦٤.

(٢) محمد بن محمد بن النعمان بن عبد السلام، يرفع نسبه إلى قحطان، أبو عبدالله المعروف بالشيخ المفيد، محقق امامي، انتهت إليه رئاسة الشيعة في بغداد حينذاك. ولد في عكبر قرب بغداد عام ٢٣٦ هـ. وتوفي ببغداد عام ٤١٢ هـ. له نحو مئتي مصنف منها «الارشاد» في تاريخ النبي والأئمة من آل البيت. و«الرسالة المقنعة» فقه. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٧ / ٢٤٥.

(٣) المرحوم الاصبهاني - وسيلة النجاة: ١١ / ٢ بحث المعاطاة في البيع مسألة ٩.

(٤) الحسن بن يوسف بن علي بن المطهر، المعروف بالعلامة الحلي، من كبار فقهاء الامامية، مولده ووفاته بالحلة من محافظات العراق عام ٧٢٦ هـ. له مؤلفات عديدة متنوعة وتربوا على الأربعين مؤلفاً. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢ / ٢٤٤.

(٥) العاملي - مفتاح الكرامة - المتاجر: ١٥٥.

المطلب الرابع:

السكوت

أولاً - حقيقة السكوت:

قال الفيومي - في حقيقة السكوت اللغوية: «سكت، سكتا، وسكوتاً، صمت. وبعضهم يجعله بمعنى أطرق»^(١).
ويوضحه السنهوري «بأنه موقف سلبي محض، فالساكت لم يعبر بطريق إيجابي عن أية إرادة»^(٢).
ولهذا فهو مظهر يختلف عن سائر المظاهر التي يمكن التعبير بها عن الإرادة لفظاً أو كتابة أو إشارة أو معاطاة.

ثانياً - أقسامه:

وينقسم السكوت إلى قسمين:

- ١ - السكوت المجرد وهو صمت محض غير محفوف بقريضة خارجية تعبر عن أية إرادة.
- ٢ - السكوت الملابس - وهو صمت ظاهري محفوف بقريضة خارجية تدل على إرادة معينة. وقد يسمى هذا السكوت الملابس تعبيراً بـ «طريق الدلالة»^(٣).

(١) الفيومي - المصباح المنير: مادة (سكت)

(٢) السنهوري - مصادر الحق: ١ / ١٢٦.

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع: ٦ / ٢٢٥ «وأما الاذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهاه يصير مأذوناً في التجارة عندنا» وقال أيضاً في (نفس المصدر: ٦ / ٢٢٥): «ثم الانكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صحيح الانكار. وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعي من غير آفة».

والسكوت من حيث هو عدم لا ينتج أثراً، لأن العدم لا يدل على شيء، وعلى هذا المعنى فالسكوت لا يمكن أن يعبر عن الإرادة لأنه عمل سلبي محض، فإذا وجه شخص إيجاباً لآخر فإن سكوت من وجه إليه هذا الإيجاب عند علمه به وعدم رفضه لا يعتبر قبولاً منه له ولا يتم العقد. وتتفق القاعدة القانونية على هذا النحو مع الحقائق الاجتماعية، لأن سكوت الموجه إليه الإيجاب لا يفيد حتماً قبوله له فقد يركن إلى السكوت رغبة في التروي، أو لأنه لا يروقه ولا يريد أو يجشم نفسه مؤنة رفضه^(١). كما تؤيد هذه الحقيقة الشرعية القاعدة المشهورة «لا ينسب إلى ساكت قول»^(٢) فالذي يلزم جانب الصمت لا يمكن أن يقال عنه أنه أفاد شيئاً^(٣).

لكن هذا السكوت إذا لابسته قرينة خارجية أو حفت به ظروف معينة، اختلفت حالاته فنقلته من السكوت المجرد إلى السكوت الملابس وجعلته دالاً على اتخاذ موقف، وأمكن اعتبار السكوت وسيلة للتعبير عن الإرادة وأن ظروف الحال لا تدع شكاً في دلالاته على حقيقة مقصودة^(٤)، ويكون حينئذ «السكوت في معرض الحاجة بيان»^(٥) ويعتد به.

(١) د. محمود جمال الدين زكي - الوجيز في نظرية الالتزام: ١ / ٧٧ طبع جامعة القاهرة ١٩٧٦ م.

(٢) نسب السيوطي في (الاشباه والنظائر: ١٥٨) هذا القول للامام الشافعي، وأخذته المجلة في المادة (٦٧).

(٣) د. سوار - التعبير عن الإرادة: ٢٦٥.

(٤) أورد فقهاء القانون ثلاثة أمثلة يمكن أن يكون السكوت صالحاً للتعبير عن الإرادة فيها - وهي:

أ - إذا كان هناك «تعامل سابق» واتصل الإيجاب بهذا التعامل، فإن السكوت عن الرد يعتبر قبولاً.

ب - وإذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول. حيث يعتبر أن العقد قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب.

ج - وإذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه. فإن سكوت هذا الأخير عند علمه به وعدم رفضه له يعتبر قبولاً. كالعارية تعرض على المستعير فيسكت فيعتبر قابلاً لها ويتم العقد.

راجع: د. محمود زكي - الوجيز في نظرية الالتزام: ١ / ٧٨-٨١.

(٥) المجلة مادة (٦٧).

ثالثاً - هل يعتبر السكوت إرادة ضمنية؟

ثم هل يمكن اعتبار السكوت إرادة ضمنية؟
والجواب على ذلك: ان التعبير الضمني أعم من السكوت، لأنه وضع إيجابي يستخلص من ظروف إيجابية تدل عليه. أما السكوت فهو مجرد وضع سلبي محض^(١).
وقد يتضمن التعبير الضمني إيجاباً أو قبولاً. أما السكوت فلا يمكن أن يتضمن إيجاباً بل هو يصدر دائماً ممن وجه إليه الإيجاب^(٢).
وأرى أن ثمرة هذه المسألة تنحصر في:
أولاً: اعتبار السكوت في القبول لا الإيجاب، لأنه عمل إيجابي لا يمكن أن ينتج من السكوت المجرد. وكذلك القبول كتعبير عن الإرادة لا يمكن أن يكون ناتجاً بالأصل من هذا السكوت. إنما القرائن التي تحف به أو الظروف الخارجية الملازمة له هي التي تعطي السكوت الصورة المعبرة عن الإرادة في القبول أو الرفض.
وثانياً: إن السكوت الملازم وحده هو الذي ينتج الأثر سلباً أو إيجاباً، ويكون معبراً عن إرادة صاحبه.

رابعاً - مدى اعتبار السكوت في الشريعة:

وبعد هذا، فهل للسكوت - كوسيلة تعبيرية غير لفظية - اعتبار في الشريعة؟
تقدمت الإشارة إلى القاعدة الفقهية التي نسبت للإمام الشافعي بأنه «لا ينسب لساکت قول» لأن السكوت عدم، والعدم لا ينتج شيئاً، كما أن التصرفات قائمة على أساس التراضي، ولا يتوفر هذا من خلال السكوت المجرد لأنه عمل سلبي محض^(٣).

(١) د. محمود زكي - الوجيز في نظرية الالتزام: ١ / ٧٧، د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ١٤٩.

(٢) د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ١٤٩.

(٣) يراجع: ابن ملك - شرح المنار: ٢٤٠، والسرخسي - المبسوط: ٣ / ١٤٠، والعلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٧ / ٩،

والشهيد الثاني - الروضة البهية: ٢ / ٢٢٤، والدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير - ٣ / ٤٠٦.

ولكن فقهاء الشريعة رتبوا الأثر الشرعي على السكوت المحفوف بالقرينة، وأعطوه القابلية، لأن يكون أداة صالحة للتعبير عن الإرادة. وعلى سبيل المثال: فقد يرى أغلب الفقهاء على أن سكوت الفتاة دليل على موافقتها بالزواج وخاصة البكر، لأن الغالب منهن يمنعهن الحياء من التكلم والتصريح بالقبول.

ومثل لو سكن رجل في دار غيره وقال له صاحب الدار: أريد بدل سكنك عن كل شهر ديناراً فسكت فانه يلزم بالدينار لو استوفى المنفعة شهراً، وهكذا^(١).

وهذا ما يوضح الشق الثاني من القاعدة المشهورة «لا ينسب لساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان»^(٢).

«فالسكوت يعد قبولاً ولا يدل على الرضا إلا في موارد مخصوصة يكون شاهد الحال فيها دليلاً على الرضا أما السكوت بذاته فلا يدل على شيء»^(٣).

ولقد ذكر كل من السيوطي^(٤) - الفقيه الشافعي^(٥) - وابن نجيم^(٦) الفقيه الحنفي

(١) ومن الأمثلة على اعتبار السكوت ما ينقله: المرداوي الحنبلي في (الانصاف: ١٢ / ١٤) «وان سمع (شخص) إنساناً يقر بنسب أب أو ابن فصدقه المقر له، جاز أن يشهد له به وان كذبه لم يشهد «وان سكت جاز أن يشهد على الصحيح من المذهب».

وقال الكاساني في (يدائع الصنائع: ٧ / ١٩٢) ومنها: «سكوت مجهول النسب إذا باعه إنسان بحضرته وقال له: قم مع موكلك فقام وسكت انه يكون إقراراً منه بالرق حتى لا تسمع دعواه في الحرية بعد ذلك».

وقال السيوطي في (الاشباه والنظائر: ١٥٨): «ومنها سكوت المدعى عليه عن الجواب بعد عرض اليمين عليه يجعله كالمنكر الناكل وترد اليمين على المدعي».

وذكر الصاوي في (حاشيته على الشرح الصغير: ٢ / ١٦٦-١٦٧) قائلاً: «إذا طلع (المشتري) على العيب وسكت ثم طلب الرد فان كان سكوته لعذر سفر أو غيره رد مطلقاً طال أولاً بلا يمين وان كان سكوته بلا عذر فان رد بعد نوم أو نحوه أجيب لذلك مع اليمين انه لم يرض ...».

(٢) المجلة - مادة (٦٧).

(٣) كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ٢ / ٤٨.

(٤) عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضير السيوطي، جلال الدين، ولد عام ٨٤٩هـ. ونشأ في القاهرة يتيماً، ودرس وحصل العلم فيها حتى صار من الفضلاء المشهورين، وتوفي بالقاهرة عام ٩١١هـ. له مؤلفات عديدة منها: «الاتقان في علوم القرآن» و«الاشباه والنظائر» في فروع فقه الشافعية، و«تنوير الحوالك في شرح موطأ الامام مالك». ترجمه الزركلي - الاعلام: ٧١ / ٤.

موارد اعتبر فيها السكوت الملابس صالحاً للتعبير عن الإرادة وترتب الأثر الشرعي عليه.

خامساً - السكوت في القانون:

وهكذا الشأن في القوانين المدنية، فالرأي السائد لدى فقهاء القانون: ان السكوت المجرد لا يعتبر به إلا إذا رافقته قرينة تضيف على السكوت ما تظهر حقيقة الاعتداد. فمن يسكت لا يمكن أن ينسب إليه خطأ أو تقصير. كما ان إرادة الموجب لا تستطيع وحدها أن تنشئ مثل هذا الالتزام على عاتق من يوجه إليه الإيجاب. لكن قد يرد على هذه القاعدة استثناء تضمنته القاعدة الفقهية التي تقول: «إن السكوت في معرض الحاجة بيان» ومعنى هذا ان السكوت إذا صاحبه ظروف تخلع عليه دلالة الرضاء فانه حينئذ يعتبر قبولاً. وهذا هو الذي يقال له «السكوت الملابس»^(١).

وقد تضمنت المادة (٩٨) مدني مصري أمثلة لهذا النوع من السكوت:

١- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فان العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

٢- ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

وتقابلها المادة (٨١) / ف عراقي ونصها:

«ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين

→ (٥) السيوطي - الاشباه والنظائر: ١٥٨.

(٦) ابن نجيم - الاشباه والنظائر: ١٥٤.

(١) د. الصدة - محاضرات في القانون المدني: ١ / ٨٥-٩٥.

واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه. وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط».

وقريب من هذا النص المدني الكويتي الفقرة ٢ المادة (٤٤):
وهذه الحالات التي تضمنتها المواد القانونية السالفة الذكر ليست إلا مجرد أمثلة. فكل سكوت ملابس في غيرها يكفي قبولا. وهذا هو الرأي السائد اليوم في القوانين الحديثة العربية منها وغير العربية، وإن كان تطبيقها على الفروع والوقائع لم يكن على نمط واحد في جميع البلاد^(١).

(١) ففي الفقه الانكليزي يضيق مجال السكوت وفي سنة ١٩٥١ بدأ القضاء الفرنسي يتجه إلى اعتبار السكوت في نطاق الواجبات المهنية خطأ تقصيرياً يلزم من ارتكبه بتعويض الضرر الذي لحق الغير حتى وإن لم يكن المسؤول ملزماً بالكلام طبقاً لنص في العقد أو في القانون.
وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر في ٢٧ شباط ١٩٥١ بتحقيق مسؤولية المؤرخ التقصيرية إذا سكت عن ذكر أعمال ومخترعات المدعي في حقل معين حتى وإن كان هذا السكوت مجرداً عن سوء القصد وتعمد الضرر».

لزيادة الاطلاع راجع:

(السنهوري - الوسيط: ١ / ٢٢٠-٢٢٦، د. محمصاني - الموجبات والعقود: ٢ / ٣٠٧، د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ١٤٨-١٥٤، د. غني حسون طه - الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١ / ١١٤-١١٧).

الفصل الثالث

حقيقة العيب في الإرادة

ويضم البحوث التالية:

المبحث الأول: لماذا اخترت مصطلح «عيب الإرادة»؟

المبحث الثاني: تحديد عيوب الإرادة.

المبحث الثالث: الفرق بين الإرادة المعيبة وغيرها.

المبحث الرابع: علاقة نقص الأهلية بعيب الإرادة.

المَبْحَثُ الأوَّل

لِمَاذَا اخْتَرْتُ مُصْطَلَحَ «عُيُوبُ الْإِرَادَةِ»؟

أولاً - مصطلح «عيوب الإرادة»:

١ - تعريف العيب

أ - العيب لغة: الوصمة، والنقص، وجمعه أعياب، وعيوب^(١). وقال الراغب الأصفهاني^(٢): العيب الأمر الذي يصير به الشيء عيباً، أي مقراً للنقص. وعيبه جعلته معيباً أما بالفعل - كما قال (تعالى): ﴿فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا﴾. وأما بالقول: وذلك إذا ذمته، نحو قولك: عبت فلاناً^(٣).

ب - وفي القرآن الكريم: وردت مادة «عيب» مرة واحدة، حيث قال سبحانه: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا، وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْباً﴾^(٤) وهذا المعنى مطابق للمعنى اللغوي.

ج - وفي السنة الشريفة: فقد وردت عدة أحاديث تتضمن هذا المصطلح منها: قوله

(١) يراجع الجوهري - الصحاح: ١ / ٢٩٠ والزبيدي - تاج العروس: ١ / ٤٠٢، مادة «عيب».

(٢) الحسين بن محمد بن المفضل، أبو القاسم الأصفهاني المعروف بـ «الراغب» من الحكماء العلماء، من أهل أصبهان، ثم سكن بغداد، واشتهر فيها حتى وفاته عام ٥٠٢ هـ، من مؤلفاته: «المفردات في غريب القرآن» و«حل متشابهات القرآن» و«الذريعة إلى مكارم الشريعة». ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢ / ٢٧٩.

(٣) الراغب الأصفهاني - المفردات في غريب القرآن: ٣٥١.

(٤) سورة الكهف: آية ٧٩.

صلى الله عليه وآله وسلم «المسلم أخو المسلم ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه له»^(١) وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «من باع عيباً لم يبينه لم يزل في مقت الله»^(٢) ولم يختلف المعنى في هاتين الروايتين عن المعنى اللغوي.

د. أما في المصطلح الفقهي: فقد عرف العيب بأنه: «كل ما زاد عن الخلقة الأصلية أو نقص عينا كان أو صفة»^(٣).

كما عرف بأنه: «نقيصة يتقضي العرف سلامة المبيع عنها غالباً»^(٤). وفي المقارنة بين التعريفين نرى أن التعريف الأول أكثر تفصيلاً من الثاني. مع أن الثاني يتماشى مع العرف. إذ العيب فيه لم يقتصر على النقيصة بل تعداه إلى القول بأن الزيادة على الطبيعة عيب أيضاً.

هـ. وعرفه القانون: «انه الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع»^(٥).

(١) رواد ابن ماجه في سننه - كتاب التجارات / باب (من باع عيباً فليبينه) ٢ / ٧٥٥ طبعه دار احياء الكتب العربية بالقاهرة ١٣٥٢هـ. كما رواه الحاكم في المستدرک - كتاب البيوع باب (من باع من أخيه بيعاً فيه عيب) ٢ / ٨. وقال عنه «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه». وذكره الشوكاني - نيل الاوطار ٩ / ٢٢٥ بزيادة: «... ولا يحل لغيره ان علم بذلك ان يكتمه عن المشتري إذا رآه انه اشتراه ولم يعلم به».

(٢) ابن ماجه - المصدر المتقدم. وزاد في نهايته «ولم تزل الملائكة تلعه».

(٣) الشهيديان - الروضة البهية: ٢ / ٤٧٣-٤٧٤.

(٤) البهوتي - كشف القناع: ٣ / ٢١٥.

(٥) د. منصور مصطفى منصور - تحديد فكرة «العيب» الموجب للضمان في عقدي البيع والايجار: ٥٦٤ بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين الشمس، القاهرة العدد الثاني السنة الأولى يوليو ١٩٥٩ وقال:

«اهية العيب: لم يبين المشرع الفرنسي ولا المشرع المصري، ماهية العيب وقد عرفته محكمة النقض المصرية في ظل القانون القديم تعريفاً أصبح شائعاً يردده الفقهاء عادة فقالت انه «الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع».

ويراجع: د. عبدالرسول عبدالرضا - الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي ٢١ طبع المطبعة الفنية الحديثة القاهرة ١٩٧٤م، (رسالة دكتوراه).

٢ - عيوب الارادة

لم يرد هذا المصطلح «عيوب الارادة» في المصادر الفقهية الاسلامية القديمة إنما تطرق علماء الفقه المحدثون عند حديثهم عن الارادة إلى بحوث اعتبرت أسبابا لانتقاص الارادة وأسمائها بعضهم بـ «عيوب الارادة»^(١)، والبعض الآخر بـ «شوائب الرضا»^(٢).

ثانيا - دواعي اختيارنا لمصطلح عيوب الارادة:

ونختار المصطلح الأول «عيوب الارادة» للأمور التالية:

١ - للفرق بين العيوب والشوائب

أ - إن معنى «العيوب» لغة - كما أشرنا - النقص. وبهذا المعنى وردت في القرآن الكريم والفقه الاسلامي، ومعنى «الشائبة» الخلط والخداع^(٣).

(١) السنهوري - مصادر الحق: ٩٧/٢ ومذكور - الفقه الاسلامي: ٥٦٩ وعيسوي - المدخل للفقه الاسلامي: ٥٧٧. ود. توفيق فرج - النظرية العامة للالتزام: ٩٨ ود. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١/٢٢١، ود. غني حسون طه - الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١/١٦٦، ود. وحيد الدين سوار - التعبير عن الارادة: ٤٤١.

(٢) السنهوري - نظرية العقد: ٣٤٦، د. عبدالفتاح عبدالباقي - دروس في مصادر الالتزام: ١٧٢، د. محمد لبيب - موجز في مصادر الالتزام: ١٤٣، د. غني حسون طه - الوجيز في العقود المسماة عقد البيع: ٦٧، والسيد هاشم معروف - نظرية العقد في الفقه الجعفري: ٢٢٥، د. المحمصاني - النظرية العامة الموجبات والعقود: ٤١٨ والأستاذ الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١/٢٥٦. بينما أسماها فريق ثالث «بعيوب العقد» منهم المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم - المعاملات الشرعية المالية: ٥٨٨ د. محمد يوسف موسى - الفقه الاسلامي: ٣٩٧ وكتابه الآخر الأموال ونظرية العقد: ٣٨٧ والأستاذ مصطفى شلبي - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي: ٣٨٨، د. بدران أبو العينين - الشريعة الاسلامية: ٥٠٩.

(٣) قال الجوهري: «الشوب: الخلط. والشائبة: واحدة الشوائب وهي الأقدار والأدناس» ونقل الزبيدي عن ابن الاعرابي «شاب إذا كذب، شاب إذا خدع في بيع وشراء» راجع الجوهري - الصحاح: ١/١٥٨ والزبيدي - تاج العروس: ١/٣٢٥ مادة (شوب).

وقد وردت في الآية الكريمة «ثم إن لهم عليها لشوباً من حميم» سورة الصافات آية ٦٧. قال الطبرسي في (مجمع البيان ٨/٤٤٦-٤٤٧) معنى الشوب في الآية:

وعند مقارنة المصطلحين نرى أن معنى العيب أكثر اداء لابرار الخلل الذي يلابس الارادة السليمة فيجعلها إرادة غير سليمة أما غير حرة أو غير منورة ويتوقف الاعتداد بها إلى حين إزالة الخلل.

ب - إن الفقهاء استعملوا مصطلح العيب تبعاً لما تعارف عليه الناس، والخروج على المؤلف دون مبرر ترجيح بدون مرجح.

٢ - للفرق بين الإرادة والرضا

وقد تقدم أن هناك خلافاً أساسياً بين مصطلحي الإرادة والرضا مع ما لهما من الترابط الوثيق فإن الإرادة هي التعبير الخارجي عن الرضا وأي خلل في الرضا يؤثر على صحة العقد. وأن أي نقص يطرأ على الإرادة أو الرضا^(١) تكون النتيجة واحدة هي - في الأعم الأغلب - قابلية التصرف للفسخ، أو عدم الالتزام به.

أي خليطاً مزاجاً. وقال الزبيدي في (تاج العروس: ١ / ٢٢٥-٢٢٦) في تفسير شوباً من حميم أي لخلطاً ومزجاً
للخلط في القول أو العمل هو يشوب ويروب».

وفي الحديث الشريف - كما نقله الزبيدي في (تاج العروس: ١ / ٢٢٥-٢٢٦): «يشهد ببيعكم الحلف واللغو فشوبوه بالصدقة». رواه الحاكم في المستدرک: ٢ / ٥ كتاب البيع.

(١) الذي لاحظته أن أغلب فقهاء الشريعة المحدثين عند تناولهم هذه البحوث يطلقون عليها «عيوب الإرادة» بينما نرى علماء القانون يطلقون عليها «عيوب الرضا». ولعلمهم يرون التمسك بكلمة الرضا أكثر بروزاً بتحديد المعنى اعتقاداً منهم بأن الإرادة غير المقترنة بالرضا لا يعتد بها يقول الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي في (دروس في مصادر الالتزام: ٦١) «ولا شك أن الإرادة هي أساس الرضا وقوامه. بيد أن القانون لا يهتم بها طالما بقيت في مكنها تخالغ النفس والنية والضمير. فهي على حالها هذا مجرد إحساس أو شعور. والقانون لا يهتم بمجرد المشاعر والأحاسيس ما دامت تبقى في حيز النفس لا تخرج منها إلى العالم الخارجي».

أما اعلام الفقه الاسلامي فيحسبون للإرادة حساباً - في بعض الأحيان - وإن لم يصحبها الرضا. يقول المرحوم السنهوري في (مصادر الحق: ٢ / ١٨٧) «الإرادة في الفقه الاسلامي تتكون من عنصرين: الاختيار والرضا. فإذا انعدمت الإرادة انعدم العنصران وإذا فسدت الإرادة فمعنى ذلك في الفقه الاسلامي أن عنصر الرضا منعدم ويبقى عنصر الاختيار فاسداً في الاكراه الملجئ وصحيحاً في الاكراه غير الملجئ».

وقال صدر الشريعة في (التوضيح: ٢ / ١٩٦): «الاكراه ... وهو: أما ملجئ بأن يكون يفوت النفس أو العضو وهذا معدم للرضا ومفسد للاختيار، وأما غير ملجئ بأن يكون بحبس أو قيد أو ضرب وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار. ويراجع لزيادة الايضاح في نوعي الاكراه: الكاساني - بدائع الصنائع: ٧ / ١٧٥ والتفتازاني - التوضيح مطبوع مع التلويح شرحاً لتوضيح صدر الشريعة: ٢ / ١٩٦.

وإننا نميل إلى الأخذ بمصطلح الارادة للأسباب التالية:

الأول - قد تحصل الارادة بدون الرضا ولا عكس، فان الأفعال التي يقوم الانسان بها لا يمكن أن تظهر على مسرح الوجود إلا إذا أراد صاحبها إيجادها واختارها، لأن المرء إذا عزم على الفعل واتجه إليه يعتبر مريدا ومختارا له مادام متمكنا من فعله، أو عدمه، ولكنه في مقام تحقيقه قد لا يكون راضيا به. كمن يبيع داره - وهو راغب بها - لكن حاجته إلى المال دعت به إلى البيع. فالارادة توفرت والتعاقد صحيح نتيجة ترضيه على الامتناع تجنباً للضرر، ولكنه غير راض به وغير راغب فيه وغير مرتاح إليه بناءً على أن الرضا هو: ارتياح النفس، وانبساطها وظهور البشاشة في الوجه عن عمل ترغب فيه^(١).

وفي مثالنا المتقدم حصلت الارادة وصح التعاقد وان لم يحصل الرضا. لكن من المستحيل أن يحصل الرضا بدون توفر الارادة والاختيار. ولهذا نرى أن الارادة أعم من الاختيار والرضا، وان الاختيار مرتبة أخص من الارادة، لأن المرید يكون متمكنا من خلال ما يريد أو غير متمكن أي قد يكون مختارا أو مجبرا.

وأن الرضا مرتبة أخص من الاختيار، لأن الانسان قد يأتي الفعل مختاراً أي متمكنا من عدمه ولكنه غير راض به - أي غير راغب فيه وغير مرتاح إليه^(٢).

الثاني - الاعتداد بالرضا يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات وان الأصل في الارادة، هي التعبير عن الرضا. فالارادة هي الحركة الخارجية لما يعتلج في النفس، «الرضا» وذلك لعدم وجود معيار أو وسيلة للكشف عن حقيقة الرضا.

وكذلك شرعا فان الله سبحانه هو المسؤول عن النيات وهو يتولى السرائر. أما المظهر الخارجي فهو المطلوب. بل ان الفقه الإسلامي تجاوز مرحلة الاعتداد بالارادة - كمظهر مؤثر على الرضا - إلى مرحلة أخرى هي الاعتداد بالارادة غير المتكاملة، فلم

(١) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١ / ٣٩٦.

(٢) راجع تعريف الرضا في البزدوي - كشف الأسرار: ٤ / ٣٨٤ ولزيادة الاطلاع راجع: أحمد أبو الفتح - مختصر المعاملات: ٥٢ ومذكور - المدخل للفقه الاسلامي: ٥٦٣.

يبطل التصرف إذا ما ترتب عليه تصرف آخر تعلق به حق للغير فأجاز التصرف الأول في حين كان حقه أن يبطله كما هي نظرية «الملكية الخبيثة» عند الحنفية^(١).

الثالث - أن الرضا هو تلاقي إرادتين أو بعبارة أدق هو تلاقي تعبيرين عن إرادتين، وقد يفهم من تعبير «عيوب الرضا» أنه يشترط أن يشوب العيب إرادتين والواقع أنه يكفي أن يشوب إرادة أحد المتعاقدين فقط عيب من هذه العيوب حتى يحق له أن يطالب بإبطال العقد، دون حاجة لتوفر العيب في الإرادة الأخرى^(٢).

ولهذا كله نختار مصطلح «عيوب الإرادة» بالاضافة إلى كونه مصطلحاً قانونياً حديثاً استقر الفهم عليه وأصبح أكثر وضوحاً من مصطلح عيوب الرضا أو شوائب الرضا.

(١) مصطلح «الملكية الخبيثة» ورد في محاضرات الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي، لطلاب كلية الحقوق جامعة الكويت في مصادر الالتزام في القانون الكويتي الجزء الأول (الفقرة ١٨٠) وقال في تعريفها بأنها: «الملكية التي تنتقل بمقتضى العقد الفاسد المقترن بالقبض بيعاً كان أم هبة أم صلحاً أم غيرها ملكية من نوع تعطي صاحبها مكنة التصرف دون مكنة الانتفاع».

وقد أشارت المجلة في مادتها (٢٦٦) إلى موضوع العقد الفاسد ونصها: أن «البيع الفاسد يصير نافذاً عند القبض يعني يصير تصرف المشتري في المبيع جائزاً حينئذ».

وقال المرحوم محمد يوسف موسى في (الفقه الاسلامي: ٤٣٨): «وحكم البيع الفاسد ثبوت الملك في الجملة عندنا كالبيع الصحيح خلافاً للشافعي وغيره من أصحاب المذاهب الأخرى وثبوت الملك بالبيع الفاسد مشروط باتصال قبض المشتري للمبيع بالعقد أو بغير إذنه في مجلس العقد على الصحيح من الأقوال. ولزيادة الاطلاع في البيع الفاسد تراجع المصادر التالية:

السنهوري - مصادر الحق: ٣ / ١٢٠-١٧٣ وشلبي - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي: ٢٦٥-٢٦٧ ومدكور - المدخل للفقه الاسلامي: ٥٧٩.

(٢) قال د. عبدالحى حجازي (النظرية العامة للالتزام: ١ / ٢٤٣ مطبعة العالمية القاهرة ١٩٦٢م): «وينبغي أن ننبه في هذا الصدد إلى أنه يجب ألا يقال عيوب الرضا - وهو تعبير كان شائعاً في الفقه المصري قبل صدور التقنين الجديد ولا يزال شائعاً في الفقه الفرنسي - إن الرضا - كما علمنا - يتكون من اندماج إرادتين أو بتعبيرين عن إرادتين أي انه واقعة مزدوجة مركبة وإذا كان الرضا كذلك لا يجوز أن يقال انه معيب بخلط أو إكراه أو تدليس فكل عيب من هذه العيوب لا يؤثر - بالنظر إلى طبيعته الشخصية - إلا على تكوين إرادة أحد المتعاقدين وإذا فرضنا أن إرادة كل من المتعاقدين كانت معيبة في تكوينها فلا يتصور أو يتمسك بهذا العيب إلا أحد المتعاقدين فقط.

لذلك كانت العبرة - في عيوب الإرادة - هي بإرادة أحد المتعاقدين فقط. وكان عيب الإرادة بالتالي واقعة فردية وكان الأصح أن يقال عيوب الإرادة لا عيوب الرضا».

المَبْحَثُ الثَّانِي

تَحْدِيدُ عِيُوبِ الْإِرَادَةِ

أولاً - أساس عيب الارادة في الشريعة:

في الفقه الاسلامي بحوث منتشرة هنا وهناك، يمكن أن تكون أساساً لفكرة عيوب الارادة بصورة مبدئية كالاكراه، وبعض الخيارات كخيار الغبن وخيار التدليس والغرر، وخيار الغلط وغير ذلك. فأَيُّ تصرف قائم على الخداع والخيانة صورة من التصرفات المرفوضة من قبل الشريعة لاعتدادها باحترام الارادة وضرورة فعاليتها بكل حرية وانه - في نظرها - الاسلوب الصحيح في التعاقد والاساس السليم لارساء قواعد التعامل النزيه العادل بما يضمن حماية الفرد من استغلال وتسلب الآخرين بما لاحق لهم فيه.

ولم تكن فكرة الخيارات في الشريعة^(١) إلا محاولة من الشارع لتفادي الضرر

(١) اختلف في عدد الخيارات وقد أوصلها ابن نجيم الى ثمانية عشر قال في (الأشباه والنظائر: ٢٢٨) وعند حديثه في «أحكام الفسوخ» وحقيقته حل ارتباط العقد إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بإحدى أشياء: خيار الشرط، خيار عدم النقد إلى ثلاثة أيام، وخيار الرؤية، وخيار العيب، وخيار الاستحقاق، وخيار الغبن، وخيار الكمية، وخيار كشف الحال، وخيار فوات الوصف المرغوب فيه، وخيار هلاك بعض المبيع قبل القبض وبالأقالة وهلاك المبيع قبل القبض، وخيار التغير الفعلي كالنصرية - على إحدى الروايتين - وخيار الخيانة في المراجعة والتولية وظهور المبيع مستأجراً أو مرهوناً فهذه ثمانية عشر سبباً . وكلها يباشرها العاقد إلا التحالف فإنه لا يفسخ به وإنما يفسخه القاضي وكلها يحتاج إلى الفسخ ولا يفسخ فيها بنفسه. وراجع: (الحصكفي - الدر المختار: ٤ / ٥٦٥-٥٦٧).

ويتضح أن شرعية هذه الخيارات كانت للاستيثاق من أن الرضا بالعقد قام على أساس من العلم الصحيح وهي تثبت بأحد أمرين:

١- أما باشتراط العاقد ليتم له العلم الصحيح بمغامم العقد ومغارمه.

٢- وأما بتقرير الشارع دفعا لنقص في العلم الذي قام عليه الرضا أو منعاً لتغيير وتجهيل في صحته.

الواقع على أي طرف من أطراف العقد، أو دفعه عنه ذلك الضرر الذي يلحقه من جراء تصرفه وهو على غير بينة وهدى من أمره ثم يظهر له بعد ذلك كما لو أنه انطوى على غش أو خديعة، أو خيانة، أو غبن فاحش، فكانت إرادته - في هذه الحالة - معيبة، لفقدان الرضا منه، وعندها يصبح من حق المتضرر إما امضاء العقد وتنفيذه، أو فسخه ورفع من أساسه^(١).

ثانياً - محاولة لجمع شتات عيوب الارادة:

وقد حاول بعض فقهاء الشريعة المحدثين بلورة وجمع شتات هذه التصرفات المرفوضة من قبل الشارع والتي يثبت فيها للمتصرف المتضرر حق فسخ العقد أو إمضائه وتأصيلها بعيوب رئيسة للارادة فأجمعوا على الاكراه وبأنه يعيب الارادة. أما بالنسبة للغبن والتغريب والتدليس فرغم أنهم يجمعون على أنها أسباب تعيب الارادة لكنهم اختلفوا بكونها عيوباً بذاتها، أو لا بد أن يقترن الغبن بغرر أو بالعكس والتدليس بغرر أو بالعكس.

أما الغلط فرغم أنه اشتهر في بحوث الفقهاء المحدثين كعيب رئيسي من عيوب الارادة إلا أنهم حاولوا جمعاً ربط جذوره ببحث الخيارات في فقه الشريعة وخاصة في خيار الوصف وخيار العيب وخيار الرؤية، نظراً إلى أن العاقد يجد الشيء على غير الوصف الذي ذكر في العقد، سواء أكان غائباً أم حاضراً بحيث يفوت على

→ راجع المرحوم الشيخ أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد: ٤٢٦.

(١) يرى الأستاذ الزرقاء في (المدخل الفقهي العام: ١ / ٤٤٨) أن هذه الخيارات «قد شرعت لتأكيد هذا الأساس (وهو التراضي الحر وافتراس الصدق والأمانة وحسن النية بين المتعاقدين في إنشاء العقد ثم تنفيذه) خيارات تمنح للعاقد فتعطيه حقاً في إبطال العقد كلما شابت إرادته شائبة يختل معها رضاه مما يسمى في لغة القانون «عيوب الرضى» وذلك: إما لحماية العاقد من أن يذهب ضحية اطمئنانه إلى واجب الصدق وحسن النية المفترضين في رفيقه إذا حاول أن يستغل اطمئنانه هذا فيغدر به. وإما لاحترام الارادة السابقة من العاقد عندما يطرأ بعد العقد ما يخالف مبناها ويوجب إعادة النظر فيها ولو دون تقصير من العاقد الآخر.

العائد القصد الذي دفعه إلى التعاقد، ومن هذه الناحية لا يكون ركن الرضا متوفراً فيمن يقع في الغلط^(١).

كما يرى البعض أن الفقه الاسلامي لم يهتم كثيراً بالغلط في العقد كما اهتم الفقه الأجنبي^(٢) ولم يفرد فقهاء الإسلام نظرية الغلط ببحث يصوغها صياغة مستقلة كما صاغوا نظرية الإكراه، لأن الفقه الإسلامي يعتمد الإرادة الظاهرة - الإيجاب والقبول - أساساً في بناء العقد ما دامت الإرادة الباطنة الحقيقية خفية^(٣).

وبالعوض الآخر يرى أن الفقهاء قد تعرضوا لبحث الغلط في التعبير في موضعين الأول: في أصول الفقه حيث يبحثونه تحت اسم «الخطأ»، والثاني: في كتب الفقه عندما يعالجون مسائل الفروع^(٤).

وفات الجميع أن فقهاء المالكية ذكروا «خيار الغلط» ورسموا قواعده وأحكامه^(٥) وهو ذات الغلط الذي أصبح بعد ذلك عيباً رئيسياً من عيوب الإرادة، وإن كانت مرتبة تلي مرتبة الإكراه والتدليس لكونه أقل العيوب بروزاً في الفقه الإسلامي^(٦). لكن لا يقدح في الفقه الإسلامي عدم تبنيه لنظرية كاملة في أي موضوع من

(١) راجع: السنهوري - مصادر الحق: ٢ / ١٠٤، الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١ / ٤٢٣ وحامد مصطفى -

الالتزامات والعقود في الشريعة الإسلامية: ٢٤ / طبع مطبعة الأهالي - بغداد ١٩٤٤م.

(٢) بزغت نظرية الغلط في عهد الامبراطور الروماني جستينان. وفي القرن السادس الميلادي بدأت هذه النظرية بالتطور التاريخي. انظر: د. عبدالمجيد محمد الحفناوي - نظرية الغلط في القانون الروماني: ١٤ و ٢٨٧ / طبع مطبعة الوادي بالاسكندرية ١٩٧٤م.

(٤) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١ / ٤٢٣.

(٤) انظر د. المحمصاني - الموجبات والعقود: ٤٢٠، د. سوار - التعبير عن الإرادة: ٤١٧.

(٥) الخطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٤٦٦.

(٦) يرى المرحوم السنهوري في (مصادر الحق: ٢ / ١٠٥): «أن عيوب الإرادة الغلط والتدليس والاكراه تتدرج (في الفقه الغربي) صاعدة من الذاتية إلى الموضوعية، فالغلط هو أشد هذه العيوب ذاتية لأنه وهم يقوم بالنفس، ثم يليه التدليس فهو وهم يقوم بالنفس كالغلط ولكن يصاحبه طرق احتيالية خارجية. وهذا ما يجعل التدليس يتدرج بقدر معين من الذاتية إلى الموضوعية ويلي التدليس في التدرج الاكراه فهو رهبة تقوم بالنفس ولكن مصدر هذه الرهبة يكون في العادة شيئاً مادياً فيفسر الاكراه بذلك خطوة أبعد من التدليس نحو الموضوعية. والفقه الاسلامي - ونزعتة موضوعية - يعتد بهذه العيوب جميعاً، ولكن بترتيب عكسي».

المواضيع الشرعية لعدم ميله إلى التنظير، لأنه يقوم على أساس وضع الحلول العملية للقضايا المطروحة مما يعين ولي الأمر أو الحاكم للوصول إلى الحكم الشرعي مباشرة، فيفضي إلى اتحاد الأحكام عند تطابق الوقائع .
ولقد سلك ذات المنهج النظام الانكليزي الذي يعتمد السابقة القضائية أساساً مما جعله يعد قانوناً قضائياً^(١).

ثالثاً - منهجان لتحديد عيوب الإرادة:

ومن مجموع ما قرأت في هذا الصدد في بحوث الفقهاء المحدثين من شريعة وقانون لاحظت منهجين في عرض وتحديد «عيوب الإرادة»:
الأول:

وهو منهج الأستاذ الدكتور المرحوم عبدالرزاق السنهوري - والذي له فضل السبق في تناوله لهذه النظرية - فقد وضع باباً مستقلاً لها ضمن بحثه العقد وصحته، والتصرف وعوامل ترتب الالتزام فيه، حيث خصها بباب منفرد من مصادره الثلاثة^(٢) وأولاهما عناية خاصة في كتابه «مصادر الحق»^(٣) وقد حاول جاهداً فيه إثبات أن هذه النظرية في الشريعة الإسلامية كما هي في القانون الوضعي، إلا أنها في الشريعة الإسلامية منتشرة في جوانب فقها غير مجموعة في باب واحد كما هو الحال في القانون.

أما من حيث منهجه من وجهة نظر الشريعة فقد رأى «أن الفقه الاسلامي أكثر ما يعتد بالاكراه حتى عقد له باباً قائماً بذاته يتميز به عن سائر الموضوعات ويعتد بعد الاكراه بالتدليس، (لأن) التدليس له قوام في الفقه الاسلامي، بل هو معروف في بعض

(١) د. منصور مصطفى منصور - المدخل للقانون المدني المقارن: ١١٠ / خلاصة دروس مخصصة لطلاب دبلوم

الدراسات العليا في القانون الخاص - كلية الحقوق والشريعة - جامعة الكويت عام ١٩٧٣ / ١٩٧٤ مطبوع بالرونو.

(٢) نظرية العقد والوسيط، ومصادر الحق.

(٣) مصادر الحق: ٩٧ / ٢.

المذاهب بهذا الاسم بالذات، والغلط هو في الفقه الاسلامي أقل عيوب الارادة بروزاً، إذ هو أكثر العيوب نزعة ذاتية»^(١).

وعلى هذا المنهج سلك الكثير من الفقهاء المحدثين في بحثهم لعيوب الإرادة، وأصبح المنهج التقليدي أن يبحث الاكراه والتدليس والغلط والاكراه. والغلط عيبان رئيسيان، أما التدليس فقد بحث منفرداً، ومرة مقترناً بالغبن، وأخرى بحث التعبير بدله على أنهما شيء واحد وهكذا^(٢)، كما هو حال فقهاء القانون^(٣).

الثاني:

منهج الأستاذ مصطفى الزرقاء، فقد خرج على الخط الذي رسمه المرحوم السنهاوري ووضع منهجاً آخر لعيوب الارادة قائماً على الاكراه، والخلابة، والغلط، واختلال التنفيذ، واعتبر بعض هذه الحالات أصلاً تتفرع منه فروع عديدة وصنف هذه العيوب إلى صنفين:

١ - العيوب المرافقة لتكوين العقد^(٤) وهي الثلاثة الأولى، وهي: الاكراه والخلابة والغلط وفي الخلابة بحث الفروع التالية: الخيانة، والنجش، وتدليس العيب، والغبن.

٢ - ما ينشأ بسبب طارئ بعد تكوين العقد لكنه ذو تأثير في الرضاء السابق وهو: العيب الرابع «اختلال التنفيذ» ويضم مواضيع: تفرق الصفقة، وظهور عيب غير

(١) السنهاوري - المصدر السالف الذكر: ١٠٥ / ٢.

(٢) راجع: المرحوم أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد: ٤٥٢ وشلبي - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي: ٢٨٩ ومدكور - المدخل للفقه الاسلامي: ٦٣٠ ومحمد يوسف موسى - الفقه الاسلامي: ٥٦٩ وعيسوي - المدخل للفقه الاسلامي ٥٥٧ وحامد مصطفى - الالتزامات والعقود في الشريعة الاسلامية: ٢١ والزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١ / ٣٩٢.

(٣) السنهاوري - نظرية العقد: ٢٤٦ والوسيط: ١ / ٣٠٩، د. حجازي - النظرية العامة للالتزام: ١ / ٢٤٣، د. عبدالفتاح عبد الباقي - دروس في مصادر الالتزام ١ / ١٧٢، د. محمصاني - الموجبات والعقود: ٤١٨، د. الحكيم: الوسيط في نظرية العقد: ٣٢٢، د. غني حسون طه - الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١ / ١٦٦، د. عباس الصراف - شرح عقد البيع: ١٤٧.

(٤) الفقه الأجنبي لا يعتبر عيباً للارادة إلا ما كان مرافقاً لها منذ تكوينها انظر: الزرقاء - المدخل الفقهي العام:

مدلس في المبيع وظهور المبيع مرهوناً أو مأجوراً وامتناع العاقد عن الوفاء بشرط لا يمكن الإجبار فيه على التنفيذ العيني^(١).

رابعاً - مناقشة المنهجين:

وعند الموازنة بين هذين المنهجين نلاحظ الآتي:

١ - فقدان القاعدة الاعتبارية لجمع عيوب الارادة في نطاق محدد: فان الأعلام الذين تطرقوا في حديثهم لعيوب الارادة لم يتفقوا إلا على الاكراه والغلط، واختلفوا في تحديد الباقي مما يدل على فقدان القاعدة الاعتبارية التي تلم بالعيوب وعدم وجود مقياس محدد لتأصيل عيوب الارادة وتفريقها عن العيوب التي تخص السبب والمحل.

ورغم أن محاولة الأستاذ الزرقاء في وضع أسس للعيب الذي يرد على الارادة كانت جيدة ومقدرة - لاعتباره أن يكون العيب ناشئاً من الخلابة - وهي الخداع - فلا يتحقق العيب إلا أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسيلة قولية، أو فعلية تحمله إلى الرضا في العقد بما لم يكن ليرضى به لولاها، لكنه من جهة أخرى خلط في «الخلابة» بعض العيوب التي لا علاقة لها بالارادة إنما هي عيوب ناشئة في محل العقد كالغبن، وتدليس العيب، فهما عيبان لا معنى لادخالهما في عيوب الارادة نعم ان نتيجتهما تتفق مع عيوب الارادة في قابليتها للفسخ^(٢).

٢ - من الناحية الموضوعية: فان تحديد الأستاذ الزرقاء لعيوب الارادة فيه ما يميزه عن المنهج الأول لتصنيفه للعيوب إما أن تكون عيوباً مرافقة لتكوين العقد من حين ولادته، وأثرت في تكوينه من البداية تأثيراً فاسداً وهذه تتجلى في حالات الاكراه والغلط والخلابة، وإما أن تنشأ عن سبب طارئ غير ملحوظ عند التعاقد يؤدي إلى

(١) الزرقاء - المصدر المتقدم: ١ / ٣٩٢ - ٣٩٤.

(٢) راجع بحث «الغبن» في الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الرسالة.

اختلال في تنفيذ العقد فتعتبر الإرادة معه معيبة، لأنه لم يتحقق التراض على أساسه. ولكن هذا الرأي محل نظر أيضاً ولا يخلو من مناقشة^(١):

أ- إن اختلال التنفيذ لا يمكن اعتباره من عيوب الإرادة إنما هو تقصير عن تنفيذ ما قام العقد عليه سواء نشأ هذا التقصير بسبب أحد المتعاقدين، أم بسبب أجنبي، وهذا التقصير يبيح للطرف الآخر التحلل من إلتزامه هو، لا على أساس من عيوب الإرادة، بل على أساس عيب في محل العقد ظهر عند تنفيذ العقد، لأن الالتزامات متقابلة فعند تخلف أحدها يحق للطرف الآخر أن يتحلل من إلتزامه.

ب- إن تصنيفه وإن كان أشمل من المنهج الأول إلا أنه مع هذا لم يكن جامعاً بحيث تنطوي تحته كل التصرفات التي يرفضها الشارع ويعتبرها غير مشروعة مما تبيح له حق الفسخ كما هو الحال في بعض عوارض الأهلية^(٢).

خامساً - منهجنا في تحديد «عيوب الإرادة»:

وبما أن تحديد نطاق كل عيب من العيوب - بحيث لا يتعدى إلى دائرة أخرى - يكاد يكون مستحيلاً نظراً لتشابكها وتداخلها في كثير من الصور وتلافياً لكل الإشكالات الواردة على المنهجين السابقين ومحاولة في وضع منهج سليم لتحديد عيوب الإرادة وتأصيلها أرى أن منشأ تعيب الإرادة إما:

١ - أن تكون الإرادة «غير حرة» وهو أن يلابسها عامل إما أن يضطرها لأن تأتي تصرفاً تافهاً تأباه، أو أن يحول بينها وبين تصرف تتوخاه.

ففي الحالة الأولى: تتجه الإرادة إلى إجراء تصرف بدافع ضغط غير مشروع يكره صاحبها على إصدارها تجنباً للأذى المهدد به، فتكون إرادته - والحالة هذه - غير حرة لأنها مشوبة بالاكراه.

(١) راجع بحث «اختلال التنفيذ» المبحث الثالث من الفصل الرابع من الباب التمهيدي لهذه الرسالة.

(٢) راجع: بحث «علاقة نقص الأهلية بعيوب الإرادة» المبحث الرابع من الفصل الثالث من الباب التمهيدي لهذه الرسالة.

وفي الحالة الثانية: تتجه الإرادة إلى إجراء تصرف برغبة منها لتحقيقه لكن مصلحة صاحب الارادة أو من يخلفه تتدخل لايقاف إنجاز مبتغاها، فتكون الارادة - في هذه الحالة - غير حرة - أيضاً - لأنها مشابهة بمرض الموت، أو السفه أو الافلاس.

٢ - أو أن تكون الارادة (غير منورة) بأن تصدر من صاحبها إمّا على غير هدى وبينه وعدم اطلاع بكل ظروف التصرف الذي أجراه نتيجة تغرير وتدليس وقع فيه، وإمّا أن ينشأ عن مغايرة الحقيقة بين متطلب الارادة والمعقود عليه فيقع في غلط جوهري. وعلى هذا فالعيب الذي يتعلق بالارادة إما أن ينشأ من عدم الحرية، كما إذا أكره على إبرام تصرف أو إذا طرأ على أهلية الشخص عارض الافلاس أو السفه أو مرض الموت فيحد من اعتبار إرادته. أو أن ينشأ من عدم التنور كما إذا خلب الشخص فدلّس عليه أو وقع في غلط فالارادة في هذه الحالات قد اتجهت إلى إجراء تصرف غير طبيعي^(١).

فالارادة السليمة - التي تلزم صاحبها بكل ما يترتب عليها من الآثار الشرعية، أو القانونية هي التي تكون خالية من هذه العيوب التي أشرنا إليها وبهذا نكون قد وضعنا منهجاً لتأصيل العيوب التي تطرأ على الارادة فتخل بصحتها وسلامتها. ولا بدّ أن نعرف أن هناك صوراً يعرضها الفقهاء ضمن عيوب الارادة وهي ليست منها - كالاستغلال والغبن وبيع التلجئة وتصرفات المضطر واختلال التنفيذ - وهي ما سنتناولها في الفصول التالية من هذه الرسالة.

(١) راجع ما كتبه الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي عن قسمي الارادة، الحرة والمنورة في كتابه (النظرية العامة للالتزام: ١ / ١٠٦ - ١٠٧، طبع المطبعة العربية الحديثة - القاهرة: ١٩٧٦م).

المَبْحَثُ الثَّالِثُ

الْفَرْقُ بَيْنَ الْإِرَادَةِ الْمَغْيِبَةِ وَغَيْرِهَا

أولاً - الإرادة السليمة:

سبق وأن ذكرنا أن الإرادة هي: التحرك العملي لتحقيق وإنجاز ما انعقد العزم عليه من شوق مؤكد مسبق بعلم وإدراك. وهذه الإرادة التي يعتمد عليها في إبرام التصرفات كافة، لا بد أن تكون سليمة مبنية على معرفة كافية بكل الظروف التي تجعل صاحبها قادراً على حسن الاختيار بين الأقدام على التصرف، والإحجام عنه وبكل حرية وتنور كي لا يكون مدفوعاً إلى تنفيذ ما طلب منه بدافع التهديد والوعيد بضرر يلحقه به عند تخلفه عن القيام بما يؤمر به.

ثانياً - الإرادة غير السليمة:

وقد تتأثر هذه الإرادة السليمة بمؤثرات خارجية. وفي هذه الحالة فإما أن تنعدم الإرادة وينتهي وجودها ولو مؤقتاً، أو تصبح معيبة لتسرّب خلل إليها، ويمكن حصرها بالتالي:

١ - «الإرادة المعدومة» هي: التي يطرأ عليها طارئ ما يشل حركتها ويوقف تمييزها ومن ثم تفقد آثارها، ولهذا فهي معدومة - أي كان لها وجود سابق، فانعدمت. وهذا هو شأن من يطرأ عليه الجنون أو الأغماء أو من شرب الخمرة ففقد عقله، أو استسلم للنوم فشل قدرته الحسية فالإرادة في هذه الصور تكون معدومة لا وجود لها

وذلك لعدم القدرة على التمييز فيما يقول ويفعل. وعندها لا يترتب على تصرفاته أي التزام لانعدام الارادة فيها.

٢- «الارادة المعيبة» هي: إرادة موجودة لكنها صدرت غير تامة أو غير سليمة وان تعلقت بمحلها تعلقاً حقيقياً ومن ثم فهي موجودة ولكنها ما كانت تصدر لو أنها تركت وشأنها، بعد أن تغيرت الظروف التي أحاطت بها كمن أكره - على قتل شخص أو الاضرار به - لو تخلف عن القيام بتصرف ما طلب منه تنفيذه، فهو في الحقيقة واقع تحت تأثير ضغط امتد إلى إرادته فتأثرت به ولولاه لما أقدم عليه.

أو أن يكون العيب ناشئاً عن سبب لا علاقة له بالطرف الآخر الذي يحمله على تحقيق وإنجاز ما طلب منه وإنما سلطة تشريعية جمدت إرادته لمصلحة ما تعود له أو عليه، فأصبحت بذلك تصرفاته موقوفة بسبب لابسها فعطل إمضاءها، فالافلاس والسفه، ومرض الموت حد نشاط إرادتهم لمصلحة توخاها المشرع قد تعود عليهم أو على آخرين كانت مصلحتهم أولى بالرعاية.

٣- «الارادة غير الجدية»: ويمكن أن نعرض نوعاً ثالثاً للارادة غير السليمة، وهي الصادرة من شخص هازل أو مازح غير قاصد لبرام التصرف الذي أقدم عليه، فهي لا تنتج أثراً ملزماً على صاحبها لققدان إرادته القصد. وقد ذكر بعض الفقهاء أن من شرط المتعاقدين القصد والاختيار، وعند تخلف أحدهما تصبح الارادة غير متجهة فعلاً لإحداث الأثر المترتب على التصرف.

فالهازل صدرت عبارته في إنشاء العقد أو قبوله - مثلاً - وهو مدرك لمعناها غير أنه لم يكن جاداً في قوله هذا، بل صدر منه على سبيل الهزل أو المزح أو السخرية من الطرف الآخر مما ينفي إرادته لترتب التصرف وآثاره^(١).

(١) عرف الأستاذ الزرقاء في (المدخل الفقهي العام: ٢/ ٨١٣ الهامش) الهازل بقوله: «فالهزل ضد الجد ومحلّه التصرفات القولية وهو تلاعب بالألفاظ دون قصد إلى معانيها وأحكامها، ويترتب عليه عند الفقهاء بطلان العقود والتصرفات أو فسادها - على خلاف في ذلك - لانعقاد إرادة العاقد الحقيقية فيه ...»

فحقيقة الأمر في الهزل إنما هي انتفاء ركن التصرف القولي، لأن ركنه تعبير جازم عن الارادة فبالهزل فيه تنتفي

والمرحوم السنهوري يضم الهازل إلى أصحاب الارادة المعدومة ويسميتها الارادة غير الموجودة يقول: «ويجب التمييز بين إرادة غير موجودة وإرادة معيبة، فالارادة غير الموجودة هي مجرد مظهر خارجي لارادة موهومة لا حقيقة لها، مثل ذلك الارادة التي تصدر من المجنون أو الصبي غير المميز أو السكران أو الهازل، فهذه الارادة لا وجود لها لأن مناط الارادة التمييز، ومن ثم لم تتعلق بمحلها لانعدامها فكان العقد باطلاً لا وجود له...»^(١).

والهازل في الحقيقة يختلف عن المجنون والنائم والسكران، فهؤلاء وأمثالهم لا إرادة لهم لأنها سالبة بانتفاء الموضوع لكن الهازل في تمام قواه الارادية، ويمكن أن يتصرف كما يشاء تصرفاً صحيحاً، لكنه في واحد من تصرفاته كان غير قاصد معنى التصرف وإنما قصد اللفظ فقط هزلاً، أو سخرية. ولهذا نأخذ على المرحوم السنهوري ضم الهازل مع هذه المجموعة الفاقدة للارادة أصلاً. وان كانت نتيجة تصرفاتهم عدم لزوم التصرف لدى الجميع^(٢) والذي نراه أن خير تسمية لارادة الهازل هي «الارادة غير الجدية» تلافياً للأشكال المتقدم.

→

دلالة هذا التعبير على الارادة.

فلو صح أن يعتبر الهزل من عوارض الأهلية لوجب أيضاً أن يعتبر انتفاء سائر شرائط الإيجاب والقبول في العقود من قبيل عوارض الأهلية.

(١) السنهوري - مصادر الحق: ٩٧/٢.

(٢) بعض الفقهاء اعتبر تصرفات الهازل نافذة ويمكن حصر أقوالهم في الآتي:

١- يقول ابن قيم الجوزية: «فأما طلاق الهازل فيقع عند الجمهور، وكذلك نكاحه صحيح كما صرح به النص... والفقهاء فيه أن الهازل أتى بالقول غير ملتزم لحكمه وترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعاقد فإذا أتى بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبى، لأن ذلك لا يقف على اختياره وذلك لأن الهازل قاصد للقول وموجبه له مع علمه بمعناه وموجبه وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى لتلازمهما إلا أن يعارضه قصد آخر كالمكره والمخادع المحتال - فانهما قصداً شيئاً آخر غير معنى القول وموجبه. الا ترى أن المكره قصد دفع العذاب عن نفسه ولم يقصد السبب ابتداءً والمحلل قصد إعادتها إلى المطلق وذلك مناف لقصد - موجب السبب - وأما الهازل فقصد السبب ولم يقصد حكمه ولا ما ينافي حكمه فترتب عليه أثره». راجع: أعلام الموقعين: ٢/ ١٢٦ طبعة القاهرة ١٣٧٤هـ.

٢- وقال العلامة الحلي من فقهاء الامامية في (تذكرة الفقهاء: ٧/ ٧): «فلا يصح بيع المكره ولا شراؤه وفي معنى الاكراه بيع الثلجثة... لأنهما لم يقصدا البيع وكانا كالهازلين».

←

ثالثاً - الفرق بين المعيبة والمعدومة:

ويترتب على التمييز الجوهرى بين الارادتين: المعيبة والمعدومة ان التصرفات القائمة على الارادة المعدومة تعتبر لغوياً لا وجود لها^(١).

بينما التصرفات القائمة على الارادة المعيبة لا نستطيع أن نلغيها ولا نأخذها بنظر الاعتبار لأن أحد عنصري الارادة - وهو الاختيار - قد حصل فيها، لكن القصد - وهو الرضا - قد انتفى، ولهذا فيعتبر التصرف موقوفاً على رضا المكره - بالفتح - بعد زوال الاكراه فله أن يصححه أو يفسخه^(٢).

-
-
- ٣- وقال الكاساني في (البدائع: ١١ / ٣): «فتصح (اليمين) من الخاطئ والهازل عندنا خلافاً للشافعي».
- ٤- كما نقل ابن القيم (أعلام الموقعين: ٣ / ١٣٩): «أن الشافعي نص على أن نكاح الهازل لا يصح بخلاف طلاقه».
- ٥- ونقل ابن القيم في (المصدر المتقدم: ٣ / ١٣٦): «وروى عنه (مالك) علي بن زياد أن نكاح الهازل لا يجوز. قال بعض أصحابه فان قام دليل الهزل لم يلزمه عتق ولا نكاح ولا طلاق ولا شيء عليه من الصداق».
- ٦- ونقل المرحوم الشيخ الخفيف في (أحكام المعاملات الشرعية: ١٥٨): «بأن «من المالكية من سوى بين جميع تصرفاته (الهازل) فلم يعتبر عبارته على الإطلاق».
- ٧- ونقل الأستاذ مذكور في (الفقه الاسلامي: ف٥٥٢، ص ٣٩٤ طبع دار الفجالة الجديدة بالقاهرة ١٩٥٥): «بأن «بعض المالكية يعممون (الغاء) اعتبار الهازل ومن في حكمه جميع العقود على السواء، ولا يستثنون منها شيئاً، فزواج الهازل وطلاقه وعتقه وبيعه وهبته وإجارته وسائر عقوده لاغية. سواء أكان فيها حق الله أم حق العباد إذا ثبت بالدليل لأنه يكون مجرد لفظ من غير وجود نية، وهو رواية عن أحمد وبعض الفقهاء».
- ومن هذه النصوص نستفيد أن حكم الهازل في تصرفاته موضع خلاف فبعض الفقهاء يصححها والبعض الآخر يعتبرها نافذة وفريق آخر يلغيها، وراجع (شلبي - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي: ٢٧٥ - ٢٨٣)
- (١) قال المرحوم الانصاري في (المكاسب ١ / ١١٧ طبع مطبعة إطلاعات، تبريز، ١٣٧٥هـ): «ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به واشتراط القصد بهذا المعنى في صحة العقد بل في تحقق مفهومه مما لا خلاف فيه ولا إشكال فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ كما في الغلط أو إلى المعنى لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه بل بمعنى عدم تعلق إرادته وان أوجد مدلوله بالانشاء كما في الأمر الصوري فهو شبيه الكذب في الاخبار كما في الهازل. أو قصد معنى يغير مدلول العقد بأن قصد الاخبار أو الاستفهام أو إنشاء معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً، فلا يقع البيع لعدم القصد إليه، ولا المقصود إذا اشترط فيه عبارة خاصة ...».
- (٢) د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ٢٢٢ / ١.

المَبْحَثُ الرَّابِعُ

عِلَاقَةُ نَقْصِ الْأَهْلِيَّةِ بِغَيْبِ الْإِرَادَةِ

أولاً - ما هي الأهلية؟

عرفها اللغويون بأنها: الصلاحية. يقال: فلان أهل لهذا العمل، أي صالح له وجدير به^(١).

وفي لسان الفقهاء: «صلاحية الشخص لصدور الفعل عنه وطلبه منه وقبوله إياه»^(٢). وعرفها بعض الفقهاء المحدثون بأنها: «صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحاً لأن تثبت له الحقوق وتثبت عليه الواجبات ويصح منه التصرف»^(٣). فإذا كان الشخص صالحاً للالتزام والالتزام وأهلاً لثبوت الحقوق المشروعة له وعليه صحت تصرفاته وتكاملت أهليته.

وقد يكون الشخص متمتعاً بجزء من تلك الأهلية بأن تثبت الحقوق المشروعة له وعليه فقط من غير أن يكون مؤهلاً لأن ينشئ التزاماً وواجباً عليه يكون متمتعاً بأهلية الوجوب فقط.

أما إذا تمتع بالاضافة إلى ما تقدم بصلاحية التعامل واستعمال الحقوق فقد تمتع بالأهلية كاملة.

ومن هذا المنطلق انقسمت الأهلية الى قسمين:

(١) الشرتوني: أقرب الموارد: مادة (أهل).

(٢) ابن أمير الحاج - التقرير والتحبير: ٢ / ١٦٤.

(٣) شلبي - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي: ٣٠٨.

١- أهلية الوجوب:

وهي «صلاحية (الشخص) لوجوب الحقوق الشرعية له وعليه أو هي «وصف يصير به (الانسان) أهلاً لما له أو عليه»^(١).

وهذه الأهلية تولد مع الشخص وتترتب آثارها الشرعية من حقوق وواجبات منذ لحظة ملاسته الوجود وتبقى معه حتى وفاته فتمكنه من التملك والحياسة والمداينة له أو عليه. «وأهلية الوجوب هذه في نظر المشرع الاسلامي مناطها الصفة الانسانية، ولا علاقة لها بالسن أو العقل أو الرشد، بل كل انسان في أي طور كان أو صفة حتى الجنين أو المجنون يعتبر متمتعاً بأهلية الوجوب هذه»^(٢). وأهلية الوجوب لها عنصران:

الأول: عنصر الالتزام، وهو يؤهل الشخص لأن تثبت له الحقوق دون أن تثبت عليه. وهذا العنصر يكون بالنسبة للشخص قبل ولادته. والثاني: الالتزام وهو يثبت للشخص ما وجد حياً فيكون أهلاً لأن يكون مديناً كما له العنصر الأول ان يكون دائماً. والعنصر الثاني يستتبع وجود الذمة^(٣). والذمة^(٤): صفة اعتبارية اعتبرها الشارع في الشخص تجعله أصلاً لثبوت الحقوق له وعليه فيقال في ذمة فلان كذا من المال.

(١) راجع ابن ملك - شرح المنار: ٢٣٣ وعلاء الدين البخاري - كشف اسرار البزودي ١٣٥٧/٤.

وعرفها فقهاء القانون المدني الوضعي بأنها: «صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق» أو «كون الانسان محلاً لأن يكون له حقوق أو عليه حق» (السنهوري - نظرية العقد: ٣١٤-٣١٥ والتعريف الثاني لفتحي زغلول عن كتابه القانون المدني: ٢٦ نقله السنهوري في المصدر المتقدم: ٣١٥).

وعلق المرحوم الشيخ أبو زهرة في (الملكية ونظرية العقد: ٣٠٣هـ) على تعريف المرحوم السنهوري بقوله: «عرف أهلية الوجوب تعريفاً ناقصاً فذكر أنها صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق، ولم يذكر العنصر الآخر وهو صلاحيته لأن تكون عليه حقوق وذلك نقص».

(٢) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ٧٤٣/٢.

(٣) مذكور - المدخل للفقهاء الاسلامي: ٤٤٠.

(٤) عرف القرافي في كتابه (الفروق: ٢٣٠-٢٣٤ في الفرق ١٨٣) الذمة بقوله: «ان الذمة قبول الانسان شرعاً

وهذه الذمة تثبت للشخص باعتباره إنساناً فكلما تحققت الانسانية وجدت الذمة ووجدت معها أهلية الوجوب . ومن هنا تثبت للجنين أهلية الوجوب قبل ولادته^(١). وعلى هذا فالذمة والأهلية كلاهما من خصوصيات الانسان فلا يثبتان لسواه ، كما لا يثبتان له قبل وجوده حياً وتنتهيان بانتهاء حياته^(٢).

وأهلية الوجوب تنقسم إلى قسمين:

كاملة: وهي صلاحية الشخص للوجوب له وعليه. وهي تبدأ منذ ولادة الانسان حياً، وحتى مفارقتة الحياة.

وناقصة: وهي صلاحيته لثبوت الحقوق له ومعنى كونها ناقصة انه تجب له الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول كالوصية والاستحقاق في الوقف وثبوت النسب وغير ذلك مما تثبت للطرف الآخر بمجرد اقرار الشخص وحده^(٣)، وهي التي تثبت للجنين منذ خلقه في رحم أمه حتى خروجه إلى الحياة حياً.

→ للزوم الحقوق دون التزامها. وعلى هذا تكون للصبي ذمة... وهذا المعنى جعله الشرع مسبباً على أشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشد فمن بلغ سفيهاً لا ذمة له ومنها ترك الحجر. فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلزامه ارش الجنایات وأجر الاجارات وأثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات ويقبل التزامه إذا التزم أشياء اختياراً من قبل نفسه لزم وإذا فقد شرط من هذه الشروط لم يقدر الشرع هذا المعنى القابل للالتزام والالتزام... وهذا المعنى المقدر هو الذي تقدر فيه أثمان المبيعات بثمن إلى آجال بعيدة أو قريبة. وأما أهلية التصرف فحقيقتها عندنا قبول يقدره صاحب الشرع في المحل وسبب هذا القبول المقدر التمييز عندنا، وعند الشافعي التمييز مع التكليف... فأهلية التصرف أهلية وقبول خاص ليس فيه إلزام ولا التزام. والذمة معنى مقدر في المحل قابل لهما. فهذا هو نفس الفرق بينهما. مع أن كليهما معنى مقدر في المحل. ووقع الفرق - أيضاً - من حيث السبب فان الذمة يشترط فيها التكليف من غير خلاف بخلاف أهلية التصرف».

(١) شلبي - المدخل لدراسه الفقه الاسلامي: ٣٠٨-٣٠٩.

(٢) مدكور - مدخل الفقه الاسلامي: ٤٤٠-٤٤١ ويمكن إطلاق الذمة على بيت المال أو الشخص الاعتباري.

(٣) مدكور - المصدر المتقدم: ٤٤٣-٤٤٤.

٢- أهلية الاداء:

وهي «صلاحية الشخص المكلف لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعاً»^(١) أو «صلاحية الشخص للالتزام بعبارته وان يطالب غيره ويطالبه الغير بما تم عليه التعاقد من آثار والتزامات»^(٢).

ومعناها صلاحية الانسان بعد بلوغه سن الرشد لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل، ويمكن أن نسميها «أهلية التعامل» لأنها الأساس لممارسة الأعمال والتصرفات الشرعية التي تعتمد قصد الفاعل وحرية إرادته وتنورها^(٣).

ولذا «فأول أثر إذن لثبوت أهلية الاداء صحة التصرفات القولية بمعنى اعتبارها أسباباً منشئة للحقوق للشخص وعليه. فمن كانت عبارته صالحة لأن تكون سبباً لثبوت الحقوق للشخص له وعليه. فعنده أهلية الاداء، ومن لم تكن عبارته صالحة لتلك السببية فهو فاقد أهلية الاداء»^(٤).

وأهلية الاداء هي الأصل في الانسان الصحيح الكامل فإذا كانت أهلية الوجوب أثراً من آثار الذمة فأهلية الأداء أثر من آثار العقل والتمييز^(٥).

(١) علاء الدين البخاري - كشف أسرار البزدوي: ٤ / ١٣٦٧.

(٢) مدكور - المصدر السالف الذكر: ٤٤٧.

(٣) وعرف فقهاء القانون أهلية الاداء بأنها: «صلاحية الشخص لاستعمال الحق» وبعبارة أخرى «صلاحية الشخص لانشاء التصرفات القولية علي وجه يعتد به شرعاً» يراجع السنهوري - نظرية العقد: ٣١٧، د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ٢٠٨.

(٤) أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد: ٣١٢.

وفي كون أهلية الاداء تتوقف عليها جميع التصرفات القولية والفعلية أو التصرفات القولية فقط محل نظر بين الفقهاء والكتاب من القانونيين أيضاً. راجع ما كتبه المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٣٥٢ والسنة الثانية من ص (١) وأبو زهرة - الملكية ونظرية العقد: ٣١٢ والدكتور محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد: ٣٢١ ومدكور - المدخل للفقهاء الاسلامي: ٤٤٧ والسنهوري الوجيز: ٨١.

(٥) مدكور - المدخل للفقهاء الاسلامي: ٤٤٧.

وكما تنقسم أهلية الوجوب إلى قسمين: كاملة وناقصة فكذلك أهلية الاداء، تنقسم إلى قسمين: كاملة وناقصة حسبما يوجد عند الشخص من العقل والتمييز، فإن كان تمييزه كاملاً وعقله تاماً كانت أهلية ادائه كاملة وان لم تكن كذلك فهي ناقصة^(١).

ثانياً - عوارض اهلية:

وقد يطرأ على الشخص سبب يؤثر على سلامة أهليته - المقصود أهلية الاداء - ومن ثم تحد من صلاحيته وتمنعه من التصرفات التي تنشئ التزاماً له أو عليه. وهذه العوارض تختلف شدة وضعفها، كما يكون أثرها على الأهلية مختلفاً أيضاً فتارة تزيلها في حالة جنون الشخص أو إغمائه أو نومه أو سكره، وتارة تنقصها في حالة إصابته بالغفلة، والعته وهكذا. وحيث إن بحثنا يدور حول الارادة فأهلية الاداء هي المقصودة بالمقارنة نظراً إلى أن الارادة الصحيحة هي الصادرة من مريد عاقل رشيد لتترتب الآثار عليها، وأهلية الوجوب لا تدخل في حديثنا^(٢).

وقد يطرأ على أهلية الاداء ما يوقف من قابليتها وصلاحيتها للتعامل ويحد من

(١) قال صاحب (التوضيح على التنقيح: ٢ / ١٥٨): «وأهلية الاداء قاصرة وكاملة فأهلية الاداء القاصرة تثبت بقدرة قاصرة. وأهلية الاداء الكاملة تثبت بقدرة كاملة والقدرة القاصرة تثبت بالفعل القاصر وهو عقل الصبي والمعتوه والكاملة بالفعل الكامل وهو عقل البالغ غير المعتوه وراجع بالتفصيل: (علاء الدين البخاري - كشف أسرار البزدوي: ٤ / ١٣٦٨).

(٢) يقول السنهوري في (نظرية العقد: ١٥٣١٧): «ورد في تعريف أهلية الوجوب أنها صلاحية الانسان لوجوب الحق له أو عليه وقد عرفنا أهلية الاداء أنها الصلاحية لاستعمال الحق. فإذا أردنا تحديد الفرق بين هذين النوعين من الأهلية تبين لنا أن أهلية الوجوب هي قابلية الشخص للتمتع بالحقوق أو للالتزام بها فهي إذا الشخصية القانونية ذاتها، لأن الشخص في القانون هو القابل للتمتع بالحقوق فإذا انعدمت هذه القابلية (أي أهلية الوجوب) انعدمت الشخصية معها، وهذا يدل على أن الشئيين متلازمان. أما أهلية الاداء فهي صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها إذ يحصل أن يكون الشخص متمتعاً بحق ولكنه لا يستطيع استعماله بنفسه.

فالصغير يتمتع بحق الملكية ولكنه لا يستطيع استعمال هذا الحق بنفسه إلا في حدود معينة فهو ناقص أهلية الاداء كامل أهلية الوجوب.

ويتبين مما تقدم أنه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الاداء فصلاً تاماً وهذا ما يساعد كثيراً على تبسيط الموضوع فأهلية الوجوب هي الشخصية القانونية أو هي الوصف الذي يلحق الفرد فيجعله شخصاً في اعتبار القانون سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً فيبقى ذا أهلية الاداء وهذه هي التي تعيننا».

تصرفاتها المشروعة ولو بصورة مؤقتة أما لمصلحته أو لمصلحة الآخرين فتكون ناقصة بعد أن كانت تامة. وهذا العامل الطارئ أما أن يكون بواسطة انسان يحمل صاحب الأهلية بتهديد ووعيد على إجراء تصرف فتختل إرادته - كما في الاكراه - أو المشرع الذي يفرض عليه هذه الصفة، وبذلك يحد من صلاحية أهليته في ظرف اتصافه بمرض الموت أو السفه أو الافلاس.

وتكون إرادة ناقص أهلية الاداء - في هذه الحالة - معيبة في هذا الظرف ولا يمكنها إجراء تصرف ما، حتى ولو كانت راغبة فيه ومعطلة عن مباشرة أعمالها المالية بعد أن كانت سليمة كاملة قبل طروء هذا العامل الذي قلص صلاحياتها الشرعية والقانونية^(١).

ثالثاً - عوارض الأهلية وعيوب الارادة:

وناقص الأهلية بهذا التحديد مشابه لمعيب الارادة - وان اختلفا في السبب في مثل حالة الاكراه - لكن تحقق الاكراه كان بسبب عامل خارجي قد يكون أحد طرفي التصرف أو خارجاً عنهما. أما في بعض موارد نقص الأهلية فبسبب عامل خارجي أيضاً طرأ على صاحب الأهلية لكنه عامل معنوي يتمثل بمرض الموت أو السفه، والإفلاس فعيب إرادته تبعاً لنقص أهليته وبفرض من الشارع محافظة على ماله اما لمصلحة غيره أو لمصلحته.

وعلى هذا الضوء اعتبرنا ناقص الأهلية بسبب هذه العوارض الثلاثة معيب الارادة وأدرجناها في عيوب الارادة من حيث إن إرادة صاحبها غير حرة.

(١) يرى بعض فقهاء القانون أن أهلية الاداء مقصورة على التصرفات القانونية دون غيرها وعلى هذا يفرق بين العمل القانوني والعمل المادي. فالعمل القانوني أو التصرف القانوني عبارة عن اتجاه إرادة الشخص إلى ترتيب أثر قانوني معين يتم نتيجة مباشرة لهذا الاتجاه فالارادة تتجه إلى احداث أثر قانوني معين والأثر ينشأ نتيجة لهذا الاتجاه. أما العمل المادي فهو عمل لا يقصد من ورائه الشخص الأثر القانوني الذي ترتب عليه وإنما ترتب هذا الأثر بفعل القانون فالأعمال المادية الضارة والنافعة تترتب آثارها لا وفقاً لإرادة الشخص وإنما وفقاً لما أراده القانون ولذا لم يشترط في الالتزام بالعمل المادي أية أهلية وإنما أهلية الاداء مقصورة على التصرفات القانونية دون غيرها. راجع لزيادة الاطلاع: السنهوري - الوسيط: ١ / ٢٦٨، ود. حشمت أبوستيت: الالتزامات: ١٢٨.

ويؤكد الدكتور جميل الشرقاوي هذه العلاقة بين «فقدان الأهلية»، و «عيب الارادة» بقوله:

«قصر فقدان الأهلية على أحوال عدم القدرة على إبرام التصرفات القانونية التي يقررها القانون بقصد حماية فاقد الأهلية يسمح ببيان صلة فقدان الأهلية بعيب الارادة في نطاق تقسيم واحد ومبدأ عام يسري على كل حالاته.

وقد أشرنا من قبل إلى أن غاية القانون من تقرير فقدان الأهلية في كل الصور التي يصدق عليها هذا الوصف هي حماية أشخاص رجح القانون - مع ما هم عليه من سن أو حال عقلية أو صحية أو ظروف خاصة - ان إرادتهم لا تكون هي الارادة - الحرة المتنورة التي ينشأ بها التصرف القانوني الصحيح والتي يلزم القانون صاحبها بما يعلن التزامه به فاعتبرها إرادة غير كافية لالزام صاحبها»^(١).

إن القانون - في حالة فقدان الأهلية - يحاول أن يحمي هؤلاء من الضرر فاتخذ من فكرة عيب الارادة - كما يرى الأستاذ الشرقاوي - أساساً لكفالة الحماية لهم ولهذا فهو لا يعطل إرادتهم تماماً قانوناً إنما يجعل من هذه العوارض كالمرض أو الأسباب الأخرى علامات يقف عندها ليفترض أن هذا الشخص بسبب حاله وظروفه غير قادر على إصدار إرادته سليمة ويقيم قرينة قانونية على هذا العيب - كالتبذير في حال السفه.

وهذا العيب الذي يضع القانون قرينة عليه غير محدد كما لا يطلب تحديده أو إثبات وجوده ممن يتمسك بفقدان لأهليته، بل يكون مجرد تمسكه بفقدان الأهلية تمسكاً بهذا العيب المفترض^(٢).

وإذا كنا متفقين مع الدكتور الشرقاوي في وجود هذه العلاقة فاننا نختلف معه في شموليته لكافة عوامل فقدان الأهلية، فانهدام الأهلية واضح في الأشخاص الذين طرأ عليهم عامل الجنون أو الأغماء أو النوم بخلاف نقص الأهلية فانه كان متمتعاً بالأهلية

(١) د. جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام: ١٦٩.

(٢) المصدر المتقدم: ١٧٠-١٧١.

وكما لها، وانه في حالته الحاضرة أيضاً لم يفقد من تلك الأهلية شيئاً لكن بسبب ما طرأ عليه من عامل المرض أو السفه أو الافلاس حدد أهليته بصورة مؤقتة ومن ثم تعيب إرادته^(١).

والملاحظ أن المشرع لم يحدد تصرفات ناقص الأهلية كافة، بل ان تصرفاته النافعة نفعاً محضاً له صحيحة، والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة من له حق الاجازة فيها.

(١) ويمكن أن يكون مجال القانون واسعاً أكثر من المجال الشرعي في اعتبار فاقد الأهلية معيبي الإرادة فهو ينظر للموضوع من الناحية القانونية ولهذا يقول الدكتور (جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام: ١٧٣): «أما إقامة التفرقة بين انعدام الأهلية ونقصانها على أساس أن عديم الأهلية عديم التمييز ولا يمكن أن تنسب إليه إرادة على خلاف ناقص الأهلية الذي يتوفر له التمييز، ويمكن أن تنسب إليه الإرادة فيبدو قليل الأهمية نظراً إلى أن البحث عن عيب الإرادة - في التصرف القانوني - يفترض وجود تعبير عن الإرادة لا يسمح تفسيره بالكشف عن اعدام الإرادة أي لا يكشف تفسيره عن تهاوته، فإذا تبين من هذا التفسير أنه لا يوجد تعبير جاد وبات عن إرادة تتجه إلى إحداث آثار قانونية لا تقوم حاجة إلى البحث عن عيوب في إرادة لم يتحقق وجودها، أما إذا كان تعبير الطفل أو المجنون - عديم الأهلية - تعبيراً متماسكاً يكشف عن قصد إلى آثار قانونية فإن صاحب هذا التعبير لا يكون أكثر فقداناً للتمييز ممن نعتبره ناقص الأهلية فقط مما يوجب التسوية بين مركزيهما بالنسبة لهذا التصرف فنجعل بطلان تصرفه متوقفاً على طلبه أو طلب من يمثل مصالحه، ولا نفتح باب التمسك بهذا البطلان لأي شخص آخر».

الفصل الرابع

مَظَاهِرُ لَيْسَتْ مِنْ عُيُوبِ الْإِرَادَةِ

- ويضم البحوث التالية:
- المبحث الأول: بيع التلجئة.
 - المبحث الثاني: تصرفات المضطر.
 - المبحث الثالث: اختلال التنفيذ.

المَبْحَثُ الأولُ بَيْعُ التَلَجَّةِ

أولاً - حقيقة التلجئة:

١- التلجئة لغة

أُلْجَاهُ إِلَى كَذَا، وَاضْطُرَّ إِلَيْهِ، وَالتَّلْجَةُ - الْإِكْرَاهُ. وَقِيلَ: التَّلْجَةُ: أَنْ يُلْجَأَكَ أَنْ تَأْتِيَ أَمْرًا ظَاهِرُهُ خِلَافُ بَاطِنِهِ (١).

٢- التلجئة فقهاً

وَفِي لِسَانِ الْفُقَهَاءِ:

«أَنْ يَخَافَ (الْمَرْءُ) أَنْ يَأْخُذَ الظَّالِمُ مَلَكَهُ فَيُؤَاطِي رَجُلًا عَلَى إِظْهَارِ شَرَائِهِ مِنْهُ وَلَا يَرِيدُ بَيْعًا حَقِيقِيًّا» (٢) وَيُضِيفُ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ «لِيَحْتَمِيَ بِذَلِكَ» (٣).
وَيَتَضَحَّ مَعْنَى بَيْعِ التَّلْجَةِ - مِمَّا تَقْدُمُ - إِذْ يَلْتَجِي الشَّخْصُ إِلَى إِبْرَامِ عَقْدٍ صُورِي لِيَتَّخِذَ مِنْهُ سِتَارًا ظَاهِرِيًّا خَوْفًا مِنْ غَاصِبٍ أَوْ حِمَايَةٍ مِنْ سَطْوَةِ سُلْطَانٍ (٤).

(١) رَاجِعِ الرَّازِي - مَخْتَارِ الصَّحَاحِ، وَالْفَيْرُوزِ أَبَادِي - الْقَامُوسِ، وَالشَّرْتُونِي - أَقْرَبِ الْمَوَارِدِ مَادَّةَ (لَجَأَ).

(٢) الْعَلَامَةُ الْحَلِي - تَذَكُّرَةُ الْفُقَهَاءِ: ٧ / ٧.

(٣) ابْنُ قَدَامَةَ - الْمَغْنِي: ٤ / ١٩٣.

(٤) قَالَ دَكْتُورُ سَوَارٍ فِي (التَّعْبِيرِ عَنِ الْإِرَادَةِ: ٣٩٦): «وَيُطْلَقُ الْفُقَهَاءُ الْمُسْلِمُونَ عَلَى الْبَيْعِ الصُّورِيِّ تَسْمِيَةً «التَّلْجَةِ»

ثانياً - شروط تحققها:

ومن أجل تحققها لا بد من توفر شرطين هما:

الأول - أن يكون إبرام العقد قائماً على أساس الخوف من ظالم، أو نحوه للاستيلاء على محل العقد. يقول الكاساني: «فلو كانت التلجئة في إنشاء البيع بأن تواضعوا في السر لأمر الجأهم إليه على أن يظهر البيع ولا بيع بينهما حقيقة وإنما هو رياء وسمعة، نحو أن يخاف رجل السلطان فيقول الرجل: إني أظهر أني بعت منك داري وليس بيع في الحقيقة وإنما هو تلجئة فتبايعاً...»^(١).

وقال العاملي^(٢): «وبيع التلجئة... وهو المواطأة على الاعتراف بالبيع من غير بيع خوفاً من ظالم»^(٣).

الثاني - أن يحصل تواطؤ مسبق بين المتعاقدين على صورية العقد لغرض التخلص من الظلم. يقول النووي: «بيع التلجئة وصورته أن يتفقا على أن يظهر العقد ويتفقا على أنهما إذا أظهراه لا يكون بيعاً»^(٤).

→ لما تتضمنه من اللجوء إلى الغير والاحتماء بستر صوري ينقذ به العاقد المتواطئ ماله المهرب من تربص غاصب أو تسلط دائن».

واطلق الأستاذ الزرقاء في (المدخل الفقهي العام: ١ / ٢٨٥) على هذا النوع من البيع اسم «المواضعة» وذلك لأن المتعاقدين يتفقان سراً على خلاف ما سيعلنان.

والظاهر أن المواضعة أعم من التلجئة لأنها تنطوي على تواطئ سري بين الطرفين تسمى مواطأة أو تواطؤ. كما يسمى بيع «الامانة»، سواء كانت تلجئة أو تناجش، أو أي صورة كانت وان لم يكن فيها خوف من ظالم أو سلطان.

راجع: دكتور وهبة الزحيلي - نظرية الضرورة الشرعية: ٩٥ طبع دمشق ١٩٦٩ م.

(١) الكاساني - بدائع الصنائع: ٥ / ١٧٦.

(٢) محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسن العاملي، النجفي، ولد بشقري حدود نيف ومائة وخمسين وألف، وتوفي بالنجف عام ١٢٢٦ هـ من أعلام فقهاء الامامية في عصره له كتاب «مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة» في الفقه الامامي. ترجمه اغابرك الطهراني - الذريعة إلى تصانيف الشيعة: ٢١ / ٣٤١ طبع المطبعة الاسلامية طهران ١٣٩٢ هـ.

(٣) العاملي - مفتاح الكرامة - المتاجر: ١٤٥.

(٤) النووي - المجموع: ٩ / ٣٢٤.

وتتحقق صورية «التلجئة» بأحد طريقتين:

- ١- أن يستفاد من اقرار سابق - بأن هناك تواطؤاً على صورية العقد، ويعقد العقد على اتفاقهما السابق. قال الكاساني: «وإذا كانت التلجئة في الاقرار به - أي في البيع - فان اتفقا على أن يقرأ ببيع لم يكن فأقرأ بذلك ثم اتفقا على أنه لم يكن ...»^(١).
- ٢- وإما أن تستفاد من قرائن الحال التي تدل على عدم وقوع البيع يقول البهوتي - وهو في صدد ذكر شروط البيع - «أحدهما: التراضي به منهما - أي من المتبايعين - وهو أن يأتي به خياراً ما لم يكن بيع تلجئة وأمانة بأن يظهرها بيعاً لم يريداه باطناً ... وان لم يقولوا في العقد تبايعنا. هذا تلجئة لدلالة الحال»^(٢).

ثالثاً - أقسام العقد الصوري:

وينقسم العقد الصوري إلى:

أ- مشروع:

ما كان الغرض منه شريفاً - كما في حال إبرام عقد مع آخر تهرباً من ظلم يتوقعه من ظالم أو نحوه - فان عقده الصوري هذا مشروع لأن محاولته هذه ترمي إلى المحافظة على ماله من خطر يتهدد به.

ب - غير مشروع:

فيما إذا كان غرض المتهرب التحايل على إخفاء ماله من دين عليه تحت ستار هذا العقد الصوري^(٣).

(١) الكاساني - المصدر المتقدم: ١٧٧/ ٥.

(٢) البهوتي - كشف القناع: ١٤٩/ ٣.

(٣) د. سوار - التعبير عن الإرادة: ٣٨٤.

وللأستاذ الزرقاء في (المدخل الفقهي العام: ١ / ٣٨٥-٣٩١) تقسيم للمواضعة هو:

وكما يمكن تصور التلجئة في التصرفات الصادرة من التزامات ملزمة لجانبين، فهل يمكن تصور صدوره من تصرفات ملزمة لجانب واحد؟
وحيث أن التلجئة - كما أشرنا في شروطها - أن تكون مسبقة باتفاق بين طرفي العقد على أن يكون العقد بينهما صورياً ولا أساس له، لذا فلا يمكن تصور تحققها من شخص واحد. اللهم إلا في التنازل عن الحقوق الشخصية كحق الرهن، أو الاقرار بالدين، أو إبراء من دين^(١).

→ ١ - المواضعة في أصل العقد:

وهي: أن يتواطأ المتعاقدان ويتفقا سراً قبل العقد على أنهما سيعقدان العقد بصورة ظاهرية فقط إيهاماً لغيرهما دون أن يكون في الواقع منعقداً بينهما وذلك لمأرب لهما أو لأحدهما فيما يعلنان من العقد الكاذب. وكثيراً ما يحصل هذا على المدينين، إذ يبيعون أموالهم مواضعة لتهريبها من وجه الدائنين أو الخوف من جور سلطان ظالم أو غاصب متسلط.

٢ - المواضعة في البذل:

وقد تكون المواضعة إنما تهدف إلى مقدار البذل المتعاقد عليه دون أصل العقد وعندئذ لا تبطل المواضعة العقد، بل ينحصر تأثيرها في تعديل البذل الظاهر واعتبار ما جرت عليه المواضعة في السر. فقد يتواضع الطرفان على أن بدل السر أقل مما يتعاقدان عليه علناً. وهذا كثير الوقوع في عقود الانكحة ابتغاء الشهرة والسمعة بالمهر الكثير، أو لقطع الطريق على شفيع في العقار، أو قد يتواضعان على بدل أكثر مما يعلنان ويحصل ذلك في بيع العقار بغية تخفيف رسوم الانتقال المفروضة على أساس البذل.

٣ - المواضعة في الشخص:

وقد تكون الصورية المتواضع عليها في الشخص المتعامل لا في أصل العقد. وذلك كما في الشخص المسخر الذي يتعاقد، ويعمل ويكتب باسمه لمصلحته الشخصية في الظاهر ولمصلحة غيره في الباطن ثم يعلن أن كل عقود وأملاكه أو بعضها هي في الواقع لذلك الغير وإن اسمه فيها مستعار عن اسمه، وهي قضية «الاسم المستعار»، فالمواضعة هنا هي بين العامل باسمه ظاهراً ومن يعمل لمصلحته باطناً فهي من قبيل الوكالة السرية يتواطأ الطرفان على إخفائها وظهور الوكيل بمظهر الأصيل.

فعندئذ يحل الشخص محل الشخص الصوري أي يحل المستعار له الاسم محل المعير فتكون ثمرات العقود والاكتسابات للمستعار ضمن حدود وقيود شرعية وقانونية ترى في محلها لصيانة حقوق الآخرين خوفاً من أن يتخذ عارية الاسم وسيلة لتهريب المال من بين يدي من تعلق به حقهم، كما لو أقر بذلك المريض مرض الموت أو المفلس». ويلاحظ أن القسم الأول من هذه الأقسام وهو «المواضعة في أصل العقد» هو «التلجئة» التي نبهنا لأن الشخص اتفق مع آخر على إبرام عقد صوري إيهاماً للآخرين بأنه لا يملك شيئاً خوفاً من جور سلطان أو غاصب متسلط، وقد أشرنا فيما تقدم إلى أن المواضعة أعم من التلجئة.

وهناك تقسيم آخر للعقد الصوري، فقد قسمته بعض المصادر إلى:

←

رابعاً - حكم التلجئة:

ولقد اختلف الفقهاء في حكم بيع التلجئة ويمكن حصره في اتجاهين:

الأول - بطلان البيع:

فقد ذهب جمع من الفقهاء إلى بطلان هذا البيع لأنه ليس له من البيع إلا الشكلية فهو عقد لا قيمة له حقيقة كتصرفات الهازل الذي لم يتوفر في أقواله القصد. قال السرخسي: «ان بيع التلجئة باطل لأن التلجئة بمنزلة الهزل»^(١). وقال الحصكفي: «بيع التلجئة ... ليس ببيع في الحقيقة بل كالهزل»^(٢). ويرى العلامة الحلي أن بيع التلجئة لا يصح لأنه ليس ببيع حقيقة ناقلاً إجماع الامامية عليه حيث يقول «ذهب إليه علماؤنا أجمع»^(٣).

١ - صورية مطلقة إذا وقعت الصورية على العقد برمته ويكون العقد في هذه الحالة وهماً لا وجود له في عالم القانون.

٢ - صورة نسبية وهي:

أ - إذا كان المتعاقدان قد قصدا بالعقد الظاهر عقداً آخر يسترانه عن الغير فهما في هذه الحالة يتعاقدان في الواقع ولكنهما يبرزان عقدهما في صورة مغايرة لصورة العقد الذي يريدانه.

ب - أو أن يكون العقد صحيحاً في صورته وحقيقته غير أن أحد المتعاقدين ليس هو العاقد الحقيقي، بل هو عاقد مستعار استعير اسمه بدل آخر يريد أن يتوارى عن ساحة العقد.

ج - وإذا كتم من العقد جانب من جوانبه كنقص الثمن أو شرط من شروطه أو تاريخه كأن يؤخذ تاريخ العقد كما إذا اتفق المتعاقدان الصوريان على تأخير تصرف القاصر إلى ما بعد بلوغه سن الرشد أو كأن يقدم تاريخ تصرفه كما إذا قدم المريض مرض الموت تاريخ تصرفه حتى لا يقع هذا التاريخ في مرض الموت أو يجعل تاريخ تصرف المحجور عليه سابقاً على تاريخ حجره.. راجع (د. سوار - التعبير عن الإرادة: ٣٨٤-٣٨٥ نقلاً عن: الصورية في التشريع المصري للدكتور أحمد مرزوق: ف٧٥ ص٨٣ والصورية في الحقوق المدنية السورية للدكتور مأمون الكزبري: ٣٥).

(١) يرى د. سوار في (التعبير عن الإرادة: ٢٨٥) أن الصورية قد تكون في العقود وقد تكون في التصرفات الصادرة من جانب واحد بشرط أن تكون موجهة لشخص معين لأن الصورية نتيجة اتفاق. ولا يتصور اتفاق إلا من شخصين يتعاملان معاً، وعلى ذلك فقد يكون النزول عن حق ارتفاق أو حق رهن أو أقرار بدين أو إبراء من دين كل ذلك قد يكون صورياً.

(١) السرخسي - المبسوط: ٢٤ / ١٣٣.

(٢) الحصكفي - الدر المختار: ٤ / ٢٤٤.

(٣) العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٧ / ٧ وراجع العاملي - مفتاح الكرامة - المتاجر: ١٤٥.

وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنابلة فان «بيع التلجئة (عندهم) باطل، لأنهما - أي المتعاقدين - ما قصدا البيع فلم يصح منهما كالهالين»^(١).

والذين يذهبون إلى بطلان هذا البيع يرون أنه كبيع الهازل «والهزل يمنع جواز البيع لأنه يعدم الرضا بمباشرة السبب فلم يكن هذا بيعاً منعقداً في حق الحكم»^(٢). إن الإرادة الباطنة هي التي يعتد بها في مثل هذا البيع لقيام الدليل على عدم جدية المتعاقدين في إبرام مثل هذا وفي هذه الحالة لا قيمة للشكلية التي تحف بالعقد طالما أن القصد منتف عنه.

الثاني نفاذ البيع:

في نفاذ البيع قول لأبي حنيفة كما هو رأي الشافعية لأن البيع تم بأركانه وشروطه خالياً من مفسد فصح به كما لو اتفقا على شرط فاسد فتم عقد البيع بلا شرط. وذكر الكاساني: «روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن البيع جائز لأن ما شرطاه في السر لم يذكره في العقد، وإنما عقداً عقداً صحيحاً بشرائطه فلا يؤثر فيه ما تقدم من الشروط، كما إذا اتفقا على أن يشترطاً شرطاً فاسداً عند البيع ثم باعا من غير شرط»^(٣).

(١) راجع ابن قدامة: المغني: ٤ / ١٩٣ والمرداوي - الانصاف: ٤ / ٢٦٥ والبهوتي كشف القناع: ٣ / ١٤٩.

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع: ٥ / ١٧٦.

(٣) الكاساني - المصدر سالف الذكر. ورد الكاساني على ما روي عن أبي حنيفة بجواز البيع بقوله: «والجواب أن الحكم ببطلان هذا البيع لمكان الضرورة، فلو اعتبرنا وجود الشرط عند البيع لا تندفع الضرورة ولو أجاز أحدهما دون الآخر لم يجز، وإن أجازاه جاز. كذا ذكر محمد لأن الشرط السابق وهو المواضعة منعت انعقاد العقد في حق الحكم بمنزلة شرط خيار المتبايعين، فلا يصح إلا بتراضيهما ولا يملكه المشتري بالقبض حتى لو كان المشتري عبداً فقبضه واعتقه لا ينفذ اعتاقه بخلاف المكروه على البيع والتسليم إذا باع وسلم فأعتقه المشتري أنه ينفذ اعتاقه لأن بيع المكروه انعقد سبباً للحكم لوجود الرضا بمباشرة السبب عقلاً، لما فيه من صيانة نفسه عن الهلاك فانعقد السبب إلا أنه فسد لانعدام الرضا طبعاً فتأخر الملك فيه إلى وقت القبض. أما ههنا فلم يوجد الرضا بمباشرة

ويقول النووي: «وصورته (أي بيع التلجئة) أن يتفقا على أن يظهر العقد إما للخوف من ظالم ونحوه وإما لغير ذلك. ويتفقا على أنهما إذا أظهراه لا يكون بيعاً ثم يعقد البيع، فإذا عقده انعقد عندنا ولا أثر للاتفاق السابق... وأما قولهم كالهالزين فالأصح عندنا انعقاد بيع الهازل»^(١).

ولنا أن نختار رأي جمهور الفقهاء بعدم اعتبار هذا النوع من البيوع، لأنه عار عن القصد ومن شروط صحة العقد القصد، وقصد البيع منتفٍ في بيع التلجئة، وأن إرار ادتهما الحقيقية متجهة إلى غير ما يظهر أنه من التصرف، وإذا انتفى القصد لم يتحقق البيع وتكون عبارتهما لغواً كالهزل^(٢) لا أثر لها.

خامساً - هل بيع التلجئة من عيوب الارادة؟

وإذا اعتبرنا هذا النوع من البيع منطوياً تحت عنوان «العقد الصوري» الذي لم يتوفر فيه القصد، ولم يكن باعث إبرام التصرف إلا تهرباً من خوف ظالم أو تسلط غاصب، وحماية لما يملكه أحد المتعاقدين. إذاً فالارادة لم تنصب على إجراء

السبب في الجانبين أصلاً فلم ينعقد السبب في حق الحكم فتوقف على أحدهما فأشبهه البيع بشرط خيار المتبايعين» راجع: (بدائع الصنائع: ٥ / ١٧٦-١٧٧).

ويصرح الكاساني ببطلان البيع فيقول: «التلجئة ان كانت في إنشاء البيع بأن تواضعوا في السر لأمر الجأهم إليه على أن يظهروا البيع ولا بيع بينهما حقيقة وإنما هو رياء وسمعة نحو أن يخاف رجل السلطان فيقول الرجل اني أظهر أني بعت منك داري وليس ببيع في الحقيقة وإنما هو تلجئة فالبيع باطل في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ومحمد». راجع: (بدائع الصنائع: ٦ / ١٧٦)

(١) النووي - المجموع: ٩ / ٣٣٤.

(٢) هناك من يرى أن التلجئة أخص من الهزل يقول ابن عابدين في (رد المحتار ٤ / ٢٤٤): «فالهزل أعم من التلجئة لأنه يجوز أن لا يكون مضطراً إليه وان يكون سابقاً ومقارناً والتلجئة إنما تكون عن اضطرار ولا تكون مقارنة. كذا قيل، والأظهر أنهما سواء في الاصطلاح» كما قال فخر الاسلام (البزدي): التلجئة هي الهزل، كذا في جامع الأسرار على المنار للسكاكي. وأكد تساويهما الحصكفي في (الدر المختار: ٤ / ٢٤٤) وابن قدامة في (المغني: ٤ / ١٩٢) وقال البهوتي في (كشف القناع: ٣ / ١٥٠): «وكبيع التلجئة بيع الهازل فهو باطل، لأنه لم ترد حقيقته».

التصرف، وإذا انتفت حقيقة الارادة من التصرف فلا يرد عليها عيب لعيبها. ولا مجال بعد هذا لقبول رأي القائلين بصحة العقد على أساس أن الذي اتفقا عليه كان سابقاً على العقد، والعقد تم خالياً من أي شرط. ذلك لأن القرينة إذا دلت على أن الارادة الظاهرة غير مقصودة كان الحكم مبنياً على الارادة الباطنة.

يقول الزرقاء: «إن الجزاء المترتب على المواضعة في أصل العقد، سواء أكان متعلقاً بإنشاء العقد أو بالاقرار به يجعل العقد والاقرار به باطلين في الواقع وإن كانا قائمين في الظاهر، وذلك لانتفاء الارادة الحقيقية من أصل العقد، والاقرار^(١)».

(١) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١ / ٢٨٦-٢٨٧.

المَبْحَثُ الثَّانِي

تَصَرُّفَاتُ الْمُضْطَرِّ

أولاً - حقيقة المضطر:

اضطره لغة: بمعنى ألجأه إليه وليس له منه بد. والضرورة اسم الاضطرار والاضطرار الاحتياج إلى الشيء^(١).

أما الاضطرار عند فقهاء الشريعة فهو: «الالجاء إلى الفعل من الانسان، أو من غيره»^(٢) وهذا التعريف امتداد للمعنى اللغوي.

ويمكن أن نعرفه: بأنه حالة تفقد الانسان الاختيار وتحتّم عليه إتيان العمل المضطر إليه.

ولأول وهلة يبدو أن المضطر لا يختلف عن المكره فكلاهما أقدا على إجراء تصرف ما كانا يرغبان به دفعاً للضرر الأشد وكلاهما صدر منهما نتيجة لعامل الاضطرار.

فمثلاً يضطر الانسان إلى بيع داره أو سيارته مع أنه راغب بهما ومحتاج إليهما، ولكن ظروفًا خاصة دفعته إلى الاقدام على ذلك، إما وفاء لدين عليه، أو معالجة لمرضى يتعلق به، أو الانفاق على عياله، وهذا هو الاضطرار.

وقد يقدم الشخص على إجراء عقد بيع دار لشخص آخر خوفاً من تهديده، ونتيجة

(١) راجع الرازي - مختار الصحاح، والفيروز آبادي - قاموس المحيط، والفيومي - مصباح المنير (مادة (ضر)).

(٢) المرحوم الشيخ محمد زكريا البرديسي - الاكراه بين الشريعة والقانون القسم الثاني «الاضطرار وأثره في

التصرفات» بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد جامعة القاهرة العدد الرابع السنة الأولى عام ١٩٦١ صفحة (١).

والأستاذ مذكور - نظرية الاباحة عند الأصوليين الفقهاء: ٢٤٢ طبع المطبعة العالمية - القاهرة ١٩٦٣ م.

لضغط مباشر من الطرف الآخر مما يهدد سلامته، ولولاه لما أقدم على اختيار ذلك لأنه أخف الضررين، وهذا هو الاكراه.

وعلى هذا فان كلاً من المضطر والمكره لم يقصدا البيع - وفي كلتا الحالتين - إلاّ دفعاً لأشدّ الضررين واختياراً لأهون الأمرين.

ثانياً - التفريق بين المضطر والمكره:

مع هذا كله فان الفقهاء يفرقون بينهما ويرتبون على كل منهما حكماً شرعياً والتزاماً خاصاً وأهم هذه الفروق هي:

١ - الاضطرار ينشأ من حاجة داخلية لا علاقة لها بحمل الغير على إجراء التصرف. بينما الاكراه يحدث نتيجة ضغط خارجي يحمله على إجراء التصرف المطلوب منه دون توفر قصد واختيار^(١).

٢ - المضطر يتوفر في تصرفه قصد لأنه بإرادته أبرم العقد، أو قام بإجراء التصرف، ولكن المكره لم يتوفر في تصرفه القصد والرضا. وإنما أجرى التصرف تحت تأثير الاكراه فهو مسلوب الاختيار والرضا.

٣ - إن تصرف المضطر قد يكون ناتجاً من تأثير إكراه بحق، كمن التجأ إلى بيع داره أو سيارته نتيجة تهديد دائن ببيع داره إذا لم يسدد دينه بينما المكره يتصرف

(١) يقول الخونساري في (حاشيته على المكاسب: ١٨٥-١٨٦): «أما بالنسبة للتفريق بين الاضطرار والاكراه فان الاضطرار لا يكون من فعل الغير كالجوع والعطش والمرض ونحو ذلك، أو أن يكون صدور الفعل منه نتيجة للاضطرار. أما الاكراه فيكون من الغير - وهو بالنسبة إلى المحرمات بمعنى الجبر والالقاء وبالنسبة إلى العقود والمعاملات يكفي فيه توعّد الضرر الموجب لعدم الرضا وعدم طيب النفس بالمعاملة». وهناك من يحدد الفرق بينهما من الناحية الموضوعية بأن «المكره إلى إتيان العمل للتخلص من الضرر الذي توعده به شخص آخر يخاف من بطشه».

وفي حالة الاضطرار يجد الشخص نفسه في حالة تحتم عليه ارتكاب الفعل المضطر إليه كمن يركب مع آخرين قارباً مملوءاً بالأمّعة يكاد أن يغرق لثقل حمولته فان نجاته تفرض عليه إلقاء بعض الأمّعة أو الركاب في البحر لينجو من الغرق المحقق به.

راجع: الأستاذ هاشم معروف - المسؤولية الجزائية في الفقه الجعفري: ١٦٨-١٦٩.

نتيجة تأثير تهديد ووعيد من ظالم متمكن من تنفيذ ما هدد به فتختل إرادة المكره وتكون إرادته غير سليمة.

٤- إن العرف يفرق بين بيع المضطر والمكره فيصح بيع الأول، دون الثاني.
٥- إن المضطر والمكره يشتركان معاً في رفع الحكم التكليفي كالوجوب والحرمة. فمن اضطر إلى أكل لحم الميتة - مثلاً - لا يؤاخذ بشيء تماماً كمن أكره عليه. وذلك لأن السبب لرفع التكليف والمؤاخذة هو دفع الضرر المتحقق في المكره والمضطر.

ويفترقان في الحكم الوضعي كالصحة والفساد حيث يحكم بصحة معاملة المضطر - عند فريق من الفقهاء - دون المكره. والسر أن الاكراه يرفع التكليف والوضع معاً لا الحكم التكليفي فقط كما هي الحال في الاضطرار.

ثالثاً - متى يتحقق الاضطرار المميز عن الاكراه؟

ولتحقيق عنوان الاضطرار على تصرف الشخص المميز عن الاكراه، لا بد أن يتوافر شرطان وهما:

الأول: أن يكون الدافع للتصرف عامل داخلي دون حمل من الخارج مقرون بتهديد ووعيد يخشى منه الضرر.

الثاني: أن يكون في التصرف المضطر عليه له فيه مصلحة خاصة أو عامة بحيث يتوفر الاختيار فيه.

فالشخص الذي يبتلي - هو أو أحد متعلقيه - بمرض وتوقف علاجه على بيع داره وصرف ثمنها على معالجته فإن بيع الدار سيكون له خيراً لنفسه بالعنوان الثانوي، وإن لم يكن له خيراً بالعنوان الأولي، لأن تصرفه هذا كان مقدمة لدفع ضرر خارجي متوجه إليه في نفسه أجنبي عن المعاملة وبهذا يكون قد توفر في تصرفه عنصر الاختيار والتوجه.

ومن مجموع ما تقدم يظهر لنا أن الاضطرار أعم من الاكراه يقول البرديسي: «فان الاضطرار عند علماء الشريعة يشمل الاكراه الذي يكون الدافع فيه على الفعل الانسان ويشمل غيره وهو ما يكون الدافع فيه على الفعل القوة الطبيعية»^(١).

رابعاً - أنواع الاضطرار:

ويمكن تصنيف الاضطرار إلى نوعين:

الأول - فقد يكون التصرف المضطر إليه لمصلحة الشخص الخاصة، كمن اضطر لبيع داره أو سيارته لغرض معالجته من عارض ألم به أو بأحد من يعول بهم، فيلتجئ إلى البيع مع كراهته لذلك.

وكذا لو وعد بالنفع في حالة إيفاء دين عليه فيعين بعمل يدر عليه نفعاً مالياً فيبادر لبيع داره وإيفاء الدين الذي عليه ونحو ذلك. فهذه تصرفات يضطر إليها الشخص ولكنها تعود لمصلحته الخاصة بالنفع.

يقول ابن حزم: «وأما المضطر إلى البيع كمن جاع وخشي الموت فباع فيما يحيي به نفسه وأهله، وكمن لزمه فداء نفسه أو حميمه من دار الحرب»^(٢).

ويقول المرحوم الحكيم: «فإيقاع العقد المكروه إذا لم يكن ناشئاً عن حمل غيره، بل يكون بداع آخر لا يكون إكراهاً كالمريض المحتاج في علاجه إلى المال فيلتجئ إلى بيع داره مع كراهته لذلك، وكذا لو كان يحمل غيره بتوسط وعده بالنفع، كما لو وعده بأن ينصبه والياً إذا باع داره وكذا لو توعده بالضرر المستحق، كما لو قال الدائن للمديون: إن بعت دارك أبرأتُ ذمتك من الدين، بل في الحقيقة ذلك من الوعد بالنفع»^(٣) فهذه الصور كلها تعبر عن تصرف المضطر لمصلحته الخاصة.

الثاني - أن يكون تصرف المضطر للمصلحة العامة كمن تضطره جهات معينة على

(١) البرديسي - الاكراه بين الشريعة والقانون - القسم الثاني: الاضطرار وأثره في التصرفات: ص ٢.

(٢) ابن حزم - المحلى: ٩ / ٢٦ طبعة الامام - القاهرة.

(٣) المرحوم الحكيم - نهج الفقاهة: ١٩٦.

استملاك داره لتوسيع الطريق العام، أو يجبر المحتكر - بالكسر - على بيع ما يحتكر من الحاجات للمصلحة العامة، وهكذا.

يقول الحطاب: «ومن الجبر الشرعي: جبر من له ربع يلاصق المسجد - وافتقر لتوسيع المسجد به - على بيعه لتوسيع المسجد. وكذلك من له أرض تلاصق الطريق بذلك أفتى ابن رشد. واحتج على فتياه بقول سحنون: يجبر ذي أرض تلاصق طريقاً هدمها نهر لا ممر للناس إلا فيها على بيع طريق فيها لهم بثمن يدفعه الامام من بيت المال ... ويقول مالك وغيره: إذا خلا الطعام واحتيج له أمر الامام أهله بإخراجه إلى السوق»^(١).

ونقل المرداوي^(٢): «ويجبر المحتكر على بيعه (أي ما احتكر) كما يبيع الناس، فإن أبى وخيف التلف فرقه الامام»^(٣) أي على المحتاجين.

وهذا النوع من تصرفات المضطر تهدف إلى المصلحة العامة، دون أن يكون فيها غصب أو تدخل ظالم. إنما المصلحة العامة هي التي دفعت بالحاكم في حمله على مثل هذا الاجراء بناءً على ما تقتضيه المصلحة العامة، ويمكن أن يطلق على هذا النوع من الاضطرار بالاكراه بحق.

يقول المرحوم الشاهر ودي^(٤): «ان الاكراه إذا كان عن حق كاكراه النبي عليه الصلاة والسلام أو الامام أو ولي الأمر على معاملة لا يوجب فسادها ... وحينئذ إذا أكره المحتكر على بيع الطعام أو المديون على اداء دينه أو الممتنع عن الانفاق على زوجته على طلاقها صح ذلك، لانه إكراه على حق»^(٥).

(١) الحطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٢٥٣.

(٢) علي بن سليمان بن أحمد المرداوي الدمشقي، فقيه حنفي، من أعلامهم المشهورين ولد في «مراد» قرب نايلس عام ٨١٧هـ، وانتقل في كبره إلى دمشق، وتوفي فيها عام ٨٨٥هـ، له مؤلفات، منها: «الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف» و «التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع».

(٣) المرداوي - الانصاف: ٤ / ٣٣٩.

(٤) علي بن علي أكبر الشاهر ودي الحسيني، من أعلام المدرسة النجفية الفقهية، وكان من مبرزى تلاميذ المرجع الديني للامامية - فيما مضى - الامام السيد أبو القاسم الخوئي، توفي عام ١٣٧٠هـ له مؤلفات منها «محاضرات الفقه الجعفري».

خامساً - حكم تصرف المضطر:

وإذا اتضح لنا أن المضطر يختلف عن المكره لأن كل مكره مضطر ولا عكس، فإذا اضطر الانسان إلى إجراء تصرف لكونه مقدمة لدفع ضرر أهم متوجه له كما إذا ابتلى بمرض، وتوقف علاجه على بيع داره وصرف الثمن في معالجته أو أجبر على بيع داره لغرض توسيع الطريق بناء على مقتضيات المصلحة العامة - فهل يحكم على هذا التصرف بالصحة أو الفساد؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى رأيين:

الأول - القول بفساد التصرف:

وهو قول للحنيفة نقله الحصكفي في الننف بأن «بيع المضطر وشراؤه فاسد»^(١) كما نقل البرديسي عن عlish^(٢) - من فقهاء المالكية - النص التالي: «من حلف على

→ (٥) الشاهر ودي - محاضرات الفقه الجعفري: ٢٤٥-٢٤٦.

(١) الحصكفي - الدر المختار: ١٠٦/٤.

وعلق ابن عابدين في (رد المحتار: ١٠٦/٤) على النص المذكور بقوله:

«قوله بيع المضطر وشراؤه فاسد - هو أن يضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها ولا يبيعها البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير وكذلك في الشراء منه كذا في المنع، وفيه لف ونشر غير مرتب لأن قوله وكذا في الشراء أي من المضطر مثال لبيع المضطر أي بأن اضطر إلى بيع شيء من ماله ولم يرتض المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش، ومثاله ما لو ألزمه القاضي ببيع ماله لايفاء دينه أو ألزم الذمي ببيع مصحف أو عبد مسلم ونحو ذلك. لكن سيذكر المصنف (أي الحصكفي) في الاكراه لو صادره السلطان ولم يعين ببيع ماله فباع صح.. وأفاد (الشارح): انه بمجرد المصادرة لا يكون مكرهاً، بل يصح بيعه إلا إذا أمره بالبيع مع أنه بدون أمر مضطر إلى البيع حيث لا يمكنه غيره وقد يجاب بأن هذا ليس فيه أنه باع بغبن فاحش عن ثمن المثل. نعم العبارة مطلقة فيمكن تقييدها بأنه إنما يصح لو باع بثمان المثل أو غبن يصير توفيقاً بين العبارتين فتأمل «وعند التأمل يتبين أن سبب عدم الصحة هو الغبن الفاحش وليس الاضطرار فتأمل».

(٢) محمد بن أحمد بن محمد عlish، فقيه مالكي أبو عبد الله، مغربي الأصل، ولد بالقاهرة عام ١٢١٧ وتعلم بالأزهر وولي مشيخة المالكية فيه. توفي بالقاهرة عام ١٢٩٩ له مصنفات فقهيه منها «فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك» مطبوع بجزأين و«منح الجليل على مختصر الخليل» مطبوع بأربعة أجزاء و«هداية السالك» حاشيته على الشرح الصغير للدردير مطبوع بجزأين ترجمه الزركلي - الاعلام: ٦ / ٢٤٤-٢٤٥.

زوجته بالطلاق ثلاثاً ان لم يبع أمته ولم يجد من يشتريها منه إلا بالوكس^(١) فماتت امرأته أو بانت منه له أن يفسخ بيع الأمة^(٢) وعلق البرديسي على ذلك بقوله: «فهذا المروي عن عليش صريح في أن بيع المضطر بالوكس فاسد وإلا لما جاز للمضطر في هذه الصورة فسخ هذا البيع واسترداد الأمة»^(٣).

وذكر الأستاذ البرديسي بأن القائلين بفساد بيع المضطر وشراؤه استدلوا على رأيهم بما يلي:

١- بالحديث الشريف انه صلى الله عليه وآله وسلم قال: «إنما البيع عن تراض»^(٤) فهذا الحديث يحصر البيع الصحيح في البيع الذي توافر فيه رضا العاقلين وينفي الصحة عن البيع الذي لم يتوافر فيه هذا الرضا. وبيع المضطر بأقل من ثمن المثل بغبن فاحش لا يتوافر فيه هذا الرضا»^(٥).

٢- وبما روي أن الامام علي (عليه السلام) خطب الناس فقال «سيأتي على الناس زمان عضوض بعض الموسر على ما في يديه ولم يؤمر بذلك فقال الله تعالى: ﴿ولا تنسوا الفضل بينكم﴾»^(٦) ويباع المضطرون وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع المضطر وبيع الغرر وبيع الثمر قبل أن تدرك»^(٧).

(١) الوكس - النقص - راجع: الرازي - مختار الصحاح: مادة (وكس).

(٢) البرديسي - الاكراه بين الشريعة والقانون - القسم الثاني - الاضطرار وأثره في التصرفات: ص ٢٠ العدد المشار إليه.

(٣) البرديسي - المصدر المتقدم والصفحة.

(٤) راجع: ابن حنبل - المسند: ٥٣٦/٣ طبعة دار المعارف بالقاهرة (الطبعة الثانية) وابن ماجه - السنن: كتاب التجارات / باب (بيع الخيار) ٧٢٧/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب البيوع / باب (بيع المضطر وبيع المكره) ١٧/٦

(٥) البرديسي - المصدر سالف الذكر: ١٩-٢٢.

(٦) سورة البقرة: آية ٢٣٧.

(٧) ابن حنبل - المسند: ١٨٧/٢ ورواه أبو داود في عون المعبود - كتاب البيوع / باب (بيع المضطر) ٢٦٣/٢ والبيهقي - السنن الكبرى: ١٧/٦.

وفي رواية «قبل ان تطعم» وراجع الطوسي - التهذيب: ١٢٣/٢ وجاء في وسائل الشيعة مجلد ١٢ ج ٦ / ٢٣٠ كتاب

فهذا علي بن أبي طالب يحدثنا أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع المضطر والنهي يدل على الفساد فيبيع المضطر فاسداً^(١).

٣- أن المضطر لا يقدم على هذا البيع (بيع المضطر) طائعاً مختاراً وإنما يقدم عليه بدافع الخوف الشديد من الضرر الذي يلحقه لو لم يبيع، فبيعه لا يتوافر فيه رضا العاقلين الذي لا بد منه فتنتفي الصحة عنه فلا يكون بيع المضطر بالوكس صحيحاً ولا جائزاً أن يكون باطلاً لأن الباطل ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، وهذا مشروع بأصله دون وصفه فيكون فاسداً^(٢).

٤- أن مراعاة المصلحة العامة وعدم اضطراب النظام الاقتصادي في القول بفساد بيع المضطر بالوكس، لأن الناس إذا علموا أن بيع المضطر بالوكس يكون فاسداً امتنعوا عن غبنه وتعاملوا معه بما يزيل اضطرابه بدون إرهاقه وبذلك ينبنى التعامل بين الناس على أساس من الود والأخاء فلا يظلم الإنسان أخاه الإنسان بانتهاز فرصة اضطرابه. بل يساعده بالقرض، وإلا فلا أقل من أن يشتري منه بثمن المثل وبذلك يسود التعامل الصحيح بين الناس وتسود الحياة الاقتصادية «روح الود والوئام»^(٣).

الثاني - القول بنفاذ التصرف:

وذهب إلى هذا الرأي جمهور الفقهاء بناء على أن المضطر لم يعد المقصد في

→ التجارة / باب (جواز مبيعة المضطر) ما نصه: «هو ذيل حديث رواه الصدوق في عيون الأخبار ... عن الإمام الرضا، عن آبائه عن علي (ع) ... «وقد نهى رسول الله (ص) عن بيع المضطر، وعن بيع الغرر».

(٢١) البرديسي - الاكراه بين الشريعة والقانون / القسم الثاني «الاضطرار وأثره في التصرفات» ١٩-٢٢ بتلخيص. ويرى الدكتور جمال الدين محمد محمود في (سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الاسلامي: ٤١٨-٤١٩ / طبع دار الاتحاد العربي للطباعة - القاهرة، ١٩٦٩م):

أن بيع المضطر وشراءه «يمثل اختلافاً في المعاوضة التي يعتد بها الشارع، لأن ظرف الاضطراب يجعل البائع مع رضاه بالبيع مضطراً إلى البيع فتختل المعاوضة بسبب ذلك الاضطراب قطعاً أو في الغالب ويبدو أن حكم هذا البيع هو الفساد».

(٢) البرديسي - الاكراه بين الشريعة والقانون / القسم الثاني «الاضطرار وأثره في التصرفات» ١٩-٢٢ بتلخيص.

تصرفه، وهو حر في إرادته في ذلك، ولهذا يختلف عن المكره^(١).
واستدلوا على رأيهم بما يلي:

- ١- إن أدلة فساد البيع المستفادة من الآية الشريفة: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ والحديث الشريف: «لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه» لا تشمل تصرف المضطر لتحقيق الاختيار في إجراء التصرف الصادر عنه.
- ٢- إن بيع المضطر بالوكس قاصد في بيعه راض به، إذ لم يلجئه أحد إلى ذلك، فبيعه صحيح لتوافر شرط الرضا.
- ٣- لو حكم بفساد بيع المضطر بالوكس لاضطراب النظام في كثير من التصرفات، وهذا ضرر عام يصيب كل الناس فيرجح دفعه على دفع الضرر الخاص الذي يصيب في حالة الحكم بصحة بيعه.

سادساً - الرأي المختار:

ولنا أن نختار الرأي القائل بنفاذ التصرف للأسباب التالية:

- ١- إن أدلة فساد البيع المستفادة من الآية الكريمة والحديث الشريف لم تشمل هذا النوع من البيع لصدوره من البائع بمحض إرادته.
- ٢- إن أحكام الشريعة قائمة على أساس من السعة، وعدم الحرج والضيق، ولو قلنا: بفساد هذا البيع الذي كان نتيجة حاجة بائعة إليه، للزم بقاءه فيما هو أشد ضيقاً وحرجاً، ويتنافى هذا مع مقاصد الشريعة.
- ٣- إن ما أورده القائلون بفساد بيع المضطر من النهي عن النبي عليه الصلاة والسلام فقد ناقشه ابن حزم بما يلي:
«وأما ما روي عن علي أنه قال: «وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع

(١) راجع: المرحوم الحكيم - نهج الفقاهة: ٢٠٤ والحطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٢٠٥ والبهوتي - كشف القناع:

١٥٠ / ٣ والشيرازي - المذهب: ٧٨ / ٢، وابن حزم - المحلى: ٦٣٩ / ٩.

المضطر وعن بيع الغرر وعن بيع الثمر قبل أن يطعم^(١) (وكذلك) ما روي عن حذيفة^(٢) أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال: «ألا إن البيع المضطر حرام، المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخونه، وإن كان عندك خير فعد به على أخيك ولا تزده هلاكاً إلى هلاكه»^(٣). ولو استند هذان الخبران لقلنا بهما مسارعين لكنهما مرسلان ولا يجوز القول في الدين بالمرسل»^(٤).

ثم يعقب ابن حزم على ما تقدم فيقول: «قال أبو محمد: فإذا لم يصح هذان الخبران فلنطلب هذا الحكم من غيرهما فوجدنا كل من يبتاع قوت نفسه وأهله للأكل واللباس فانه مضطر الى ابتياعه بلا شك. فلو بطل ابتياع هذا المضطر لبطل بيع كل من لا يصيب القوت من ضيعته، وهذا باطل بلا خلاف».

واستند ابن حزم في مناقشته هذه لصحة تصرف المضطر بسيرة النبي عليه الصلاة والسلام فيقول: «وقد ابتاع النبي صلى الله عليه وسلم أصواغاً من شعير لقوت أهله ومات عليه السلام ودرعه مرهونة في ثمنها».

فصح أن بيع المضطر إلى قوته وقوت أهله وبيعه ما يبتاع به القوت بيع صحيح لازم. (وبالاضافة) فهو أيضاً بيع عن تراض لم يجبره أحد عليه فهو صحيح بنص القرآن»^(٥).

٤- أن ما نقله الحصكفي - من فقهاء الحنفية - بأن بيع المضطر وشراؤه فاسد واستند إليه القائلون بهذا الرأي مردود بما يلي:

أ- لعل الحصكفي التبس عليه مصطلح «المضطر» و «الأكراه» فقال - في باب

(١) رواه البيهقي - السنن الكبرى: كتاب البيوع / باب (بيع المضطر وبيع المكره) ٦ / ١٧.

(٢) حذيفة بن حسل بن جابر العبسي، المعروف «بخذيفة بن اليمان»، أبو عبد الله، صحابي من الولاة الشجعان الفاتحين، ولاه عمر على المدائن، وتوفي فيها عام ٣٦ هـ ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢ / ١٨٠.

(٣) رواه المتقي الهندي - كنز العمال: ٤ / ٣٥ (الطبعة الثانية) بالنص التالي: «إلا أن بيع المضطرين حرام، المسلم أخو المسلم، لا يظلمه، ولا يخذله، إن كان عندك معروف فعد به على أخيك، ولا تزده هلاكاً إلى هلاكه» عن حذيفة.

(٤) ابن حزم - المحلى: ٩ / ٢٦-٢٧.

(٥) ابن حزم - المحلى: ٩ / ٢٦-٢٧.

الاكراه - : لو «صادره السلطان - أي طالبه - بأخذ ماله ولم يعين بيع ماله فباعه صح»^(١). فلو كان مبنى الحصكفي هو فساد بيع المضطر فكيف صحح بيع الذي اضطر لبيع ما يملك ليؤدي ما طلبه السلطان. في حين أنه لم يعين له طريقة الاداء وكان بإمكانه أن يستقرض من غير بيع ماله^(٢)؟!.

ب - هناك أقوال في الفقه الحنفي تجيز تصرف المضطر منها:

١- إذا عدل المكره إلى غير ما وقع عليه الاكراه بالفعل جاز ما فعل، لأنه طائع في ما عدل إليه لو أكره على بيع جاريته فوهبها جاز، لأنه عدل عما أكره عليه لتغاير البيع والهبة.

٢- ومنها: «وكذلك لو طولب بمال - وذلك المال أصله باطل - وأكره على أدائه ولم يذكر له بيع الجارية فباع جاريته جاز البيع، لأنه في بيع الجارية طائع».

٣- ومنها: «ولو أكره على الاقرار بألف درهم فأقر بمائة دينار أو صنف آخر غير ما أكره عليه جاز لأنه طائع في ما أقربه»^(٣).

٤- هذه الموارد التي ذكرناها من الفقه الحنفي جاز فيها التصرف، لأنها صدرت عن اختياره وإن لم يطابقه رضاه لأنه مضطر للتصرف.

٥- إن ما استنتجه الأستاذ البرديسي من نص الفقيه المالكي عlish بفساد بيع وشراء المضطر مردود من وجوه ثلاثة:

أ- قد يكون فسخ بيع الأمة ناتجاً من ناحية الحلف في الطلاق ثلاثاً وإن هذا الفقيه لا يرى نفاذ مثل هذا اليمين في تحقيق الطلاق.

(١) الحصكفي - الدر المختار: ٥ / ٨٨.

(٢) يوضح نص الحصكفي ما جاء في (الفتاوى الهندية: ٥ / ٢٧): «ولو أخذه (السلطان) بمال يؤديه فأكرهه على أدائه - ولم يذكر له جاريته بشيء - فباع جاريته ليؤدي المال فالبيع جائز، لأنه طائع في البيع. لأن أداء المال يتحقق بطريق الاستقراض والاستيهاب من غير بيع الجارية، وهذا هو عادة الظلمة إذا أرادوا أن يصادروا رجلاً تحكموا عليه بالمال ولا يذكرون له بيع شيء من ملكه حتى إذا باعه ينفذ بيعه عليه».

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع: ٧ / ١٩٠.

ب - وقد يكون الباعث على فسخ بيع الأمة هو لكونها بيعت بالوكس فيكون السبب الغبن وليس الاضطرار.

ج - إن في الفقه المالكي من يجيز تصرف المضطر كما في المسائل التالية: «قال ابن عرفة: وبيع قريب المضغوط (المضطر) لفكاكه من عذاب كزوجته وولده وقريبه لازم»^(١).

وسئل أحد فقهاء المالكية: «عمن يتعدى عليه الأعراب فيسجنونه فيبيع هو أو وكيله أو من يحتسب له ربعا لفدائه هل يجوز شراؤه أم لا؟ فأجاب بيع المضطر لفدائه جائز ماض باع أو وكيله بأمره».

«وسئل اللخمي عن يتيم أخذه السلطان وسجنه، واضطر إلى بيع ربه فباعه خشية أن يأتيه من السلطان نفي أو غيره وتوقف الناظر في البيع حين لم يأذن القاضي فيه، فأجاب إذا كان الأمر على، وصف مضى بيعه»^(٢).

مما تقدم نستطيع أن نضع الخلاصة التالية:

١- الاضطرار تارة يكون على التصرف كما لو أكره شخص على تنفيذ ما يكرهه عليه من ابرام عقد أو إجراء تصرف. وأخرى يكون على سبب العقد أو التصرف كمن يجبر على دفع مال فيضطر إلى بيع شيء لوفائه، أو يسجن فيبيع هو أو وكيله بعضاً مما يملك لفدائه، وفي هذه الصورة فإن الذي اضطر الشخص إلى البيع لم يطلب منه البيع إنما هو قد اختار ذلك لغرض الاداء.

٢- إن رأي فقهاء المذاهب في حالة الاضطرار على سبب التصرف يمكن أيجازه بالآتي:

أ- الامامية تجيز تصرف المضطر إذا كان الاكراه بحق «كمن أجبره الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه ونفقة واجب النفقة»^(٣).

(١) الخطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٢٥٠.

(٢) الخطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٢٤٩.

(٣) الشهيدان - الروضة البهية شرح اللمعة: ٣ / ٢٢٧-٢٢٨.

ويقول المرحوم الحكيم: «لو منع السلطان الجائر بيع السلعة بأكثر من درهم فباعها المالك بدرهم خوفاً منه كان البيع صحيحاً، لعدم كونه مكرهاً على ذلك وإنما المكروه عليه ترك البيع بأزيد من درهم الملازم للبيع بالدرهم أو لترك البيع رأساً»^(١).
ب - والرأي في الفقه الحنبلي هو الجواز أيضاً كما ينقل البهوتي إذ يقول: «كالذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه أو على شراء ما يوفي ما عليه من دين فيصح العقد، لأنه قول حمل عليه بحق فصح. وإن أكره إنسان بدفع مال فباع ملكه في ذلك صح البيع، لأنه غير مكروه عليه... وهو بيع المضطرين. قال في المنتخب: لبيعه بدون ثمنه أي ثمن مثله»^(٢).

ج - أما الفقه الحنفي فالجمهور أجاز تصرف المضطر - وقد أشرنا إلى أقوال بعض فقهاءهم - في حين فصل الحصكفي:

ففي بيع المضطر وشرائه وهو أن يضطر الرجل إلى الطعام أو اللباس أو غيرهما ولم يرض المشتري إلاّ شراءه بغبن فاحش اعتبره فاسداً.

أما في بيع المصادر - وهو أن يضطره السلطان إلى دفع مال ولم يعين بيع ماله - فإن بيعه صحيح لعدم تعيينه. وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك كله في الموازنة بين القائلين بنفاذ البيع وعدم نفاذه.

د - وللشافعية في هذه المسألة قولان كما نقل النووي فقد ذكر «المصادر من جهة السلطان وغيره ممن يظلمه بطلب مال وقهره على إحضاره إذا باع ماله ليدفعه إليه للضرورة والأذى الذي يناله هل يصح بيعه؟ فيه وجهان: (أحدهما) لا يصح كالمكروه (والثاني): اصحهما يصح. لأنه لا إكراه على نفس البيع، ومقصود الظالم تحصيل المال من أي جهة كان»^(٣).

ويقول الشربيني^(٤): «يصح بيع المصادر - بفتح الدال - من جهة ظالم بأن باع

(١) المرحوم الحكيم - نهج الفقاهة: ٢٠٤.

(٢) البهوتي - كشف القناع: ١٠٥ / ٣.

(٣) النووي - المجموع: ١٦٠ / ٩.

لدفع الأذى الذي ناله، لأنه لا إكراه فيه، إذ مقصود من صادر تحصيل المال من أي وجه كان»^(١).

هـ - ولم يختلف رأي ابن حزم عن جمهور الفقهاء في هذه المسألة إذ يقول: «ثم نظرنا فيمن باع في إنقاذ نفسه أو حميمه من يد كافر أو ظلم ظالم فوجدنا الكافر والظالم لم يكرها فادي الأسير ولا الأسير، ولا المضغوط على بيع ما باعوا في استنقاذ أنفسهم أو من يسعون لاستنقاذه وإنما أكرهوهم على إعطاء المال فقط، ولو انهما أتوهما بمال من قرض أو من غير البيع ما ألزموها البيع فصح أنه بيع تراض»^(٢).

و - أما جمهور فقهاء المالكية فيرون صحة نفاذ تصرف المضطر كما نقل الدسوقي ذلك فقد قال: إذا أكره على سبب البيع فباع كان البيع لازماً للمصلحة وهي الرفق بالمسجون لئلا يتباعد الناس من الشراء فيهلك المظلوم، وهو اختيار المتأخرين من فقهاء المالكية وأفتى به عدد من كبار فقهاءهم^(٣) وهناك من يرى منهم خلاف ذلك^(٤). ومن هذا كله نستطيع أن نركن إلى القول بصحة ونفاذ تصرف المضطر، نظراً لكونه قد صدر باختياره ورضاه وإن كان عامل الضرورة قد تحكم في إرادته.

سابعاً - علاقة تصرفات المضطر بعيوب الإرادة:

نستطيع أن نتلمس مدى علاقة تصرفات المضطر بعيوب الإرادة من خلال اتصال عامل الاضطرار بالمضطر أو عدم اتصاله به. فمتى اتصل - بأن صدر منه إرغام به - كان مكرهاً، وجاز له حق الفسخ. وإن لم يتصل به - بأن صدر من آخر دون إرغام به

(٤) محمد بن أحمد الشربيني، شمس الدين، فقيه شافعي من أهل القاهرة توفي عام ٩٧٧هـ له مؤلفات، منها: «السراج المنير» في التفسير، و«مغني المحتاج» في الفقه، و«شرح منهاج الطالبين للنووي» و«الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع» فقه، ترجمه الزركلي - الاعلام: ٦ / ٢٣٤.

(١) الشربيني - مغني المحتاج: ٨ / ٢.

(٢) ابن حزم - المحلى: ٩ / ٢٧-٢٨.

(٣) الدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ٥ / ٣.

(٤) الحطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٢٤٨.

- لم يجز له الفسخ، لأنه لم يكن مكرهاً.

إذا فالنسبة بينهما العموم والخصوص المطلق، فإنهما وإن كانا يشتركان في الاضطرار لكن ليس بالضرورة كل مضطر مكره، فقد يجري المضطر تصرفات بمحض اختياره رغم الضرورة التي ألجأته إلى هذا التصرف. فكانت إرادته في هذه الحالة سليمة لم يشبها ما يخل بصحتها ويؤثر على سلامتها. لكن كل إكراه اضطرار. ولهذا فإن الآثار المترتبة على تصرفات المضطر تعتبر صحيحة وسليمة بخلاف المكره التي تكون تصرفاته موقوفة على رضاه وقابلة للفسخ.

ثامناً: موقف القانون من تصرفات المضطر:

وإذا تبينا موقف الشريعة من هذه المسألة نتجه إلى القانون الوضعي لتلمس موقفه منها أيضاً ونطرح السؤال التالي: هل يمكن الإنسان في حالة اضطراره إلى التعاقد أو إجراء أي تصرف أن يجري ما يترتب عليه الأثر القانوني؟ وكمثل لذلك: لو أن ولداً تعرض للغرق فتقدم شخص لانقاذه وطلب من أبيه تعهداً بمبلغ جسيم من المال ووقع الوالد التعهد، فهل يعتبر هذا التعهد نافذاً؟ أو أن شخصاً استغل ظرفاً صعباً يمر به شخص آخر وعرض عليه ما يفرج عنه لكن بشرط أن يدفع له مبلغاً كبيراً ووافق المضطر، فهل يترتب على هذا العقد الأثر القانوني؟

ولا شك أن هذا الاضطرار يحصل من ظروف أو أحوال خارجية عن دائرة التصرف ومن شأنها أن تضغط على إرادة صاحب التصرف وتكون هذه الظروف هي الدافع على إجراء مثل هذا التصرف. وفي هذه الحالة يختلف عن الإكراه الذي له حكمه الخاص، وسمي في القانون «الإكراه في حالة الضرورة» وقد اختلف الرأي في هذا الشأن:

الأول:

يرى بعض فقهاء القانون: ان القاعدة العامة تقتضي أن مجرد الاضطرار إلى التعاقد لا يعتبر سبباً للطعن في العقد بالاكراه، وذلك لأن الاكراه يفترض أن يهيئ شخص وسيلة لانتزاع رضا المكره وفي حالة الاضطرار تحدث الظروف مصادفة^(١).

كما أن التطور الاقتصادي للمجتمعات الحديثة يجعل الانسان مضطراً إلى التعاقد في كثير من الأحيان ويسلب منه اختياره المحض وخاصة في عقود الأذعان. ولا يكون الاضطرار بمنزلة الاكراه إلا إذا استغله شخص آخر وهو عالم بحالة الضرورة التي يوجد فيها المتعاقد^(٢).

وترى بعض المصادر «أن النظرية التقليدية تشترط في الاكراه أن ينتزع الرضا وقد ورد فعلاً لفظ الانتزاع في المادة (١١٠٩) من القانون المدني الفرنسي فانها لا تجعل الاكراه الذي تهيأت ظروفه مباشرة ذا أثر في صحة العقد، وهو أثر من آثار القانون الروماني بقي في القانون الفرنسي وان زالت مقتضياته»^(٣) وما دام الغرض مشروعاً فلا إكراه إذ «الأعمال المشروعة لا يمكن أن يترتب عليها بطلان ما ينتج عنها»^(٤).

الثاني:

في حين يرى آخرون: ان الاكراه يتحقق في هذه الحالة ما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة، بل صدرت تحت تأثير ضغط كان هو السبب على صدورها وتكون الارادة فاسدة والعقد باطلاً سواء في ذلك أكان مصدر الضغط المتعاقد الآخر أو شخصاً ثالثاً أو ظرفاً خارجياً لا يد لأحد فيها. فان أثر الضغط في إرادة المتعاقد واحد في كل هذه الأحوال^(٥).

(١) د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ٢٣٤ ود. غني - الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ٢٢١.

(٢) المصدران المتقدمان والصفحات.

ونقل د. حجازي في (النظرية العامة للالتزام: ١ / ٣٦٤) بأن القانون الايطالي عالج هذه الحالة على حدة مستقلة عن الاكراه ورتب عليها أن يكون العقد قابلاً للإلغاء (المادة ١٤٤٧ مدني ايطالي).

(٣) السنهوري - الوسيط: ٣٥٣.

(٤) ابو ستيت - نظرية الالتزام: ١٧١.

(٥) السنهوري - المصدر سالف الذكر والصفحة.

ولم تتطرق القوانين المدنية العربية إلى هذه الناحية ما عدا القانون اللبناني في المادة (٢١٠)^(١) والمشروع التمهيدي المصري يشتمل على نص يجري بهذا المعنى في الفقرة الثانية من المادة (١٧٨)^(٢) وقد حذف ولم يكن القصد من حذفه العدول عن حكمه وإنما اكتفاء بالنصوص الأخرى، إذ أن القواعد العامة التي تقررها هذه النصوص تقضي بهذا الحكم^(٣).

على أنه يلاحظ فيما يتعلق بالقانون العراقي أن حالة الضرورة يصح أن تدخل كذلك في نطاق الاستغلال، وذلك لأن نظرية الاستغلال في هذا القانون يدخل في نطاقها أن يستغل أحد المتعاقدين حاجة في المتعاقد الآخر (مادة ١٢٥ عراقي) ولا مانع من أن حالة معينة يمكن ردها إلى القاعدة العامة في أكثر من عيب من عيوب الإرادة، إذ أن هذه العيوب تستند جميعها إلى فكرة مشتركة تربط بينها بحيث لا يمكن فصل كل عيب عن غيره فصلاً تاماً^(٤).

كما أن بعض القوانين الغربية اتجهت إلى جعل حالة الاضطراب مؤثرة في صحة العقد. وقد تضمن القانون المدني الألماني (م ١٣٨) والالتزامات السويسري (م ٢١) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢٢) نصاً عاماً بعدم جواز استغلال حاجة الشخص أو الحالة الاضطرارية التي وقع فيها لانتزاع التزام باهظ منه^(٥).

فالاتجاه الثاني في الفقه الغربي يختلف عن الرأي السائد في الفقه الإسلامي القاضي بصحة ونفاذ تصرفات المضطر.

(١) أشار د. محمّصاني في (الموجبات والعقود: ٢٤٦) إلى هذه المادة فقال: «وان نص القانون اللبناني (مادة ٢١٠) على أنه: «... لا حاجة للتمييز بين أن يكون (هذا) الضغط صادراً عن أحد المتعاقدين أو عن شخص ثالث أو عن أحوال خارجه عن دائرة التعاقد، إلا أنه جوز في الحالتين الأخيرتين أن يلزم المكره الراغب في التملص من العقد بإداء التعويض إلى الفريق الآخر إذا كان هذا الفريق حسن النية، ويكون هذا التعويض على نسبة ما يقتضيه الانصاف».

(٢) أشار د. الصدة في (محاضرات في القانون المدني - التراضي: ٢١٦) إلى نص المادة المذكورة والتي تقول بأنه: «إذا أبرم شخص عقداً للخلاص من خطر جسيم حال يهدده هو أو أحد أقاربه فلا يعتبر هذا العقد قابلاً للبطلان بسبب الإكراه إذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدد».

(٣) د. الصدة - محاضرات في القانون المدني: ٤١٧.

(٤) المصدر المتقدم والصفحة.

(٥) السنهوري - نظرية العقد: ٤٤١ هامش (١).

المَبْحَثُ الثَّالِثُ

اِخْتِلَالُ التَّنْفِيزِ

١- تمهيد وتعريف:

أضاف الأستاذ مصطفى الزرقاء عيباً إلى مجموعة عيوب الارادة التقليدية ينشأ من سبب طارئ على العقد، أسماه «اختلال التنفيذ».

وحده بأنه: مرحلة لاحقة مستقلة عن مرحلة تكوين العقد، إذ بعد تمام الانعقاد بالتراضي الصحيح يقوم كل من العاقلين بتنفيذ ما يلقيه العقد على عاتقه من التزامات^(١).

ورغم أن اختلال التنفيذ مرحلة لاحقة لتكوين العقد، لكن هناك حالات منه - كما يرى الأستاذ الزرقاء - لها صلة وثيقة بالتراضي السابق. وذلك في حالات لا يستطيع فيها القاضي (التنفيذ القضائي) ان يحقق تنفيذ العقد بالشكل الذي وقع عليه التراضي، إذا طلب إليه ذلك فعندئذ يعتبر لإختلال التنفيذ - سواء كان بتقصير من أحد العاقلين، أم بسبب لا يد له فيه - تأثير في ذلك الرضى السليم السابق من العاقد المتضرر فيصبح غير سليم، لأن ذلك الرضى لم يوجد منه إلا على أساس الوصول إلى تنفيذ العقد وفقاً لحدوده المتفق عليها^(٢).

(١) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ٤٤٠.

(٢) المصدر المتقدم: ٤٤١.

٢- أشهر حالات اختلال التنفيذ:

وأشهر حالات عيب التنفيذ - كما يرى الأستاذ الزرقاء - هي:

الأولى - تفرق الصفقة^(١):

وتفرق الصفقة، معناه تجزئة العقد، وبعضهم يطلق على ذلك، «تبعض البيع» ويكون هذا في عقود المعاوضات المالية عندما يحدث ما يستوجب هذه التجزئة. ويمكن تصور ذلك في حالتين:

أ - أن يشتري عشرين رأساً من الغنم، فيهلك بعضها في يد البائع قبيل التسليم فتتفرق الصفقة ويتبعض المبيع قبل التسليم، لأن البيع انعقد على عشرين، فلم يتحقق إلا بعضه.

ب - كما لو تم العقد على شيء محدد المقدار، فظهر أنه انقص من القدر المسمّى في العقد، وكان هذا النقص موجوداً قبل التعاقد، لكنه كان خفياً فظهر بعد التعاقد^(٢). وفي الصورة الأولى: «فان تفرق الصفقة - الذي هو اختلال في التنفيذ - قد عاد على الرضا السابق فعابه، لأن المشتري لم يصدر منه ذلك الرضا إلا على أساس شراء جميع المعقود عليه لا بعضه فقط»^(٣).

وفي الصورة الثانية فان نقصان المحل صاحب - في الواقع - تكوين العقد، وان تأخر ظهور معرفته، وبهذا اختل التنفيذ، فعاب الرضا فوجب الخيار للمشتري^(٤).

(١) الصفقة في لغة العرب تستعمل بمعنى العقد. وأصلها ان عادة العرب كانت عندما يتفق المتبايعان يضرب أحدهما بيده على الآخر عنواناً على الاتفاق راجع الفيومي - المصباح المنير: مادة (صفق).

(٢) الزرقاء - المصدر سالف الذكر - ٤٤٢ - ٤٤٣.

(٣) الزرقاء - المدخل الفقهي العام - ٤٤٢ مستنداً بما نقله عن ابن عابدين - رد المحتار - ٤ / ٤٦.

(٤) المصدر المتقدم: ٤٤٢ مستنداً بذلك إلى المجلة مادة ٢٢٣ ومرشد الحيران مادة: ٣٥٤-٣٥٨.

الثانية - ظهور عيب في المبيع غير مدلس:

وهذه الحالة يمكن تحديدها بالآتي: «العيب غير المدلس هو الذي لم يكن البائع نفسه يعلم به ... ويثبت في الخيار - أيضاً - للمشتري، ولو لم يوجد من البائع خلافة، لأن المفروض أن المشتري إنما يشتري على أساس السلامة من العيوب الخفية فإذا تبين خلافة كان واهماً وواقعاً في غلط واضح، لأن إرادته في قصد السلامة تعتبر مكشوفة. ومن المقرر في القواعد: ان العبرة في العقود للمقاصد»^(١). ولا تختلف هذه الحالة عن حالة تفريق الصفقة في منح المشتري حق خيار العيب^(٢).

(١) المصدر المتقدم: ٤٤٣ استناداً إلى ابن عابدين - رد المحتار: ٧٢ / ٤، والمجلة مادة: ٣٢٦-٣٢٧.

(٢) كما يحاول الأستاذ الزرقاء في توثيق الصلة بين خيار العيب في الصور المشار إليها، وبين خيار الغلط فيقول: «ان الأستاذ السنهاوري في (مصادر الحق: ٢ / ١٣٠ - الطبعة الأولى) يقول:

«سلامة الشيء من العيوب شرط ضمنى في العقد تقتضيه الأشياء، فإذا ظهر عيب في الشيء تبين أن المشتري كان واهماً عندما اعتقد ان الشيء سليم من العيب. ومن هنا كان خيار العيب متصلاً أوثق الاتصال بنظرية الغلط، بل ليس إلا صورة من صوره المتعددة».

ويقول الكاساني في بدائع الصنائع: ٥ / ٢٧٤ - خيار العيب: «السلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصاً، فإذا فاتت المساواة كان له الخيار ... لأن البيع عقد معاوضة، والمعاوضات مبناه على المساواة عادة وحقيقة ... ولأن السلامة لما كانت مرغوب المشتري ولم يحصل فقد اختل رضاه. وهذا يوجب الخيار لأن الرضى شرط صحة البيع ... فانعدام الرضا يمنع صحة البيع، واختلاله يوجب الخيار فيه، إثباتاً للحكم على قدر الدليل». (وأضاف الزرقاء): «وهذا البيان من صاحب البدائع - كما ترى - صريح في أن حكم خيار العيب في الفقه الاسلامي مبني على أساس أن رضا المشتري قد اختل بظهور العيب في المبيع، فهو من قبيل شوائب الارادة المسماة عيوب الرضا ... ونضيف هنا: ان العيب الذي لم يدلسه البائع تدليساً على المشتري، بل يجهله البائع نفسه يمكن عده من قبيل الغلط، ويمكن عده من صور اختلال التنفيذ، والذي هو العيب الرابع الأخير من عيوب الرضا». راجع الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ٤٢٩ هامش ١.

ونختلف مع الأستاذ الزرقاء في رأيه بأن خيار العيب من قبيل الغلط للاختلاف فيما بينهما فالغلط عيب في الرضا، وخيار العيب خلل في محل العقد، وان كان حكمهما في حق الخيار في الفسخ واحداً، وسوف نفصل ذلك في بحث «الغلط».

الثالثة - ظهور المبيع مرهوناً أو مأجوراً:

ويقرب ذلك: «فيما إذا باع شخص شيئاً، ثم يتبين أن المبيع مرهون لدى شخص آخر، أو مأجور له، ولما تنقض مدة الاجارة والمشتري لا يعلم ذلك عند الشراء... فالمبدأ العام في العقود ان العقد بين اثنين لا يمكن أن تتأثر به حقوق مكتسبة لغيرهما لأن العاقلين لا سلطة لهما إلا على حقوقهما الخاصة.

فحق المستأجر - مثلاً - في منفعة المبيع المأجور بقية مدة الايجار حق محفوظ مصون لا يهدره بيع المالك. وحق المشتري في تصرفه بما يملك طبيعي. لكنه نظراً لكون المبيع مؤجراً فهو مسلوب المنفعة مدة الايجار، وفي هذه الحالة يختل تنفيذ البيع، وتبعاً لذلك يختل رضا المشتري الذي لم يكن يقدم على ذلك لو كان يعلم أنه مؤجراً. ولهذا يمنح المشتري حق الفسخ أو الامضاء»^(١).

الرابعة - امتناع العاقد عن الوفاء بشرط لا يمكن الاجبار فيه:

كما لو امتنع العاقد عن الوفاء بشرط صحيح اشترطه عليه العاقد الآخر في العقد فعندئذ يختل تنفيذ البيع اختلالاً لا يمكن تلافيه عن طريق القضاء، فيختل تبعاً له الرضا السابق من البائع، لأنه لم يبع إلا على أساس تقديم الشرط الذي ورد ضمن العقد، ولهذا يمنح حق خيار الفسخ ان شاء.

فمثلاً لو باع شخص شيئاً بثمن إلى أجل معين واشترط على المشتري ان يعطيه رهناً معيناً أو أن يكفله كفيل معين، وتم التعاقد على هذا الشرط؛ ثم امتنع المشتري عن تقديم الرهن أو الكفيل، فعندها يختل التنفيذ باعتبار عدم تحقق الشرط الوارد في ضمن العقد، وتبعاً لهذا يختل الرضا السابق من البائع، فيحق له الخيار ان شاء في الفسخ»^(٢).

(١) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ٤٤٤-٤٤٥ مستنداً بذلك على المجلة ٥٩٠ و٧٤٧.

(٢) المصدر المتقدم: ٤٤٥-٤٤٦ مستمداً رأيه من الكاساني - بدائع الصنائع: ١٧١/٥.

هذه الحالات الأربع التي ساقها الأستاذ الزرقاء على أنها أشهر حالات «اختلال التنفيذ» وبنى عليها رأيه بأن الشارع أعطى حق فسخ العقد للمتضرر من العاقدين لتعيب إرادته، وإن كان السبب الحقيقي هو الخلل الذي حصل في محل العقد.

٣ - مناقشة ورأي:

ولسنا متفقين مع الأستاذ الزرقاء في اعتبار: «اختلال التنفيذ» من عيوب الإرادة وإن كنا لا نختلف معه عن أن نتيجة اختلال التنفيذ إعطاء حق الفسخ للمتضرر من العاقدين، ولكن ليس بسبب عيب الإرادة، لأن حقيقة عيب الإرادة أنها تتجه إلى أحداث الأثر معيبة بسبب عدم الحرية، أو بسبب عدم التنور، أما لو حال دون تحقيق هذا الأثر - حينما تكون الإرادة قد اتجهت إليه سليمة - خلل في محل العقد فلا يعد من عيوب الإرادة.

إن حق خيار الفسخ في العقود يحدث نتيجة خلل إما في الرضا، أو السبب، أو المحل، وليس ينجر الخلل الحادث في السبب أو المحل ضرورة إلى الرضا، لأن لكل عنصر من عناصر العقد الثلاثة - وهي الرضا، والسبب، والمحل - وجوده الخاص، كما هو مذكور في شروط انعقاد العقد.

وهذه الحالات الأربع لأشهر صور اختلال التنفيذ قد حصل الخلل في محلها، وكان سبب منح المتضرر حق الخيار في الفسخ أو الأمضاء. فإن الإرادة فيها اتجهت إلى أحداث الأثر سليمة، ولم يمنعها ما يشوب حريتها، أو عدم تنورها، ولكن بعد أن تم تكوين العقد، وجاء دور التنفيذ ظهر في محل العقد ما يخالف تحقيق موجب العقد، فكان عندئذ للمتضرر من العاقدين - بهذا السبب - حق الفسخ حيث أخل الطرف الآخر بتحقيق وتنفيذ ما قام عليه العقد من تسليم المبيع سالمًا، أو تنفيذ ما اشترط عليه.

وإضافة إلى ما تقدم فإن العقود الملزمة للجانبين تنشئ التزامات متقابلة، فيكون

سبب التزام أحد الجانبين هو التزام الطرف الآخر، فإذا أخل أحدهما بتنفيذ التزامه سقط الالتزام من الطرف الثاني.

ولذا ففي: «تفريق الصفقة» أو كما يسميها آخرون: «تبعيض المبيع» عندما ينتقص التزام أحد الطرفين - وتكون الصفقة كلاً واحداً - يجوز للطرف الثاني أن يطلب التحلل من الالتزام، كما له الحق أن ينقص قيمة المبيع إلى الحد الذي يتقابل مع تنفيذ الطرف الثاني من باب أولى.

ولعله قد اتضح أن سبب منهج الطرف المتضرر حق الخيار في هذه الحالة، هو عدم التزام الطرف الثاني بتنفيذ كامل ما التزم به - لا على أساس من تعيب الإرادة - حيث ظهر النقص في محل البيع ومخالفة ذلك واقع ما تم التعاقد عليه.

ومثل ذلك الحالة الثانية: «عيب غير مدلس في البيع» فإن الأصل في الالتزام أن يتم بحسن نية، وإن يكون محل العقد سليماً من كل ما ينقصه.

ووجود عيب في المحل - وإن كان بغير البائع - لا يغير من حقيقة النقص، وبالنتيجة إبراز العقد على خلاف ما تم عليه التعاقد، فكان هذا سبباً لمنح حق الخيار للطرف المتضرر. وبهذا لا تختلف هذه الحالة عن سابقتها.

وفي الحالة الثالثة: «ظهور المبيع مؤجراً أو مرهوناً» فإن طبيعة التعاقد تتم على أساس سلامة المبيع من كل حق يؤثر على تصرف المشتري، بصفته مالكا للمبيع، وحيث إن الطرف الثاني أخل عند تسليم المبيع للمشتري بالحق المكتسب من انتقال الملكية خالصة من كل قيد أو حق لم يلتزمه، ولا هو من مقتضاه فكان له التحلل من العقد نظراً لما لا بسه من منفعة المستأجر مدة الإيجار بما يمنعه من ممارسة حقه في ملكه في غضونهما. فالسبب في منح حق الخيار هو عدم تسليم المحل سالماً للمشتري، كما هو المطلوب.

وكذلك الحالة الرابعة: «امتناع العاقد عن الوفاء بشرط لا يمكن الإيجار فيه» فإن العقد تم على أساس شرط لم يتمكن العاقد من تنفيذه، وعند تخلف الشرط يحق

للبائع أن يتمسك بحق خيار فسخ العقد لعدم تحقق الشرط الوارد في ضمن العقد، ما دام هذا الشرط غير مخالف للشرع، وقد بنى عليه البائع التزامه.

فطلب الفسخ في هذه الحالات - كما بينّا - بسبب المحل الذي انصب عليه الخلل، فكان للطرف المتضرر الخيار، ان شاء امضى العقد، وان شاء فسخ، ولا علاقة للإرادة بذلك. فان إرادة المتعاقد اتجهت سليمة للعقد، وتم تكوينه بصورة لا يشوبها أي خلل، وقام التراضي عليه، وان حق طلب الفسخ لا يصدر عن عدم تحقق ركن الرضا فحسب، بل يمكن تحقيقه إذا ما حصل خلل في المحل مثلاً.

«بل إن كثيراً ما يقع التنفيذ بقوة القضاء جبراً على الطرف الممتنع بعد أن يكون رضاه عن التعاقد سليماً.

وهذا الاجبار القضائي الذي سبق وجوده سليماً، وانشأ بين المتعاقدين حقوقاً وواجبات ملزمة لهما شرعاً في حدود حقوقهما الخاصة التي يملكان التصرف فيها»^(١).

٤- موقف فقهاء القانون من اختلال التنفيذ:

إن فقهاء القانون يفضلون فصلاً نهائياً بين مرحلة الرضا في العقد، ومرحلة تنفيذه، ويمنحون المتعاقد المتضرر في المرحلة الأولى حق البطلان وفي الثانية حق الفسخ.

يقول المرحوم السنهوري: ان «الفرق بين البطلان والفسخ، ان البطلان يرجع إلى عيب في ركن من أركان العقد. أما في الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها، فينشأ العقد صحيحاً، ثم لا ينفذ أحد المتعاقدين التزامه فيسقط التزام الآخر. ولذلك لا يكون الفسخ إلا في العقد الملزم للجانبين»^(٢).

(١) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ٤٤٠.

(٢) السنهوري - الوسيط: ١ / ٤٨٨.

ولتوضيح مفهوم البطلان في القانون الوضعي يقول المرحوم السنهوري في الوسيط ١ / ٥٣٥ و ٥٤٠-٥٤١ الطبعة الثانية:

«ان للعقد أركاناً ثلاثة، هي الرضا، والمحل والسبب. فإذا انعدم أي ركن منها فان العقد لا يقوم طبيعته، ويكون باطلاً

وحيث أن القاعدة العامة في الفقه القانوني: ان العقد شريعة المتعاقدين، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه. ولذا يمنح العاقد حق فسخ العقد عند امتناع العاقد الآخر عن تنفيذ التزامه في العقود الملزمة للجانبين - كالبيع والاجارة والصلح، وأمثال ذلك - ولو كان من الممكن إجبار الممتنع على التنفيذ العيني قضائياً.

وحجة فقهاء القانون في حق الفسخ هي أن العاقد تفوت مصلحته في التنفيذ العيني، إذا لم يتم في الموعد المحدد في العقد، فيجب أن يعطي مجالاً للتحلل من رباط العقد ان شاء - مع تضمين العاقد الممتنع عن التنفيذ تعويضاً عما لحق رفيقه من ضرر بسبب الامتناع الذي اضطره إلى الفسخ^(١).

وبهذا المبدأ أخذت القوانين الثلاثة: فالمادة ١٥٧ ف ١ مدني مصري تنص على أنه: «في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد

→

ومثل انعدام الركن اختلال شرطه فيه الامكان والتعيين والمشروعية، والسبب تشترط فيه المشروعية. فشروط التمييز والتقابل والتعيين والمشروعية، والسبب تشترط فيه المشروعية. فشروط التمييز والتقابل والتعيين في الرضا، وشرط الامكان والتعيين في المحل هي شروط طبيعية لا يقوم العقد أيضاً بدونها. وشرط المشروعية في المحل والسبب هو شرط قانوني لا يقوم العقد أيضاً بدونه. فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً. والبطلان هنا تمليه طبيعة الأشياء، أو يفرضه القانون حماية لمصلحة عامة. والعقد الباطل منعدم طبيعة أو شرعاً، فلا ينتج أثراً، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه... ولا تصح إجازته ولا يرد عليه بالتقادم.

وهناك ركن في العقد قد يقع بأن يكون قائماً ومستوفياً لشروطه، ولكن لا تتوافر له أسباب الصحة. وهذا هو الرضا. فالرضا - كما رأينا - يكون موجوداً مستوفياً لشروطه حتى لو صدر من ناقص الأهلية، وحتى لو صدر عن غلط أو تدليس، أو اكراه أو استغلال، ولكنه يكون رضاء معيباً غير صحيح. وفي هذه الحالة يقوم العقد مستوفياً أركانه فهو منعقد تترتب عليه آثاره. ويبقى أن المتعاقد الذي صدر منه رضاء مختل، أو رضاء معيب يكون من حقه ان يحميه القانون إذا هو طلب هذه الحماية. فله وحده أن يطلب ابطال العقد، كما له ان يجيزه وإذا سكت سقط حقه في ابطال العقد بالتقادم، ذلك أن هذا الحق في إبطال العقد إنما قرره القانون لا لحماية مصلحة عامة، بل لحماية مصلحة التعاقد الخاصة. يعالج به ما اعتور رضاه من نقص.

وقد ذهبته النظرية التقليدية إلى تقسيم البطلان إلى مراتب ثلاث: الانعدام والبطلان المطلق، والبطلان النسبي. وأساس التقسيم هو وجود أركان للعقد لا بد من قيامها حتى يتكون. ولهذه الأركان شروط لا بد من توافرها حتى لا يختل. وركن من هذه الأركان - وهو الرضا - لا بد أن يصدر من ذي أهلية كاملة، وإلا يكون مشوباً بعيب حتى يكون صحيحاً.

(١) د. جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام: ١ / ٣٩٢.

الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى».

والمادتان ١٧٧ عراقي و١٧٢ تجاري كويتي تنصان على أنه: «في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى...».

وعندما شرع القانون الكويتي توسعت المادة (٢٠٩) في هذا الموضوع فجاء نصها: «١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله وبعد اعذاره جاز للمتعاقد الآخر إن لم يفضل بالتزامه عند حلول أجله وبعد اعذاره جاز للمتعاقد الآخر إن لم يفضل التمسك بالعقد أن يطلب من القاضي فسخه، مع التعويض ان كان له مقتضى، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصراً بدوره في الوفاء بالتزاماته...».

ولم يكن هذا الفسخ بالنسبة للمدين إلاّ جزءاً قانونياً لا متناعه عن تنفيذ التزامه، أو لاخلاله به، أما بالنسبة للدائن فان الفسخ وسيلة من وسائل الضمان يستطيع بواسطتها المحافظة على حقوقه التي اصبحت عرضة للضياع^(١).

ثم أن يكون عدم التنفيذ، أو (اختلال التنفيذ) لسبب يتصل بإرادة المدين، بأن يكون التنفيذ العيني لالتزامه ما يزال ممكناً، ولكنه يمتنع عنه ولا يمكن إجباره عليه، أو أن يكون التنفيذ مستحيلاً بخطئه. أما إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي لا بد للمدين فيه كقوة قاهرة، أو حادث فجائي، فلا نكون إزاء فسخ العقد، وإنما إزاء انفساخه^(٢).

(١) د. غني - الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١ / ٢٨٢.

(٢) فرق فقهاء القانون بين الفسخ والانفساخ في العقد بما يلي:

الفسخ - هو حل ارتباط العقد الملزم للجانبين بحكم قضائي، بناء على طلب أحد المتعاقدين بسبب تقصير المتعاقد الآخر في تنفيذ التزامه. ولا بد في فسخ العقد من صدور حكم يقضي بفسخه إذا لم يكن العقد متضمناً شرطاً على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه اذا لم يقوم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه.

والانفساخ - هو انحلال رابطة العقد بقوة القانون، أي دون ان يكون ذلك مشروطاً في العقد، ومن غير حاجة إلى

ومما تقدم يتضح أن القانون لا يرى إرجاع حالات اختلال التنفيذ إلى عيوب الرضا، لأن هناك فرقاً بين مرحلة الرضا في العقد، ومرحلة تنفيذه، حتى لو تعذر التنفيذ العيني. لأنه يوجد في القانون عند تعذر التنفيذ العيني طريق أخرى لتنفيذ العقد جبراً هي: التنفيذ بطريق التعويض^(١). وهذا عين ما ذهبنا إليه من أن اختلال التنفيذ مرحلة لاحقة لنشوء العقد الذي نشأ بتحقيق عناصره الثلاثة: الرضا، والمحل، والسبب.

→

حكم قضائي بهذا الانحلال. ويحدث هذا الانفساخ - عادة - إذا استحال تنفيذ التزامات أحد العاقدين - في عقد ملزم للجانبين - نتيجة قوة قاهرة، لا يد للمدين فيها، ولا يستطيع دفعها. ويترتب هذا الانفساخ من وقت حدوثه الاستحالة. راجع: د. الشرقاوي النظرية العامة للالتزام: ١ / ٢٨٢ و ٣٩٨ ولزيادة الاطلاع في الفرق بينهما انظر: السنهوري - مصادر الحق: ٤ / ٩٦-٩٧. ود. الحكيم: الوسيط في نظرية العقد: ٤٧٤-٤٧٥، ود. غني - الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ٢٨٢-٣٩٣.

(١) د. محمد لبيب شنب - موجز في مصادر الالتزام: ٢٧٥.

البَابُ الأوَّلُ

مَظَاهِرُ الإرَادَةِ غَيْرِ الحُرَّةِ

ويضم فصلين:

الفصل الأول - ما يلابس الارادة فيضطرها لتصرف تأباه
«الاكراه» .

الفصل الثاني - ما يلابس الارادة فيحول بينها وبين تصرف
تتوخاه «الافلاس ، السفه ، مرض الموت» .

تمهيد:

أشرنا في ما تقدم إلى أن الإرادة التي تحدث أثراً شرعياً أو قانونياً هي تلك الإرادة السليمة من أية شائبة تخل بصحتها، وتؤثر على سلامتها، وتحد من حريتها وتنورها، والتي يجب أن تكون «مبينة على معرفة كافية بكل الظروف التي تجعل صاحبها قادراً على حسن الاختيار بين الأقدام على التصرف، والاحجام عنه، في ضوء وزن صحيح لمصالحه المادية والأدبية. وكذا ان كانت صادرة بناء على اختيار حر»^(١).

ولهذا فالإرادة التي يصح أن تكون سليمة وتحدث أثراً شرعياً أو قانونياً لا بد أن تكون حرة ومنورة، لأن الأصل فيها أن تكون كذلك.

لكن قد يلبس الإرادة عامل يحد من حريتها، أو يتركها تصدر على غير هدى وبينه من أمرها، فتختل بذلك، وتكون معيبة، فلا تصلح لأجراء التصرف السليم الذي يتوخاه صاحب الإرادة.

ولما كان هذا الباب يتمحض لتأصيل العيوب التي تحد من «حرية الإرادة» فإن مظاهر الحرية تنشأ من:

١ - إما أن يلبس الإرادة عامل يضطرها إلى أن تتجه إلى إجراء تصرف كانت تأباه لولا ذلك الضغط الخارجي غير المشروع الذي أكره صاحبها على إصدارها تجنباً للأذى المهدد به.

(١) د. الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام: ١٠٦.

ذلك الضغط الذي سلب اختيار صاحب الارادة، فجعل اختيار التصرف تعوزه الحرية، فكان اختياراً لأخف الضررين لأنه اختار الأذى الأخف تجنباً من الأذى الأشد. وهذا ما يسمى بـ «الاكراه» وهو ما سنبحثه في هذا الفصل.

٢- وإما ان يلابس الارادة عامل خارجي فرضه المشرع، ليحول بين تحقيق رغبة صاحب الارادة في تصرف كان يتوخاه، إما لمصلحة من يخلفه، أو حماية لماله من التبذير، أو لمصلحة غرماء صاحب الارادة.

ويتجلى ذلك في بعض صور «عوارض الأهلية» وهذا ما سنبحثه في الفصل الثاني من هذا الباب.

الفصلُ الأولُ

مَا يُلَابِسُ الْأَرَادَةَ فَيُضْطَرُّهَا لِتَصَرُّفِ تَأْبَاهِ «الْاِكْرَاهِ»

ويضم البحوث الآتية:

- المبحث الأول - حقيقة الاكراه - أركانه - شروطه - معياره .
- المبحث الثاني - أقسام الاكراه - مجاله .
- المبحث الثالث - حكم الاكراه - وجزاؤه .

المَبْحَثُ الأول

حَقِيقَةُ الإِكْرَاهِ - أَرْكَانُهُ - شَرْوُطُهُ - مَعْيَارُهُ

المطلب الأول:

حقيقة الاكراه

١- لغة

قال اللغويون: الكره - بالضم والفتح - لغتان، فبأي لغة وقع جائز، إلا أن الفراء^(١) فرق بينهما، فالكره - بالضم - المشقة. وبالفتح - الاكراه. يقال: قام على كره، أي على مشقه. وأقامه فلان على كره منه، أي أكرهه على القيام وأكرهه على كذا، حمّله عليه كرهاً^(٢).

(١) يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور الديلمي، أبو عبد الله، المعروف بالفراء كان من أئمة النحو واللغة، وفنون الأدب، له مؤلفات عديدة، توفي عام ٢٠٧ وهو في طريقه إلى مكة. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٩ / ١٧٨.

(٢) راجع: الجوهري - صحاح اللغة، والرازي - مختار الصحاح، والراغب الأصفهاني - المفردات، وابن منظور - لسان العرب، والزبيدي - تاج العروس: مادة (كره).

٢- فقهاً

ويريد فقهاء الشريعة من الاكراه: إتيان الشخص أمراً ما كان يصدر منه لولا الوعيد والتهديد الذي صدر من الطرف الآخر لحمله عليه تلافياً للضرر الذي ينشأ من جراء امتناعه عن القيام بما طلب منه.

ولهذا لا يعتبر الفقهاء بيع المريض داره، أو سيارته لحاجته إلى المال من أجل معالجته إكراهاً موجباً للفسخ، لأنه لم يكن ناشئاً عن حمل الغير، وإن الجأته إليه الظروف. وحيث إن مفهوم الاكراه هو إتيان الفعل بسبب القهر، أو الضغط، أو الجبر من الطرف الآخر عليه. فقد حرص الفقهاء على اختيار الكلمة الأشد تعبيراً عن معنى الاكراه لابرار هذا الركن المحقق للاكراه، وهو حمل الغير عليه، وتجسيد فعله له، إنما كان فراراً من الضرر المتوقع به، فيكون قيامه بالعمل المكروه عليه من باب ارتكاب أخف الضررين، لامتناع تحقق الاكراه مع إمكان التخلص بما لا ضرر على المكروه «إذ حينئذ لا يكون تراحم بين الضررين كي يكون من باب ارتكاب أخف المحذورين، لإمكان الفرار عن المحذورين معاً بارتكاب الأمر (المتخلص به). فلو فعل المكروه عليه حينئذ كان فعلاً لغير المكروه، فلا يكون إكراهاً قادحاً في صحة العقد»^(١).

وحفاظاً على هذا المعنى نرى معظم التعاريف الموضوعية للاكراه تتقيد بكلمة «الحمل»^(٢)، وبعض يستعمل كلمة «إجبار»^(٣) بدلاً من كلمة حمل، وثالث اختار كلمة

(١) المرحوم الحكيم - نهج الفقاهة: ١٩١.

(٢) راجع تعريف ابن ملك في (شرح المنار: ٩٩٣) والمرحوم الحكيم في (نهج الفقاهة: ١٩٠) والمرحوم محمد زكريا البرديسي في بحث (الاكراه بين الشريعة والقانون - مجلة القانون والاقتصاد المصرية: ع ٤ ديسمبر ١٩٦٠ ص ٣٥٤).

(٣) راجع تعريف ابن مودود الموصلي في (الاختيار لتعليق المختار ٣ / ١٠٤) والمجلة مادة (٩٤٨) والأستاذ مذكور في (المدخل للفقهاء الاسلامي ٦٣٥).

«ضغط»^(١)، ورابع اختار كلمة (الدعاء إلى الفعل)^(٢)، ولم يكن هذا الاختلاف لدى الفقهاء فيما يتعلق بالدافع على الاكراه سواء كان حملاً، أو جبراً، أو ضغطاً، أو دعوة، إلا حرصاً في اختيار اللفظ الذي يجسد حقيقة الاكراه، وما يتضمن من معنى إلزامي، وأكثر إستيعاباً لما يريد.

٣- قانوناً

وقد انفرد القانون المدني العراقي من بين القوانين المعنية - المصري والمدني الكويتي - بتعريفه للاكراه، فجاء في الفقرة الأولى من المادة (١١٢) بأن: «الاكراه هو: إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه»^(٣).
والقانون المدني الوضعي يعرف الاكراه بأنه: «ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد»^(٤).

(١) راجع تعريف الأستاذ الزرقاء في (المدخل الفقهي العام: ١ / ٣٩٧).
(٢) راجع تعريف الكاساني في (بدائع الصنائع ٧ / ١٧٥) والأستاذ علي قراعة في (دروس في المعاملات الشرعية: ١٤٥).
(٣) هذا التعريف لن يختلف عن تعريف المجلة للاكراه، فقد جاء في المادة (٩٤٨): «الاكراه: هو إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه».

ويقول السنهوري في (مصادر الحق: ٢ / ١٧٥): «نصوص التقنينات المدنية العربية في الاكراه متماثلة، إلا أن القانون المدني العراقي قد وفق في نصوصه بين احكام الفقه الاسلامي واحكام الفقه الغربي. وانظر: د. عبد المنعم فرج الصده - محاضرات في القانون المدني: ١ / ١٩٩ إصدار معهد الدراسات العربية العالية عام ١٩٥٨.
وقارن د. عبد المجيد الحكيم في (الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٢٢٤-٢٢٥) بين تعريف المدني العراقي للاكراه، وتعريف فقهاء القانون المدني الوضعي، فقال: «ويعرف فقهاء المدني الوضعي الاكراه بأنه: «ضغط غير مشروع يقع على إرادة الشخص فيحمله على التعاقد» ومن المقارنة والموازنة بين التعريفين نجد تعريف القانون المدني العراقي أعم من تعريف فقهاء القانون المدني الوضعي، فهو يعرفه بأنه إجبار الشخص على أن «يعمل عملاً»، والعمل يشمل التصرفات القولية، والتصرفات الفعلية أما تعريف فقهاء المدني الوضعي فلا يشمل إلا التصرفات الفعلية فقط».

والظاهر ان د. عبدالحى حجازي تلافياً لهذا الاشكال عرف الاكراه بقوله: «ضغط مادي أو معنوي يجبره شخص على آخر بقصد حمله على ابرام تصرف قانوني» راجع كتابه (النظرية العامة للالتزام: ١ / ١٦٨).

(٤) السنهوري - الوسيط: ١ / ٣٦٠ الطبعة الثانية - القاهرة ١٩٦٤م.

ولكن هذا التعريف يجعل الأهمية للأفعال التي تبعث الرهبة في نفس من يقع عليه الاكراه، وتدفعه إلى إصدار تصرفه، ولكن اعتبار الاكراه عيباً للارادة - وهو «فقدان الحرية، يقتضي أن تكون الأهمية في تعريفه لما يدل على هذا العيب وهو الرهبة التي تقوم في نفس من يتعرض للضغط والتهديد. ولذا يرى د. جميل الشرقاوي ان يعرف الاكراه - تلافياً لهذا الاشكال - «بأنه الرهبة التي تدفع شخصاً إلى إبرام تصرف قانوني»^(١).

٤- التعريف المختار

وحيث تحصل لنا من مجموع ما تقدم أن تحقق معنى الاكراه في نفس المكره - بالفتح - هو في الرهبة التي تجتاح الانسان من الضرر المتوقع به - سواء كان معنوياً أو جسمياً من المكره - بالكسر - لتحمله على إجراء التصرف، فلا بد من الحرص على تضمن تعريف الاكراه لفظ الرهبة، أو الخوف، أو ما يفيدهما حسياً، ولهذا نعرفه فنقول:

الاكراه: حمل الغير على إجراء تصرف لم يكن يقوم به لولا خوفه من الضرر المعنوي، أو الجسمي الذي سيلحقه من المكره - بالكسر - عند عدم استجابته له. ويضيف د. الشرقاوي قوله: «ويجب أن يفهم هذا المعنى من تسميته فهو إكراه، لا بمعنى أنه افعال يقع بها الضغط على إرادة شخص آخر، وإنما هو إكراه، بما هو حال يوجد فيها شخص يندفع تحت تأثيرها إلى إصدار التصرف القانوني، ولفظه «إكراه» في اللغة العربية تصلح للدلالة على المعنيين، أي الاكراه بمعنى «الرهبة»، والاكراه بمعنى «الضغط»^(٢).

(١) د. جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام: ١ / ١٣٩.

(٢) الشرقاوي - المصدر المتقدم والصفحة.

وهذا الاشكال الذي أثاره د. الشرقاوي قد صرح به السنهوري نفسه بعد عرض تعريف الاكراه المشار إليه - فقال: «والذي يفسد الرضاء ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الاكراه، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد»^(١) - وغيره من فقهاء القانون^(٢).

نعم يبقى نقد الأستاذ الشرقاوي للتعريف المذكور قائماً على فرض أن وضع التعريف صرف معنى الاكراه إلى «الضغط» الذي يحدث رهبة، وانه قد اعتمد على الوسيلة، وليس الغاية التي هي الخوف، أو الرهبة، التي هي مبعث الفعل، ونتيجة للوسيلة المستعملة.

المطلب الثاني:

أركان الاكراه

ويمكن أن نتصور للأكراه أركاناً ثلاثة، يتوقف عليها وجوده، وتحققه، وهي:

الأول - ما يتعلق بجانب المكره (بالكسر):

وهو الجبر^(٣)، أو الضغط، أو القهر الذي يمارسه المكره - بالكسر - لحمل الطرف الآخر على إتيان أمر لمصلحته، أو لمصلحة طرف آخر.

(١) السنهوري - الوسيط: ١ / ٣٦٠ وهامش ١.

(٢) عرف د. أحمد حشمت أبوستيت (في نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد: ١ / ١٦٨) الاكراه بقوله: ضغط يقع - ويقصد الوصول إلى غرض غير مشروع على شخص فيحدث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد». كما عرفه د. عبدالفتاح عبدالباقي (في كتابه دروس في مصادر الالتزام: ١٩٥): بقوله: «ضغط يقع على شخص فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد».

وصرح د. جمال الدين زكي (في كتابه - الوجيز في نظرية الالتزام: ١ / ١٤٤) على هذا المعنى بقوله: الاكراه «بعث الخوف من ضرر وألم بالغ في نفس شخص لدفعه إلى التعاقد».

(٣) فرق بعض الفقهاء بين الاكراه، والجبر، فقالوا: الجبر يأتي من السلطان، والاكراه يأتي من غيره، لأن السلطان هو صاحب القوة. راجع: الكاساني - بدائع الصنائع: ٧ / ١٧٦ والانصاري - المكاسب: ١١٨-١١٩.

فلو فعل الانسان فعلاً لا يرضاه بدون حمل عليه لا يسمى مكرهاً، وإنما يسمى كارهاً، فالمريض الذي يتناول الدواء مع كونه مر المذاق - على أمل الشفاء - كاره لا مكره، لأنه يقدم على تناوله باختياره من غير حمل وقهر عليه. والطالب الذي يدخل كلية لا يريدتها، لأن مجموعه لم يصل به لما يريد فهو كاره. والذي هدد بقتل نفسه، أو بقطع عضو من أعضائه ان لم يبيع داره فهو مكره لا كاره، لأنه إذا باع داره في هذه الحالة فقد باعها بناء على حمل الغير وقهره.

الثاني - ما يتعلق بجانب المكره (بالفتح):

انعدام الرضا في المكره - بالفتح - الذي حمل على الفعل بالضغط^(١)، أو الجبر^(٢) بحيث انعدم عنده الرضا دون الاختيار، لأنه اختار أهون الشرين، وأخف الضررين، إذ لا يمكن تصور الاكراه مع الرضا. ويوضحه بعض الفقهاء: بأن المكره - بالفتح - «مختار في الفعل إلا أن هذا الاختيار نشأ عن غير اختيار - ويقصد بهذا الرضاء»^(٣).

(١) الفقه المالكي بحث الاكراه تحت عنوان «بيع المضغوط» وفسره الحطاب بأن بيع المضغوط، وهو المكره قال البرزلي: «سئل ابن أبي زيد عن المضغوط ما هو؟ فقال: هو من أضغط في بيع ربه، أو شيء بعينه أو في مال يؤخذ منه فباع لذلك» انظر: (المواهب الجليل: ٢ / ٢٤٨ ولزيادة الاطلاع راجع: الدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ٦ / ٣ والتسولي - البهجة في شرح التحفة: ٢ / ٧٥).

ولعل الأستاذ الزرقاء اختار كلمة «ضغط» في تعريفه للاكراه - بقوله: «الضغط على إنسان بوسيلة مرهبة، أو بتهديده بها لاجباره على فعل أو ترك، لأنه تلمس في هذه الكلمة أكثر تشخيصاً واستيعاباً للمراد من غيرها. (راجع: المدخل الفقهي العام: ١ / ٣٩٧).

(٢) المرحوم الانصاري - من فقهاء الامامية - يرى: ان الاكراه لا يكون إكراهاً مؤثراً إلا إذ رجع إلى الجبر والالقاء. راجع (المكاسب: ١١٨-١١٩).

(٣) الخونساري - منية الطالب - حاشية المكاسب: ١٨٣.

الثالث - محل الاكراه:

ما يقع عليه الاكراه هو: تصرفات الانسان القولية، والفعلية، ويمكن تعريفهما بما يلي:

- ١- التصرفات القولية: وهي التي تؤديها الألفاظ التي تصدر عن الإنسان كالشتم، والكفر، والقذف، والنميمة، والكذب، وأمثال ذلك.
 - ٢- التصرفات الفعلية: وهي التي تؤديها جوارح الانسان، كالقتل والزنا وإتلاف مال الغير، سواء كانت هذه الأفعال تتعلق بحق الله، أو حق الانسان.
- مع ملاحظة أن أفعال القلب كالحب، والبغض، والكفر، لا يتصور فيها الاكراه لأنه لا يمكن أن يحمل عليها الانسان، ولا اختيار له فيها، ولا يمكن أن يتصور فيها التهديد والوعيد، والحمل، والضغط، ولا يتحقق فيها الرضا وعدمه ليتصور فيها الاكراه.

١- موقف الفقهاء من هذه التصرفات:

أ - وقد ذهب الفقهاء إلى أن الاكراه يتحقق في التصرفات القولية، فكل من أكره على قول، ولم يكن مختاراً، محمولاً عليه بتهديد يضرّ به، ويبعث فيه الرهبة والخوف، فلا يلزمه شيء مما يترتب على ذلك القول من التزام شرعي أو قانوني^(١). ولقد رخص الانسان على «إجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالايمان إذا كان مكرهاً، مع أنه محرم في نفسه مع ثبوت الرخصة، فأثر الرخصة في تغيير حكم الفعل هو المؤاخذه لا في تغيير وصفه؛ وهو الحرمة، لأن كلمة الكفر مما لا يحتمل الا باحة بحال، فكانت الحرمة قائمة إلا أنه سقطت المؤاخذه لعذر

(١) راجع: ابن حزم - المحلى: ٢٥٨/٩ والكاساني - بدائع الصنائع: ١٧٦/٧ وابن قيم الجوزية - اعلام الموقعين:

١٢٤/٣ وابن المرتضى - البحر الزخار: ١٠١-٩٩/٦ والحطاب - المواهب الجليل: ٢١٦-٢١٧، والرملي -

نهاية المحتاج: ٧١/٥، وكاشف الغطاء - تحرير المجلة: ١٧٦/٣.

الاكراه»^(١). قال الله تبارك وتعالى: ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه، إلا من أكره، وقلبه مطمئن بالإيمان، ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله، ولهم عذاب عظيم﴾^(٢).

ونقل عن عبدالله بن مسعود^(٣) انه قال: ما من كلام أتكلم به يدرأ عني ضربتين بسوط غير ذي سلطان إلا كنت متكلماً به^(٤).

ب - أما بالنسبة للأفعال فيرى الفقهاء:

١- إذا كانت الأفعال تتعلق بحق الله سبحانه، فيتحقق فيها الاكراه كشرب الخمر، أو أكل الميتة، وأمثالهما، أو كلمة - فعل - الكفر، والسبب في ذلك الضرورة، استناداً إلى قوله تعالى:

﴿فمن اضطر غير باغ، ولا عاد فلا إثم عليه﴾^(٥) وقوله تعالى: ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾.

٢- أما إذا كانت الأفعال تتعلق بحقوق العباد فان الاكراه لا يتحقق فيها، كإتلاف مال الغير، أو قتله، أو إيذائه، عند أغلب الفقهاء^(٦) لأن هذه لا يبيحها الاكراه «فمن أكره على شيء من ذلك لزمه القود والضمان لأنه أتى محرماً عليه إتيانه»^(٧).

٣- ولكن الفقه الحنفي ذهب إلى شيء من التفصيل، كما يوضحه الكاساني بقوله: بأن «المكره على القتل فان كان الاكراه تاماً فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن رضي الله عنهما - ولكن يعزر ويجب القصاص على المكره، وعند أبي

(١) الكاساني - المصدر المشار إليه: ١٧٦/٧.

(٢) سورة النحل - آية: ١٠٦.

(٣) عبدالله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي، أبو عبد الرحمن، من كبار الصحابة، ومن رواة الحديث عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم)، توفي في خلافة عثمان عام: ٣٢هـ. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢٨٠ / ٤.

(٤) السرخسي - المبسوط: ٢٤ / ٥٠.

(٥) سورة البقرة - آية: ١٧٣.

(٦) راجع: ابن حزم - المحلى: ٢٥٩ / ٩ وابن قيم الجوزية - اعلام الموقعين ٢ / ١٢٤-١٣٥ وابن المرتضى - البحر الزخار: ١٠٠-١٠١ وابن عرفة نقله الحطاب - المواهب الجليل: ٢٥٠ / ٤.

(٧) ابن حزم - المحلى: ٢٥٩ / ٩.

يوسف - رحمه الله - لا يجب القصاص عليهما، ولكن تجب الدية على المكره .
وعند زفر - رحمه الله - يجب القصاص على المكره دون المكره .
وجه قول زفر - رحمه الله - : ان القتل وجد من المكره حقيقة حساً^(١)، ومشاهدة،
وإنكار المحسوس مكابرة، فوجب اعتباره منه دون المكره إذ الاصل اعتبار الحقيقة
لا يجوز العدول عنها إلا بدليل^(٢).

٢- موقفنا من هذا التقسيم:

ولا أرى أثراً لهذا التقسيم في فعل المكره، طالما هو محمول على الاكراه بالتهديد
والوعيد بما يخاف منه، ويتضرر فيه، فمصداق الاكراه، وانطباقه عليه بأي سبب كان
يكفي لإتيانه الفعل مضطراً بارتكاب أخف الضررين، سواء كان في القول أو الفعل،
في حق الله كان، أو في حق انسان فهو لولا الاكراه لما أقدم على الفعل، ولم يأت
بالأمر بمحض اختياره، وقد أجاز الله سبحانه الكفر للمكره، طالما هو مضطر في ذلك
مع اطمئنان قلبه بالايمان، فتوقف عنه الآثار الوضعية والتكليفية وقد سبق أن عرفنا بأن
الاكراه لغة وعرفاً حمل الغير على ما يكره بتوعيد بالضرر غير المستحق، فايقاع العقد
المكروه إذا لم يكن ناشئاً عن حمل غيره، بل يكون بداعٍ آخر لا يكون إكراهاً^(٣).
وإذا كان مصداق الضرر قائماً، ودفع الضرر واجباً، فيتساوى في ذلك كل أنواع

(١) يعرف السنهوري الاكراه الحسي بقوله: «وسائل الاكراه اما ان تقع على الجسم كالضرب المبرح بأنواعه المختلفة، وهذا ما يسمى بالاكراه الحسي، لأنه يقع على الحس. واما أن تكون الوسيلة تهديداً يالحاق الأذى دون إيقاعه بالفعل، أو إحداثاً لألم نفسي، وهذا ما يسمى بالاكراه النفسي، لأنه يوقع في النفس رهبة أو ألماً. وهذا الاكراه الأكثر وقوعاً في الحياة العملية.

وليس هناك فرق بين الاكراه الحسي، والاكراه النفسي، فكل وسيلة من وسائل الاكراه سواء وقعت على الجسم، أو على النفس تفسد الرضا، وتجعل العقد قابلاً للإبطال. انظر (الوسيط: ١ / ٣٦٥).

(٢) الكاساني - المرجع سالف الذكر: ٧ / ١٧٩.

(٣) المرحوم الحكيم - نهج الفقاهة: ١٩٠-١٩١.

الاكراه قولاً وفعلاً، ولا حاجة للتفريق^(١). ويتقيد بضابط المماثلة، أو دفع الأشد بالأخف في كل ما يتعلق بحقوق العباد.

المطلب الثالث:

شروط الاكراه، ومعياره

أولاً - شروط الاكراه:

ومن أجل تحقق الاكراه، واعتباره عيباً يشوب الارادة لا بد من توفر الشروط التالية:

الأول: القدرة على تنفيذ ما هدد به المكره (بالكسر):

ان قدرة المكره - بالكسر - على تنفيذ ما هدد به شرط أساسي في تحقق الاكراه، فإذا لم يكن قادراً على تنفيذ ما هدد به فلا يؤخذ بالاكراه ويعتبر لغواً^(٢). ومن هذا المنطلق ذهب ابو حنيفة إلى أن الاكراه لا يتحقق إلا من السلطان لأنه صاحب السلطة، ويملك القوة، وانه المتمكن بالفعل من تنفيذ التهديد بالمكره - بالفتح - في حين ذهب أصحابه إلى خلاف هذا الرأي، ويريان: ان الاكراه يمكن أن ينفذه كل إنسان يملك قوة تنفيذ تهديده، سلطاناً كان أو غيره^(٣).

(١) انظر: كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ١٧٦/٣ والبرديسي في بحثه - الاكراه بين الشريعة والقانون: ٢٧٧.

(٢) راجع الكاساني - بدائع الصنائع: ١٧٦/٧ وزكريا الانصاري - شرح التحرير: ٢/٣٩٠-٣٩١ مطبوع بهامش

حاشية الشرقاوي على التحرير مطبعة عيسى البابي - القاهرة، وكاشف الغطاء - تحرير المجلة: ١٧٦/٢.

(٣) الكاساني - المرجع المذكور: ١٧٦/٧. وفي محاولة للكاساني في تقريب وجهة النظر بين الامام وصاحبيه يرى

انه لا خلاف بينهم في المعنى، إنما هو خلاف زمان. ففي زمن أبي حنيفة لم يكن لغير السلطان قدرة الاكراه، ثم

تغير الحال في زمانهما، إذ أصبح من الممكن لكل أحد تنفيذ ما هدد به فغيرت الفتوى علي حسب الحال. انظر:

(بدائع الصنائع: ١٧٧/٧).

وقد جاء في المادة (١١٣) من القانون المدني العراقي هذا الشرط بالنص التالي:
«يجب لاعتبار الاكراه ان يكون المكره قادراً على ايقاع تهديده».

الثاني: جدية المكره (بالكسر) في ما هدد به:

في الفقه الاسلامي اتجاهاً لبيان معيار جدية المكره - بالكسر - في ما هدد به.
أ - يرى ضرورة ان يغلب على ظن المكره - بالفتح - جدية المكره، وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء^(١).

ب - يرى بأن مجرد اعتبار الظن يكفي لتحقيق الاكراه، وهذا ما ذهب اليه بعض فقهاء الامامية، وجاء في بعض مصادرهم: هل يعتبر في الاكراه الظن بالضرر، أو يكفي الاطمئنان، أو احتمال الخوف؟ الظاهر اعتبار الظن، ولا يبعد ذلك، بناء على ان الموجب للفساد هو عنوان الاكراه، لذا يكفي احتمال الخوف، فاذا قال احد لشخص: بع دارك فخاف منه، وباع داره، فلا يكون هذا البيع عن طيب نفس للضرر فيقع باطلاً^(٢).

وأرى كفاية الأخذ بمجرد الظن اذا كان الأمر المطلوب من المكره اتيانه حالاً، لأن ظروف الحال في مثل هذا الموقف لا تساعد على تحقيقه من جدية تهديد المكره. أما إذا كان الأمر المطلوب منه متراجحاً فلا نرى ان الظن وحده كافياً، بل لا بد من غلبة الظن، لأن في امكانه ان يتحقق من جدية ما هدد به.

كما ولا شك أن أخذ اعتبار جدية المكره في نفس المكره في تنفيذ ما هدد به له قيمته في تقويم الاكراه شرعاً، فلو امكن التخلص منه بعد ان لمس ان مهدده غير جاد بما يتوعد به، ومع ذلك نفذ ما طلبه منه يكون العقد نافذاً لعدم تحقق الاكراه في الموضوع.

والقانون المدني العراقي أخذ برأي جمهور الفقهاء باشتراط (غلبة الظن) في

(١) انظر: الشيرازي - المذهب: ٧٨/٢ وابن قدامة - المغني ٢٦١/٨ والكاساني - بدائع الصنائع: ١٧٦/٧.

(٢) الشاهرودي - محاضرات في الفقه الجعفري: ٢٤٧-٢٤٨.

جدية المكروه، فقد نصت المادة (١١٣) على ذلك ونصها:

«... بأن يغلب على ظنه وقوع المكروه به ان لم يفعل الأمر المكروه عليه».

كما اكتفى القانون المدني المصري بتصور الخطر الجسيم في تحقق الاكراه. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٢٧) على الآتي:

«وتكون الرهبة قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها ان خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو، أو غيره. في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال».

وكذلك القانون المدني الكويتي أخذ بهذا المبدأ، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (١٥٦) النص التالي: «وتعتبر الرهبة في نفس المتعاقد اذا وجهت اليه وسائل اكراه جعلته يستشعر الخوف من أذى جسيم يهدده، أو يتصور انه يهدده هو أو أحداً من الغير في النفس، أو الجسم، أو العرض، أو الشرف، أو المال».

الثالث: خوف المكروه (بالفتح) من الضرر المتوعد به:

ويرى الفقهاء: ان يتوفر الخوف، والرهبة في نفس المكروه - بالفتح - لأنه هو الذي يدفعه ويحمله على ارتكاب اخف الضررين بتنفيذ ما يطلبه المكروه - بالكسر - منه. وأساس هذا الشرط نفسي، لأن العبرة بحلول الرهبة والخوف في نفس المكروه مما يترتب عليه فقدان الاختيار، وفقدانه موجب لعدم سلامة العقد^(١).

واذا كان المعيار هو الخوف والرهبة، فهل هناك مقياس معين للخوف والرهبة، أم أنه يتفاوت بتفاوت الناس؟

الحقيقة ان فقهاء الشريعة لم يضعوا معياراً محدداً ثابتاً للخوف والرهبة لانه يختلف باختلاف الناس وطباعهم، فهو أمر نسبي لا يمكن تحديده.

(١) السيوطي - الاشباه والنظائر: ٢٢٩ وصدر الشريعة - التلويح والتوضيح: ١٩٢/٢ والشيرازي - المذهب: ٧٨/٢

وابن قدامة المغني: ٢٦٠/٨ والتسولي - البهجة في شرح التحفة: ٧٥/٢ وابن مودود الموصلي - الاختيار:

١٠٥/٢ والمرحوم الحكيم - نهج الفقاهة: ١٦٢.

يقول النووي: ان الاكراه «يحصل بكل ما يؤثر العاقل الاقدام عليه حذراً مما هدد به، وذلك يختلف باختلاف الاشخاص والافعال المطلوبة، والأُمور المخوف بها، فقد يكون الشيء اكراهاً في شيء دون غيره، وفي حق شخص دون آخر»^(١).

لذا فالمدار في صدق الاكراه الحمل على الفعل بتوسط احداث داعي الخوف^(٢) وقد يكون مما يتوعد به مما لا يتحملة المكره، أو لا يليق بشأنه، وهذا يختلف باختلاف الأشخاص ومراتبهم، كما يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، وسائر الاعتبارات^(٣) فقد تكون الصفة - مثلاً - لذي مروءة بملاً من الناس اكراهاً^(٤) وهكذا.

وقد تناول القانون المدني العراقي هذا الشرط في المادة (١١٣) منه ونصها: «... وان يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به...».

كما ان القانون المدني الكويتي قد أخذ بهذا الشرط فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (١٥٦) ما نصه:

«وتعتبر الرهبة قائمة في نفس المتعاقد اذا وجهت اليه وسائل اكراه جعلته يستشعر الخوف من أذى جسيم يتهدهده...».

الرابع: عدم تمكن المكره (بالفتح) من التورية، أو أي وسيلة أخرى:

ويقصد بالتورية: القاء الكلام الظاهر في معنى، واردة خلاف ظاهره، مع اخفاء القرينة على الخلاف. وقد تسمى الايهام، إذ المراد اظهار كلام واردة خلافه، ولا تختص باللفظ الموهم للمخاطب أو السامع خلاف ما قصده المتكلم، بل هي عبارة عن مطلق الايهام^(٥).

(١) راجع السيوطي - الأشباه والنظائر: ٢٢٩.

(٢) المرحوم الحكيم - نهج الفقاهة: ١٨٩.

(٣) كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ١٧٦-١٧٧.

(٤) التسولي - البهجة في شرح التحفة: ٧٥ / ٢ والتاودي - شرح البهجة ٧٥ / ٢ مطبوع بهامش البهجة للتسولي.

(٥) انظر: الشربيني - مغني المحتاج: ٢ / ٢٩٠، والخونساري - منية الطالب: ١٨٧.

والتورية قد تكون في القول، أو الفعل. فاذا فعل الانسان فعلاً أوهم الغير وقوع فعل آخر كان مصداقاً للتورية. كما اذا أكره على شرب الخمر - مثلاً - فصبه في جيبه بنحو تخيل المكروه انه شربه.

ولقد اختلفت اقوال الفقهاء الذين تعرضوا لحكمها، في حالة امكان التخلص من المكروه بالتورية، ولم يقدم عليها، هل يتحقق معنى الاكراه؟^(١) وسبق ان أشرنا الى أن المكروه يعتمد إلى أخف الضررين تلافياً من الضرر الذي يتوعده به المكروه - بالكسر - مع امكانه وقدرته بانزال الضرر عليه لو تخلف عن تنفيذ ما طلب منه، وبهذا يتحقق الاكراه.

فلو تمكن المكروه - بالفتح - من التخلص من المكروه عليه بالتورية - أو أي وسيلة أخرى - مع الاطمئنان بعدم الضرر من جراء التورية، لو علم المكروه به، ولم يقدم عليها، فلا يتحقق الاكراه ولا يعتبر شرعاً وعرفاً مكروهاً، لان تحقق الاكراه يتوقف على عدم وجود طريق للتخلص مما يكره عليه، والظن بالضرر، ويكفي في ذلك الاحتمال العقلائي. كما اذا أكره على شرب الخمر - مثلاً - وكان متمكناً من التخلص، ولم يقدم عليه، فلا يتحقق عنوان الاكراه الراجع للحكم التكليفي.

والتورية احدى الطرق الممكنة فلا بد من سلوكها، لو ضمن فيها السلامة من المكروه لو علم بذلك.

الخامس: أن لا يكون الاكراه بحق:

فالاكراه على أمر مشروع لا يعتبر اكراهاً معيباً للارادة، اذ لم يتحقق فيه عدوان على المكروه، انما الذي يعيب الارادة أن يكون الاكراه بتعد على الطرف الآخر،

(١) راجع: ابن قيم الجوزية - أعلام الموقعين: ٤ / ٥٣ طبعة دار الجيل - بيروت، والشربيني - مغني المحتاج: ٢ / ٢٩٠ والانصاري - المكاسب: ١١٩.

وليس في سبيل غاية مشروعة. فاجبار المدين - المماطل في دفع دينه - على بيع داره من أجل ايفاء دينه لا يعتبر اكراهاً. وكذلك بيع المريض داره مع كراهته لذلك، ولكنه يحتاج للمال من أجل علاج نفسه لا يصدق عليه انه مكره، وهكذا. فان مثل هذا يعتبر اكراهاً بحق، فلا يترتب عليه الحكم الشرعي. فان من خصوصية تحقق معنى الاكراه المترتب عليه الاثر الشرعي أو القانوني هو أن يكون غير مشروع وبتعدد على الطرف الآخر^(١).

السادس: أن لا يكون الاكراه على أمر باطن في نفس المكره:

ومن أجل تحقق معنى الاكراه لا بد أن يكون ذلك واضحاً وظاهراً، ليتمكن قيام البيئة عليه، فلو كان المكره عليه أمراً باطناً، فلا يمكن تحقق معنى الاكراه لعدم امكان التثبت من تحققه، فالمكره على الكفر لا يحكم بكفره اذا كان قلبه زاخراً بالايمان^(٢).

ثانياً: معيار الاكراه:

ومما تقدم نستطيع ان نستخلص بأن معيار الاكراه يتألف من عنصرين:
١- مادي - وهو: ان يكون المكره بالوسيلة التي اختارها للاكراه قادراً على تحقيق ما أوعده به.

فيستند الاكراه بذلك الى ركن من الواقع يجعل دعوى من وقع عليه الاكراه دعوى معقولة قائمة على اساس.

٢- نفسي - وهو: ان يقع في ظن من وقع عليه الاكراه وقوع ما هدد به. وهذه هي الرهبة التي تنبعث في نفسه فتحمله على التعاقد^(٣).

(١) انظر: الشيرازي - المذهب: ٧٨/٢ والمواق - التاج والاكليل ٤/٢٥٢، وابن قدامة - المغني ٨/٢٥٩ - ٢٦٠ والحكيم - نهج الفقاهة: ١٩٠-١٩١.

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع: ٧/١٧٨-١٧٩.

(٣) السنهوري - مصادر الحق: ٢/٢٠٠.

فالمعيار المادي: اذاً عبارة عن الوسيلة التي يتحقق بواسطتها الاكراه سواء أكانت ضرباً، أو حبساً، أو قيداً، أو تشهيراً به، أو اهانة لا تليق به وهكذا^(١).

والمعيار النفسي: هو عبارة عن الرهبة في النفس، أو الخوف بسبب تأثير التهديد أو الوعيد.

وبعد هذا فما هو موقف الشريعة والقانون من هذين المعيارين؟

أ- الشريعة تأخذ بالمعيارين:

وهذان المعياران متلازمان في تحقق الاكراه، ولا يمكن انفكاكهما وتجزئتهما لأنه لولا الاسباب المادية التي يخشى منها المكره لما حدثت في نفسه الرهبة، كما لولا الرهبة النفسية لما تحقق الاكراه.

غير ان الشيء الذي لا يمكن نكرانه ان العامل المعنوي أو الذاتي هو الاساس في عملية الاكراه، وذلك إن ما يحدث في النفس من الرهبة والخوف، والنتائج عن التهديد، أو الوعيد بأي ضرر يلحقه هو الذي يحقق الاكراه ويفقد الرضا.

وهذا المعيار المعنوي أمر نسبي يختلف باختلاف الناس ومراتبهم، كما يختلف باختلاف الازمنة والأمكنة وسائر الاعتبارات^(٢).

ب- القانون يأخذ بالمعيارين:

والقوانين الثلاثة قد أخذت بالمعيار الذاتي والمادي، ومزجت بينهما، وان اختلفت في الصياغة.

(١) التسولي - البهجة في شرح التحفة: ٧٥ / ٢.

(٢) راجع: ابن قدامة - المغني: ٢٦١-٢٦٢ وابن مودود الموصلي الاختيار: ١٠٥ / ٢ وزكريا الانصاري - شرح

التحرير: ٢ / ٢٩١ مطبوع مع حاشية الشرقاوي على التحرير / طبع دار احياء الكتب العربية مصر، والتاودي -

شرح التحفة: ٧٥ / ٢ وكاشف الغطاء - تحرير المجلة ١٧٦-١٧٧.

فقد نصت المادة (١٢٧) من القانون المدني المصري على الآتي:

«١- يجوز ابطال العقد للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس.

٢- وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها ان خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو في الجسم، أو الشرف أو المال.

٣- ويراعي في تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وكل ظرف آخر من شأنه ان يؤثر في جسامه الاكراه». وقريب من هذا النص عالج المدني الكويتي هذا الموضوع في المادة (١٥٦) منه ونصها:

«١- يجوز طلب ابطال العقد على اساس الاكراه لمن ارتضى العقد تحت سلطان رهبة قائمة في نفسه، وبعثت بدون وجه حق، اذا كانت هذه الرهبة قد دفعته الى التعاقد، بحيث أنه لولاها ما كان يجريه على نحو ما ارتضاه عليه.

٢- وتعتبر الرهبة قائمة في نفس المتعاقد، اذا وجهت اليه وسائل اكراه جعلته يستشعر بالخوف من أذى جسيم يهدده، أو يتصور ان يهدده هو، أو أحداً من الغير، في النفس، أو الجسم، أو العرض، أو الشرف، أو المال.

٣- ويراعى في تقدير قيام الرهبة في نفس المتعاقد حالته من الذكورة أو الأنوثة، وسنه، وعلمه أو جهله وصحته أو مرضه، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في مدى ما يترتب من خوف في نفسه».

أما المدني العراقي فقد عالج هذا الموضوع في المواد: ١١٢-١١٤ ونصها: مادة ١١٢:

«٢- ويكون الاكراه ملجئاً اذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق كاتلاف نفس أو عضو، أو ضرب مبرح، أو إيذاء شديد، أو اتلاف خطير في المال. ويكون الاكراه غير ملجيء اذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس، والضرب على حسب أحوال الناس.

٣- والتهديد بايقاع ضرر بالوالدين، أو الزوج، أو ذي رحم محرم، والتهديد بخطر يחדش الشرف يعتبر اكرهاً، ويكون ملجئاً، أو غير ملجيء بحسب الأحوال». مادة - ١١٣: «يجب لاعتبار الاكراه أن يكون المكره قادراً على ايقاع تهديده. وان يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به إن لم يفعل الامر المكره عليه».

مادة - ١١٤: «يختلف الاكراه باختلاف أحوال الأشخاص، وسنّهم وضعفهم، ومناصبهم ومراكزهم الاجتماعية، ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس، والضرب كثرة وقلة، وشدة وضعفاً».

ولقد استمد القانون المدني العراقي اغلب نصوصه في الاكراه من الفقه الحنفي محاولاً اظهار عدم تأثره بالفقه الغربي قدر المستطاع^(١). ويتضح مما تقدم ان فقهاء الشريعة والقانون اعتبروا المعيار الذاتي اساساً في عملية الاكراه، يختلف باختلاف الأشخاص، وتباين الظروف والملابسات.

(١) انظر المواد: ٩٤٨ و ٩٤٩ و ١٠٠٣ و ١٠٠٤ من المجلة والمواد: ١٩٢-١٩٥ من مرشد الحيران.

المَبْحَث الثاني

أقسام الإكراه - مَجَاله

المطلب الأول:

أقسام الاكراه

عرض بعض الفقهاء تقسيمين للإكراه، يمكن إيجازهما بالآتي:

أولاً - الإكراه بحق، وبغير حق:

فقد قسم فقهاء الشافعية الإكراه الى:

أ- إكراه بحق: وهو الذي لا تنقطع نسبة الفعل الى الفاعل فيصح بيع المدين داره لايفاء دينه. وإكراه بالحربي على الاسلام.

ب - إكراه بغير حق: وهو الذي يصدر الفعل بارادة الفاعل ولكن انبعاث الارادة والقصد وقعا دفعا للضرر، وخوفاً من التهديد والوعيد بما يضر به. ^(١).

وهذا النوع من الإكراه بغير حق على قسمين:

١ - الإكراه على فعل اباح الشارع الاقدام عليه بسبب الإكراه وهذا حكمه ان تنقطع نسبة الفعل عن الفاعل سواء كان قولاً أو فعلاً لأن صحة القول إنما تكون بقصد المعنى، وصحة العمل باختيار، والإكراه يفسدهما. ونسبة الفعل الى الفاعل

(١) راجع: الشيرازي - المذهب: ٧٨ / ٣.

من دون رضاه اضرار به، وهو غير جائز لأنه معصوم محترم الحقوق، وعصمته تدفعه ان امكن نسبته الى الحامل، وهو المكره - بالكسر - نسب اليه، كما لو أكره انسان على اتلاف مال الغير كان الضامن هو حامل المكره، ويجعل الفاعل آلة للحامل. واذا لم يمكن نسبته الى الحامل المكره لعدم امكان مباشرته بنفسه بطل الفعل بالكلية، ولا يؤاخذ به أحد كما لو أكره على طلاق، أو عتق، أو بيع، أو اقرار. ٢- الاكراه على فعل لم يبح الشارع الاقدام عليه كالاكراه على القتل أو الزنا، وهذا لا تنقطع نسبته عن الفاعل، فيقتص من الفاعل لمباشرته القتل، كما يقتص عنده من الحامل لتسببه^(١).

ثانياً - الاكراه التام، والناقص، والأدبي:

وقسم بعض فقهاء الحنفية الاكراه الى ثلاثة أقسام:

- ١- الاكراه التام: وهو الذي يعدم الرضا، ويفسد الاختيار وذلك بتعريض النفس، أو عضو من أعضائها الى التلف سواء نجم ذلك عن التهديد بالقتل، أو القطع، أو الضرب الشديد الذي قد يؤدي غالباً الى تلف النفس، أو عضو منها. ويعتبر هذا الاكراه أعلى أنواعه وأشدّها، لأنه يجعل المكره في يد المكره كآلة في يد الفاعل. ويسمى هذا النوع من الاكراه «الأكراه الملجيء» أيضاً.
- ٢- الاكراه الناقص: وهو الذي يعدم الرضا، ولا يفسد الاختيار وذلك كالتهديد باتلاف بعض المال، أو بالضرب الذي لا يؤدي غالباً الى تلف عضو من الأعضاء، أو بالحبس المديد أو القيد لأجل طويل، فان كان الحبس أو القيد مدة وجيزة وكان المهدد من غير ذي المروءات أو وجهاء الناس كان ذلك اكراهاً. ويسمى هذا «الأكراه غير الملجيء» أيضاً.
- ٣- الاكراه الأدبي: وهو الذي لا يعدم تمام الرضا، ولا يعدم الاختيار، كالتهديد

(١) محمد أمين بادشادة - تيسير التحرير: ٢/ ٢٠٨-٢٠٩ مطبعة البابي الحلبي. مصر ١٣٥٠هـ.

بحسب أحد الأصول أو الفرع، أو الأخ أو الأخت، أو ما يجري مجرى ذلك، فما يصيب الابن بحسب أبيه من الأذى ليس أذىً حسيّاً يلامس جسده، وإنما هو أذى أدبي^(١).

ثالثاً - مناقشة هذا التقسيم:

ولم يسلم هذا التقسيم من الملاحظات، وأهمها:
الأولى - إن ركن الاكراه انعدام الرضا، والاكراه الأدبي لا يعدم تمام الرضا ولا يعدم الاختيار، وبهذا الاعتبار لا يدخل هذا النوع من الاكراه في الحكم الشرعي للاكراه، وإنما هو من ضمن معناه اللغوي^(٢).

الثانية - أن التفرقة بين الاكراه التام والناقص نظرية محضة، لأن الاكراه التام الملجئ أشد جساماً من الثاني، ويؤثر في التصرفات القولية والفعلية جميعاً، - أي في التصرفات القانونية والوقائع المادية فيفسد الأولى ولا يصلح عذراً يعفي من المسؤولية الثانية. أما الاكراه الناقص غير الملجئ فيقتصر على التأثير في صحة التصرفات القولية، ولا يصلح عذراً يعفي من المسؤولية عن التصرفات الفعلية، لأنه

(١) علاء الدين البخاري - كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوي: ٤ / ٢٨٢-٢٨٣ طبع دار الكتاب العربي - بيروت: ١٩٧٤.

ولم يتعرض للقسم الثالث كل من الكاساني - بدائع الصنائع: ٧ / ١٧٥ وصدر الشريعة - التوضيح شرح متن التنقيح: ٢ / ١٩٦ والتفتازاني - التلويح حاشية على التوضيح: ٢ / ١٩٦ والأستاذ محمد زكريا البرديسي في بحثه (الاكراه بين الشريعة والقانون: ٢٧٢-٢٧٣ عدد ٤ ص ٤) يشير إلى أن هذا التقسيم لم يرق في نظر الكثيرين من الفقهاء وخاصة الحنفية.

(٢) قاضي زاده - نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار - تكمله فتح القدير ٧ / ٢٩٤ مطبوع مع فتح القدير - المطبعة الكبرى الاميرية بولاق مصر ١٣١٧هـ.

ويقول الأستاذ أحمد فتحي بهنسي بالنسبة للاكراه الأدبي انه «حاول بعض الفقهاء المحدثين أن يضيفوا إلى أنواع الاكراه المذكور (الملجئ وغير الملجئ) الاكراه الأدبي باعتبار ان الشريعة، وان لم تنص عليه صراحة فلم تهمله. ومثلوا لذلك بالتهديد بحبس الأب أو حبس الأخ، أو الأخت فهنا لا أذى ينال الجسم، ولكنه أذى ينال النفس، فهو وان كان مادياً بالنسبة لهؤلاء الأقارب إلا أنه أدبي بالنسبة للمكره. ولكننا نرى أن الاكراه الملجئ أو غير الملجئ قد يكون مادياً كما قد يكون أدبياً. أي أن الاكراه الأدبي وصف يندرج تحت نوعي الاكراه الرئيسيين». راجع (المسؤولية الجنائية في الفقه الاسلامي: ٢٠٢ طبع دار القلم - القاهرة ١٩٦١) وهذا الرأي فيه من الدقة ما يرجح أخذه بنظر الاعتبار.

لم يبلغ حد الجسامة الواجب لذلك، ولكن لما كان كل من النوعين أي التام والناقص - يعدم ويفسد التصرف القانوني. فان اطلاق الاكراه دون تخصيص ينصرف الى الملجيء وغير الملجيء^(١).

رابعاً - رأينا في هذا التقسيم:

ولا أرى أثراً لهذا التقسيم، إذ الظاهر تساويهما في أغلب الأحكام، وقد يختلف نادراً ففي مثل الصوم لو أوجر في حلقه لا قضاء عليه، ولا كفارة، ولكن لو أكره بالاكراه غير الملجيء كان عليه القضاء دون الكفارة. أما في مثل الطلاق والبيع، وسائر المعاملات فالظاهر عدم الصحة بالاكراه مطلقاً، لانعدام الرضا، وهذا يكفي في تحقق الاكراه.

ولذا فالتقسيم الذي عرضه الفقه الشافعي - وهو الاكراه بحق وبغير حق - أقرب الى الاعتبار والركون اليه^(٢).

ولقد أخذ القانون المدني العراقي بالتقسيم الحنفي للاكراه، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (١١٢) ما نصه: «ويكون الاكراه ملجئاً اذا كان تهديداً بخطر جسيم محقق، كاتلاف نفس، أو عضو، أو ضرب مبرح، أو ايداء شديد، أو اتلاف خطير

(١) السنهوري - مصادر الحق: ٢ / ١٨٧.

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ مذكور في (المدخل للفقه الاسلامي: ٦٣٨):

ان «التفرقة بين الاكراه الملجئ وغيره في الواقع لم أجد لها أثراً فعلياً في العقود وإنما هي تفرقة نظرية محضة بالنسبة لها، لأن الفقهاء لم يفرقوا بين حالات الاكراه عند كلامهم على عقد المكره. وان كان لهذه التفرقة أثر في التصرفات الفعلية التي يكره عليها الشخص كالاكراه على القتل، أو على شرب الخمر أو الاشراك بالله أو إتلاف مال الغير، أو سرقة، أو الزنا إلى غير ذلك - مما جاء تفصيلاً في كتب الأصول - وليس هذا موضع دراستنا في العقود، وان كان مقتضى هذا التقسيم وكون الاكراه الملجئ يفسد الاختيار أيضاً كلاهما يقضي بأن العقود الخمسة التي قالوا: ان الهزل فيها يأخذ حكم الجد بنص الحديث لا تنعقد مع الاكراه الملجئ، لانعدام الاختيار والرضا معاً تبعاً لقواعد الاحناف. هذا ما أفهم أن قواعدهم في الرضا والاختيار وغير الملجئ وقولهم في تعليل العقود الخمسة ان وجود الاختيار فيها يغني عن الرضا. فأين الاختيار في الالتزام الملجئ مع قولهم بأنه معدوم الرضا، والاختيار معاً؟».

(٢) كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ٣ / ١٥٦-١٥٧.

في المال، ويكون غير ملجيء إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس، والضرب على حسب أحوال الناس».

وعلق عليه شراح القانون المدني العراقي بأنه لم يكن موفقاً بتمييزه للاكراه الملجيء أو غير الملجيء، وذلك لأنه لم يذكر فرقاً في الأثر الذي يترتب على كل منهما. في حين يكون العقد موقوفاً على القسمين، كما جاء في المادة (١١٥) منه ونصها: «من أكره اكرهاً معتبراً بأحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده».^(١) ولم يشر القانون المصري، والمدني الكويتي الى هذا التقسيم ...

المطلب الثاني:

مجال الاكراه

في مجال الاكراه تثار مسائل لا بد من توضيحها، ويمكن حصر ابرزها بالآتي:

المسألة الأولى

هل يقتصر الاكراه على المكره والمكره فقط، أم يتعداهما؟
هذه المسألة ذات شقين:

الأول- هل يقتصر الاكراه على المكره- بالفتح- أم يتعداه الى غيره؟

١- فلو كان تهديد المكره بايقاع الضرر على شخص غير المكره ممن يعز عليه، كما اذا كان أباه، أو ولده، أو زوجته، أو أي ذي رحم محرم أو صديق غال عليه، فهل ينطبق على المكره عنوان الاكراه ويعتبر عمله قابلاً للفسخ؟

(١) انظر: د. عبدالمجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٢٢٩: ود. غني حسون طه - الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١ / ١٦٧.

ان فقهاء الشريعة لم يقصروا تحقق الاكراه في ايقاع الضرر على شخص المكره فحسب انما تعدى الى غيره، ممن له صلة ورابطة رحم بينهما، ولكنهم اختلفوا في تحديد هذه الصلة.

أ- الأبوان: وتكاد تتفق كلمة الفقهاء بان التهديد بايقاع الضرر عليهما هو إكراه لا شبهة فيه، لأن الله سبحانه أمر بالاحسان بهما في قوله عز وجل: ﴿ووصينا الانسان بوالديه إحساناً﴾^(١). وأن لا يقل لهما أف، ولا ينهرهما كما جاء في قوله تعالى: ﴿فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما، وقل لهما قولاً كريماً﴾^(٢).

والنهي عن التأفيف نهي عن الضرب دلالة بالطريق الأولى، فكانت الحرمة قائمة بحكمها، فلا يرخص الاقدام عليه، ولو أقدم يآثم^(٣).

ب - أما بالنسبة للأولاد: فلقد اعتبر الكثير من الفقهاء التهديد بقتل الولد، أو ضربه ضرباً مبرحاً^(٤) وإن كان بعض الفقهاء اشترط أن لا يكون الولد عاقاً، وأن يكون باراً^(٥).

ج - وفي صدد سريان الحكم الى الأقرباء، والأرحام فبعضهم عطفهم على الطبقة الأولى من الأرحام، في حين قصر البعض الآخر من الفقهاء شمول الرحم على الأبوين والأولاد^(٦). كما يرجح بعضهم شمول القرابة، لكل ذي رحم محرم، لأن القرابة المتأيدة بالمحرمية بمنزلة الولاد^(٧).

(١) سورة الاحقاق - آية ١٥.

(٢) سورة الاسراء - آية ٢٣.

(٣) راجع: الكاساني - بدائع الصنائع: ١١٧/٧، والبزدوي - كشف الأسرار: ٣٨٣/٤، والسرخسي - المبسوط: ١٤٣/٢٤-١٤٤، والمحقق الحلي شرائع الاسلام: ١٣/٣، والمرداوي - الانصاف: ٤٤١/٨ والسيوطي - الاشباه والنظائر: ٢٢٩، والدردير - الشرح الكبير: ٣٦٨/٢، وابن المرتضى - البحر الزخار: ١٦٧/٣.

(٤) راجع ابن قدامه - المغني: ٢٦٢/٨ والمحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٣/٢ والبزدوي - كشف الأسرار: ٣٨٣/٤ - والشربيني - مغني المحتاج: ٣٩٠/٣ وابن المرتضى - البحر الزخار: ١٦٧/٣. والدردير - الشرح الصغير: ٥٤٧/٢.

(٥) انظر: الدردير - الشرح الكبير: ٣٦٨/٢ والشرح الصغير: ٥٤٧/٢ والدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ٣٦٨/٢.

(٦) انظر السيوطي - الاشباه والنظائر: ٢٢٩ والمحقق الحلي - شرائع الاسلام: ١٣/٣ وابن قدامه - المغني:

وتوسع الفقه المالكي في شمول الاكراه حتى ولو كان أجنبياً فقد نقل بعض فقهاءهم بان «الخوف على الأجنبي - فصحح ابن بشير^(١) قول أشهب - بأنه لا اكراه . وقال بعضهم: انه المشهور . بل صرح ابن فرحون^(٢): إن المعرة^(٣) اكراه . ولا يخفى قتل الأجنبي عند المؤمن أعظم من صفع قفاه»^(٤).

د - وبالنسبة للزوجة فقد عطف بعض الفقهاء أمرها على الطبقة الأولى من القرابة، واعتبر تحقق الاكراه بالتهديد بها وانه لو أُجبر على طلاق بغير حق عدّ الطلاق لغواً^(٥).

٢- لا ضرورة لهذا التقسيم: ولا أرى ضرورة لهذا الاختلاف الذي يقسم طبقات القرابة فيوجب تحقق الاكراه في الطبقة الأولى، ويوقفه عند غيرهم، بعد أن عرفنا أن الاكراه حمل الغير بتهديد ووعيد على إبرام فعل أو قول يطلب منه . وان المتيقن كفاية مجرد الظن بتحقيق الضرر لارتكاب أخف المحذورين . فلماذا يقتصر بالضرر على شخص المكره أو الطبقة الأولى من أهله وأقربائه، ولا يسري إلى الآخرين من الأرحام طالما ان دفع الضرر عن الآخرين واجب كفائي، مثل إنقاذ الغريق أو دفع الأذى عن مظلوم، وأمثال ذلك؟ خصوصاً وان هذا المهدد بإنزال الضرر عليه كان

→

٨ / ٢٩٢ وعلاء الدين البخاري - كشف الأسرار: ٣ / ٢٨٣ وابن المرتضى - البحر الزخار ٣ / ١٦٧ والدردير -

الشرح الصغير: ٢ / ٥٥٧ والشربيني - مغني المحتاج: ٣ / ٢٩٠.

(٧) السرخسي - المبسوط: ٢٤ / ١٤٣-١٤٤ والبزدوي - كشف الأسرار ٤ / ٣٨٣.

(١) محمد بن سعيد بن بشير بن شراحيل المغافري، الأندلسي المعروف بابن بشير المالكي، قاضي من أهل باجة في المغرب، فقيه مالكي توفي بقرطبة عام ١٩٨هـ. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٧ / ٩.

(٢) عبدالله بن محمد بن فرحون اليعمري، المالكي، أبو محمد، فقيه مالكي من علماء الحديث، أصله من تونس ولد ونشأ في المدينة المنورة، وتوفي عام ٧٦٩هـ. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٤ / ٢٧١.

(٣) المعرة: الاساءة أو الفضيحة. انظر الفيومي - المصباح المنير مادة (عر)

(٤) التسولي - البهجة في شرح التحفة: ٢ / ٧٦.

(٥) ابن قدامه - المغني: ٨ / ٢٥٩ والبزدوي - كشف الأسرار: ٤ / ٣٨٣ والشهيد الثاني - مسالك الافهام: ٢ / ٣

والمرداوي - الانصاف: ٨ / ٤٤١.

بسبب المكره - بالفتح - فإذا كان بإمكانه أن يجنبه الضرر المرتقب فيتحتم عليه ذلك تطبيقاً لقاعدة «يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد»، المبنية على قاعدة «لا ضرر، ولا ضرار»^(١).

٣ - القوانين الثلاثة تأخذ بالرأي الموسع: القانون المدني العراقي في الفقرة الثالثة من المادة (١١٢) أخذ بالقول الذي يشمل السعة في أفراد الأسرة والأقرباء، إذ لم يقتصر على الطبقة الأولى، ونصها:

«والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج، أو ذي رحم محرم، والتهديد بخطر يחדش الشرف يعتبر إكراهاً...».

وما تضمنه المدني العراقي في هذا الصدد هو رأي الفقيه الحنفي البزدوي^(٢) وإن كان الأجدر به أن لا يحدد أشخاصاً فقد يكون من أهمهم أكثر ممن أشار إليهم بعبارة «ذي رحم محرم» اللهم إلا أن يكون من أشار إليهم على سبيل التمثيل لا الحصر^(٣).

(١) قال الحر العاملي في (وسائل الشيعة: مجلد ١٢ ج ٦ ص ٣٦٤ كتاب التجارة / ١٧ باب (ثبوت خيار الغبن) حديث: ٣ / ٤ أن رسول الله (ص) قال: «لا ضرر ولا ضرار» وفي المصدر المتقدم حديث (٥) عن الإمام أبي جعفر (ع) أن رسول الله (ص) قال: «لا ضرر ولا ضرار على مؤمن» وروى الحديث ابن ماجه في (سننه: ٢ / ٧٨٤ - كتاب الاحكام) باب (من بنى في حقه ما يضر بجاره).

(٢) راجع - علاء الدين البخاري - كشف أسرار البزدوي: ٤ / ٣٨٣ ... وبهذا أخذ قدرى باشا في (مرشد الحيران - مادة: ١٩٣): «الاكراه بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذي رحم محرم، أو بضربهم بعدم الرضا أيضاً».

(٣) علق د. غني حسون طه في (الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١ / ١٧٣-١٧٤) على نص الفقرة المذكورة من المادة المشار إليها بقوله: «وقد اختلف الرأي بشأن الأشخاص الذين أشار إليهم النص المذكور فذهب البعض إلى أنهم وردوا على سبيل الحصر. فلا يجوز لشخص أن يطعن في العقد للأكراه الذي يقع على خطيبته، أو على صديق له مثلاً، ولكن يبدو أن الرأي الراجح هو أن هؤلاء الأشخاص ورد ذكرهم في النص المذكور على سبيل التمثيل لا الحصر، إذ ليس صحيحاً أنهم هم الأشخاص الأعزاء الذين ينزلهم الشخص منزلة نفسه فقد يكون من بينهم من لا تتأثر إرادة المتعاقد لما يصيبهم من مكروه، وقد يكون غيرهم عزيزاً على المكره بحيث يتأثر لما يتعرضون له من خطر. وعليه فانه يجوز اعتبار التهديد بالأذى بأشخاص غير الذين ذكرهم النص إكراهاً إذا استطاع المكره أن يقيم الدليل على أن الأذى الذي هدد به قريبه أو عزيز عليه قد بعث في نفسه رهبة أفسدت إرادته، ولذلك فقد كان الأولى بالمشروع العراقي أن يتخلى عن هذا المذهب في تعداد طائفة معينة من الأشخاص، ويترك تقدير ذلك للظروف التي يستخلص منها قاضي الموضوع مدى تأثر إرادة المتعاقد بما يهدد الغير من خطر لارتباط هذا الغير بالمتعاقد بعلاقة معينة».

والقانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة (١٢٧) ينص على مايلي:
«وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها ان خطراً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف، أو المال».
والقانون المدني الكويتي في الفقرة (٢) من المادة (١٥٦) ينص على الآتي:
«وتعتبر الرهبة قائمة في نفس المتعاقد، إذا وجهت إليه وسائل إكراه جعلته يستشعر الخوف من أذى جسيم يتهدهده، أو يتصور انه يتهدهده هو، أو أحداً من الغير، في النفس، أو الجسم، أو العرض، أو الشرف، أو المال».
وأحسب أن عبارتهما أكثر دقة وشمولاً من عبارة القانون المدني العراقي^(١).

الثاني - الاكراه الصادر من الغير:

الغالب ان الاكراه يصدر من غير الطرفين ليحمل الطرف الآخر على إبرام ما طلب منه، وقد تقدم الحديث عنه، لكن لو افترض ان الاكراه صدر من غير الطرفين، بل من شخص ثالث أجنبي عنهما، فهل يحكم - والحالة هذه - بتحقيق الاكراه، أو يكون هذا الاكراه غير مؤثر، ولا يترتب عليه أحكامه؟
كما لو أن زيداً أكره خالداً على أن يبيع داره، أو يؤجر سيارته لأحمد، أو أن محمداً وكلّ زيداً على طلاق زوجته، فجاء عمر وأكره زيداً وكيل محمد على طلاق زوجة موكله، فهل يتحقق الاكراه في كل ذلك؟

(١) يرى د. عبدالمجيد الحكيم في (الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٢٤٢) ان «الاتجاه في القوانين الحديثة يميل الى عدم ذكر أشخاص معينين وإلى الاكتفاء بوقوع الضرر على المتعاقد نفسه، أو على شخص عزيز عليه فقد اكتفت الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ من القانون المدني المصري الجديد مثلاً بالقول «... ان خطراً جسيماً يهدده هو أو غيره...» وهذا أكثر منطقية لأنه ليس من الضروري أن يكون الاشخاص الذين تعددهم المادة العراقية هم أعز الناس على الشخص»

أولاً - الشريعة لا تقصر الاكراه على المكره (بالكسر):

إذا عدنا إلى الشروط التي قررها الفقهاء لتحقيق الاكراه، وأهمها قدرة وجدية المكره - بالكسر - على تنفيذ ما هدد به. وخوف المكره - بالفتح - من الضرر المتوقع به. وعدم مشروعية المكره عليه. لينتج من هذا كله فقدان الرضا والاختيار عند المكره. وإذا تحقق ذلك وانعدم الرضا عنده تحقق الاكراه، وترتب عليه احكامه. فلا يشترط الشارع المقدس ان يكون الاكراه مباشرة من أحد الطرفين، إنما الأساس في الأمر تحقق الاكراه على المكره سواء كان المكره - بالكسر - أحد الطرفين، أو غيرهما، لأن إرادة المكره أصبحت بهذه الوسيلة غير حرة فنفذ ما طلب منه بإرادة معيبة.

غير أن بعض الفقهاء اشترط علم الطرف غير المكره بالاكراه إذا اختار المكره بعد زوال الاكراه أخذ ما باعه من المشتري بلا ثمن. وفي حالة عدم علم المشتري بالاكراه، لا يأخذ المكره - بالفتح - المبيع إلا بالثمن. يقول المواق من فقهاء المالكية:

«ومن أكره على اعطاء مال ظلماً فبيعه لذلك بيع مكره ولرب المبيع أخذه بلا ثمن ان كان المشتري عالماً بضغطه، وإلا فبالثمن».

وروى مطرف^(١): يتبع المشتري بثمانه الظالم دفعه هو له أو البائع. ولو قبضه وكيل الظالم تبع أيهما شاء. قال مطرف: فإن قال الوكيل: ما فعلته إلا خوفاً من الظالم لم يعذر لقوله عليه أفضل الصلاة والسلام: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق»^(٢)

(١) مطرف بن عبد الله بن الشخير الخرخشي العامري، أبو عبد الله من التابعين من رواة الحديث توفي في البصرة عام ٨٧هـ. انظر ترجمته في الزركلي - الاعلام ٨ / ١٥٤.

(٢) لم أجد الحديث بهذا النص في المصادر المختصة في حدود اطلاعي ولكن جاء في مسند أحمد بن حنبل: ٥ / ٦٦ الحديث «لا طاعة لمخلوق في معصية الله» وقد روى ابن ماجه في سننه - كتاب الجهاد / (باب لا طاعة في معصية الله): ٢ / ٩٥٦ «لا طاعة لمن عصى الله» كما روى النسائي في سننه - كتاب البيعة / (باب جزاء من امر بمعصية

وكذا كل ما اقرّ بفعله ظلماً من قتل، أو قطع، أو جلد. أو أخذ مال، وهو يخاف ان لم يفعله نزل به مثل ذلك. فان فعله لزمه القصاص والغرم»^(١).

ولعل سبب اعطاء الحق للمكره - بالفتح - أخذ مبيعه من المشتري بلا ثمن - في حالة علم المشتري بذلك - اعتبار الفقيه المالكي المواق ان المشتري بعلمه ساعد على تحقق الاكراه وإنزال الضرر على المكره، وهو يتحمل جريرة عمله.

أما في حالة عدم علمه، فالاكراه يبطل العقد، وله الحق في استرجاع حاجته وتسليم المشتري الثمن الذي دفعه، لأنه غير مسؤول بالرجوع على الظالم. اللهم إلا أن يكون المشتري قد دفع الثمن هو للظالم أو وكيله، والبائع لم يتسلم شيئاً من الثمن فلا ينطبق على البائع «على اليد ما أخذت حتى ترده» لأنه لم يقبض شيئاً.

ويتبين من القواعد التي رسمها فقهاء الشريعة لتحقيق الاكراه الاعتداد بالاكراه بوجه عام، حتى ولو صدر عن شخص ثالث أجنبي عن التصرف.

وعليه فإن أكره أحد على بيع شيء فالعقد لا يعتبر نافذاً، نظراً للاكراه الذي داخله سواء كان المكره أحد الطرفين، أم ثالثاً لا علاقة له بأيّهما. وسواء كان من صدر الاكراه لمصلحته عالماً بذلك، أم لم يعلم^(٢). فالأمر سواء بالنسبة للمكره الذي تضرر بارتكاب أخف الضررين حينما نفذ ما طلب منه تهرباً من الضرر المتوقع به. قال الفقيه الحنفي قاضي خان:^(٣).

→ (فأطاع): ١٤٢/٧ «لاطاعة في معصية الله».

وجاء في وسائل الشيعة - كتاب الجهاد /، باب (جملة مما ينبغي القيام به...) (مجلد ١١ ج ٦ / ١٢٤ عن الامام زين العابدين علي بن الحسين عليهما السلام في رسالة الحقوق، قوله: «وأما حق سائسك بالملك فانك تطيعه ولا تعصيه، إلا في ما يسخط الله عزوجل، فانه لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق...»).

(١) المواق - التاج والاكليل: ٢٤٩/٤ - هامش المواهب الجليل للحطاب وراجع الخرخشي - مختصر سيدي خليل: ١٠/٥.

(٢) خلافاً لرأي القانونيين فانهم يشترطون للفسخ بالاكراه أن يكون الطرف الآخر على علم أو من المفروض حتماً ان يكون على علم بالاكراه. كما سيمر علينا في نهاية هذا البحث.

(٣) حسن بن منصور بن أبي القاسم محمود بن عبدالعزيز فخر الدين المعروف بقاضي خان الاوز جندي الفرغاني، فقيه حنفي توفي عام ٥٩٢هـ له مؤلفات منها «الفتاوى» مطبوع ترجمه: الزركلي - الاعلام: ٢٢٨/٢.

«ولو أكره السلطان رجلاً على الشراء والقبض ودفع الثمن، والبائع غير مكره، فلما اشترى المكره وقبضه أعتقه أو دبّر ... كان اجازة للشراء ...»

ولو كان البائع مكرهاً، والمشتري غير مكره، لا يصح إعتاق المشتري قبل القبض ويصح بعد القبض، فإن أجاز البائع بعد ما أعتقه المشتري ينفذ البيع، ولا ينفذ العتق قبل القبض.

ولو كان البائع والمشتري جميعاً مكرهين، فإن أجازا البيع بغير إكراه جاز. وإن أجاز أحدهما بطل خياره ويبقى خيار الآخر.

ولو أكره على هبة جاريته لعبد الله، فوهبها لعبد الله وزيد جازت الهبة في حصة زيد، وبطلت في حصة عبد الله»^(١).

ويرى بعض فقهاء المالكية: أن «البيع إن وقع على وجه الضغط المذكور سواء باع المضغوط بنفسه أو وكل عليه مردود على بائعه بإجماع فيما إذا أكره على نفس البيع ويرد الثمن للمشتري إلا أن تقوم البيئة على تلفه عند البائع بغير سببه، فإن لم تقم البيئة بذلك بل إدعاء البائع فقط ففي تصديقه قولان لسحنون^(٢)، ويظهر رجحان الأول، لأن الثمن لم يقبضه البائع لحق نفسه، إذ هو غير راضٍ به، فهو عنده كالأمانة فيصدق في تلفها بغير سببه»^(٣).

وقال الشاهرودي الفقيه الامامي:

«هل يعتبر في الاكراه كون الضرر المترتب على الترك صادراً من الأمر أو يكفي ترتبه ولو من غيره. مثلاً إذا أمره أحد ببيع داره، ولو لم يكن الضرر على الترك مترتباً من قبله، بل يحصل الضرر من قبل شخص آخر، كما إذا كان الآخر عزيزاً عند

(١) قاضي خان - الفتاوى الخانية: ٢ / ٤٨٥-٤٨٦ مطبوع بهامش الفتاوى الهندية - المطبعة الكبرى الأميرية - القاهرة.

(٢) عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي الملقب «بسحنون» قاض، وفقيه مالكي، انتهت اليه رئاسة العلم في المغرب، ولد في القيروان عام ١٦٠هـ وتوفي عام ٢٤٠هـ. ترجمه الزركلي - الاعلام - ٤ / ١٢٩.

(٣) التسولي - البهجة في شرح التحفة: ٢ / ٧٦.

السلطان، وظن صاحب الدار ان مخالفة عزيز السلطان تحمل السلطان على اضراره، فإذا باع الدار في هذا الحال، فهل يفسد البيع، أو لا؟ الظاهر فساد، أما بناء على طيب النفس فواضح لعدم تحققه في الفرض، وأما بناء على مانعية الاكراه، فلأن أمر الآخر وان لم يكن إكراهاً إلا أنه موضوع لأمر السلطان واكراهه، وترتب الضرر على مخالفته.

ونظيره ما إذا أمر السلطان شخصاً ببيع داره ومضى فإن الضرر على الترك يكون من قبيل خدمه وشرطته. فان أمر السلطان يكون موضوعاً لا كراه الخدم. فالاكراه موجود لا محالة»^(١).

ومن خلال هذه النصوص الثلاثة نرى أن النص الحنفي لم يبطل العقد بعد تحقق الاكراه إنما يجعله فاسداً موقوفاً على إجازة المكره بعد زوال الاكراه عنه. في حين يرفض النصاب: الامامي والمالكي العقد. ولا يضر في ذلك اهدار استقرار التعامل كما يهتم بذلك الفقه الحنفي. إنما المهم هو الاعتداد بالاكراه بعد تحقق انهدام رضا المكره - بالفتح - وهذا هو الصواب بعد ان عرفنا ان الاساس في الاكراه فقدان الرضا والاختيار عند المكره، وسواء كان ذلك الاكراه من أحد طرفي العقد أو من شخص ثالث أجنبي عنهما.

ثانياً - القانون أيضاً لا يقصره على المكره:

وقد تطرق القانون المدني المصري بمادته ١٢٨ لهذه المسألة ونصها كما يلي: «إذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت ان المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الاكراه».

(١) الشاهرودي - محاضرات في الفقه الجعفري: ٢٤٧.

والقانون المصري أخذ أساس مادته في اشتراط عدم علم المشتري بالاكراه من الفقه المالكي^(١) الذي اتفق مع القانون المصري فيما لو كان الطرف الآخر عالماً بوقوع الاكراه، واختلافاً فيما إذا لم يكن عالماً. ففي حين صحح القانون المصري العقد فقد أجاز الفقه المالكي للمكره أن يسترد البيع بما دفع إليه من ثمن ولا يخلو هذا الشرط من تجاهل حق المكره الذي تضرر بذلك وظلم لاهدار حقه المغتصب^(٢).

والقانون المدني الكويتي في الفقرة الثانية من المادة (١٥٧) حذا حذو القانون المصري في مادته المشار إليها، إلا أنه اختلف معها في الصياغة، فقد جاءت على الوجه التالي:

«إذا صدر الاكراه من شخص من الغير، فانه لا يكون للمتعاقد المكره طلب

(١) قال التسولي من فقهاء المالكية في (البهجة شرح التحفة ٢ / ٧٦): «ومن باع بحوز الشيء - المشتري - منه دون ثمن يدفعه للمشتري، وظاهره انه يأخذه بلا ثمن. ولو لم يعلم المشتري بالضغط قال في الشامل: إلا أن العالم آثم كالغاصب وعليه الضمان مطلقاً ولا غلة له، ولغيره الغلة، ولا يضمن العقار، ويضمن ما أكل أو لبس، ويبطل عتقه ووقفه. خلافاً لما لابن رشد في نوازل من انه: انما يأخذه دون ثمن إن علم المشتري بالضغط، وإلا فلا يأخذه إلا بالثمن. وظاهره أيضاً انه يأخذه دون علم ان الظالم أو وكيله قبضه من المضغوط أو من المشتري، أو جهل هل دفعه المشتري للظالم أو بقي عنده، وهل صرفه في مصالحه أولاً، وهو كذلك في الجميع. ووجهه انه لما ثبت أصل الضغط حمل على أخذ الظالم له عند الجهل، اللهم إلا أن علم ببيئه أو اقرار انه صرفه في مصالح نفسه، أو أتلفه عمداً، أو خطأ فإنه يأخذه بالثمن حينئذ».

(٢) قال البرديسي في بحثه (الاكراه بين الشريعة والقانون: ٧٩٤-٧٩٥ مجلة الاقتصاد والعلوم) «وعندي ان ما ذهب اليه القانون (القانون المدني المصري) من ابقاء العقد صحيحاً في حالة جهل المتعاقد الآخر بالاكراه ظلم بين بالنسبة للمكره، لانه لم يحدث منه تقصير، ولم يكن هو الذي أثار الاكراه من جانبه، بل هو مجنى عليه فكيف يطالب بعد كونه مجنياً عليه بتعويض المتعاقد معه؟ بل يكفي في ذلك ان توجب على الحامل تعويضاً للمشتري حسن النية فالحامل هو الجاني، والجاني هو الذي ينبغي مطالبته لا المجني عليه. قال تعالى: «ولا تزر وازرة وزر أخرى».. (الانعام آية ١٦٤). لذلك أرجح ما ذهب اليه الفقهاء من صحة الاكراه الصادر من غير المتعاقدين، وترتب أثره عليه مطلقاً علم المتعاقد غير المكره بالاكراه أم لم يعلم». ومع اننا نتفق مع الاستاذ البرديسي في النتيجة التي وصل اليها لكننا نختلف معه في أساسها. فهو يرى بان الأساس عدم حصول تقصير من البائع. وأرى بأن السبب هو عدم قيام عقد البيع أصلاً أو هو موقوف على اجازة المكره بعد زوال الاكراه.

الابطال على أساسه، إلا إذا كان المتعاقد الآخر عند إبرام العقد، يعلم بحصوله، أو كان من المفروض حتماً أنه يعلم به. وذلك كله مع مراعاة ما تقتضي به المادة التالية»^(١).

أما القانون المدني العراقي فلم يتطرق لهذه الناحية، ولم يرد في المواد المخصصة بالاكراه ذكر حكم لهذه المسألة^(٢).

المسألة الثانية

إكراه الشخص علي تصرف واحد غير معين

- أولاً - يصور الفقهاء هذه المسألة على نوعين:
- أ - يخير المكره - بالفتح - على بيع بيته، أو طلاق زوجته.
- ب - يخير المكره - بالفتح - على بيع داره، أو شرب الخمر.

الصورة الأولى:

يرى أغلب الفقهاء أنه في الواقع مكره على أحد هذين الأمرين، وهو العقد أو الإيقاع، وأدلة رفع أثر الحكم التكليفي، أو الوضعي بالاكراه واردة عليهما معاً على سبيل التخيير. فيرتفع أثر الحكم عن أي واحد اختاره.

«وذلك لأن الاكراه وان لم يتعلق بكل من المعاملتين، وإنما تعلق بالجامع إلا أن

(١) المادة (١٥٨) من المدني الكويتي تنص على الآتي:

«يجوز في التبرعات، طلب الإبطال، إذا كان الرضاء بها قد جاء نتيجة الاكراه دون اعتبار لمن صدر الاكراه عنه».

(٢) يرى د. عبدالمجيد الحكيم في (الموجز في شرح القانون المدني العراقي ١ / ١١٧-١١٨) انه رغم عدم ورود نص خاص في القانون المدني العراقي بحكم هذه المسألة «ولكنه لم يقرر من جهة أخرى ما يشير الى انه أراد مخالفة الحكم المتقدم، فحيث يكون العاقد الآخر حسن النية بأن كان يجهل الاكراه الحاصل من الغير فان العقد يظل صحيحاً ويقتصر حق المتعاقد المكره على الرجوع بالتعويض على الغير طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية».

المكره مضطر إلى ارتكاب أحد الأمرين مقدمة لدفع الضرر المترتب على ترك الجامع ، فهو مضطر إلى إحدى المعاملتين ، وهذا الاضطرار يرفع الأثر عما يختاره المكره خارجاً. وهذا الاضطرار ناشئ من ضرر داخلي ، وهو الضرر المترتب على ترك الجامع من جهة الاكراه عليه ، وهذا رافع للأثر الوضعي ، وينافي طيب النفس»^(١).

وكما تقدم ان الاكراه المانع من صحة العقد ، أو الايقاع ، أو أي تصرف هو ان يتوعد انسان شخصاً بضرر إذا لم يحقق ما أكره عليه ، وعند ذلك ينشئ المكره العقد دفعاً للضرر الذي توعد به المكره .

ولا بد في الضرر الذي توعد به المكره أن يكون مضرراً بحال المكره في نفسه ، أو عرضه ، أو ماله ، وأن يكون مضمون الوقوع ، وإلا فمجرد صدور العقد من المالك لدفع الضرر المحدث به لا يوجب بطلان العقد. ذلك لأن أكثر معاملات الناس لدفع المفساد ، وجلب المنافع ، فلو اكتفينا في موضع الاكراه بمجرد صدور الفعل توقياً من الضرر لزمنا ان نقول بفساد الكثير من المعاملات المتعارفة بين الناس»^(٢).

فالمعيار في وقوع الفعل مكرهاً عليه - كما يوضحه الشيخ الانصاري - «سقوط الفاعل من أجل الاكراه المقترن بإبعاد الضرر عن الاستقلال في التصرف بحيث لا يطيب نفسه بما يصدر منه ولا يتعمد إليه عن رضا ، وان كان يختاره لاستقلال الفعل بوجوب اختياره دفعاً للضرر ، أو ترجيحاً لأقل الضررين»^(٣).

الصورة الثانية:

ويكون المكره مخيراً - في هذه الصورة - بين بيع داره ، أو شرب الخمر. وتنظر هذه المسألة من ناحيتين:

(١) الشاهرودي - محاضرات في الفقه الجعفري: ٢٥٦.

(٢) معروف - نظرية العقد في الفقه الجعفري: ٢٣٠.

(٣) المرحوم الانصاري - المكاسب: ١١٩.

أ- من حيث الحكم التكليفي: ولما كان تخيير المكره بين معاملتين متناقضتين مباحة ومحرمة فالاكراه منصب عليهما، وحيث يمكن للمكلف أن يتخلص من ارتكاب الحرام - وهو شرب الخمر - باختياره المباح فالحرمة لا ترتفع بذلك، لانه متمكن من التخلص منه ببيع الدار.

ب - أما من حيث الحكم الوضعي: فان المكره محرج بين ضررين، أحدهما شرب الخمرة، وتترتب عليه الحرمة، وعدم ارتفاع حكمه بالاكراه بعد ان كان طرفه الثاني مباحاً. والثاني بيعه داره، ولا شك انه لو أقدم على هذا مكرهاً فهو من أجل دفع الضرر المترتب على عدم الفعل، فيكون مُقدماً عليه من غير طيب نفس، وهو كافٍ في عدم ترتب الأثر عليه.

ثانياً - الفرق بين الصورتين:

«قد عرفت أنه يعتبر في مفهوم الاكراه أن يكون المحمول عليه مكروهاً للمكره - بالفتح - وأن باعثية الحمل عليه بمناط ارتكاب أقل المحذورين، وأهونهما. وهذا المعنى يختلف باختلاف الأفعال المكره عليها.

فإن كان مما لا اقتضاء فيه شرعي بأن يكون مما يجوز فعله شرعاً، فكراهة الأمر المكره عليه، وكراهة الأمر المخوف الذي يكون الأمر المكره أهون منه انما هما بلحاظ الجهات النفسية، والدواعي الجبليّة، بلا دخل للشارع فيهما، ويكون الحكم المرفوع هو الحكم الوضعي، مثل الاكراه على البيع والطلاق ونحوهما.

وإن كان مما فيه اقتضاء شرعي كما لو كان محرماً شرعاً فكراهته، وكراهة الأمر المخوف، انما هو بلحاظ كراهتها لكونها محرمة، وان ارتكابها أهون من الوقوع في محرم آخر، ولا عبر بالدواعي النفسية في مثل ذلك^(١).

وعلى هذا فإن كان في أحد طرفي التخيير المكره عليه اقتضاء شرعي كما لو خير

(١) المرحوم الحكيم - نهج الفقاهة: ١٩٣.

بين بيع الدار وشرب الخمر. فكراهة الخمر بلحاظ الاقتضاء الشرعي وكراهة بيع الدار بلحاظ صدوره عن غير طيب نفس فيكون المرفوع الحكم التكليفي والوضعي. غير أن الحنفية يرون الطلاق في الصورة الأولى، لو اختاره المكره صحيحاً ولا يترتب عليه حكم الاكراه.

يقول السرخسي:

«الرجل يجبره السلطان على الطلاق، والعناق، فيطلق أو يعتق هو كاره انه جائز واقع، ولو شاء الله لابتلاه بأشد من هذا. وهو يقع كيف ما كان وبه أخذ علمائنا رحمهم الله، وقالوا: طلاق المكره واقع سواء كان المكره سلطاناً أو غيره، أكرهه بوعيد متلف، أو غير متلف»^(١).

واستدلوا على ذلك بما روي: «أن رجلاً كان مع امرأته نائماً فأخذت سكيناً، وجلست على صدره، فوضعت السكين على حلقه، وقالت: لتطلقني ثلاثاً البتة أو لأذبحنك، فناشدها الله فأبت عليه، فطلقها ثلاثاً، فذكر لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: «لا قيولة في الطلاق»^(٢). وفيه دليل وقوع الطلاق، لأن لقوله عليه الصلوات والسلام: لا قيولة في الطلاق تأويلين:

أحدهما - إنها بمعنى الاقالة والفسخ، أي لا يحتمل الطلاق الفسخ بعد وقوعه، وإنما لا يلزمه عند الاكراه ما يحتمل الاقالة، أو يعتمد تمام الرضا. والثاني: إن المراد انما ابتليت بهذا لأجل نوم القيلولة، وذلك لا يمنع وقوع الطلاق...

وروي عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم انه قال: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، الطلاق، والرجعة والنكاح»^(٣)، وهذه الآثار يستدل بها على صحة هذه

(١) السرخسي - المبسوط: ٢٤ / ٤٠.

(٢) لم أعر على هذا الحديث في المصادر المختصة في حدود اطلاعي، وقد اعتمده الفقيه السرخسي في المصدر المتقدم.

(٣) رواه ابن ماجه - السنن: كتاب الطلاق باب (من طلق أو نكح، أو راجع لاعتباً): ١ / ٦٥٨ ونصه: «ثلاث جدهن جد

التصرفات من المكروه»^(١) ولهذا فلا يمكن تصور المسألة الأولى في الفقه الحنفي لأن طرفي التخيير الاكراهي غير متساويين، بيع الدار مما يحتمل الفسخ، وطلاق الزوجة لا يحتمل الفسخ عندهم.

وقد اشرنا في ما تقدم الى رأي جمهور الفقهاء بأن طلاق المكروه لا يعتد به^(٢) استنادا الى حديث رسول الله عليه الصلاة والسلام: «تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(٣).

ثالثاً - حكم المكروه - بالفتح - في صورتين:

ويتضح مما تقدم أن فقهاء الشريعة - عدا الذين يجيزون الطلاق إن جداً أو هزلاً - يرون: ان المكروه في الصورة الاولى المخير بين بيع داره أو طلاق زوجته يرتفع عنه أثر الحكم عن أي واحد اختاره، فتفسد المعاملة لأن الاكراه قد تعلق بالجامع بينهما.

→ وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعه. وفي رواية «الطلاق والعتاق والنكاح» وقال عنه الصنعاني في «سبل السلام ١٠٨٨ / ٢»: رواه الأربعة إلا النسائي وصححه الحاكم.

وعلق المرحوم البرديسي في بحثه (الاكراه بين الشريعة والقانون ٧٦٠) على هذا الحديث بقوله: «وعندي ان هذا المذهب لا يصلح للاستدلال، فهو ضعيف لان في سنده عبدالرحمن بن حبيب بن أورك. وقد قال فيه ابن القطان: عبدالرحمن بن أورك - وان كان قد نقل عنه جماعة: اسماعيل بن جعفر، وحاتم بن اسماعيل وسليمان بن بلال - فانه لا يعرف حاله».

(١) السرخسي - المصدر المتقدم: ٢٤ / ٤١-٤٢.

(٢) انظر: الشيرازي - المذهب: ٢ / ٧٨ وابن حزم - المحلى: ١١ / ٥٢٤ وابن قيم الجوزية - اعلام الموقعين: ٤ / ٥١ -

٥٢ وابن قدامة - المغني: ٨ / ٢٥٩ وابن جزي - قوانين الاحكام: ٢٥٢ والكاساني - بدائع الصنائع: ٧ / ١٨٢.

(٣) رواه البيهقي - السنن الكبرى: كتاب الخلع والطلاق / باب (طلاق المكروه): ٧ / ٣٥٦ ورواه ابن ماجه - السنن:

كتاب الطلاق / باب (طلاق المكروه والناسي): ١ / ٦٥٩ ونصه: «ان الله تجاوز عن أمتي...» ورواه الصنعاني - سبل

السلام: ٣ / ١٠٨٩-١٠٩٠ «ان الله وضع عن أمتي...». ورواه البهوتي في كشف القناع: ٦ / ٣٦٩ «عفى لأمتي عن

الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه».

وجاء في وسائل الشيعة: مجلد ١١ ج ٦ / ٩٥، كتاب الجهاد / ٥٦ باب (جملة مما عفي عنه) عن الامام ابي عبد الله الصادق

عليه السلام، قال: «قال رسول الله (ص): رفع عن أمتي تسعة أشياء: الخطأ، والنسيان، وما أكرهوا عليه، وما لا

يعلمون، وما لا يطيقون، وما اضطروا اليه، والحسد والطيرة، والتفكير في الوسوسة في الخلق ما لم ينطقوا بشفة».

والمكره - بالفتح - مضطر الى ارتكاب أحد الأمرين دفعا للضرر المترتب على ترك الجامع ، وهذا الاضطرار يرفع الأثر عما يختاره المكره خارجاً. كل ذلك مشروط بقدرة المكره بتحقيق ما وعد به .

أما في الصورة الثانية - فلا شك انه مخير بين أمرين متناقضين: مباح ومحرم بين بيع داره ، وشرب الخمر ، ويمكن ان يتخلص عن ارتكاب المحرم ، وهو شرب الخمر باختياره المباح وهو بيع داره ، لأن حرمة الخمر لا ترتفع إلا عند الضرورة القصوى ، وبيع الدار لا يشكل ضرورة .

المسألة الثالثة

النفوذ الأدبي والشوكة

وهذه المسألة لا بد من بحثها في مجال الاكراه .

فقد يكون لشخص على آخر نفوذ أدبي ، كما للوالد على ولده ، أو للرئيس على مرؤوسيه ، أو للأستاذ على تلميذه . وقد يكون للمرء على آخر شوكة ، كما للزوج على الزوجة أو بالعكس اذا كانت جميلة وهو كبير السن وقد سيطرت عليه ، فاذا أجرى أي شخص من هؤلاء تصرفاً تحت تأثير هذا النفوذ الأدبي أو تلك الشوكة ، فهل يمكن اعتباره معيب الارادة اكتفاء بتأثير النفوذ الأدبي أو الشوكة عليه؟

ان المفروض في النفوذ الأدبي ، والشوكة ألا يكون مقترناً بتهديد ووعيد ، انما هو لون الحياء والاحترام يفرضه الطرف المتمتع بهذه الصفة على الطرف الآخر ، فهل يمكن هذا اعتبار العامل - وهو النفوذ الأدبي ، أو الشوكة - اكراهاً؟

أولاً - موقف الفقه من المسألة:

وقد أشرنا في ما تقدم من أسس اعتبار صحة التصرفات عند الفقهاء بأن يكون طرفا التصرف مختارين قاصدين ذلك التصرف بالذات، بمعنى ان إرادتهما قد اتجهت في ذلك السبيل حرة منورة لا تشوبها أية شائبة تخل بسلامتها.

فاذا كان النفوذ الادبي أو الشوكة يفقدان الركن المقوم لصحة التصرف وهو الرضا فتعتبر عندئذ الارادة معيبة.

واذا عدنا الى النفوذ الأدبي، والشوكة، فهما في حد ذاتهما لم يحملا معنى من معاني التهديد، ولا لونا من ألوان الوعيد، اللهم إلا اذا اقترن بهما عامل التهديد والوعيد، كما لو هدد الأستاذ تلميذه برسوبه وكان أثر الرسوب خطيراً الى درجة كبيرة في نفسية الطالب. فهنا تبرز الناحية الاعتبارية للشخص وهي تختلف باختلاف الاشخاص، والأفعال المطلوبة، والامور المخوف بها.

وينتقل عندها من النفوذ الأدبي الى الاكراه، كذلك لو ألزم الزوج زوجته بالمخالعة وهي لا ترغب فضغط عليها، وهو مصمم على طلاقها، فالشوكة الزوجية لا اثر لها في هذا الموقف، اذ الاكراه واضح فيه. لأن من شرط المخالعة أن يكون الخلع باختيار منها، ورغبتها في قطع عرى الزوجية من غير اكراه.

ولذا فان النفوذ الأدبي أو الشوكة، ما لم يصاحبها تهديد ووعيد لا يمكن اعتبارهما سبباً في تعيب الارادة، فرابطة النسب، والعلاقة الزوجية والصلة الأدبية أمور لا صلة لها بعيوب الارادة، ما دام الغرض من هذه كلها وسائل مشروعة لم يرد فيها نص من الشارع، أو اعتبار مخل من أحد الاطراف يصاحبه عنصر عنف وقوة مما يخشى منه الضرر المادي أو النفسي وحتى الأدبي.

ثانياً - رأي فقهاء القانون:

ولم يختلف فقهاء القانون الوضعي عن فقهاء الشريعة في هذه المسألة «فمجرد النفوذ الأدبي الذي قد يكون للشخص على آخر سواء اتصلاً بصلة النسب، كما بين الأب وولده، وبين الأصل والفرع على العموم، أو اتصلاً برابطة الزوجية، أو المصاهرة، أو لم يتصلاً بشيء من ذلك كما في الوصي على القاصر، والقيم على المحجور عليه، والأستاذ على التلميذ، والرئيس على المرؤوس لا يكفي وسيلة للاكراه. ويعللون (أي فقهاء القانون) بأن استعمال النفوذ الأدبي وسيلة مشروعة... والقاعدة أن استعمال الوسائل المشروعة لا يعد اكراها»^(١).

وقد أشار القانون المدني الكويتي في المادة (١٥٩)^(٢) الى هذه الناحية، وسماها «السطوة الأدبية» وفسرت المذكرة الايضاحية للقانون المذكور السطوة الأدبية، «يقصد بها النفوذ الأدبي الذي يكون لشخص على آخر، ويبلغ تأثيره عليه من الكبر حداً بحيث يجعله ينقاد اليه، إما عن عقيدة في صواب رأيه، وإما خشية اغضابه كما هو الشأن - على وجه الخصوص - في السطوة الأدبية التي قد تكون للأب على ابنه، أو للرئيس على مرؤوسه، أو للمعلم على تلميذه، أو لرجل الدين على المتدين»^(٣). ولكن المرحوم السنهوري يرى أن النفوذ الأدبي سبب لإبطال العقد عن طريق نظرية «سوء استعمال الحق» فان صاحب النفوذ الأدبي يكون قد تجاوز باستعمال

(١) السنهوري - نظرية العقد: ٤٢٢ وهامش ٢ في الصفحة نفسها، والوسيط ١ / ٣٧٣.

(٢) ونصها:

«إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة، أو طيشاً بيناً، أو ضعفاً ظاهراً، أو هوى جامحاً، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه، وجعله بذلك يبرم لصالحه، أو لصالح غيره عقداً ينطوي عند ابرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي، بحيث يكون ابرامه تنكراً ظاهراً لشرف التعامل، ومقتضيات حسن النية، كان للقاضي بناءً على طلب ضحية الاستغلال، ووفقاً للعدالة، ومراعاة لظروف الحال أن ينقص من التزاماته، أو أن يزيد في التزامات الطرف الآخر، أو أن يبطل العقد».

(٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ المنشور في جريدة الكويت اليوم الرسمية عدد

١٣٣٥ في ١ / ٥ / ١٩٨١.

نفوذه الحد المعقول اذا قصد به الوصول الى غرض غير مشروع ، فيلتزم بالتعويض، وخير تعويض هنا هو بطلان العقد^(١).

أما بالنسبة للشوكة فقد انفرد القانون المدني العراقي بتناوله لهذه المسألة: فعالجها بالمادة (١١٦) منه، ونصها:

«الزوج ذو شوكة على زوجته، فاذا أكرهها بالضرب - مثلاً -، أو منعها عن أهلها لتهب له مهرها، فوهبته له لا تنفذ الهبة، ولا تبرأ ذمته من المهر^(٢).

وقد ابدى بعض فقهاء القانون ملاحظات حول هذه المادة، نوجزها بما يلي:

١ - إن الحالة التي تنص عليها هذه المادة هي احدى حالات استعمال الشوكة أو النفوذ الأدبي للتأثير على الشخص، وحمله على قبول التعاقد.

٢ - كما يجب عدم قصر مظهر شوكة الزوج على زوجته على الوسائل التي ذكرتها المادة، وهي الضرب، والمنع عن زيارة الأهل، فيتحقق الاكراه إذا هدد الزوج زوجته بطلاقها - مثلاً - أو بهجرها، أو بالزواج من امرأة اخرى، أو بغير ذلك من الوسائل.

٣ - والبت في تحقق الاكراه لدى الزوجة هو مسألة وقائع ترجع لتقدير القاضي ولرقابة محكمة التمييز عليه. (اي محكمة النقض).

(١) السنهاوري - نظرية العقد: ٤٣٩-٤٤١.

أما موقف القانون الغربي من النفوذ الأدبي أو الشوكة، فيوضحه المرحوم السنهاوري بقوله: ان «المادة ١١١٤ من القانون الفرنسي قضت بأن مجرد الخشية الصادرة عن احترام واجب للأب، أو الأم، أو أي أصل آخر دون أن يكون هناك اكراه واقع لا يكفي لبطلان العقد. فاذا لم يستعمل الأب من وسائل الاكراه إلا نفوذه الأدبي على ولده لامضاء عقد لم يكن هذا كافياً لبطلان العقد. ومن باب أولى لا يكون اكراهاً نفوذ الأستاذ على تلميذه، ونفوذ الرئيس على مرؤوسه... ولا فرق بين ما اذا كان ذو النفوذ طرفاً في العقد، أو لم يكن طرفاً فيه، وما اذا كانت له مصلحة شخصية أو لم تكن له مصلحة ما، ففي كل الأحوال لا يعتبر مجرد النفوذ الأدبي اكراهاً، ولا يبطل العقد» انظر: نظرية العقد: ٤٤٢-٤٢٣.

ويوجد في القانون الانكليزي ما يسمى بالنفوذ، أو التأثير غير المشروع وفيه يسئ الشخص استعمال ثقة شخص آخر به، أو نفوذه الأدبي عليه فمتى وجدت علاقة ثقة ما بين شخصين، كأب وإبنة، وطبيب ومريض، ومحام وعميله، ورجل دين ومتدين. واستغل الشخص الموثوق به هذه العلاقة لاكراه الشخص على امضاء العقد، فان العقد يكون باطلاً بطلاناً نسبياً ولكن يجب طلب البطلان في مدة معقولة من وقت انتهاء التأثير غير المشروع. راجع: د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٢٤٢ هـ ٢٠٠٤ ود. عبد المنعم فرج الصدة - محاضرات في القانون المدني: ٢٠٣ - ٢٠٤.

(٢) سند هذه المادة المشار اليها الحصفكي - الدر المختار: ٥ / ٨٨.

٤- ومن ناحية أخرى لا يشترط ان يستعمل الزوج شوكرته لاكرهه زوجته على هبة مهرها فقط . فقد يستعمل هذه الشوكة لاكرهها على التنازل له عن دين له في ذمته أو تنقل له ملكية أموال غير منقولة. (١).

ومع تقديرنا لهذه الملاحظات فانها لا تخلو من ورود اشكال عليها.
أولاً- إن القانون المدني العراقي عندما اقتصر على ذكر وسيلتين - وهما الضرب والمنع عن زيارة الأهل - من وسائل الاكرهه، وكذلك أسلوب واحد لاستغلال الزوج لزوجته في الضغط عليها - لتهبه مهرها - انما كان على سبيل التمثيل لا الحصر.
ثانياً- كما أن استشهاده لتحقيق الاكرهه - وهما تهديد الزوجة بالطلاق أو بالزواج عليها من امرأة أخرى - إذ يرى أن الاكرهه يتحقق بهما. والظاهر أن هاتين الوسيلتين لا يمكن أن يحققا اكرهه، لأنهما من الأفعال المشروعة التي لا توصف بالاكرهه، إلا إذا اقترن بهما ضرب أو أذى فيكون الأثر عند ذلك للأذى المقترن.

(١) انظر: د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ٢٤٢ والموجز في شرح القانون المدني العراقي: ١/ ١٢١-١٢٢.

المَبْحَثُ الثَّالِثُ

حُكْمُ الْإِكْرَاهِ وَجَزَاؤُهُ

المطلب الأول:

حكم الاكراه والجزاء المترتب عليه

وإذا انتهينا إلى أن الاكراه المانع عن صحة العقد يرجع إلى عدم استقلال العاقد في التصرف بنحو يكون الدافع إلى إنشائه حكم العقل الماضي بدفع الضرر عن النفس، أو ترجيح أقل الضررين، رغم أنه كان لا يقبل ذلك ولا يعبر عن إرادته لو كان حراً في تصرفاته.

لذا فإن إرادته - في حالة الاكراه - معيبة ، لأنها إرادة غير حرة في اختيار أهون الضررين نتيجة لتوفر عنصر التهديد بأذى يضر به.

أولاً - حكم الاكراه في الشريعة:

ولا تخلو التصرفات الشرعية القائمة على الاكراه: إما أن تكون إنشائية أو إقرارية، والانشائية إما أن تكون قابلة للفسخ كالبيع والاجارة وأمثالهما وهي لا تكون إلا في «عقود معاوضة» أو غير قابلة للفسخ كما في الطلاق والنكاح فما هو حكم الاكراه فيها؟

١- حكم الاكراه في عقود المعاوضة:

وإذا كان الاكراه الذي يخالط العقد قائماً على أساس أن الفعل الذي أتى به المكره - بالفتح - مكروهاً له، وأن يكون اختياره لذلك فراراً من الضرر الذي توعد به المكره، بنحو يكون الاتيان بالعقد من باب ارتكاب أخف الضررين، وأقل القبيحين، فلو أمكن التخلص من الضرر بعمل آخر لا ضرر فيه على المكره لا يكون العقد الصادر منه والحالة هذه - موجباً لفساده، لأن العاقد يتمكن من أن يتخلص من ضرر المكره، بغير إبرام العقد فلا يكون في فعله قد ارتكب أقل الضررين، بل يكون مختاراً في إقدامه على المعاملة، لأنه متمكن من التخلص من ضرر الطرف الآخر المتعاقد بغير إبرام هذا العقد.

ورعاية للمكره - بالفتح - من هذا الضرر، فقد وضع له الشارع المقدس حماية يستطيع بواسطتها أن يستعيد حقه المهدر بالاكراه^(١) وقد اختلف النظر الفقهي في تحديد هذه الحماية ونستطيع أن نجمله بما يلي:

أ- رأي جمهور الفقهاء:

فقد ذهبوا إلى أن كافة التصرفات في عقود المعاوضة التي جرت تحت تأثير الاكراه لا يعتد بها، وغير ملزمة للمكره - بالفتح - ولكنهم انقسموا بعد ذلك إلى فريقين:

(١) يرى الأستاذ الزرقاء في (المدخل الفقهي العام: ١ / ٤٠٠): «أن الاكراه على اجراء عقد لا يمنع انعقاد ذلك العقد، لأن الضرر فيه انما هو ضرر خاص مقصور على العقد. فيكفي لحماية العاقد المستكره منحه الخيار أي حق ابطال عقده، فانه يرى بعد زوال الاكراه ان ما استكره عليه لا يتنافى مع مصلحته، بل ربما يكون في الواقع راغباً ضمناً في اجراء ذلك العقد.

فلذلك لم تعتبر الارادة الحقيقية منتفية مع الاكراه كانتفاؤها في حالات صورية العقود، بل اعتبر الاكراه شبهة ظاهرة تورث الارتباب في تحقق الارادة الحقيقية، فيقتصر تأثيرها على جعل العقد غير ملزم لعاقده، فيكون للعاقد بالاكراه الخيار بين تثبيت عقده وابطاله. وهذا الحكم محل اختلاف في الاجتهادات الاسلامية.

- ١ - فريق يذهب إلى أن العقد يكون موقوفاً على رضا المكره - بالفتح - بعد زوال الاكراه عنه فله حق الخيار بين فسخه أو اثباته^(١).
- ٢ - وفريق ذهب إلى أن العقود القائمة على الاكراه باطلة^(٢).
- يري جمهور فقهاء الحنفية أن الاكراه يفسد العقد إفساداً فقط لا إبطالاً. والعقد الفاسد عند الحنفية هو منعقد لا باطل، لكنه مستحق الفسخ، ويتوقف على رضا المكره - بالفتح - بعد زوال الاكراه^(٣).

(١) ذهب الى هذا الرأي من الحنفية الفقهية زفر كما يذكر الكاساني (بدائع الصنائع: ١٧٦/٧) فيقول: «وأما النوع الذي يحتمل الفسخ، فالبيع والشراء، والهبة، والاجارة، فالاكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة - رضي الله عنهم -، وعند زفر - رحمه الله - يوجب توقفها على الاجازة كبيع الفضولي».

ويرى الشهيد الأول في اللمعة الدمشقية: ٢٢٦/٣ من شروط المتعاقدين: «الإختيار إلا أن يرضى المكره بعد زوال إكراهه لأنه بالغ رشيد، قاصد إلى اللفظ دون مدلوله، وإنما منع عدم الرضا، فإذا زال المانع أثر العقد كعقد فضولي. كما ينقل المرداوي في (الانصاف: ٤/٢٦٥) قولاً لصاحب الفائق بأن له الخيار بعد زوال الاكراه عنه. وكذلك الخطاب في (المواهب الجليل: ٤/٢٤٩) يقول: إن المكره لا يلزمه بيعه فانه مخير بين أن يلزم المشتري البيع، وبين أن يأخذ مبيعه، وراجع الدردير في (الشرح الصغير: ٣/١٨).

(٢) يقول الشيرازي في (المهذب: ١/٢٥٧): «فأما المكره فإنه إن كان بغير حق لم يصح بيعه لقوله تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم» فدل على أنه إذا لم يكن عن تراضٍ لم يحل الأكل، وروى أبو سعيد الخدري إن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «إنما البيع عن تراضٍ» فدل على أنه لا بيع عن غير تراضٍ ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح». وراجع (الشربيني - الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: ٢/٥) طبع عيسى البابي مصر. والرملي - نهاية المحتاج: ٣/٣٧٥.

وكذلك قال أبو النجا المقدسي في (الاقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: ٢/٥٨ طبع المصرية الأزهرية): «من استولى على ملك رجل بلا حق فطلبه، فجحده، أو منعه إياه حتى يبيعه على هذا الوجه فهذا مكره بغير حق. فان كانا أو أحدهما مكرهاً لم يصح». وراجع: (البهوتي - كشف القناع: ٣/١٥٠).

(٣) نظرية البطلان والفساد عند الحنفية:

فالعقد عند جمهور المجتهدين - بالنسبة إلى وجوده الاعتباري وعدمه - هو بين حالتين اثنتين: إما صحيح، وهو المنعقد، وإما باطل أو فاسد، وهو غير المنعقد، وذلك عندما يخالف العقد الأمر والنهي الشرعيين في نظام التعاقد. غير أن الاجتهاد الحنفي لحظ أن صور المخالفات ليست في درجة واحدة، بل منها مخالفات أساسية، ومنها فرعية، فلا ينبغي أن تكون النتيجة واحدة في الحالتين، لأن قوة الجزاء المؤيدة يجب أن تتناسب مع درجة المخالفة للنظام. والعقد المخالف لنظامه في ناحية فرعية فقط هو موافق للنظام المشروع في جميع النواحي الأساسية وتوافرت فيه أركانه وسائر مقوماته وشرايطها فيجب أن يكون في مرتبة بين البطلان والصحة. وسبب الاختلاف في مرتبة الفساد، أنهم اختلفوا في مقتضى النهي عن التصرفات ذات الوجود الاعتباري كالعقود.

وقد خالف زفر - من فقهاء الحنفية - هذا الرأي، واعتبر العقد مع الاكراه غير فاسد، ويتوقف على إجازة المكره بعد زوال الاكراه عنه فان أجازته نفذ، وإلا بطل^(١).

→

فغير الحنفية يرون أن هذا النهي يقتضي عدم وجود العقد شرعاً. وهم لا ينظرون إلى سبب النهي، وهل هو لخلل في أصل العقد أو لوصف ملازم له أو طارئ عليه؟ لا فرق عندهم بين شيء من ذلك، إذ نهى الشارع عنه قد تحقق، والنهي في الجميع ينتج عدم ترتب الأثر عليه، فإذا خالف أمر الشارع وأقدم على عقد نهى عنه، فلا أثر لفعله ولا وجود للعقد في نظر الشارع، ويرون أن الحنفية أنفسهم لا يرتبون أثراً على ما سموه فاسداً وإنما يرتبون الحكم على تنفيذ العاقد أثماً للعقد لاستحالة فسخه ويستدلون بقول الرسول العظيم (ص): «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد». ومن أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد». روى مسلم (في كتاب الأقضية / باب (نقض الأحكام الباطلة ومحدثات الأمور: ٦٣ / ٢) حديثين: الأول «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد» والثاني «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد» وهذا الحديث الثاني رواه البخاري (كتاب البيوع / باب (النجشي): ١٧ / ٢).

أما فقهاء الحنفية - عدا الفقيه زفر وأتباعه - فانهم ينظرون إلى السبب الذي من أجله كان النهي. فان كان السبب يرجع إلى أصل العقد فينعدم وجوده في نظر الشارع لإنعدام جزء مما يتكون منه العقد وما دام العقد لم ينعقد فهو لم يوجد، وإذا وجد في الصورة يكون وجوداً باطلاً في نظر الشارع.

وأما إذا كان النهي بسبب وصف لحق بالعقد ولأزمه فإنه يكون منعقد السلامة ما يتم الإنعقاد به ويقع عليه من تحريم الشارع إلا أنه يفسد فلا يترتب عليه أثره الشرعي رغم وجوده لنهي الشارع عن الوصف الذي لأزمه.

ويستدلون على وجوده بأنه إذا رفع الوصف الذي اقتضى النهي والفساد صح العقد وترتب عليه أثره، فإذا تعين موعد دفع الثمن مثلاً، أو ارتفع الشرط - كمن باع بشرط أن يسترد المبيع بعد سنة عند إعادة الثمن مع انتفاع المشتري بالمبيع (وهو ما يسمّى في القانون بالبيع القانوني) - أصبح صحيحاً لازماً، وفي هذا دليل وجوده منعقداً. ومن ناحية أخرى فانهم يرون أن النهي عن العقود لا يستلزم دائماً البطلان، وكثيراً ما يرد النهي دون ارتفاع العقد وبطلانه، ويكون المقصود بالنهي كراهة الفعل، واثم العاقد فقط، كالبيع وقت صلاة الجمعة فقد نهى عنه الشارع في الآية الكريمة: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ (سورة الجمعة آية: ٩) وفي هذا أمر من الشارع بترك البيع وقت النداء لصلاة الجمعة، وليس في المخالفة بطلان للعقد، وإنما هي الكراهة فقط، لأن النهي ليس شيئاً في نفس العقد ولا لوصف فيه ملازم له ولكنه في شيء آخر وهو الوقت.

ويتضح مما تقدم أن العقد الفاسد في نظر فقهاء الحنفية يعتبر في مرتبة بين البطلان والصحة فلا هو بالباطل المعلوم الاعتبار، ولا بالصحيح التام الاعتبار. وذلك عندما يكون العقد مستوفياً شرائط ركنه، وسائر مقوماته، وهي الشرائط الأساسية الضرورية لانعقاده، ولكنه مخالف لنظام التعاقد من حيث اشتماله على ما كان يجب أن يخلو منه كالشروط الممنوعة أو من حيث خلوه مما يجب أن يشتمل عليه كمعلومية محل العقد فان لم يكن معلوماً فسد العقد.

لزيادة الاطلاع يراجع الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ٦٤٩-٧٢٣ والسنهوري - مصادر الحق: ٢٦٢-٢٧٤ ومدكور - المدخل للفقهاء الاسلامي: ٥٩٦-٦٠٠.

(١) الكاساني - بدائع الصنائع: ٧ / ١٨٦.

وأيد رأي الفقيه زفر عدد من الفقهاء المتأخرين منهم الأستاذ الزرقاء في (المدخل الفقهي العام: ٤٠١ هامش ١)

←

وبهذا فان فقهاء الحنفية لا يختلفون عن أغلب فقهاء الشريعة في القول بأن عقد المكره يتوقف تنفيذه على إجازة المكره بعد زوال الاكراه فاما أن يمضيه بإجازته أو يفسخه، ولا أثر حكمي لمنطقة الفساد التي اخترعها الفقه الحنفي في هذه المسألة^(١).

٢- حكم الاكراه في التصرفات غير القابلة للفسخ:

والتصرفات غير قابلة للفسخ هي: النكاح، والطلاق، والعتاق، وقد اختلف الفقهاء في تأثرها بالاكراه إلى قولين:

١- القول بالاعتداد:

ذهب جمهور الفقهاء إلى الاعتداد بالاكراه فيه، لأن المكره غير مختار في إقدامه إنما هو محمول عليه بما يضره، فلا يسوغ إلزامه بشيء في ذلك لفقدانه الرضا، سواء كانت التصرفات قابلة للفسخ أو غير قابلة للفسخ^(٢).

→ يقول: «والرأي المرجح في المذهب الحنفي رأي أبي حنيفة في فساد العقد بالاكراه، لكن رأي تلميذه زفر كما ترى أقوى دليلاً وأوجه...»

وهذا ما عليه النظريات القانونية في الفقه الأجنبي، فان علماء القانون يقررون أن العقد مع الاكراه صحيح قابل للإبطال بطلب من العاقد المستكره، كسائر العقود المشوبة بأحد عيوب الرضى». وأيضاً ذهب إلى ذلك المرحوم السنهوري في عرضه لرأي الفقه الحنفي في مسألة بيع المكره موقوف أم فاسد، فأيد رأي زفر بذلك (راجع مصادر الحق: ٢ / ٢١٢).

(١) أخذت مجلة الأحكام بهذا المبدأ فقد نصت المادة ١٠٠٦ على ما يلي:

«لا يعتبر البيع الذي وقع بإكراه معتبراً، ولا الشراء، والإيجار، ولا الهبة، ولا الفراغ ولا الصلح، ولا الاقرار والابراء عن مال ولا تأجيل الدين، ولا اسقاط الشفعة ملجئاً كان الاكراه أو غير ملجئ، ولكن لو أجاز المكره ما ذكر بعد زوال الاكراه يعتبر».

وأخذ مرشد الحيران بالمادة ٢٠٣ برأي أبي حنيفة ونصها: «عقد المكره يعقد فاسداً لا باطلاً فيقبل الاجازه. فان أجاز المكره بعد زوال الخوف صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً».

←

ب - القول بعدم الاعتداد:

ودهب فقهاء الحنفية إلى أن التصرفات غير القابلة للفسخ لا تتأثر بالاكراه لأنها جرت بالتلفظ بها، وحيث لا تقبل الفسخ فقد أصبحت لازمة استناداً إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة» إلى غير ذلك من الأدلة النقلية والعقلية^(١).

وإذا كان المبنى في الاكراه هو حمل الآخر على تنفيذ ما طلب منه تحت طائلة التهديد الذي يخشى منه الضرر، فإن كافة التصرفات التي تصدر من المكره سواء

→ (٢) قال ابن حزم في (المحلى: ٩ / ٢٦٢): عن الحسن بن علي بن أبي طالب قال: «ليس لمستكره طلاق» وروى أن رجلاً تدلى بحبل ليشتار عسلاً فحلفت له امرأته لتقطعن الحبل، أو ليطلقنها ثلاثاً؛ فطلقها ثلاثاً، فلما خرج أتى عمر بن الخطاب فأخبره، فقال له عمر: ارجع إلى امرأتك، فإن هذا ليس طلاقاً.

وذكر الكليني في (فروع الكافي: ٦ / ١٢٦-١٢٧) الحديث الرابع عن الامام الصادق (ع) انه قال: «لا يجوز الطلاق لاستكراه... وإنما الطلاق ما أريد به الطلاق غير استكراه». وراجع: وسائل الشيعة - كتاب الطلاق: ٢٧ / باب (إشتراط الاختيار) مجلد ١٥ / ج ٧ / ٣٣١.

وقال ابن حزم في (المصدر نفسه: ٩ / ٢٦٣): «قال أبو محمد: والمكره لم يطلق قط، إنما قيل له: قل: هي طالق ثلاثاً، فحكى قول المكره - بالكسر - له فقط» وانظر المصدر نفسه: ٩ / ٢٦٨.

وذكر ابن قدامة في (المغني: ٨ / ٥٩) بأنه: «من أكره على الطلاق لم يلزمه (و) لا تختلف عن أحمد أن طلاق المكره لا يقع (لقول) النبي صلى الله عليه وآله وسلم «ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه» ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يثبت له حكم».

ويرى الشهيد الثاني في (مسالك الأفهام: ٢ / ١٣): «التصرفات القولية المحمول عليها بالاكراه باطلة عندنا، وعند أكثر العلماء سواء في ذلك الطلاق، والنكاح والبيع وسائر المعاملات».

كما وان الشربيني يصرح بعدم قبول المكره، فقد جاء في (الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: ١ / ١٤٩): «ولا يفتقر وقوع الطلاق بصريحه إلى النية إجماعاً إلا في المكره عليه، فانه يشترط في حقه النية. فان نواه وقع على الصحيح وإلا فلا».

والدردير يذكر في (الشرح الصغير: ٣ / ٥٤٤): «إن أكره عليه - أي على الطلاق - فلا يلزمه في فتوى ولا قضاء، لقوله عليه أفضل الصلاة والسلام: «لا طلاق في اغلاق» أي في إكراه... بل لو قيل: طلقها فقال: هي طالق بالثلاث لم يلزمه شيء، لأن المكره لا يملك نفسه حال الاكراه كالمجنون».

(١) الكاساني - بدائع الصنائع: ٧ / ١٨٢ و ١٨٤.

ويمكن مراجعة أدلة الحنفية ومعارضهم في هذا الموضوع في بحث المرحوم البرديسي (الاكراه بين الشريعة والقانون: ٧٥٦-٧٧٠ مجلة القانون والاقتصاد المصرية عدد ٤ / ديسمبر ١٩٦٠).

كانت نكاحاً، أو طلاقاً، أو بيعاً، أو غير ذلك في مرتبة واحدة، وكل ما في الأمر الأحاديث النبوية الواردة في هذه المسألة. فهي إلى جانب ضعفها معارضة بأخرى تمسك بها الرافضون لرأي الحنفية، مثل قوله عليه الصلاة والسلام: «لا طلاق في اغلاق»^(١) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «ان الله وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان وما استكرهوا عليه»، وغيرهما. ثم إن الحنفية يساوون المكره بالهازل، فكما لا يؤخذ بعذر الهازل فكذلك المكره. والحقيقة أن هناك فرقاً كبيراً بينهما، فالهازل مختار في مباشرة السبب، لكنه لا يريد ثبوت حكمه فيمكن إثبات الحكم رغماً عنه إذا اقتضت المصلحة التشريعية ذلك.

أما المتصرف بالاكراه فغير مختار فلا يسوغ إلزامه، ولا سيما أن نصوص الشريعة صريحة في عدم مؤخذة الانسان بما استكره عليه^(٢). لهذا فإن رأي جمهور الفقهاء بعدم التفريق - بين عقود المعاوضة والتصرفات غير القابلة للفسخ - في الاعتداد بالاكراه هو الراجح، والذي يتمشى مع حكمة التشريع.

ثانياً - القانون الوضعي:

أما بالنسبة للقانون المدني فقد أخذ القانون المدني العراقي برأي جمهور فقهاء الشريعة. إذ تمسك في حالة الجزاء بوقف العقد على اجازة المكره - بالفتح - ونصت المادة (١١٥) منه على أنه:

«من أكره إكراهاً معتبراً بأحد نوعي الاكراه على إبرام العقد لا ينفذ عقده».

فالاكراه - في ضوء هذا النص - مفسد للرضا، لأنه يعيب إرادة المتعاقد المكره، فيكون العقد من أجل ذلك موقوفاً على إجازته، فله أن يطلب نقض العقد خلال ثلاثة أشهر من تاريخ ارتفاع الاكراه كما نصت الفقرة الثانية من المادة (١٣٦) مدني عراقي)

(١) ابن ماجه - السنن: كتاب الطلاق / باب (طلاق المكره والناسي): ١ / ٦٦٠ ونصه: «لا طلاق ولا عتاق في اغلاق». واغلقه على كذا: أكرهه عليه.

(٢) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١ / ٤٠٣.

على أنه: «ويجب ان يستعمل خيار الاجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً».

كما أن للمكره أن يجيز العقد، ويعتبر نافذاً طبقاً للفقرة الأولى من المادة (١٣٤) مدني عراقي) والتي تنص على انه: «إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو اكراه، أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر، أو ارتفاع الاكراه، أو تبين الغلط، أو انكشاف التغرير، كما له أن لا يجيزه...».

بينما اتجه القانون المدني المصري إلى اعتبار مبدأ الابطال في عقد المكره فقد نصت المادة (١٢٧ - الفقرة الأولى) على الآتي: «يجوز إبطال العقد للاكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس». وكذلك المدني الكويتي أخذ بهذا المبدأ كما جاء في الفقرة الأولى من المادة (١٥٦) ونصها:

«١ - يجوز طلب ابطال العقد على أساس الاكراه لمن ارتضى العقد تحت سلطان رهبة قائمة في نفسه، وبعثت بدون وجه حق، إذا كانت هذه الرهبة قد دفعته إلى التعاقد بحيث أنه لولاها ما كان يجريه، على نحو ما ارتضاه عليه».

وينبع هذا الاتجاه في القانون المدني المصري من القانون المدني الفرنسي، والذي يعتبر لبنته الأساسية في كيان التشريع المصري، في حين يتأثر المدني العراقي إلى درجة كبيرة بمجلة الاحكام العدلية.

ويمكن أن ندعي أن الفارق بين الجزاءين - المدني المصري والعراقي - اعتباري أكثر من كونه جوهري، فالعقد الموقوف في الشريعة، يقابله البطلان النسبي في الفقه الوضعي، فالأول - العقد الموقوف - عقد صحيح، ولكن لا تترتب عليه آثاره قبل الاجازة، فهو ليس تصرفاً باطلاً، ولا فاسداً. أما الثاني - البطلان النسبي - فهو عقد اجتمعت فيه سائر أركانه، ولكنه لم يستوف شروط صحته بأن كان أحد المتعاقدين قد لابس إرادته عيب يخل بها. وله الحق وحده في إبطاله، - وسوف نبحث هذا بشيء من التفصيل في خاتمة هذه الرسالة - بإذن الله تعالى.

المطلب الثاني:

حكم اقرار المكره

أشرنا إلى أن التصرفات الشرعية إما أن تكون إنشاءً، أو إقراراً، وأن التصرفات الانشائية إما أن تكون قابلة للفسخ، أو غير قابلة للفسخ، وقد أوضحنا - في ما تقدم - رأي الفقهاء في التصرفات الانشائية بقسميها في حالة الاكراه.

أولاً- رأي الفقهاء في اقرار المكره:

بقي أن نعرف موقف الفقهاء من اقرار المكره. وعرف الاقرار: «بأنه اخبار عن حق ثابت على المخبر، أو نفي حق له على غيره، ولا يختص بلفظ، بل يكفي كل لفظ دال على ذلك عرفاً، ولو لم يكن صريحاً بل تكفي الإشارة المعلومة»^(١).

واقرار المرء على نفسه حجة ملزمة، إلا أن يثبت العكس، دل على ذلك قوله تعالى: ﴿كونوا قوامين بالقسط، شهداء لله ولو على أنفسكم﴾^(٢) والشهادة على النفس إقرار، فلولا أن الاقرار حجة لما أمر به^(٣).

واعتدّ فقهاء الشريعة بالاكراه في حالة اتصاف المقرّ به حين إقراره، حيث إنهم اشترطوا لصحة الاقرار الملزم للمقرّ الاختيار، فلو كان غير مختار في إقراره انتفت سلامة إرادته التي يشترط فيها أن تكون حرة حال الاقرار.

ولذا فإن إرادة المكره المقر بغير حق غير سليمة، ولا يترتب عليها أي حكم لأنه

(١) الحكيم - منهاج الصالحين - ٢ / ١٢٩ بحث الاقرار.

(٢) سورة النساء - آية: ١٣٥.

(٣) ابن مودود - الاختيار: ٢ / ١١٧-١١٨.

ألزم نفسه بما لا أصل له نتيجة للاكراه الذي حمله على ذلك. سواء كان المقرّ به محتملاً للفسخ أو لم يكن، فالاكراه يمنع من صحة الاقرار في الحالتين عند الفقهاء^(١).

ثانياً - القوانين الثلاثة لم تعالج حكم إقرار المكره مباشرة:

والقوانين المعنية - المصري، والعراقي، والمدني الكويتي - لم تتعرض لحكم إقرار المكره مباشرة، إنما نستطيع أن نستنتج ذلك في المدني العراقي من خلال تعريفه للاكراه، وذلك في المادة (١١٢)، فقد نصت على ما يلي: «الاكراه هو إجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملاً دون رضاه». وحيث إن العمل يشمل

(١) قال ابن حزم في (المحلى: ٩ / ٢٥٨): «الاكراه على الكلام لا يجب به شيء، وإن قاله المكره كالكفر، والقذف، والاقرار».

ثم علل ابن حزم رأيه - كما جاء في المصدر نفسه: ٩ / ٢٥٨ - بقوله: بأن «ما أكره عليه إنما هو حاك للفظ الذي أمر أن يقوله، ولا شيء على الحاكي. ومن فرق بين الأمرين فقد تناقض قوله. وقد قال رسول الله عليه أفضل الصلوات والسلام «إنما الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى» فصح ان كل من اكره على قول، ولم ينوه مختاراً له فإنه لا يلزمه».

وصرح الشيرازي في (المهذب: ٢ / ٣٨٣): «ولا يصح الاقرار إلا من بالغ عاقل مختار... وأما المكره: فلا يصح إقراره لقوله عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه» ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع».

وقال الكاساني في (بدائع الصنائع: ٧ / ١٨٩): «فأما إذا كان (الاكراه) على الإقرار، فيمنع صحة الإقرار، سواء كان المقره محتملاً للفسخ، أو لم يكن... وحال الإكراه لا يدل على الصدق، لأن الإنسان لا يتخرج عن الكذب حالة الإكراه».

ويرى المحقق الحلي في (شرائع الإسلام: ٣ / ١٥١-١٥٢): انه: «لا بد أن يكون «المقر» مكلفاً حراً، مختاراً، جائز التصرف، ولو أقر المجنون لم يصح وكذا المكره». وانظر الشهيد الثاني (مسالك الافهام: ٢ / ١٧٤).

ويقول البهوتي في (كشف القناع: ٦ / ٣٦٩): «ولا يصح إقرار مكره لحديث «عفي لأمتي عن الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه» وانظر ابن رجب القواعد الفقهية: ٣٥٠».

ويرى الدردير في (الشرح الصغير: ٢ / ٥٤٨): «ان من أكره غيره على عقد أو حل، أو اقرار، أو يمين، لم يلزم المكره بشيء».

التصرفات القولية والفعلية. فالأقرار هو من التصرفات القولية^(١).
كما أن القانون المدني المصري^(٢)، والمدني الكويتي عالجاً حكم الاقرار بالاكراه
في أحكام المواد المتعلقة بالاكراه.

(١) د. الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي: ١ / ١١٠ .
(٢) انظر المرحوم البرديسي بحثه (الاكراه بين الشريعة والقانون: ٨٠٠-٨٠١)

الفصلُ الثاني

مَا يُلَابِسُ الْإِرَادَةَ فَيَحُولُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ تَصَرُّفِ تَتَوَخَّاهُ

ويضم البحوث التالية:

المبحث الأول - الافلاس .

المبحث الثاني - السفه .

المبحث الثالث - مرض الموت .

تمهيد:

سبق أن أشرنا إلى علاقة بعض موارد «عوارض الأهلية بعيب الإرادة»^(١) على أساس أن إرادة ناقصي الأهلية - في حالة مرض الموت، أو الأفلاس، أو السفه - تكون معيبة، ولا يمكنها إجراء تصرف ما حتى ولو كانت راغبة في ذلك التصرف لأنها في الواقع معطلة عن مباشرة صلاحيتها في ما يتعلق بشؤونها المالية بعد أن كانت حرة سليمة كاملة قبل أن تطرأ إحدى هذه الحالات عليها. والتي أفضت إلى صلاحيتها الشرعية والقانونية فعطلتها عن العمل الحر.

فان ناقص الأهلية في هذه الحالات الثلاث لابس إرادته عامل خارجي حال بينها وبين إجراء أي تصرف كانت تتوخاه برغبة وعزم. وذلك بتقدير من المشرع إما لمصلحة صاحب الإرادة، أو لمن يخلفه. وبهذا اختلف عن المكره صاحب الإرادة غير الحرة أيضاً، الذي اضطر لاجراء التصرف بسبب عامل لابس وهو مكره.

ومن هذا المنطلق ذهب بعض فقهاء القانون إلى التأكيد على هذه الصلة بين نقص الأهلية وعيب الإرادة، حيث «قصر فقدان الأهلية على أحوال عدم القدرة على إبرام التصرفات القانونية التي يقررها القانون بقصد حماية فاقد الأهلية يسمح ببيان صلة فقدان الأهلية بعيب الإرادة في نطاق تفسير واحد»^(٢) حيث إن المناط في الموضوعين واحد، وهو «أهلية الاداء» وانها قائمة على الإرادة السليمة التي اتجهت إلى أحداث الأثر الرامي إلى تكوين الحق، أو نشوء الالتزام، ومثاله التصرفات المختلفة كالبيع، والايجار، والوصية، والوقف، والطلاق وغير ذلك.

إن المشرع في حالة نقص الأهلية يعمل على حماية الفرد من الاضرار التي قد تلحق به ويهتم بوضع أساس يكفل له حفظ أمواله، ولهذا فهو لا يعطل إرادته تماماً، إنما

(١) راجع المبحث الرابع «علاقة نقص الأهلية بعيب الإرادة» من الفصل الثالث من الباب التمهيدي من هذا البحث.

(٢) د. جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام: ١٧٠-١٧١.

يجعل من هذه العوارض كالمريض أو السفه، أو الافلاس علامات يقف عندها ليفترض أن هذا الشخص - بسبب حاله وظروفه - غير قادر على إصدار إرادته سليمة. بل يقيم قرينة واضحة على هذا العيب. كالتبذير في حالة السفه أو حماية الغرماء في حالة الافلاس، أو رعاية مصلحة من يخلف المريض.

إن التصرف الشرعي، أو العمل القانوني هو تحقق اتجاه الإرادة في أحداث الأثر الشرعي، أو القانوني. فإن تحقق وجود تلك الإرادة كان ذلك التصرف أو العمل سليماً. وفي نطاق ذلك المجال فقط تعمل أهلية الاداء، لأن مناطها هو الإرادة المدركة المميزة^(١).

على هذا فسوف نبحث في هذا الفصل الثاني من الباب الأول مظاهر الإرادة غير الحرة، ما يلابس الإرادة من عامل الافلاس أو السفه، أو مرض الموت، ليحول بينها وبين تصرف تتوخاه.

(١) شامل رشيد ياسين الشихلي - عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون ٦٩ طبع مطبعة العاني - بغداد ١٩٧٤.

المَبْحَثُ الأولُ «الافلاسُ»

المطلب الأول:

حقيقة المفلس ، وحجره أو حبسه

الفرع الأول حقيقة المفلس

١- لغة:

عرف اللغويون المفلس: انه من صار إلى حال يقال فيها ليس معه فلس، ولم يبق له مال، مأخوذ من الفلس واحد الفلوس يقال: أفلس الرجل فهو مفلس - بكسر اللام - ويقال مفلس - بفتح اللام - إذا فلّسه القاضي تفليساً، وإذا حكم بإفلاسه^(١).

٢- فقهاً:

وعرفه الفقهاء بأنه: «من لزمه من الدين^(٢) أكثر من ماله الموجود^(٣)» أو «من عليه ديون ولا مال له يفي بها»^(٤).

(١) راجع: ابن منظور - لسان العرب، والفيروز آبادي - القاموس المحيط، والرازي - مختار الصحاح: مادة (فلس).

(٢) عرف ابن نجيم في (الاشباه والنظائر: ٣٥٤) «الدين» بقوله: «عبارة عن مال حكمي يحدث في الذمة ببيع واستهلاك

«ويسمى مفلساً، وإن كان ذا مال، لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم، أو باعتبار ما يؤول من عدم ماله بعد وفاء دينه، أو لأنه يمنع من التصرف في ماله إلا في الشيء التافه الذي لا يعيش إلا به كالفلوس ونحوه^(١). وهذا على سبيل الكناية، لأن الغرض ذهاب ماله، أو أكثر، بحيث لا يبقى معه إلا الرديء كالفلوس^(٢)».

وعلى هذا فبين المعنى اللغوي والشرعي عموم من وجه فيجتمعان فيمن عليه الديون ولا مال له. وينفرد اللغوي فيمن ذهب ماله وليس عليه دين، وينفرد الشرعي فيمن له مال كثير ولكن عليه دين يزيد عن ماله^(٣).

٣- قانوناً

أما في القانون الوضعي فيجابهنا مصطلحان «الافلاس» و «الاعسار»^(٤).

→

أو غيرهما».

وعرفته المصادر الحديثة بأنه: «وصف شرعي يظهر أثره في المطالبة بما يقتضي، فهو مال حكمي واجب في ذمة شخص يسمى مديناً، ويكون بدلاً من مال متلف أو مقترض من قبل هذا المدين، أو ترتب بذمته بسبب من الأسباب الأخرى الموجبة لثبوت الدين». انظر: المرحوم الشيخ علي الخفيف - محاضرات في الدين ووسائل توثيقه: ١-٢ نقله الأستاذ شامل رشيد الشخيلي في كتابه (عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون ص ١٨٢).

(٢) البهوتي - كشاف القناع: ٤١٧/٣.

(٤) الشهيد الثاني - مسالك الأفهام: ٤٣٧/٢.

(١) البهوتي - المصدر المتقدم والصفحة.

(٢) الشهيد الثاني - المصدر سالف الذكر والصفحة.

(٣) الشهيد الثاني - مسالك الأفهام: ٤٣٧/٢.

(٤) الإعسار: لغة: هو من العسر - بالضم - ضد اليسر، وأعسر، افتقر وعسر غريمه طلب منه المدين على عسرته. راجع: الفيروز آبادي - القاموس المحيط. والرازي - مختار الصحاح: مادة (عسر). ولقد عرفنا في بداية البحث أن المفلس في اللغة - وهو الذي لا مال له - فالمعنيان لم يكن بينهما كبير فرق، إلا أن يكون المقصود لدى المشرعين القانونيين أن الأعسار هو الفقر، وأن المفلس من ذهب ماله فجأة فأعلن إفلاسه. ويقرب هذا المعنى أن الأفلاس خص به التجار، والإعسار اختص به غير التجار.

فالافلاس: «طريق للتنفيذ على مال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية. وعلى هذا يكون الافلاس في فقه القانون أخص من معناه اللغوي والشرعي».

والاعسار: «نظام خاص بالمدينين غير التجار، فإذا زادت قيمة الديون المستحقة الاداء عن قيمة أموال المدين يعتبر هذا المدين في حالة اعسار»^(١).
وقد اختار القانون المدني العراقي المصطلح الأول «الافلاس» واختار المدني المصري المصطلح الثاني «الاعسار»^(٢) وكلاهما عالجا أمر أموال المدين المتوقف عن الدفع. وليتهما اتفاقاً على عنوان موحد هو «الحجر على المدين» سواء كان بسبب الافلاس أو الاعسار.

٤- الفرق بين الافلاس والاعسار في القانون:

إن الفرق بين الافلاس والاعسار، أو في الحقيقة بين النظامين تضمنته التشريعات التي استمدت نصوصها من التشريع الفرنسي، فقصر نظام الافلاس على التجار فقط. وأوجدت بجانبه نظاماً آخر هو الاعسار خاصاً بالمدينين غير التجار^(٣).

(١) ذكر التعريفين الدكتور عزيز العكلي في - الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد: ٧ و ١٤ / طبع مطبعة دار السلام ببغداد - الطبعة الأولى ١٩٧٣.

(٢) نظم القانون المدني المصري بحث الاعسار في مواده: ٢٤٩-٢٦٤ ونظم المدني العراقي بحث الحجر على المدين المفلس في مواده: ٢٧٠-٢٧٩.

(٣) أورد الدكتور عزيز العكلي - في الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد: ١٩-٢١ ثلاثة عشر وجه اختلاف بين الإفلاس والإعسار - نورها للفائدة وهي:

١ - يشهر افلاس التاجر إذا توقف عن دفع ديونه التجارية، ولو كانت أمواله أكثر من ديونه، أما غير التاجر فلا يشهر اعساره إلا إذا كانت ديونه المستحقة الاداء أكثر من أمواله وقت الإستحقاق.

٢ - لا يقتصر أثر الإفلاس على ما يملكه المفلس وقت إشهار الإفلاس وإنما يمتد إلى ما يدخل في ملكه في المستقبل. أما الإعسار فيقتصر أثره على الأموال التي يملكها المعسر وقت اشهار اعساره ولا تأثير له على ما يملكه بعد ذلك.

٣ - يحق للمحكمة أن ترفض شهر اعسار المدين ولو توافرت شروطه متى قدرت أن الظروف تبرر ذلك. أما في

٥- الفرق بين الشخص العادي والتاجر في القانون:

وهنا يجابهنّا أمر آخر فرضه علينا القانون الوضعي، وهو تقسيم المفلس إلى

→

حالة الإفلاس فلم يجرّ المشرع للمحكمة مثل هذه الحرية في التقدير، بل أوجب عليها أن تشهر إفلاسه متى تبين لها أن شروط الإفلاس متوافرة.

٤ - تحل الديون الآجلة وجوباً بمجرد صدور الحكم بإشهار إفلاس التاجر، أما في حالة الاعسار فإن الديون الآجلة، وإن كانت تحل من حيث المبدأ إلا أن المشرع أجاز للمحكمة الإبقاء على الآجال أو مدها، بل أكثر من ذلك جاز لها أن تمنح المدين أجلاً بالنسبة للديون الحالة متى قدرت أن هذا الأجراء تبرره الظروف.

٥ - ولعل أهم الفروق بين الإفلاس والاعسار أن المشرع لا يرتب على صدور الحكم بإشهار الاعسار حشد الدائنين في جماعة تتمتع بالشخصية المعنوية يمثلها وكيل عن الدائنين يتولى إدارة أموال المدين وتصفياتها وتوزيع الثمن الناتج عنها على الدائنين كل بنسبة دينه، كما هو الشأن عند صدور الحكم بإشهار إفلاس التاجر ولذلك لا يحول شهر الاعسار دون اتخاذ الدائنين إجراءات فردية ضد المدين بتوقيع المحجور على أمواله، وبيعها، واستيفاء حقهم من ثمنها.

٦ - يترتب على صدور حكم الإفلاس غل يد المدين التاجر عن التصرف بأمواله وإدارتها بقوة القانون. أما المدين غير التاجر فيجوز له بعد صدور الحكم بإشهار اعساره أن يتصرف في ماله، ولو بغير رضا الدائنين متى حصل على إذن من المحكمة، وكان التصرف بثمن المثل، وأودع المشتري الثمن صندوق المحكمة.

٧ - لا يؤثر شهر الاعسار في حقوق المدين السياسية والمهنية وحرية الشخصية في حين يؤثر شهر الإفلاس في هذه الحقوق وقد تقيد حرية المدين الشخصية.

٨ - أجاز نظام الإفلاس إنهاء التفليسة بصلح تقررته أغلبية الدائنين يلتزم الجميع بأحكامه، في حين لم يجرّ نظام الاعسار مثل هذا الصلح.

٩ - تخضع تصرفات التاجر السابقة على صدور الحكم بإشهار إفلاسه والواقعة في فترة الرية للبطلان الوجوبي أو الجوازي بحسب الأحوال، في حين لا تأثير لصدور الحكم بإعسار المدين على تصرفاته السابقة لصدور الحكم.

١٠ - يجوز للمحكمة أن تشهر إفلاس التاجر من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب من المدين نفسه أو أحد الدائنين أو الإدعاء العام في حين لا يجوز شهر إعسار المدين إلا بناءً على طلب من أحد الدائنين وفقاً للتشريع العراقي، أو من أحد الدائنين والمدين نفسه وفقاً لنص المادة (٢٥٠) من القانون المدني المصري.

١١ - يترتب على صدور حكم الإفلاس وقف سريان فوائد الديون، في حين لا يوقف ذلك صدور حكم الاعسار.

١٢ - يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم إشهار الإفلاس بطريق اعتراض الغير، ولو لم يكن طرفاً في الدعوى، أما بالنسبة إلى حكم الاعسار فلا يجوز الطعن فيه إلا لمن كان طرفاً في الخصومة تطبيقاً لحكم القواعد العامة.

١٣ - لم يوجب نظام الاعسار شهر الحكم الصادر بإعسار المدين، في حين أوجب نظام الإفلاس شهر إفلاس التاجر في الصحف، وفي لوحة الإعلانات في المحكمة التي أصدرت الحكم، وفي كل محكمة يوجد في دائرتها مركز تجاري للمفلس وفي السجل التجاري.

تلك هي أهم الفروق بين نظام الإفلاس ونظام الاعسار.

شخص عادي وتاجر^(١)، فبحث وضع الشخص المفلس العادي في القانون المدني، والمفلس التاجر وضع له نظاماً خاصاً بحث كافة أوضاعه في «قانون التجارة». فالتاجر: صفة يكتسبها الشخص فيصبح في مركز قانوني متميز عن غيره من الأشخاص ومنحه قانون التجارة واجبات ومزايا، بحيث فصله عن الشخص العادي غير التاجر^(٢).

٦- موقف فقهاء القانون من هذا التقسيم:

ولم ينل هذا التقسيم رضا بعض فقهاء القانون. ونادوا بوجوب تطبيق نظام الافلاس على التجار وغير التجار، كما أن بعض التشريعات عممت تطبيق نظام الافلاس على الجميع دون تفرقة بين التجار وغير التجار، كالتشريع الانكليزي والالمانى والامريكى^(٣) وأيدهم بعض الفقهاء الفرنسيين^(٤) وحجة هؤلاء ان نظام الافلاس إذا كانت وظيفته الأساسية هي تنشيط الائتمان، ودعم الثقة في المعاملات التجارية عن طريق المزايا التي يكفل تحقيقها هذا النظام، فان حاجة المعاملات المدنية إلى هذه المزايا لا تقل عن حاجة المعاملات التجارية إليها لتنشيط المعاملات المدنية، ودعم الثقة فيها. كما أن ازدواج التشريع إلى مدني وتجاري لا يبرر ازدواج الاجراءات، لأنها مجرد وسائل عملية للتنفيذ والتصفية والتوزيع يعود الاختصاص بها إلى المحاكم. ومع كل هذا فإن قسماً كبيراً من الفقهاء القانونيين أصر على ضرورة قصر نظام الافلاس على التجار وحدهم، لأنه يتفق مع البيئة التجارية، ويلائمه ولا يساير أحوال البيئة المدنية ومقتضياتها^(٥).

(١) انظر شروط اكتساب صفة التاجر في كتاب الدكتور عزيز العكيلي - الموجز في شرح قانون التجارة الكويتي:

٦٧-٧٧ طبع مكتبة المنهل - الكويت - الطبعة الأولى ١٩٧٨.

(٢) د. العكيلي - المصدر المتقدم: ٦٤.

(٣) د. العكيلي - الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد: ٢١ هامش ٢.

(٤) د. العكيلي - المصدر سالف الذكر: ٢٢ / هامش ١.

(٥) د. العكيلي المصدر المتقدم: ٢١-٢٤ بحث «وحدة أو ازدواج نظم الافلاس والاعسار».

٧- موقفنا من هذا التقسيم:

وكيف ما كان، فاننا لا نفرق في مجال المقارنة مع المدني بين المصطلحين: الاعسار والافلاس، لأن مجال تطبيق المواد في القانونين المدنيين المصري والعراقي واحد، ولا مشاحة في المصطلحات، وكذلك في مجال الشخصية فسوف لا نحسب للشخصية العادية والتاجر أي فرق في حساب المقارنة مع الشريعة ما دامت هذه النظم الثلاثة - الحجر على المدين في الشريعة، والاعسار في التقنين المدني، والافلاس في القانون التجاري - كلها تسعى إلى تحقيق هدف مشترك هو حماية الدائن من تصرفات مدينه الضارة به بغية الوصول إلى حقه^(١).

«وأن نظام الحجر الاسلامي يحقق بإجراءاته المختصرة المبسطة ما يحققه نظام الافلاس التجاري بإجراءاته الطويلة المعقدة التي تحتاج إلى أشخاص ذوي خبرة ومران، وما لم يقدر نظام الأعسار المدني على تحقيقه بإجراءاته، وإن امتازت بالبساطة كإجراءات الحجر، إلا أنها أطول منها^(٢)».

(١) ذكر الدكتور أحمد علي الخطيب في كتابه «الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الاسلامي والقانون المقارن: ٣٩٦-٤٠١ / طبع مطبعة دار التأليف - القاهرة ١٩٦٤» ستة أسس لوجه الشبه بين مقومات هذه النظم الثلاثة: الحجر على المدين في الشريعة، والاعسار في القانون المدني، والافلاس في القانون التجاري - وهي بصورة ملخصة:

- ١ - ان هذه النظم الثلاثة تقوم على أساس واحد، وهو احتمال ضرر يلحق بالدائن من تصرف مفقر يجريه المدين في ماله وتسعى إلى تحقيق هدف مشترك هو حماية الدائن من تصرفات مدينه الضارة به بغية الوصول إلى حقه.
- ٢ - ان حجر المدين عن التصرف في هذه النظم المشار إليها لا يكون إلا بحكم يصدر من القاضي بالحجر أو بالإشهار.
- ٣ - وتتشابه هذه النظم الثلاثة من حيث السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في تقرير الحجر على المدين أو إشهار إعساره أو إفلاسه، إذا ما عجز عن الوفاء بديونه، وطلب غرماؤه حجره أو شهر إعساره أو إفلاسه.
- ٤ - ومن حيث طلب الحجر على المدين أو شهر إعساره، أو إفلاسه فإن الأصل فيه أن يكون من قبل ذي شأن لأن الأمر يتعلق بحقه قبل كل أحد.
- ٥ - ان الحكم بالحجر على المدين، أو بشهر إعساره، أو إفلاسه منشئ لحالة قانونية جديدة ومن الضروري اتخاذ ما يلزم من وسائل الإعلام والعلانية لإحاطة الناس علماً به لضمان إعتباره حجة على الكافة. وإن إجراءات الإعلان والإشهار في هذه النظم الثلاثة متشابهة من حيث الغرض الذي تهدف إليه على الرغم من تباين الطرق التي يسلكها كل منها للوصول إلى نفس النتيجة.

←

الفرع الثاني

المفلس بين الحجر والحبس

إذا تراكمت الديون على المدين بحيث أصبحت أكثر مما يملك، واستحقت الوفاء ولم يتمكن من تسديدها، رفع الغرماء أمره إلى الحاكم ليعلن إفلاسه. ويوقف تصرفه في حدود نطاقه.

٦ - وأخيراً فإن هناك تشابهاً في صفة الدين الذي يحجر على المدين، أو يشهر إعساره أو إفلاسه بسببه. هذا التشابه هو كون الدين في كل من هذه الأنظمة الثلاثة قد وصل إلى درجة من القوة بحيث يستوجب اللجوء إلى استعمال هذه الوسائل الجزرية العنيفة في حق المدين الذي لا يفي بديونه.

كما ذكر د. الخطيب في المصدر السالف الذكر: ٤٠٢-٤٠٩ أربعة أوجه للخلاف بين هذه النظم الثلاثة وملخصها: الأول: في مجال التطبيق: فإن الفقه الإسلامي لا يفرق في تطبيقه لهذا النظام بين المدين الذي يحترف التجارة وبين المدين الذي لا يحترف التجارة، بل انه يطبقه على كل مدين - تاجراً كان أو غير تاجر - متى كان مستحقاً للحجر. في حين أن المشرع الوضعي قد فرق بين نوعين من المعاملات: المعاملات التجارية والمعاملات المدنية، كما فرق بين نوعين من المدين: المدين غير التاجر (المدني) والمدين التاجر وأخضع الأول لنظام الاعسار المدني وأخضع الثاني لنظام الإفلاس التجاري.

الثاني: من حيث شروط التطبيق: سواء كان من حيث مفهوم الاعسار الذي يحجر على المدين أو يشهر إعساره أو إفلاسه بسببه في كل نظام من هذه النظم. أو من حيث إمكان أو عدم إمكان تطبيق هذه النظم على المدين المؤسر الذي يماطل أو يمتنع عن الوفاء.

الثالث: من حيث الإجراءات المقررة في كل نظام منها: بقصد المحافظة على حقوق الدائنين في مال مدينهم من ناحية، واستخلاصها لهم من هذا المال بالتنفيذ عليه من ناحية أخرى.

الرابع: من حيث طريق الطعن في الحكم: ففي كل من حكمي شهر الاعسار والافلاس يخضع لطرق الطعن المعتادة في معارضته (اعتراض) ونقض واستئناف ونقض (تمييز). في حين أن حكم الحجر الصادر على المدين متى كان موافقاً لأصوله المشروعة بأن كان موجوداً فيه أسبابه وشروطه، وتم إعلانه لذوي العلاقة لا يجوز الطعن فيه. ذلك لأن الأصل في الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي ان تكون حاسمة للنزاع، وأن تكون لها حجتها وقوتها. ومع هذا فقد نص فقهاء المسلمين على جواز نقضها في أربعة مواضع هي: أن تصدر خلاف الإجماع، أو القواعد، أو النص الجلي، أو القياس. يراجع: (علاء الدين الطرابلسي - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام: ٢٨ طبع مطبعة بولاق ١٣٠٠هـ).

(٢) د. الخطيب - الحجر على المدين - ٤٠٨.

ومن أجل تحقيق هذه الخطوة اختلف الفقهاء فيما ينبغي القيام به في المرحلة الأولى لذلك، هل يحجر الحاكم على المفلس، أم يحبسه، ثم يبدأ في تنفيذ الاجراءات التنفيذية؟ رأيان للفقهاء:

الأول - الحجر على المدين:

أ - وإلى هذا ذهب جمهور فقهاء الشريعة، بشرط أن يطلب الغرماء من الحاكم ذلك^(١)، وتعلل المصادر الفقهية السبب بأن «الحاكم ليس له ذلك من دون مطالبة الغرماء، لأنه حق لهم ومن مصلحتهم، وهم ناظرون لأنفسهم لا حكم للحاكم عليهم. نعم لو كانت الديون لمن للحاكم عليه الولاية كان له الحجر، لأنه غريم في

(١) يقول الشيرازي في (المهذب: ١ / ٣٢٠): بأن المدين «إذا ركبته الديون ورفع الغرماء إلى الحاكم وسألوه 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. فإن كان ماله لا يفي بالديون حجر عليه». وذكر المحقق الحلي في (شرائع الإسلام: ٢ / ٨٩) في شروط الحجر، منها: «أن يلتزم الغرماء من الحاكم أو بعضهم الحجر عليه».

وقال الحطاب في (المواهب الجليل: ٥ / ٣٨): «وفهم من قوله - فلس بطلب الغريم - انه لا يكون للقاضي تفليس المدين إلا بطلب الغريم».

ويقسم المذهب المالكي أحوال من أحاط الدين بماله إلى ثلاثة أقسام. الأولى - قبل التفليس، فيمنع من التصرف في ماله بغير عوض لما في ذلك من الإضرار بدائنيه إذا كان الدين محيطاً بماله.

الثانية - تفليس عام، وهو قيام الغرماء عليه دون حكم الحاكم، لهم سجنه ومنعه من البيع والتعامل. الثالثة - تفليس خاص، وهو خلع ماله لغرمائه بعد حكم الحاكم بتفليس المدين والحجر عليه. راجع الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير: ٣ / ٢٦٥.

وقال البهوتي في (كشاف القناع: ٢ / ٤٢٢-٤٢٣): و «ان كان له - أي المدين - مال لا يفي بدينه فسأل غرماؤه كلهم أو بعضهم الحاكم الحجر عليه لزمه إجابته إلى الحجر عليه... فإن لم يسأل أحد من غرمائه الحاكم الحجر عليه لم يحجر عليه، لأنه يحكم بغير طلب الحق». ونقل الشوكاني في (نيل الأوطار: ٥ / ٢٧٦) عن العترة أئمة الزيدية قولهم: «يجوز الحجر على مدين وقد حكي صاحب البحر عن العترة... وقيدوا الجواب بطلب أهل الدين للحجر».

الحقيقة فله ان يلتمس ذلك من نفسه وفعله، كما لو كانت الاموال لمجانين أو لأطفال أو لمحجور عليهم بالسفه، وكان وليهم الحاكم»^(١).

ورغم أن أبا حنيفة لم يحجر على المدين - كما سيمر علينا - إلا أن صاحبيه أبا يوسف، ومحمد بن الحسن ذهباً إلى القول بالحجر^(٢).

وانتهى الرأي الحنفي أخيراً إلى ذلك مخالفاً رأي امام المذهب^(٣).

ب - شروط الحجر: واشترط هؤلاء الفقهاء لتحقيق الحجر - وبعد التماس الغرماء من الحاكم - الشروط التالية:

أولاً: ثبوت الدين عند الحاكم، لأن الحجر إنما يقع من الحاكم، وحينئذٍ فلا بد من ثبوت الدين عنده ليحكم به^(٤).

ثانياً: أن يكون الدين حالاً - أي مستحق الوفاء - فلو كانت الديون مؤجلة أو مجرد مديونية لم يحجر عليه^(٥).

ثالثاً: أن تكون أموال المدين قاصرة عن ديونه. فلو كانت أمواله تزيد على ديونه لا يمكن أن يحجر عليه، لأنه متمكن من الوفاء^(٦).

(١) العاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٣٢٢.

(٢) نقل ابن مودود الموصل في (الاختيار: ٢ / ٩٨-٩٩) انه قال «أبو يوسف ومحمد إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه، حجر القاضي عليه. ومنعه من التصرفات والاقرار حتى لا يضر بالغرماء» وراجع قاضي زاده - تكملة فتح القدير: ٧ / ٣٢٤-٣٢٨.

(٣) راجع: عالمكير - الفتاوى الهندية: ٥ / ٦١ ومجلة الأحكام العدلية مادة ٩٥٩ و٩٩٨.

(٤) ذهب الامامية والحنابلة إلى هذا الشرط، يقول العلامة الحلي في (تذكرة الفقهاء ٢ / ٥١ / ط القديمة): «من شرائط الحجر ثبوت الدين عند الحاكم، لأن المتولي للحجر الحاكم، وليس له الحجر مجاناً بقول من كان، بل ما لم تثبت الديون اما بالبنية أو بالإقرار لم يجز له الحجر».

وقال ابن قدامة في (المغني: ٤ / ٣٩١) «إذا رفع إلى الحاكم رجل عليه دين فسأل غرماءه الحاكم الحجر عليه لم يجبه حتى تثبت ديونهم بإعترافه أو ببينة».

(٥) راجع المحقق الحلي - شرائع الإسلام: ٢ / ٨٩ وابن قدامة - المغني: ٤ / ٣٦٥ وعبدالكريم بن محمد الرافعي - فتح العزيز - شرح الوجيز: ١٠ / ٢٠٠ مطبوع بهامش تكملة المجموع - للسبكي - مطبعة المنيرة - مصر.

(٦) راجع: المحقق الحلي - المصدر المتقدم: ٢ / ٨٩ وابن قدامة - المصدر سالف الذكر: ٤ / ٣٩٢ والرافعي - المصدر السابق: ١٠ / ١٩٨-١٩٩ والخرشي - شرح مختصر خليل: ٥ / ٢٦٥

ونذكر الخرشي في (المصدر المتقدم: ٥ / ٢٦٥-٢٦٦) شرطاً آخر للمالكية «وهو: أن يكون الغريم ملداً (مماطلاً) وبعبارة: «وإنما يفلس بطلب الغرماء إذا تبين لديه فإن قلت: الغائب لا يتصور فيه ذلك. قلت: الغائب حيث لم يعلم ملاؤه مظنة اللدد».

ويحتج هذا الفريق لمذهبه بالآتي:

- ١ - إن النبي عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ بن جبل^(١) لما ركبته الديون وباع ماله، وقسم ثمنه على الغرماء، حتى قام معاذ من غير شيء^(٢).
- ٢ - إن مصلحة الناس في الحجر، لأنه لو نفذت تصرفات المدين وإقراراته لأدى ذلك إلى ضياع حقوق الدائنين، فقد يبيع أمواله بيعاً صورياً ليهرب من أداء الديون أو يقر بالمال لغير الدائنين، فتذهب حقوقهم ظلماً ولهذا يجب الاحتياط لحفظ الأموال.
- ٣ - إن الديون لما استغرقت أموال المدين أصبحت حقوقاً للغرماء متعلقة بهم، فإذا تصرف بها المدين بعد ذلك، فقد تصرف في مال قد تعلق بحق الغير^(٣).

الثاني - عدم الحجر:

ورفض الأئمة ابوحنيفة، وزفر، وزيد بن علي^(٤) والناصر الزيدي، وابن حزم الظاهري مبدأ الحجر على المدين، وهو قول للامامية^(٥) معللين رفضهم بما يلي:

(١) معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي، أبو عبد الرحمن، من كبار الصحابة أرسله النبي صلى الله عليه وآله وسلم قاضياً إلى اليمن وتوفي عام ١٨ هـ ترجمه الزركلي - الاعلام: ٨ / ١٦٦.

(٢) راجع ابن قدامة - المغني: ٤ / ٣٦٦ والعلامة الحلي - تذكرة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٣ / ٥٠-١٥ ط قديمة وذهبت بعض المصادر (العالمي - مفتاح الكرامة - متاجر: ٢١١) ان حجر النبي عليه أفضل الصلاة والسلام لمعاذ كان بطلبه هو لكن الشوكاني في (نيل الأوطار: ٥ / ٢٧٦) ذكر «بأن الغرماء التمسوا ذلك (من النبي عليه الصلاة والسلام) وأما ما رواه الدارقطني: ان معاذاً أتى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فكلّمه ليكلم غرماءه. فلا حجة فيه أن ذلك لالتماس الحجر، وإنما فيه طلب معاذ الرّفق منهم».

ثم أضاف الشوكاني في (المصدر المتقدم: ٥ / ٢٧٦): «وقد روي الحجر على المدين وإعطاء الغرماء ماله من فعل (الخليفة) عمر. كما في الموطأ والدارقطني، وابن أبي شيبة، والبيهقي، وعبدالرزاق، ولم ينقل انه أنكر ذلك عليه أحد من الصحابة».

(٣) راجع: الشهيد الثاني - مسالك الافهام: ٢ / ٢٣٨ وأبوزهرة - الاحوال الشخصية: ٤٨٤.

(٤) زيد بن علي بن الحسين بن الامام علي بن أبي طالب، من علماء زمانه وشجعان عصره وإليه تنسب الطائفة الزيدية ولد عام ٧٩ هـ وأعلن الثورة على الحكم الأموي وانتهت بمقتله عام ١٢٢ هـ في الكوفة. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٩٨ / ٣.

(٥) راجع: الكاساني - بدائع الصنائع: ٧ / ١٦٩ والشوكاني - نيل الأوطار: ٥ / ٢٧٦ والعالمي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٣١١، وابن حزم - المحلى: ٨ / ٣٢٢.

- أ - إن الحجر اهدار لأهلية المدين فلا يجوز الجنوح إليه من أجل دفع ضرر خاص.
- ب - كما لا يصح أن يدفع الحرص على حقوق الدائنين بإنزال الظلم الواقع على المدين مقابل الخشية من ظلم متوقع على الدائنين.
- ج - إن الخوف من محاولة تهريب المدين أمواله صورياً وذلك ببيع التلجئة فتضيع حقوق الغرماء، فإن من الممكن تلافي ذلك بالتضييق عليه وحمله على الوفاء^(١).

الثالث - الحبس بدل الحجر:

وهذا هو رأي أبي حنيفة الذي ذهب إلى عدم الحجر على المدين بسبب الدين ولو زادت ديونه على أمواله، وطلب غرماءه الحجر عليه، لأن في الحجر عليه إهدار لكرامته. ولكنه يحبسه أبداً - إذا طلب غرماءه ذلك ويبيع ماله لقضاء دينه^(٢). وتبعه في ذلك بعض فقهاء الزيدية^(٣) وقول للامامية^(٤). وهناك رأي لمالك في إعطاء الحق للغريم إذا شاء أن يسجنه فله ذلك^(٥).

(١) راجع: الكاساني - بدائع الصنائع: ٧ / ١٦٩ وقاضي زاده - تكملة فتح القدير ٧ / ٣٢٤ والعاملي - مفتاح الكرامة: ٣١١-٣١٢ / ٥.

(٢) قال المرغيناني في (الهداية: ٧ / ٣٢٤-٣٢٥): «قال أبوحنيفة: لا أحجر في الدين، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه فأن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر، ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلاً بالنص، ولكن يحبسه أبداً حتى يبيعه في دينه، إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه».

(٣) قال ابن المرتضى الزيدي في (البحر الزخار: ٦ / ٨١-٨٢): وقال أبوطالب والهادي من فقهاء الزيدية «ولا تسمع (بينة الاعسار) إلا بعد حبسه حتى غلبه الظن بإفلاسه... (وقال الناصر والمؤيد بالله والامام يحيى - من فقهاء الزيدية) لا حبس مع البينة، كسائر الشهادات. قلنا: بينة على النفي فأكدت بالحبس ليحصل الظن».

(٤) العاملي - مفتاح الكرامة: ٣١١ / ٥.

(٥) جاء في (المدونة - للامام مالك: ١٣ / ٨٠): «قلت: أرأيت ان قال بعضهم (أي الغرماء) نحن نسجنه وقال بعضهم: لانسجنه: ولكننا نخلية بطلب الفضل حتى يقضينا حقوقنا. قال (مالك) إذا تبين الالواء (المماطلة) للسلطان، وطلب واحد من الغرماء ان يسجنه له سجنه. فإن شاء أولئك الذين لم يريدوا أن يسجنوه أن يقوموا على حقوقهم فيخاصموا هذا الغريم الذي سجنه في مال المسجون فذلك لهم».

والحنابلة يرون الحق للحاكم أن يحبس المدين في حالة ما إذا كانت ديونه أقل من ماله، فيأمر بقضاء الدين فان ماطل، وأبى الدفع حبسه^(١).

ويحتج القائلون بالحبس بما يلي:

أولاً - ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: «لَيَّ الواجد ظلم يحل عقوبته وعرضه»^(٢). وهو الذي يقدر على وفاء دينه ويماطل. قال ابن رشد: «وقالوا: والعقوبة حبسه»^(٣).

ثانياً - ما نقل عن الامام علي من أنه كان يحبس في الدين، فإذا تبين له حاجة وإفلاس خلى سبيله، حتى يستفيد مالا ليسدد به ديونه التي عليه^(٤).

ثالثاً - إن في الحجر إهدار أهلية المدين، فلا يجوز لدفع ضرر خاص^(٥) - والحجر ضرر فوق ضرر المال - ان يتحمل الاعلى - وهو ضرر الحجر - لأجل ضرر الأدنى - وهو المال^(٦) إذن فالحبس أخف وطأة منه.

الرابع - الرأي المختار:

ولنا أن نختار القول بالحجر لما يلي:

١ - إن النبي عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ وباع عنه ووزع ثمن المبيع على غرمائه^(٧).

(١) ابن قدامة - المغني: ٤ / ٣٩١-٣٩٢.

(٢) ذكر الحديث ابن الأثير في (النهاية في غريب الحديث: ٥ / ١٥٥) وقال: «الواجد الغني الذي لا يفتقر». وذكر الحر العاملي في (وسائل الشيعة: مجلد ١٣ ج ٦ / ٩٠ كتاب التجارة / ١٣ أبواب (الدين والقرض) ٨ باب تحريم المماطلة، عن الامام الرضا عليه السلام عن آبائه، عن الامام علي عليهم السلام، قال: «قال رسول الله (ص): لَيَّ الواجد بالدين يحل عرضه وعقوبته، ما لم يكن دين فيما يكره الله عز وجل». ورواه البخاري في صحيحه: كتاب الاستقراض واداء الديون والحجر والتفليس باب (لصاحب الحق مقال): ٢ / ٨٥ ونصه: «لَيَّ الواجد يحل عقوبته وعرضه» ورواه ابن ماجه - كتاب الصدقات / باب الحبس في الدين والملازمة: ٢ / ٨١١ ونصه «لَيَّ الواجد يحل عرضه وعقوبته».

(٣) ابن رشد - بداية المجتهد: ٢ / ٢٨١ مطبعة الاستقامة - مصر.

(٤) الحر العاملي - وسائل الشيعة: ١٢ / ١٤٨ الطبعة الحديثة.

(٥) المرغنياني - الهداية: ٧ / ٣٢٤.

(٦) قاضي زاده - تكملة فتح القدير: ٧ / ٣٢٤ نقلاً عن صاحب العناية.

(٧) البيهقي - السنن الكبرى: ٦ / ٤٨ طبعة حيدر آباد.

- ٢ - إن الرواية التي ساقها ابن رشد في أدلة القائلين بالحبس وهي «لَيّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته» خالية عن اسم الحبس، وإنما الفقهاء فسروا العقوبة بالحبس، في حين لم تنحصر بالحبس، فقد تكون بشكل آخر غير الحبس.
- ٣ - وما نقل عن الامام علي بأنه كان يحبس في الدين فقد روي عنه أيضاً أنه كان يحجر على المفلس، إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص^(٢).
- ثم أن غاية ما يدل عليه عمل الامام أنه حبس في الدين، ولعله كان ناتجاً عن مطل المدين وعدم ادائه ما عليه من الديون، فيحبسه حتى يتبين له ما إذا كان مفلساً أطلقه حتى يعمل فيستفيد مالا لغرض سداد ديونه.
- ٤ - ما روي عن الخليفة عمر أنه كان يحجر على المفلس ويوزع ماله على الغرماء، ولم ينقل إنكار أحد من الصحابة عليه ذلك^(٣).

المطلب الثاني:

من له الحق في الحجر؟ وما الذي يقع عليه؟

الحجر عمل وقائي يقام به من أجل المحافظة على حقوق الآخرين في مال المفلس وصيانة لها من كل ما يطرأ عليه مما يسبب ضياعها وحرمانهم بعد أن وصل به الأمر إلى هذا الحال.

(١) الحر العاملي - وسائل الشيعة: ١٣ / ١٤٦.

(٢) الشوكاني - نيل الأوطار: ٥ / ٢٧٦.

الفرع الأول

هل للمفلس أن يلتمس الحجر على نفسه؟

ولو تراكت الديون على شخص، وليس له مال يفي بديونه ولم يتقدم أحد الغرماء بطلب الحجر عليه إلى الحاكم، فهل له - أي للمدين - أن يطلب ذلك؟ وذكر للفقهاء في هذه المسألة قولان:

الأول - من حقه أن يطلب الحجر على نفسه:

ذهب بعض فقهاء الشافعية والامامية إلى القول بإلزام الحاكم بإجابة وتنفيذ طلب المدين لو طلب الحجر على نفسه.

فقد روى الرافعي^(١) - من فقهاء الشافعية - في هذه المسألة قولين: «أظهرهما الإجابة، لأن له غرضاً فيه ظاهراً»^(٢).

وقال العلامة الحلبي: «لو لم يلتمس أحد الغرماء الحجر فالتمسه المفلس فالأقرب عندي جواز الحجر عليه، لأن في الحجر مصلحة للمفلس، كما فيه مصلحة للغرماء، وكما أجبنا الغرماء إلى تحصيل ملتسمهم حفظاً لحقوقهم كذلك يجب أن يجاب المفلس تحصيلاً لحقه، وهو حفظ أموال الغرماء ليسلم من المطالبه والاثم، وإذا تحقق ثبوت عرض للمفلس صحيح في الحجر عليه أجيب إليه»^(٣).

(١) عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي، القزويني، أبو القاسم، ينتهي نسبة إلى رافع بن خديج الصحابي، فقيه شافعي، كان له مجلس بقزوين للتفسير والحديث ولد عام: ٥٥٧هـ، وتوفي ٦٢٣ له عدة مؤلفات منها «شرح مسند الشافعي». ترجمة الزركلي - الاعلام: ٤ / ١٧٩.

(٢) الرافعي - فتح العزيز في شرح الوجيز: ١٠ / ٢٠٠.

(٣) العلامة الحلبي - تذكرة الفقهاء: ٢ / ٥٢.

الثاني - ليس من حقه ذلك:

- وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم إجابة الطلب^(١) واستدلوا على ذلك بالآتي:
- ١ - إن الحجر عقوبة. والرشد والحرية ينافيانه فلا يصار إليه إلا بدليل صالح وإنما يتحقق ذلك بالتماس الغرماء^(٢).
 - ٢ - إن إيداع المحجور أن غرضه مصلحة الغرماء، ففي إمكانه أن يفي بغرضه من دون حجر، إذ أنه متمكن من بيع أمواله، وتقسيمها على الغرماء.

الثالث - الرأي المرجح:

- ولا أرى مبرراً لجواز القول بالحجر إذا التمسه بنفسه، وذلك:
- ١ - لأن ما روي عن حجر النبي عليه الصلاة والسلام لمعاذ - كما أشرنا - كان بطلب الغرماء.
 - ٢ - لأنه قد لا تحقق في حجره المصلحة للغرماء، أكثر مما لو كان غير محجور عليه ولعله في حالة حرته يمكنه أن يستقرض أو يعمل أو يتفق على تسديد ديونه.

الفرع الثاني

هل للحاكم أن يحجر على المفلس من دون التماس أحد؟

أولاً - رأي فقهاء الشريعة:

ولو فرض أن المدين تراكت عليه حقوق الغرماء، ولم يطلب أحد من الحاكم

(١) الرافعي - فتح العزيز: ١٠ / ٢٠٠ وابن قدامة - المغني: ٤ / ٣٩٢ - والدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير:

٢ / ٢٣٠ والشهيد الثاني - مسالك الافهام: ٢ / ٢٣٨ وفيه انه القول المشهور.

(٢) الشهيد الثاني - مسالك الافهام: ٢ / ٢٣٨، والرافعي - فتح العزيز ١٠ / ٢٠٠.

الحجر عليه، فهل للحاكم أن يحجر عليه التماساً لمصلحة العامة؟

ويمكن تصور المسألة في صورتين:

الأولى - أن يكون الدين لمن للحاكم له الولاية عليه كالصبي والمجنون وأمثالهما، فمن حق الحاكم ان يحجر عليه من غير التماس إذا رأى المصلحة في ذلك^(١).

الثانية - فيما لو ظهرت امارات الافلاس على المدين، فهل للحاكم الحجر عليه رعاية لحفظ حقوق الغرماء؟

وللفقهاء في هذه المسألة قولان:

١ - الحجر عليه، كي لا يضيع ماله في النفقة والديون، إذا ساوت المال فستزيد الاعباء المالية عن قريب، وهو قول للشافعية. ونسب الرافعي إلى الغزالي^(٢) انه الرأي المختار^(٣).

٢ - عدم الحجر. وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء. لأن الأصل عدم لزوم ذلك إذا شككنا في مثل هذا الالتزام. «لأن الوفاء حاصل، وهم متمكنون من المطالبة في الحال»^(٤).

ثانياً - مبدأ الحجر في القوانين الثلاثة:

وبمبدأ الحجر أخذت القوانين الثلاثة، فقد نصت المادة (٢٤٩) من القانون المدني المصري على ما يلي: «يجوز أن يشهر ائسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء

(١) الرافعي - فتح العزيز: ١٠ / ٢٠٠ والعلامة الحلي - تذكرة الفقهاء ٥٢ / ٢.

(٢) محمد بن محمد أبي حامد الغزالي، الطوسي، أبومحمد، مولده في (الطابران من قصبة طوس بخراسان) عام ٤٥٠هـ رحل في طلب العلم الى البلدان الإسلامية، وعاد الى بلده نسبه الى صناعة الغزل، متبحر في العلوم، فهو فقيه، وفيلسوف، وأديب، وأخلاقي، توفي عام ٥٠٥هـ له مؤلفات عديدة منها: «الوجيز» فقه شافعي، و«المستصفى من علم الأصول» في اصول الفقه، و«أحياء علوم الدين». ترجمه الزركلي - الأعلام: ٤٧ / ٧.

(٣) انفردت الشافعية بهذا القول، فقد نقله الرافعي في فتح العزيز: ١٠ / ٢٠٣ قال: «وان ظهرت امارات الافلاس - بأن لم يكن كسوباً، وكان ينفق في ماله أو لم يف كسبه بنفقته فوجهان: احدهما - يحجر عليه... الثاني - لا يحجر... وذكر الامام الغزالي ان المختار هو الأول».

(٤) الرافعي - فتح العزيز: ١٠ / ٢٠٣

ديونه مستحقة الاداء» ثم المادة (٢٥٠) تنص على أن «يكون شهر الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين بناءً على طلب المدين نفسه، أو طلب أحد دائنيه، وتنظر الدعوى على وجه السرعة».

وعلى هذا المنوال تقريباً هذا القانون التجاري الكويتي في مادته (٧٩٥) ونصها: «يشهر افلاس التاجر بناءً على طلب أحد دائنيه، أو بناءً على طلبه هو، ويجوز للمحكمة أن تقضي بشهر إفلاس التاجر بناءً على طلب النيابة العامة، أو من تلقاء ذاتها». وتقول المادة (٧٩٨): «يجوز للتاجر أن يطلب شهر افلاس نفسه، إذا اضطربت أعماله المالية ووقف عن دفع ديونه...».

والقانون المدني العراقي تناول هذا الموضوع في مادته (٢٧٠) وهو يحاول أن يصوغها موافقاً لفقه الشريعة. ونصها: «المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الاداء 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 اقراره بدين لآخر حجرته المحكمة».

كما أن المادة (٢٧١) الفقرة الأولى تنص: «يكون الحجر بحكم تصدره محكمة البداءه بناءً علي طلب أحد الدائنين».

وبالملاحظ أن القانونين المصري والتجاري الكويتي قد أضافا لمن له الحجر على ما ورد في العراقي فإعطيا هذا الحق للمدين نفسه، وللمحكمة، وهذا الرأي رغم وجود قول فيه في الشريعة لكن المشهور لدى جمهور فقائها أن الحق محصور فقط بالغرماء كما مر علينا^(١)، وهو الصواب.

(١) وقد أبدى الدكتور حسن علي الذنون ملاحظته حول اغفال القانون المدني العراقي لهذه الناحية قال: «ذلك انه قد يكون المدين مدعى عليه في اغلب الحالات اذا طلب أحد دائنيه ايقاع الحجر عليه. ومع هذا فقد يكون المدين مدعياً في بعض الحالات الأخرى، إذ قد يطلب هذا المدين نفسه ايقاع الحجر عليه ليفيد مما يوفره نظام الحجر من مزايا كنظرة الميسرة في اداء ديونه الحالة، ومد أجل الديون غير المستحقة الاداء والحصول على نفقة تقطع من ايراده».

راجع: الدكتور حسن علي الذنون - احكام الالتزام شرح القانون المدني العراقي: ١١٧ وما بعدها / طبع مطبعة المعارف بغداد ١٩٥٢.

الفرع الثالث

هل تشارك الديون المؤجلة الديون الحالة بالحجر؟

تقدمت الإشارة الى أن من شروط الحجر علي المفلس ان تكون الديون مستحقة على المدين، فلو كانت مؤجلة لا تستوجب الحجر. لكن لو كانت بعض الديون حالة، وبعضها مؤجلة، وأن أمواله لا تفي بسداد الدين المستحق، وتم الحجر عليه، فهل تكون - والحالة هذه - الديون المؤجلة مشاركة للديون الحالة في المال الموجود لدى المدين؟

أولاً - رأي فقهاء الشريعة:

للفقهاء في هذه المسألة قولان:

١- القول بالمشاركة:

وإلى هذا القول ذهب بعض فقهاء الامامية^(١)، وهو قول للمالكية^(٢) وللشافعية^(٣)، وقول رواه أبو الخطاب (٤) للحنابلة^(٥). واستدلوا بعدة أدلة، منها:

→ غير ان قانون التجارة العراقي الجديد رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ في الباب الخامس من «احكام التاجر المدين عند افلاسه» نصت المادة (٥٦٨) منه «على أن يشهر افلاس التاجر بناءً علي طلبه، أو طلب أحد دائنيه» وراجع تعليق الأستاذ شامل الشخيلي في (عوارض الاهلية: ١٩٦-١٩٨) على هذا الموضوع.

(١) البحراني - الحقائق الناضرة: ٥ / ٢٨٥.

(٢) الدردير في (الشرح الصغير: ٣ / ٣٥٣): يقول: «وحل به - أي بالتفليس الأخص - وبالموت ما اجل من الدين».

(٣) قال الشيرازي في (المهذب: ١ / ٣٢٢): «وإن حجر عليه، وعليه دين مؤجل، فهل يحل؟ فيه قولان: أحدهما - يحل،

لأن الدين تعلق بالمال فحل الدين المؤجل كما لو مات».

←

- أ - إن الافلاس يتعلق به الدين بالمال فيسقط الأجل، كما هو الحال في الموت الذي تتساوي فيه الديون المستحقة والمؤجلة^(١).
- ب - لا اعتبار للذمة بعد الحجر على صاحبها، وذلك لعدم تمكنه من التصرف^(٢).

٢- عدم المشاركة:

- وهو المشهور بين فقهاء الامامية^(٣) وجمهور الحنابلة^(٤) وهو رأي الشافعية^(٥) واستدلوا على ماذهبوا اليه بعدة أدلة منها:
- أ - إن الأجل حق للمفلس، فلا يسقط بفلسه هذا الحق كسائر حقوقه.
- ب - إن الأجل شرط في المداينة، فلا يحل إلا بحلول مواعده.
- ج - إن قياس الأجل على الموت مردود، لأن في الموت انقطاع الحياة والتصرف، بينما الأجل استمرارية التصرف.

→

- (٤) محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوزاني أبو الخطاب، امام الحنابلة، ومن فقهاء عصره، أصله من (كلواني - ضواحي بغداد) ولد ببغداد عام ٤٣٢ هـ وتوفي فيها سنة ٥١٠ هـ من مؤلفاته «التمهيد» في أصول الفقه. ترجمه الزركلي - الاعلام: ١٧٨ / ٦.
- (٥) قال ابن قدامة في المغني: ٤ / ٣٨٩: «ونذكر أبو الخطاب رواية أخرى أنه - أي الدين المؤجل - يحل».
- (١) ذكر هذا الدليل كل من : العلامة الحلي في تذكرة الفقهاء: ٢ / ٥١، وابن قدامة - المغني: ٤ / ٣٨٩، والمهذب - للشيرازي: ١ / ٣٢٢.
- (٢) الخرشي - شرح مختصر خليل: ٥ / ٢٦٦.
- (٣) قال المحقق الحلي في (شرائع الإسلام: ٢ / ٩٤): «إذا كان عليه (أي المفلس) ديون حالة ومؤجلة، قسم أمواله على الحالة خاصة».
- (٤) وقال ابن قدامة في (المغني: ٤ / ٣٩٠): «إذا حجر على المفلس، فقال أصحابنا: لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة غرماء الديون الحالة، بل يقسم المال الموجود بين أصحاب الديون الحالة، ويبقى المؤجل في الذمة إلى وقت حلوله».
- (٥) وقال الشيرازي في (المهذب: ١ / ٣٢٢): القول الثاني «لا يحل (أي الدين المؤجل) وهو الصحيح. لأنه يملك التصرف في الذمة فلم يحل عليه الدين، كما لو لم يحجر» وكذلك نقل الرافعي في (فتح العزيز: ١٠ / ٢٠١) القول بعدم حلول الديون الاجلة، ثم قال: «وهو أصح القولين».

د - إن عدم اعتبار الذمة وبطلانها يتحقق بالموت، لأن الميت تصبح ذمته غير ملزمة لانعدام شخصيته، في حين أن ذمة المدين المؤجل تتمتع بأهليتها الكاملة عدا ما يتعلق بالديون المستحقة فتمنع من التصرف^(١).

٣- الرأي المختار:

ولنا أن نختار الرأي بعدم المشاركة للأسباب التالية:

- ١ - لوجاهة أدلة القائلين بهذا الرأي من جمهور فقهاء الشريعة.
- ٢ - إن القول بمشاركة الديون المؤجلة للديون الحالة اضرار وظلم لا مبرر له بالدائنين المستحقين.
- ٣ - إن المدين قبل حلول أجل الدين لا يمكن الحكم عليه بعدم الدفع فلربما حصل على مال وأدى ما يستحق عليه من الدين في وقته.

ثانيا - القانون يسقط أجل الديون عند الحجر على المدين:

وقد أسقطت بعض القوانين العربية آجال الديون المترتبة على ذمة المدين من حين الحجر عليه. فنصت المادة (ف / الأولى / ٢٥٥ مدني مصري) على الآتي:

« ١ - يترتب على الحكم بشهر الاعسار أن يحل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة... ».

ومثلها الفقرة الأولى من المادة (٢٧٣) مدني عراقي. وكذلك المادة (٨٤٠) تجارة كويتي، إذ تنص: «الحكم بشهر الافلاس يسقط آجال جميع الديون النقدية التي على المفلس، سواء كانت ديوناً عادية أو كانت ديوناً مضمونة بامتياز عام أو خاص...».

وأعطت الفقرة الثانية من المادة (٢٥٥) مدني مصري الحق للمحكمة - بناء على

(١) راجع: البحراني - الحقائق الناضرة: ٥ / ٢٨٤، ابن قدامة - المغني: ٤ / ٣٨٩، والرافعي - فتح العزيز:

طلب المدين - بإبقاء الأجل، أو مدة، تقول:

«٢- ومع ذلك يجوز للقاضي أن يحكم بناءً على طلب المدين، وفي مواجهة ذوي الشأن من دائنيه، بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة الى الديون المؤجلة. كما يجوز له أن يمنح المدين أجلاً بالنسبة الى الديون الحالية، إذا رأى أن هذا الاجراء تبرره الظروف، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً» ومثلها الفقرة الثانية من المادة (٢٧٣) مدني عراقي.

الفرع الرابع

المال المتجدد بعد الحجر هل يتعدى اليه حق الغرماء؟

لو تم الحجر على أموال المدين، وقسمت على الغرماء، ولم تف، وحصل على مال بعد الحجر، فهل للغرماء أن يطالبوا بها لسداد بقية الدين، أم أن حقهم يقتصر على المال الذي تم الحجر عليه، والمتجدد ليس لهم فيه شيء؟

أولاً - رأي فقهاء الشريعة:

للفقهاء في هذا الصدد قولان:

الأول - انه من حق الغرماء: والحجر الأول يشمل المال المتجدد حتى استيفاء تمام الدين، واليه ذهب جمهور فقهاء الشافعية، وعلى رأي بعضهم: انه أصح القولين^(١)،

(١) قال الرافعي في (فتح العزيز: ١٠ / ٢٠٨): «اما المتجدد بعد الحجر باحتطاب، أو اتهاب، أو قبول وصية ففي تعدي الحجر إليه ومنعه من التصرف وجهان: أحدهما التعدي. ومقصود الحجر ايصال حقوق المستحقين اليهم وهذا لا يختص بالموجود عند الحجر». ويرى الشربيني في مغني المحتاج: ٢ / ١٤٩) «الأصح تعدي الحجر إلى ما حدث بعده بالاحتطاب والهبة، والوصية... لأن مقصود الحجر وصول الحقوق إلى أهلها، وذلك لا يختص بالموجود».

كما قال به بعض فقهاء الامامية^(١) والحنفية^(٢) وقسم من فقهاء الحنابلة^(٣).

واستدل القائلون بذلك: بأن المقصود من عملية الحجر هو تسديد حق الغرماء، ولا يتم ذلك إلا بتوسع شمول الحجر حتى لما يتجدد للمدين من مال بعد الحجر. وسواء كان حصول ذلك المال بكسب أو بغير كسب، حيث ثبت وجوب قسمة أموال المدين في دينه - إجماعاً - فهو مشترك في الموجود والمتجدد^(٤).

الثاني - عدم شموله للغرماء: وذلك لأن الغرض من الحجر على المدين كان لمنع المحجور عليه من التصرف في ما عنده من المال، حيث أصبح بالحجر من حق الغرماء، فلا يتعدى الي غيره، فله أن يتصرف في ما حدث له من المال - بعد انفكاك الحجر عنه - الى أن يحجر عليه ثانية، واليه ذهب قسم من فقهاء الامامية^(٥)، وبعض

(١) قال العلامة الحلي في (تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية ١ / ٢١٢ طبع حجر إيران ١٣١٤ هـ) «لو تجدد له مال بعد الحجر تعلق الحجر به ما لم يف بالحقوق».

ويرى العاملي في (مفتاح الكرامة: ٥ / ٣١٩): «الأصح لا يمنع المدين من تصرف يصادف المال بالحصول كالاكتساب والانتهاج وقبول الوصية لان في ذلك كله جلب مال للغرماء فكيف يمنع منه» ونسب النجفي في (جواهر الكلام - المتاجر - بحث التفليس، ص ٣): القول بهذا الرأي لكل من المحقق الكركي والشهيد الثاني، وهما من كبار فقهاء الإمامية. وراجع الاصبهاني - وسيلة النجاة: ٢ / ١٩٦ بحث الحجر على المفلس مسألة ٤.

(٢) ويقول المرغيناني في (الهداية شرح البداية: ٧ / ٣٣٠): «ويأخذون (الغرماء) فضل كسبه (أي المدين) يقسم بينهم بالحصص، لاستواء حقوقهم في القوة». وقيد البابرني الفقيه الحنفي ان يكون ذلك بغير اختيار المدين، أو أخذه القاضي أيضاً من غير اختيار. يراجع (شرح العناية على الهداية: ٧ / ٣٣٠).

(٣) قال ابن رجب في (القواعد الفقهية: ٢٠٨ القاعدة ٨٥): «تعلق غرماء المفلس بماله بعد الحجر، وهو تعلق استحقاق الاستيفاء منه» وقال البهوتي في دقائق أولى النهى في شرح المنتهى: ٢ / ١٤١. طبع المطبعة العامرة الشرقية - مصر ١٣١٩ هـ) ومتى حجر على المدين: «تعلق حق غرمائه من سأل الحجر وغيره بماله الموجود والحادث بحوادث، لأنه يباع في ديونهم فتعلقت حقوقهم به كالرهن».

(٤) راجع: الرافعي - فتح العزيز: ١٠ / ٢٠٨، والعاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٣١٩.

(٥) قال النجفي في (جواهر الكلام - المتاجر - بحث التفليس: ص ٣):

«وقد يشكل بإحالة عدم تعلق الحجر بها (أي بالأموال المتجددة) إذ الثابت من تعلقه بالأموال القاصرة حال الحجر لا غيرها. خصوصاً مع الضرر على اصحابها في بعض أفرادها. ولعله لذلك، أو لغيره استشكل في تعلق الحجر بها (العلامة الحلي) في الارشاد، ولم يرجح الشهيد (الأول) في المحكى عن حواشيه، و(كتابه) غاية المراد، بل عن فخر المحققين (محمد بن الحسن الحلي) ان عدم التعلق أولى».

←

من فقهاء الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وهو قول للحنابلة^(٣)، والشافعية^(٤)، والزيدية^(٥).
الثالث - رأينا في المسألة: ونختار القول الثاني، وهو عدم تعدي الحجر الى

→

- وقال العاملي في (مفتاح الكرامة: ٥ / ٣١٩) «وجه العدم (أي عدم تعلق حق الغرماء) أن الأصل عدم الحجر وأن الناس مسلطون على أموالهم، وقد ثبت الحجر في الوجود حال الحجر بالاجماع، وبقي غيره على الأصل... كما أن كلام فخر الإسلام صريح في أن الحجر إنما تعلق بالموجود لا غير، وهذا لا ينبغي أن يستشكل فيه».
- (١) ويرى أبو محمد البغدادي في (مجمع الضمانات: ٤٣٦ طبع المطبعة الخيرية - مصر ١٣٠٨ هـ) - وهو من فقهاء الحنفية - : «إذا حجر على المديون يظهر أثر الحجر في ماله الموجود وقت الحجر، لا في ما يكتسب ويحصل له بعد الحجر. وكذلك يقول السرخسي في (المبسوط: ٢٤ / ١٦٣): «وبعد الحجر لا ينفذ تصرفه في المال الذي كان في يده عند الحجر، وتنفذ تصرفاته في ما يكتسب من المال بعد».
- وقال عالمكير في (الفتاوى الهندية: ٥ / ٦٢): «والحجر بسبب الدين يختص بالمال الموجود له في الحال، فأما ما يحدث له من المال بالكسب وغيره فلا يؤثر الحجر فيه، وينفذ تصرفه فيه».
- ويراجع المادة (١٠٠١) من مجلة الأحكام العدلية.
- (٢) قال الدردير في (الشرح الصغير: ٣ / ٢٦١): «وإذا انفك حجره فيحجر عليه أيضاً - كما حجر عليه أولاً أن حدث له مال وانفك حجره، فيتصرف في ما حدث إلى أن يحجر عليه فيه».
- وأوضح الدردير رأيه في (شرحه الكبير: ٣ / ٢٤٢) بقوله: «وحجر أيضاً على المفلس الأخص بالشروط المتقدمة إن تجدد له مال بعد الحجر الأول سواء كان عن أصل كبيع مال تركه بيده بعض من فلسه، أو عن معاملة جديدة أو غير أصل كميراث وهبة، ووصية، ودية، لأن الحجر الأول كان في مال مخصوص فيتصرف في المتجدد إلى أن يحجر عليه فيه».
- ويشرح الدسوقي هذا الرأي في (حاشيته على الشرح الكبير: ٣ / ٢٤١-٢٤٢) فيقول «انه متى حكم بخلع ماله وأخذ المال من تحت يده انفك الحجر عنه بمجرد أخذه منه، ولو لم يقتسموه، فأفاد المصنف بقوله أيضاً أنه حجر ثان، وحاصله أن المفلس اذا حكم الحاكم بخلع ماله وأخذ ماله منه فقد انفك الحجر عنه، فإذا تجدد له مال كان له التصرف فيه حتى يحجر عليه غرماءه الذين حجروا عليه أولاً أو غيرهم بالشروط الثلاثة المتقدمة». وهكذا يقول المواق في (التاج والاكلیل: ٥ / ٤٢-٤٣): «وأن المال المتجدد يحتاج الى حجر ثان».
- (٣) ويستفاد من نص ابن قدامة في (المغني: ٤ / ٣٩٥): «إذا حجر على المفلس - وكان ذا كسب يفي بنفقته ونفقة من تلزمه - فنفقته في كسبه، فإنه لا حاجة إلى اخراج ماله مع غناء بكسبه، فلم يجز أخذ ماله كالزيادة على النفقة».
- (٤) قال الرافعي في (فتح العزيز: ١٠ / ٢٠٨) أما المال المتجدد بعد الحجر ففيه وجهان: «الأول - لا يتعدى، لأن الحجر على المفلس لقصر يده عن التصرف في ما عنده، فلا يتعدى إلى غيره. كما ان حجر الراهن على نفسه في العين المرهونة لا يتعدى إلى غيرها». وراجع الشربيني - مغني المحتاج: ٢ / ١٤٩، وهو أحد قولي الشافعية ولكنه القول المرجوح في المذهب.
- (٥) قال ابن المرتضى في (البحر الزخار: ٦ / ٨٣): «وما كسبه بعد الحجر لم يختص به دين لزم بعده وقال مالك: بل يختص. قلنا: مستويان في الذمة».

المال المتجدد للأسباب التالية:

١ - إن الأصل عدم الحجر، ذلك لأن «الناس مسلطون على أموالهم». وقد ثبت الحجر على الموجود من المال حال الحجر، وقد أجمع عليه الفقهاء، فإذا شككنا بأن المتجدد مشمول بالحجر فالأصل عدمه.

٢ - إنما حجر على المدين لنقص في أمواله عن الدين المتراكم عليه. والمتجدد لم يتعلق به الحجر، لأنه كان معدوماً. وإلا فاحتمال زيادة المال على الديون كان وارداً، وفي هذه الحالة لا يمكن للحاكم أن يحجر.

٣ - إن الحجر لا بدّ له من حكم الحاكم - بناءً على رأي جمهور الفقهاء - ولا يثبت بدونه. فإن كان حكمه شاملاً في الحجر للذي كان وما يتجدد ثبت الحجر فيه، وإلا فلا يشمل. وعلى هذا فيستوجب الرجوع الي الحاكم ليسأل عما حجر، وإذا تعذر ذلك، ولا يعلم حاله، فالأصل عدم التعدي، لعدم الدليل.

٤ - إن الفاظ الحجر عندما ينطق بها الحاكم لحظة الحجر «حجرتُ عليك أو في مالك» أو «حجرتُ عليه التصرف في المال» يتبادر منها المال المقصود به حال الحجر، لأن هذه الألفاظ لا تفيد التخصيص ولا التعميم فإذا أردنا شمولها الى ما بعد الحجر فلا بدّ لها من قرائن حالية تساعد علي ظهور المعنى المقصود، والقرائن منتفية في مثل هذه الحالة^(١).

٥ - إن القول بعدم تعدي الحجر الى ما يتجدد يوفق بين مصلحة الدائنين في منحهم القدر الكافي من الحماية لحفظ ما يقابل حقوقهم في مال المدين، وبين مصلحة المدين في تمكينه من اجراء بعض التصرفات التي تضطره ظروفه اليها باعتباره انساناً كامل الأهلية لا تخلو حياته من وجود علاقات تربطه بأفراد المجتمع الذي يعيش فيه، وبين مصلحة الغير الذي يتعامل مع مدين محجور عليه اعتماداً منه على ما قد يحصل له في ذمته^(٢).

(١) انظر: العاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٣٩١.

(٢) د. الخطيب: الحجر على المدين: ٥٠٨.

ثانياً - التشريعات القانونية الحديثة لم تشر صراحة لهذا الموضوع:

ولم تتناول التشريعات الحديثة هذه الناحية بالذات، انما نستطيع أن نستفيد ذلك من تأكيدها على أن للدائنين حق ضمان عام على جميع أموال المدين، وطرحت كقاعدة عامة فأخذ بها المدني المصري الفقرة الأولى من المادة (٢٣٤) ونصها: «أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بدينه» ومثلها الفقرة الأولى من المادة (٢٦٠) مدني عراقي. والفقرة الأولى من المادة (٣٠٧) مدني كويتي وأن هذه العمومية التي هي لحق الضمان المقرر للدائنين تجعل هذا الحق ينصب في حقيقته على ذمة المدين المالية، باعتبارها تشمل أموال المدين الحاضرة والمستقبلية^(١).

واذا كان هذا الموضوع قد استنتج من القاعدة العامة التي قررها القانون المدني، فإن القانون التجاري العراقي قد بحثه بصراحته، فقد ذكر في الفقرة الأولى من المادة (٦٠٧) ما نصه:

«يشمل منع المفلس من الادارة والتصرف جميع الأموال التي تكون ملكاً للمفلس في يوم صدور حكم اشهار الافلاس، والأموال التي تؤول اليه ملكيتها، وهو في حالة الافلاس».

كما عالج قانون التجارة المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ هذا الموضوع في المادة (٢١٦) منه، وكذلك مادة (٨٢٦) تجاري كويتي.

المطلب الثالث:

الآثار المترتبة على حجر الافلاس

إن الآثار المترتبة على حجر المدين عديدة، وقد تخرجنا عن صميم بحثنا في -

(١) د، الخطيب - المصدر المتقدم: ٥٢٢.

عيوب الارادة - لو أردنا تناولها بالتفصيل، وحيث إن مهمتنا تدور حول التصرفات التي تعتبر فيها ارادته معيبة، وتحدد بسببها أهليته المالية، فإن حديثنا سيتناول التصرفات التي تخصّ هذا البحث، والتي يمكن ايجازها بالتالي:

الفرع الأول

مدى تأثر أهلية المدين بحجر الافلاس

في حالة اتصاف الشخص بتراكم الديون له، وزيادتها على ما يملك، يصبح من حق الغرماء - كما تقدم - أن يطلبوا من الحاكم الحجر عليه، واشهار افلاسه، وكأن تعلق أموال الناس بذمته قد اضعف قدرته الاجتماعية، ولكن الى أي مدى تتأثر أهلية المفلس بهذا العامل الطارئ على شخصيته المالية فتحد من اعتبارها الخارجي، وسلوكية تعامله الاجتماعي؟

أولاً - موقف الشريعة:

من الناحية الدينية، رفضت الشريعة الغراء الرق بسبب الدين وشجبت ما كان متعارفاً في أكثر النظم والشرائع القديمة التي كانت تبيح للدائن أن يسترق مدينه المعسر، وأن يبيعه وفاءً بدينه، كما حرمت بصورة قطعية فكرة الانتقام من شخص المدين بقتله أو تعذيبه، بل وحتى ارهاقه في ما لا قدرة له عليه^(١).

(١) لقد كانت بعض النظم والشرائع القديمة قاسية ظالمة في تصرفها مع المدين، وقد تؤدي أحياناً إلى قتل المدين أو استعباده وإستبعاد أولاده بسبب عدم الوفاء بدينه، كما كان عليه الحال لدى الرومان واليونان، ولعل من أبرز مظاهر أثر القوة في سبيل الوصول إلى الحق عند الرومان، هو انه كان من حق الدائن - في العهود الأولى للقانون الروماني - بيع مدينه كعبد من العبيد، وراء نهر التبر إذا امتنع المدين عن تنفيذ الحكم الصادر ضده. ثم اقتصر حقه في أوائل العهد الجمهوري على القبض على مدينه، وجره إلى بيته الخاص ليحبسه فيه ويبقيه في هذا الحبس مدة سنتين يوماً، كما له الحق في أن يصفد المدين بالأغلال على أن لا تتجاوز في وزنها سبعة كيلوات ونصف الكيلو.

فلقد أمر القرآن الكريم بامهال المدين المعسر وذلك بقوله جل شأنه: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(١). وهذه نظرة انسانية رفيعة تعد من مفاخر الشريعة الاسلامية. بل أن الاسلام تعدى ذلك الى حث الدائن على العفو من مدينه المعسر، واحتساب ذلك قربة الى الله تعالى.

وقد أمرت الشريعة بعدم حبس المدين المعسر اذا ثبت اعساره، إذ «لا يجوز حبس المعسر، مع ظهور اعساره»^(٢).

ومن هذا المنطلق فالشريعة عندما أجازت حجر المدين، واشهار افلاسه رعاية لحق الغرماء، فإن أثر الحجر لا يتعدى جزءاً من سلطته المالية بنحو تصبح تصرفاته فيها خاضعة للرقابة حرصاً على مصلحته، ومصلحة الآخرين، أصحاب الأموال المتعلقة في ذمته.

وفي غير هذا فإن أهلية المفلس تبقى مطلقة حرة تزاوّل كافة صلاحياتها، سواء بما يخص حقوق الله سبحانه، أو حقوقه الخاصة مع الآخرين له، أو عليه بما يعود بالنفع، والفائدة عليه كفرد من أفراد المجتمع الانساني، وبشرط أن لا تضر بحقوق الآخرين. وأن هذا الحد من الأهلية المطلقة لا على نحو المجنون والصبي، بحيث تخل بها، إنما هي محدودة في جانب من تصرفاته المالية، والتي تخص الغرماء، وهذه تسبب نقصاً في أهليته - بعد اشهار افلاسه -، لكن لا على أن تسقط اعتباراته الأخرى.

→

وفرضت عليه أن يعطيه نصف كيلو من الدقيق كغذاء له كل يوم، كما حتمت عليه أن يحضره خلال تلك المدة ثلاث مرات متتابعة إلى سوق روما وهو يرسف في أغلاله، ليعطى على الناس بالمبلغ الذي يلزم مدينه، فإذا انقضت الستون يوماً، ولم يتقدم أحد ليدفع عنه ما لزمه، فقد صار من حق الدائن عليه أن يقتص منه بأن يقرر قتله أو بيعه، كرقيق خارج روما أو يحتفظ به لديه ليسخره في مصالحه وينتفع بثمرات جهده. وفي حالة تعدد الدائنين فإن نصوص قانون الألواح الاثني عشر تقضي بأن من حقهم تقطيع جثته وتقسيمها بينهم. لزيادة الاطلاع يراجع (الدكتور أحمد علي الخطيب - الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الإسلامي والقانون المقارن: ٣٠٩-٣٠٤ مطبعة دار التأليف - مصر ١٩٦٤).

(١) البقرة - آية ٢٨٠.

(٢) المحقق الحلي - شرائع الإسلام: ٩٥/٢ وراجع العاملي - مفتاح الكرامة ٥/٣١٤.

ثانياً - موقف القانون:

أما القانون الوضعي فقد فرق بين الشخص المدين، والتاجر المدين، وفرض لكل منهما اعتبارات خاصة لم تلحظها الشريعة، فهما في نظرها سواء، إن كان شخصاً عادياً، أو تاجراً، فعند الحجر ترتب آثاره عليهما بصورة واحدة.

فالشخص العادي المدين لن يؤثر حكم الحجر في التقنين المدني المصري والعراقي عليه أكثر مما يؤثر حكم الحجر في الشريعة. فهما يقتصران - المدني المصري والعراقي - على مجرد التضييق عليه في تقييد حريته في التعبير عن ارادته بالتصرف المالي، وغل يده عن مباشرة هذه التصرفات، أما فيما عدا هذه فانه مطلق الحرية. المهم أن لا يكون تصرف المدين المفلس ضاراً بمصلحة الغرماء.

تنص المادة (٢٥٧) مدني مصري على أنه: «متى سجلت صحيفة دعوى الاعسار، فلا يسري في حق الدائنين أي تصرف للمدين، يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، كما لا يسري في حقهم أي وفاء يقوم به المدين». والظاهر أن المدني المصري انفرد عن العراقي بهذه المادة، ومفادها أن أي تصرف من شأنه أن ينقص من حقوق المدين، أو يزيد من التزاماته لا يكون سارياً في حق الدائنين.

أما المدين التاجر والذي تميز عن الشخص العادي باكتسابه هذه الصفة والذي يصبح في مركز قانوني متميز عن غيره من الأشخاص، فقد حددته المواد: (٩-٢٢) من قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ وكذلك المواد: (١٦-٢٨) من قانون التجارة الكويتي رقم (٢) لسنة ١٩٦١^(١). فالقوانين التجارية الثلاثة المعنية لدينا لا تختلف عن نظام الحجر على المدين في الشريعة من جهة التضييق على حرية المدين بمنعه من التصرف في أمواله كما يريد، حماية لمصالح الدائنين. إلا أنها تزيد

(١) للتفصيل عن صفة التاجر يراجع د. عزيز العكلي - الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد - ٣٥ / مطبعة دار

السلام - بغداد ١٩٧٣.

على الشريعة من جهة تشددها في حجر حرية المفلس الشخصية، وحرمانه من مباشرة حقوقه المتصلة بشخصه، ولو لم يكن افلاسه نتيجة تقصير، أو تدليس صادر منه. «ذلك لأن المشرع التجاري يقصد أن يجعل من شهر الافلاس وصمة زراية وشنار تلحق المفلس وتناله في شخصه وسمعته لتهديد التاجر من عواقب الرعونة، وعدم المبالاة بحقوق الآخرين، والحد من انسياقه في تيار المضاربات، أو المبالغة في نفقات الانتاج دون تردد، وموازنة بين نفقات التكليف وسعر البيع»^(١).

فقد نصت المادة (٦٠٢) من القانون التجاري العراقي على أنه:

«(١) - لا يجوز لمن أشهر افلاسه أن يكون ناخباً في المجالس التشريعية أو في المجالس الادارية أو البلدية، أو في الغرف التجارية، أو الصناعية، أو النقابات المهنية، ولا أن يكون مديراً أو عضواً في مجلس ادارة أية مؤسسة عامة أو شركة، ولا أن يشتغل بأعمال المصارف، أو الوكالة التجارية أو التصدير أو الاستيراد أو الدلالة في أسواق المضاربة، أو تسليف النقود برهون، أو البيع بالمزاد العلني. (٢) - ولا يجوز لمن اشتهر افلاسه أن ينوب عن غيره في ادارة أمواله. ومع ذلك يجوز للمحكمة المختصة أن تأذن له في ادارة أموال أولاده القصر اذا لم يترتب على ذلك ضرر بهم».

وقريب من هذا ما نصت عليه المادة (٨٢٣) من قانون التجارة الكويتي^(٢). والمشرع المصري - سبق هذين القانونين العراقي والكويتي - حيث رتب على حكم شهر الافلاس سقوط بعض الحقوق السياسية والمهنية والمدنية عن التاجر المفلس، كعقوبة تأديبية له، وجعل عقوبة الحرمان هذه متفاوتة في شدتها بحسب ما

(١) د. الخطيب - الحجر علي المدين لحق الغرماء: ٤٦٩.

(٢) نص المادة (٨٢٣) تجاري كويتي: «تسقط حقوق المفلس السياسية بشهر افلاسه، فلا يجوز له أن يكون مرشحاً أو ناخباً في المجالس السياسية أو المجالس المهنية، ولا أن يقوم بوظيفة أو مهمة عامة، ولا أن يكون مديراً أو عضواً في مجلس إدارة أية شركة، وذلك كله إلى أن تعاد إليه حقوقه وفقاً للقانون».

إذا كان الافلاس بسيطاً ناتجاً عن سبب لم يكن بحسبان التاجر المفلس، أو مقترناً بخطأ جسيم نتج عن تقصير منه، أو مصحوباً بتدليس صادر منه^(١).

إن أكثر المشرعين لهذه القوانين لم ترايلهم النظرة الى التاجر المفلس باعتباره مرتكباً لجريمة، لذلك لم يكتفوا بتوقيع العقوبات على المفلس المقصر أو المدلس، بل قرروا أيضاً إسقاط الحقوق السياسية والمهنية عنه، ولو كان حسن النية سيء الحظ لا دخل لارادته في وقوع الافلاس بأن كان نتيجة عوامل لم تكن في حسبانه ولا يسترد المفلس هذه الحقوق، إلا باتباع اجراءات رد الاعتبار التجاري^(٢).

وإن التبرير لهذه العقوبة - بأنها وسيلة لردع المفلس بتحقيقه، والمساس باحترامه كوسيلة لارغامه على التصرف بحكمة وتزان، والابتعاد عن التصرفات التي تؤدي به إلى هاوية الافلاس من حيث لا يدري فيسيء بذلك الى دائنيه - غير مقنع خاصة مع شخص لم يرتكب خطأ، ولا تقصيراً في تجارته، وإنما كان افلاسه خارجاً عن ارادته نتيجة لعوامل لم تكن في حسبانه^(٣).

ولهذا فاننا نرى ألا ضرورة لكثير من العقوبات التي نصت عليها المادة (٦٠٢) تجاري عراقي، والمادة (٨٢٣) تجاري كويتي، وما ورد في هذا الصدد في التجاري المصري إذا كان المفلس لم يساهم في الوضع الذي وصل اليه، أي من غير تدليس، أو غش، أو تقصير مقصود.

(١) راجع الخطيب - الحجر على المدين لحق الغرماء: ٤٧٢-٤٧٣ ذكر بعض النصوص من شراح القانون التجاري المصري حول الموضوع.

(٢) د. العكلي - الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد: ١١٤.

(٣) إن أغلب شراح القانون التجاري نقدوا هذه العقوبات، فإذا كان أمر حرمان التاجر المفلس من حقوقه المهنية لم يلق كبير نقد لموافقة بعض الفقهاء على ضرورة حرمانه منها، حتى بعد غلق التفليسة إلى أن يرد إليه اعتباره، لأن الحرمان من هذه الحقوق نوع من العقوبات التأديبية فإن النقد يوجه بشدة إلى أمر حرمانه من حقوقه الوطنية خصوصاً فيما إذا كان إفلاسه نتيجة قوة قاهرة لا دخل لارادته فيه، لأن الحرمان في هذه الحالة لا يخلو من قوة وغلظة. لذلك فقد أدى ما وجه إلى الحرمان من الحقوق السياسية من نقد إلى ملافاة المسألة في نظام التصفية القضائية، حيث إن المدين الذي يخضع لنظام التصفية لا يحرم في فرنسا من حق التصويت.

يراجع: د. صلاح الدين الناهي - الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي: ٨٨-٨٩ ف ١٠٤ الطبعة الثالثة - بغداد: ١٩٧١ ود. أحمد علي الخطيب - الحجر على المدين: ١٤٧٢هـ.

الفرع الثاني

ما يعود لحقوقه الشخصية

أولاً - في الشريعة:

لكل انسان تصرفات تخصّه، وتعود له فقط، من غير أن تمس أحداً، وتعتبر تصرفات شخصية صرفه، كالزواج والطلاق واستيفاء القصاص واستلحاق النسب ونفيه واللعان والخلع، وأمثال ذلك. كل هذا لا يمانع الفقهاء من ممارسة المفلس لها، إذ لا ضرر في ذلك كله على حقوق الغرماء نظراً الى أن الحجر رعاية لحقوقهم، فكل ما لا يضر بحقوقهم يترتب الأثر الشرعي عليه.

ويفصل ذلك العلامة الحلي فيقول:

«كل تصرف غير مصادف للمال فانه لا يمنع منه لكماليته، وعدم المانع من التصرف في ما تصرف فيه، حيث لم يك مالا، وذلك كالنكاح، ولا يمنع منه. وكذا الطلاق لأن تصرفه هذا لم يصادف مالا، بل اسقاط ما يجب عليه من المال، فكان أولى بالجواز. واذا صح منه الطلاق مجاناً كان صحة الخلع - الذي هو في الحقيقة طلاق بعوض - أولى بالجواز. وكذا يصح منه استيفاء القصاص، لأنه ليس تصرفاً في المال ولا يجب عليه قبول الدية وإن بذل الجاني، لأن القصاص شرع للتشفي ودفع الفساد. والدية انما تثبت صلحاً، وليس واجباً عليه تحصيل المال بإسقاط حقه. وكذا له العفو عن القصاص مجاناً بغير عوض. أما لو وجبت له الدية بالأصالة كما في جناية الخطأ فإنه ليس له اسقاطها، لأنه بمنزلة الابرء من الدين. وكذلك استلحاق النسب، إذ ليس ذلك تصرفاً في المال، وإن وجبت المؤنة ضمناً، وكذا له نفيه باللعان. وكذا لا يمنع من تحصيل بغير عوض، كالاختطاب وشبهه»^(١). وأضاف الرافعي الى ما تقدم: «قبوله الوصية»^(٢).

(١) العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٢ / ٥٢.

(٢) الرافعي - فتح العزيز: ١٠ / ٢٠٣.

ثانياً - في القانون:

هذه كلها حقوق شخصية لا مانع من ممارسة المفلس لها ما دامت لا تضر بمصلحة الغرماء ومن هذا المنطلق فإن القانون المدني لم يتتبع هذه الحقوق ولم يشر إليها بشيء، لأنها لن تعنيه، فهو يتحدث عن كل ما يتعلق برعاية وحفظ حقوق الآخرين في هذا المجال.

ولكن قانوني التجارة العراقي والكويتي لم يتركا الاشارة لهذا الجانب فقد ذكر القانون التجاري العراقي في الفقرة الثانية من المادة (٩٠٧) ما يلي:

«٢ - ومنع ذلك لا يشمل المنع من الادارة والتصرف بما يأتي:

أ - الأموال التي لا يجوز الحجر عليها قانوناً، والأعانة التي تقرر له.

ب - الأموال المملوكة لغير المفلس.

ج - الحقوق المتعلقة بشخص المفلس، أو بأحواله الشخصية.

د - التعويضات التي تستحق للمستفيد في عقد تأمين صحيح أبرمه المفلس قبل صدور حكم اشهار الافلاس...».

ولم تخرج المادة (٨٢٦) من قانون التجارة الكويتي عما تضمنته المادة العراقية السابقة عدا اغفالها للفقرة (ب) منها، فانها لم ترد فيها.

الفرع الثالث

تصرفات تتعلق بالغير

أولاً - وجهة نظر الشريعة:

التصرفات التي تكون نتيجتها نقل المال له، أو انتقاله عنه مما يضر بحقوق الآخرين، وهم الغرماء الذين تعلقت حقوقهم بماله كمدين لهم: منع الفقهاء المدين

المفلس من التصرف بها تصرفاً مفقراً فينقص من ماله ببيع أو اجارة، أو رهن، أو هبة، أو وقف، أو عتق، ونحو ذلك^(١). كما لا يجوز له أن يلتزم في ماله المحجور عليه بقرض، أو شراء، وغيرهما من التصرفات القولية، وكذلك الوصية بأكثر من الثلث، اذا لم تضر بالغرماء^(٢).

قال ابن قدامة^(٣): «ومتى حجر عليه لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله، فإن تصرف ببيع أو هبة أو وقف، أو صداق امرأة مالا له، أو نحو ذلك، لم يصح... لأن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها»^(٤).
لكن فقهاء الحنفية أجازوا بيع المفلس اذا كان بثلث المثل، لأنه لا يبطل حق الغرماء، واذا كان البيع أقل من ثلث المثل محابة فلا يجوز^(٥).

ثانياً - وجهة نظر القانون:

غير أن القانون المدني العراقي والمصري أعطيا الحق للمدين أن يتصرف في ماله، ولو بغير رضا الدائنين، على أن يكون البيع من غير محابة، وأن يودع الثمن من قبل

(١) راجع: العاملي - مفتاح الكرامة: ٣١٦/٥ والرافعي - فتح العزيز: ٢٠٨/١٠ وابن قدامة - المغني: ٣٩٣/٤ والدردير - الشرح الصغير: ٣٢٥/٣ والمرغيناني - الهداية: ٣٢٨/٧ وابن رشد - بداية المجتهد: ٢٨٢/٢. وقد أخذت المجلة بكل هذا فقد نصت المادة (١٠٠٢) على أن «الحجر يؤثر في كل ما يؤدي إلى إبطال حق الغرماء كالهبة والصدقة، وبيع مال بأنقص من ثلث مثله، بناءً عليه لا تعتبر تصرفات المدين المفلس وتبرعاته، وسائر عقود المضرة بحقوق الغرماء في حق أمواله الموجودة وقت الحجر، ولكن تعتبر في حق أمواله التي اكتسبها بعد الحجر...».

(٢) كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ١٧٣/٣.

(٣) عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي، الحنبلي، أبو محمد، موفق الدين، فقيه من أكابر فقهاء الحنابلة، ولد عام ٥٤١هـ في جماعيل من قرى فلسطين نابلس، وتعلم في دمشق، ورحل إلى بغداد، ثم عاد إلى دمشق حتى توفي فيها عام ٦٢٠هـ، له مؤلفات، منها: «المغني» شرح مختصر الخراقي في الفقه و«روضة الناظر» في أصول الفقه، وغيرهما. ترجمة الزركلي - الاعلام: ١٩١/٤.

(٤) ابن قدامة - المغني: ٣٩٣/٤.

(٥) المرغيناني - الهداية: ٣٢٨/٦.

المشتري خزانة المحكمة، وشرط المدني العراقي أن يكون هذا التصرف بإذن من المحكمة^(١).

كما وأن القانون التجاري العراقي وقانون التجارة الكويتي منعاً المفلس من إدارة أمواله والتصرف فيها من يوم صدور حكم إشهار الإفلاس. وكذلك الأموال التي تؤول ملكيتها له وهو في حالة الإفلاس^(٢).

ثالثاً- الشريعة والقانون يحفظان حق الدائن:

إن الغرض من هذا المنع سواء أكان في الشريعة، أم في القانون هو صيانة حق الدائن في مال مدينه تمهيداً لاستخلاصه له منه وردّه عليه. ولذا فإن الحجر على المدين في الشريعة نظام مزدوج الغرض... ففي الوقت الذي هو وسيلة لحماية حقوق الدائنين في مال المدين، وذلك بمنعه عن التصرف فيه، بكل التصرفات الضارة بهم، فهو وسيلة تمكن الدائنين من الوصول الى حقوقهم في مال المدين، وذلك ببيع ماله واستيفائها من ثمنه.

(١) نص المادة (٢٥٨) مدني مصري: «(١) يجوز للمدين أن يتصرف في ماله ولو بغير رضا الدائنين، على أن يكون ذلك بثمن المثل، وإن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع، (٢) فإذا كان الثمن الذي يبيع به المال أقل من ثمن المثل، كان التصرف غير سار في حق الدائنين، إلا إذا أودع المشتري فوق الثمن الذي اشترى ما نقص من ثمن المثل». ويراجع المادة (٢٧٧) مدني عراقي فهي لا تختلف عن الفقرة الأولى من المادة (٢٥٨) مدني مصري إلا أنها قيدت جواز التصرف بشرط اذن المحكمة.

(٢) جاء في المادة (٦٠٣) من قانون التجارة العراقي ما يلي:

« ١ - يمنع المفلس بمجرد صدور حكم إشهار الإفلاس من إدارة أمواله والتصرف فيها وتعتبر التصرفات التي يجريها في يوم صدور حكم الإفلاس حاصلة بعد صدوره.

٢ - إذا كان التصرف مالياً ينعقد ولا ينفذ في حق الغير إلا بالتسجيل، أو غيره من الاجراءات فلا يسري على جماعة الدائنين إلا إذا تم الإجراء قبل صدور حكم الإفلاس.

٣ - ولا يحول منع المفلس من إدارة أمواله والتصرف فيها دون قيامه بالإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوقه». وتنص الفقرة الأولى من المادة (٦٠٧) تجاري عراقي على ما يلي: «يشمل منع المفلس من الإدارة والتصرف جميع الأموال التي تكون ملكاً للمفلس في يوم صدور حكم إشهار الإفلاس والأموال التي تؤول إليه ملكيتها، وهو في حالة الإفلاس...»

وراجع المادة (٨٢٥ و ٨٢٦) تجارة كويتي فهما لا تختلفان عن سابقتهما.

ولذلك اعتبر الفقهاء المسلمون بيع مال المدين جبراً عليه في الدين نوعاً من الحجر، أو أثراً من آثار الحجر على المدين المفلس. كما نراهم لم يفصلوا بين وسائل حماية الدائنين من تصرفات مدينهم الضارة بحقوقهم، وبين وسائل استخلاص هذه الحقوق منه.

كما هو شأن القانون الوضعي في هذا الفصل. ذلك لأن المشرع الوضعي قد فصل بين وسائل حماية الدائن من مدينه، متى سلك هذا المدين أو أراد أن يسلك - سلباً أو إيجاباً - مسلكاً ضاراً بدائنيه، وبين تنفيذ الدائن بطريق القضاء - على أموال المدين اقتضاءً لحقه، فعالج الأولى في قانونه المدني باعتبارها وسائل ضمان تتأدى فيها حقوق الدائنين، لأنها ترمي في مجموعها الى المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين في مال مدينهم تمهيداً لاستيفائها منه.

وعالج الثانية في قانون المرافعات^(١) باعتبارها وسائل تحفظية يتخذها الدائن بالنسبة الى حقه الذي يريد التنفيذ به للمحافظة عليه من السقوط، أو يتخذها بالنسبة إلى أموال المدين للمحافظة عليها من الضياع، ووسائل تنفيذية ترمي الى تمكين الدائن من استيفاء حقه عن طريق الحجر على أموال المدين وبيعها في المزاد العلني^(٢).

ومن الوسائل التي جاء بها التقنين المدني، وجعلها تحت تصرف الدائن ليحافظ بها على ابقاء أموال المدين في ذمته لكي يستطيع أن ينفذ عليها لاقتضاء حقه، هي «دعوى البوليصة» وهي: دعوى يستطيع الدائن بواسطتها أن يطلب عدم نفاذ تصرف

(١) إن قانون المرافعات المدنية والتجارية نظم الإجراءات التنفيذية الرامية إلى استخلاص حقوق الدائنين من أموال المدين وتمثل هذه الإجراءات في التنفيذ بحجر المنقول لدى المدين وبيعه، وفي حجر ما للمدين لدى الغير، وفي التنفيذ على العقار بنزع ملكيته. ويشترط في لجوء الدائنين إلى استعمال هذه الإجراءات ضد المدين أن يكون حقهم قد وصل إلى مرتبة كبيرة من القوة. إذ يجب أن يكون حقهم ثابتاً بسند رسمي عليه صيغة التنفيذ، أو أن يتضمن حكماً واجب التنفيذ، أي أن يكون الحكم قد وصل إلى درجة الثبات أو مشمولاً بالنفاذ العاجل. وراجع السنهاوري - الوسيط: ٢ / ٩٣٨-٩٣٩ و ٥٢٥ طبع دار النشر للجامعات المصرية سنة ١٩٥٦.

(٢) د. الخطيب - الحجر على المدين: ٢٤٣ هامش ١.

اجرى عقده المدين اضراراً به في حقه - أي الدائن - لكي يتمكن من أن ينفذ بدينه على المال الذي ورد عليه التصرف، كما جاء في المادة (٢٣٧) مدني مصري^(١) التي تطابقها (٢٦٣) مدني عراقي.

أما ما يقابل هذه الدعوى في الفقه الاسلامي، فهو اجراء منع المدين عن التصرف في أمواله بما يضر بمصلحته الدائنين، قبل أن يفلسه الحاكم، وهذا هو نوع من الحجر.

وترى بعض المصادر الحديثة: بأن الفقه الأجنبي الحديث قد أقر أيضاً هذا المبدأ الذي قرره الشريعة الاسلامية، فقد اعتبر تصرفات المدين المعسر في أمواله للاضرار بحقوق الدائنين غير نافذة عليهم، فلكل من الدائنين حق اقامة الدعوى بطلب عدم سريانها بالنسبة اليهم، ولذلك جاءت المادة (١١٦٧) من القانون المدني الفرنسي، ويسمون هذه الدعوى بالدعوى البوليصة نسبة الى الذين قال بها^(٢) ويسميها القانونيون العرب دعوى عدم نفاذ التصرفات^(٣).

الفرع الرابع

هل يجبر المفلس على العمل لوفاء ديونه؟

لو لم تف أموال المفلس لسداد ديونه فهل يلزمه الحاكم بالعمل ليوفر ما يسد به دينه؟

(١) نصت المادة (٢٣٧) مدني مصري على الآتي: «لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، وترتب عليه إعسار المدين، أو الزيادة في اعساره، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها المادة التالية».

(٢) انظر السنهوري - نظرية العقد: ٧٧٧-٨٢٦.

ويرى المرحوم السنهوري في المصدر نفسه: (٧٩٩ / هامش ١) أن «تسمية الدعوى بالدعوى البوليصة المعروف أنها

أولاً - رأي الفقهاء:

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

الأول: الالتزام بالعمل:

فللحاكم أن يلزم المدين - في حالة عدم وفاء أمواله وديونه - بالعمل ليسد ما عليه من حق الغرماء، وإلى هذا القول ذهب الفقه الظاهري^(١) وبعض فقهاء الحنابلة^(٢). كما قال بعض فقهاء المالكية^(٣)، وكذلك بعض فقهاء الامامية^(٤). وأهم أدلتهم:

١ - إن قضاء الدين واجب على القادر مع المطالبة، والمتكسب قادر، فيلزمه العمل. إذ من الممكن أن يؤجر المدين نفسه في كثير من الأعمال ليستفيد ما لا يسد به حق غرمائه، فيجبر عليها في وفاء دينه.

→

تسمية اشتقت من اسم الإمبراطور الروماني الذي كان أول من أدخلها، وأن كانت صحة هذه التسمية وأنها كانت مستعملة في القانون الروماني أصبح الآن محل شك كبير».

(٣) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ٢ / ٨٠٨ هامش ١.

(١) قال ابن حزم في (المحلى: ٨ / ٢٠٠): «ومنع الذي له الحق من تعجيل حقه مطل وظلم. ثم ترك من صح افلاسه لا يؤجر لغرمائه مطل وظلم فلا يجوز شيء من ذلك، وهو مفترض عليه إنصاف غرمائه وإعطائهم حقهم، فإن امتنع عن ذلك وهو قادر عليه بالإجارة أجبر على ذلك».

(٢) قال ابن قدامة في (المغني: ٤ / ٤٠١): «القول الثاني) يجبر على الكسب... لأن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) باع سرقاً في دينه... والحر لا يباع. ثبت أنه باع منافعه... ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها. وتحريم أخذ الزكاة، وثبوت الغني بها فكذلك في وفاء الدين منها، ولأن الإجارة عقد معاوضة فجاز إجباره عليها كبيع ماله في وفاء الدين منها، كإجارة أم ولده؛ ولأنه قادر على وفاء دينه فلزمه. كمالك ما يقدر على الوفاء».

(٣) قال المواق في (التاج والاكلیل: ٤ / ٤٢): قال اللخمي: «إن المدين صانعاً يداين ليقضي من عمله. فإن أمطل أجبر على العمل، فإن أبى استؤجر في صنعته».

(٤) ويرى العاملي في (مفتاح الكرامة: ٥ / ١٦) أن الواجب على المدين السعي في قضاء الدين. ويقول: «وظاهر إطلاقهم (أي الشيخ الطوسي في النهاية وابن ادریس في السرائر) وجوب السعي بالتكسب. وفي الدروس (للشهيد الأول) أنه يجب عليه التكسب بما يليق به - أي المديون - ولو كان بإجارة نفسه».

٢ - لو لم يلزم المدين بالتكسب، لزم منه اضرار الدائن بأمواله ودفع الضرر واجب^(١).

الثاني: عدم الالتزام بالعمل:

فالحاكم لا يمكنه أن يلزم المدين بذلك من أجل سداد حق غرمائه والى القول ذهب جمهور الفقهاء^(٢)، مستدلين بما يلي:

١ - أن الله سبحانه وتعالى أمر بملاحظة المعسر، والرفق به، فقد جاء في الآية الكريمة: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة﴾^(٣) والأمر بالتكسب ينافي صريح الآية الشريفة.

٢ - ما روي عن أبي سعيد الخدري^(٤): «إن رجلاً أصيب في ثمار ابتاعها، وكثر دينه، فقال النبي (صلى الله عليه وآله وسلم): تصدقوا عليه: فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه. فقال النبي (صلى الله عليه وآله وسلم): «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»^(٥).

٣ - ما ذكر من أن امرأة اشتكت زوجها عند الامام علي (عليه السلام) بأنه لا ينفق

(١) يراجع لزيادة الاطلاع على الادلة: ابن قدامة: - المغني: ٤٠٠-٤٠١ / ٤ والعاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٧.

(٢) يراجع: السرخسي - المبسوط: ٢٤ / ١٦٤ والمرغيناني - الهداية: ٧ / ٣٢٧-٣٢٨ وابن قدامة - المغني: ٤ / ٤٠٠ والرافعي - فتح العزيز: ١٠ / ٢٢٣ - ٢٢٤ وابن المرتضي - البحر الزخار: ٦ / ٨١ والحيمي - الروض النضير: ٣ / ٤٤٧-٤٤٨ والعاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٦-٧ وابن فرحون - تبصره الحكام: ٢ / ١٥٢ المطبعة البهية ١٣٠٢ والمواق - التاج والاكلیل: ٤ / ٤٢.

(٣) سورة البقرة - آية: ٢٨٠.

(٤) سعد بن مالك بن سنان الخدري، الانصاري، الخزرجي، أبوسعيد، صحابي غزا مع رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) اثنتي عشر غزوة، وروى عنه أحاديث كثيرة، توفي عام ٧٤هـ بالمدينة. ترجمة الزركلي - الاعلام: ٣ / ١٢٨.

(٥) رواه، مسلم - كتاب البيوع / باب (استحباب الوضع من الدين): ١ / ٦٨٠ وباختلاف بسيط رواه أيضاً ابن ماجه - السنن: كتاب الأحكام / باب (تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه) ٢ / ٧٨٩.

عليها، وكان زوجها معسراً، فأبى أن يحبسه، وقال: ﴿إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾^(١). ولو كان التكسب واجباً لأمر به النبي (صلى الله عليه وآله وسلم)، والامام علي في هاتين القضيتين^(٢).

٤ - إن المنافع لا تجري مجرى المال في جميع الأحكام. ولهذا لا يمكن اعتبار منافع المفلس من الأموال التي تؤول لصالح الغرماء، كي يؤمر بالعمل والتكسب^(٣).

ثانياً - الرأي المختار:

ورغم أن أدلة الرأي الثاني فيها من المتانة والاعتبار ما يرجحها على الرأي الأول. لكن من جهة أخرى فإن حفظ حقوق الغرماء أمر يدعو اليه الشرع والوجدان. غير أننا لا نستطيع أن نأخذ القول بالعمل كمبدأ نلزم به كل مدين، إذ يستوجب منه العسر والخرج، و ﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٤). والالزام بالعمل - إذا لم يكن من شأنه العمل - تكليف بأكثر مما هو مقدور.

لذا - واستناداً الى الآية الكريمة ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة﴾ - نرجع أمر العمل الى حال المفلس. «فإن كان العمل مما يليق به»^(٥) «وجرت عادته بالسعي»^(٦) وكانت له القابلية والاستعداد لذلك من جميع جهاته، بحيث لم يضر به ألزمه الحاكم بذلك. وإلا فلا يكلف بأكثر من طاقته ولنا من سيرة الرسول الأعظم (صلى الله عليه وآله وسلم) ما يعضد هذا الرأي. إذ لم يأمر عليه الصلاة والسلام أحداً بالعمل في حالة افلاسه لغرض سداد حقوق الغرماء.

(١) سورة الشرح - آية: ٦.

(٢) العاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٧.

(٣) راجع في تفصيل الأدلة المشار إليها ابن قدامة - المغني: ٤ / ٤٠١، والعاملي - المصدر المتقدم والجزء والصفحة، والشافعي - الام: ٣ / ١٧٩، طبعة الأميرية بولاق ١٣٢١ - ومالك - المدونة الكبرى: ٤ / ١١٩ - ١٢٠، المطبعة الخيرية ١٣٢٤هـ.

(٤) سورة البقرة - آية: ٢٦٨.

(٥) الشهيد الثاني - مسالك الأفهام: ٢ / ٢٤٣.

(٦) العاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٦ عن المحقق الكركي في جامع المقاصد.

المطلب الرابع:

حكم اقرار وتصرفات المفلس

لو أقر المفلس في فترة الحجر عليه بأن ذمته مشغولة لشخص ما بمقدار من المال، سواء لزمه هذا الدين قبل الحجر أم بعده، فهل يؤخذ بهذا الاقرار، وعلى فرض الأخذ، فهل يشارك المقر له الغرماء في المال المحجور لهم؟ ثم ما هو حكم تصرفات المفلس والجزاء المترتب عليها بصورة عامة؟

الفرع الأول

اقرار المفلس وما يترتب عليه

أولاً - من حيث صحة الاقرار:

أ- ذهب جمهور الفقهاء الى قبول وصحة اقرار المدين في حالة الحجر، سواء كان الدين قبل الحجر أو بعده، ما دامت ذمة المقر باقية، وصالحة لاستيعاب الحقوق، وسواء كان الاقرار متعلقاً بمال، أو بعين من الأعيان^(١).

واستدلوا على صحة الاقرار بالآتي:

١ - لعموم: «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(٢). و «المرء مؤاخذ بإقراره» وخاصة مع انتفاء ما يمنع من الأخذ بذلك.

(١) راجع: الرفعي - فتح العزيز: ١٠ / ٢٠٧ وابن قدامة - المغني: ٤ / ٣٩٣ وابن مودود الموصلي - الاختيار: ٢ / ٩٩ والعاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٣٢١ والدردير - الشرح الصغير: ٣ / ٣٥٥.

(٢) قال الحر العاملي في (وسائل الشيعة: ١٦ / ١١ كتاب الأقرار / باب ٣): «روى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال

- ٢ - إن الاقرار يختلف عن الانشاء، فقد قيل ببطلان الانشاء رأساً فلا ينفذ بعد الحجر، لأن الغرض من ابطال التصرف الغاء الإنشاء الموجب لاحداث الملك. أما الاقرار فإنه اخبار عن حق سابق لم يتعلق به الحجر كذلك.
- ٣ - إن الحجر لا يقتضي سلب أهلية العبارة عن المحجور، فإذا تعلق له ببراءة ذمته بالاقرار وجب قبوله منه^(١).
- ب - وقد نقل بعض فقهاء المالكية^(٢) والامامية^(٣) عدم الاقرار في حالة الحجر.

ثانياً - من حيث مشاركة المقر له الغرماء:

ولقد اختلف الفقهاء في أن المقر له هل يشارك الغرماء في المال المحجور الى قولين:

القول الأول - مشاركة الغرماء:

وهو ما ذهب إليه جمهور فقهاء الامامية، وبعضهم اشترط أن يكون المقر له عدلاً^(٤) وكذلك قال به بعض فقهاء الشافعية، وفي رأي بعضهم أنه الرأي الأصح، والأظهر^(٥)،

→ عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: اقرار العقلاء على أنفسهم جائز». وراجع المرحوم الحكيم - مستمسك عروة الوثقى: ١٤ / ٦٠٣-٦٠٤، والمرحوم كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ٩٤ / ٤.

(١) انظر مفصل الأدلة في العاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٣٢١.

(٢) ذكر ابن رشد في (بداية المجتهد: ٢ / ٢٨٢): «ولا يجوز إقرار بدين في ذمته لقريب، ولا لبعيد. وقيل: إلا أن يكون لواحد منهم بيّنة».

(٣) نقل العاملي في (مفتاح الكرامة: ٥ / ٣٢١) «عن... فخر الإسلام (ولعله فخر المحققين محمد بن الحسن الحلبي) في شرح الارشاد عن بعض الأصحاب أنه لا يصح إقراره مطلقاً كالسفيه».

(٤) انظر العلامة الحلبي - تحرير الاحكام: ١ / ٢١٢ ط حجرية، والعاملي مفتاح الكرامة: ٥ / ٣٢٢.

(٥) راجع: الرافعي - فتح العزيز: ١٠ / ٢٠٥-٢٠٦ والشربيني - مغني المحتاج: ٢ / ١٤٨.

وقول لمالك^(١). واستدلوا بما يلي:

١ - إن لفظ الغريم عام يشمل القديم والجديد، اللهم إلا أن يكون هناك مخصص يصرفه إلى أحد المعنيين في هذا الشأن^(٢).

٢ - إنه اقرار عن دين ثابت مضاف إلى ما قبل الحجر فيشارك صاحبه الغرماء كما لو ثبت ببينه^(٣).

القول الثاني - عدم المشاركة:

ولقد ذهب الى هذا الرأي جمهور الفقهاء . وقالوا: إن الاقرار ملزم للمدين بعد انقضاء الدين عليه، ولم يشارك الغرماء المال المحجور عليه^(٤).
واستدلوا على ذلك:

١ - إن المال المحجور عليه صار بسبب الحجر عليه للغرماء والغريم الذي يحصل بعد الحجر لا يشاركهم بذلك، لأن اقرار المفلس نافذ على نفسه لا على غيره وهم الغرماء.

٢ - إننا لو قلنا اقرار المدين على الغرماء، لأحدث ضرراً عليهم، وظلماً لهم، وكل ذلك يجب دفعه.

٣ - إن المفلس محجور عليه، فلم يصح اقراره في ما حجر عليه كالسفيه وكالراهن يقر على الرهن.

(١) الصاوي - حاشيته على الشرح الصغير - للدردير: ٣ / ٣٥٥.

(٢) راجع: الرافعي - فتح العزيز: ١٠ / ١٠٦ والعاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٣٢٢.

(٣) ابن قدامة - المغني: ٤ / ٣٩٣.

(٤) انظر: المدونة الكبرى - للإمام مالك: ٤ / ٤٩٠ المطبعة الخيرية مصر ١٣٢٤هـ والرافعي - فتح العزيز: ١٠ / ٢٠٦

وابن قدامة - المغني: ٤ / ٣٩٣ وابن مودود الموصلي - الاختيار ٢ / ٩٩ وابن المرتضي - البحر الزخار: ٦ / ٩١

والدردير - الشرح الصغير: ٣ / ٣٥٥ والعاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٣٢٢ والأصبهاني - وسيلة النجاة: ٢ / ١٩٧

بحث حجر المفلس مسألة ٥ والنجفي - جواهر الكلام كتاب المتاجر - بحث المفلس: ٤.

٤ - إن المفلس - لأول وهلة - متهم باقراره، فلربما واطأ المقر له من أجل الاضرار بالغرماء وحرمانهم من حقوقهم، أو محاولة اسقاطها من المال الموجود^(١).

ثالثاً - الموازنة:

وعند الموازنة بين القولين وأدلتهما اختار القول الثاني، وهو عدم نفاذ الاقرار على الغرباء، ومشاركتهم في المال المحجور عليه، لما يلي:

أولاً - مع التسليم بجواز اقرار العقلاء على أنفسهم، لكن ليس بشرط مشاركة المقر له الغرماء في المال المحجور، إذ يمكن إلزامه بذلك بعد زوال الحجر.

ثانياً - المنع من القول بأن الاقرار كالبينة، لأن هذه الملازمة المطلقة غير واردة، كما لو فرضنا أن البينة قامت على الشخص، فلا يقبل الاقرار عند ذاك. فالقاعدة ليست كلية^(٢) بأن الاقرار كالبينة فإن ثبت الاقرار شارك الغرماء.

ثالثاً - إن الراهن لو أقر بسبق رهن لآخر، أو بيعه إياها لا يسمع في حق المرتهن، فكذلك الاقرار بطريق أولى أن لا يؤثر في حق الغرماء المحجور لهم المال.

رابعاً - إن تعلق حق الغرماء بمال المفلس أقوى من تعلق حق المرتهن بمال الراهن لثبوت الحجر هنا بصريح حكم الحاكم بخلاف المرتهن بمال الراهن^(٣) فلا يتعدى غير الذين حجر لهم من الغرماء.

(١) لزيادة الاطلاع على أدلة القائلين بعدم المشاركة راجع: الرافعي - فتح العزيز: ١٠ / ٢٠٦ وابن قدامة - المغني: ٤ / ٣٩٣ والشهيد الثاني - مسالك الأفهام: ٢ / ٢٢٨ والشربيني - مغني المحتاج ٢ / ١٤٨ وابن مودود الموصلي الاختيار: ٢ / ٩٩.

(٢) انظر الفرق بين الإقرار والبينة وأثرهما في كتاب العروة الوثقى للطباطبائي اليزدي: ٢ / ٤٨-٤٩ مطبعة الحيدري - طهران ١٣٧٧هـ.

(٣) قال المحقق الكركي في (جامع المقاصد - كتاب الحجر - من غير رقم):

«وهل ينفذ - ويريد إقرار المدين المحجور - على الغرماء؟ اشكال ينشأ من تعلق حقهم بماله كالمرتهن ومن مساواة الإقرار للبينة، ولا تهمة فيه لا ريب إن تعلق حق الغرماء بمال المفلس أقوى من تعلق حق المرتهن بمال الراهن لثبوت الحجر هنا بصريح حكم الحاكم بخلافه هناك، فكما أن الراهن لو أقر بسبق رهن العين لآخر، أو بيعه إياها لا يسمع في حق المرتهن فهنا كذلك بطريق أولى. ونمنع مساواة الاقرار للبينة في جميع الأحكام. -»

ثالثاً - موقف التشريعات المدنية:

أما موقف التشريعات المدنية من هذه المسألة فنرى انفراد القانون المدني العراقي في الاشارة بصورة واضحة لهذا الموضوع ، فقد نصت المادة (٢٧٠) منه على أنه متى توافرت الشروط اللازمة للحجر على المدين وراجع غرماؤه المحكمة «في حجره من التصرف في ماله، أو إقراره بدين لآخر حجرتة المحكمة» كما أشارت المادة (٢٧٤) من القانون المذكور بأنه «إذا أقر المحجور بدين فلا يعتبر إقراره ...». وعلق الأستاذ حسن ذنون على ما تقدم بقوله: «ويترتب على هذا أنه إذا أقر المدين المحجور عليه بدين لآخر فإن اقراره هذا لا ينفذ في حق الدائنين»^(١).

الفرع الثاني

الجزاء المترتب على تصرفات المفلس

بعد العرض الموجز لموضوع المفلس انتهينا إلى أن تضيق مدى أهلية أدائه بالحد من جانب تصرفاته المالية التي تخص مصلحة غرمائه - في حالة تراكم ديونه وتجاوزها حدود ما يملك - ومن ثم تعيب إرادته بسبب هذا العامل الخارجي الذي

→
والتهمة على الغرماء موجودة لأنه يريد إسقاط حقهم. وتخيل أن ضرر الاقرار في حقه أكثر منه في حق الغرماء - لأنه أثبت في ذمته مالا للغير ولا يثبت أحد في ذمته مالا للشخص كذباً فراراً من أداء مال ثابت فتنفي التهمة - ضعيف، لإمكان المواطأة بينهما بقصد اضرار الغرماء بتأخير حقوقهم ووقوع ذلك كثيراً. والأصح عدم النفوذ عليهم». ولزيادة الاطلاع، انظر: العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٢ / ٥٣ والشهيد الثاني - مسالك الأفهام: ٢ / ٢٣٨ والعاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٢٢٢ والنجفي جواهر الكلام - كتاب المتاجر - بحث التفليس ص ٤.

(١) الدكتور حسن ذنون - شرح القانون المدني العراقي - احكام الالتزام ١٢٢ ف١٠٦ مطبعة المعارف - بغداد - ١٩٥٢.

أصبح يحول بين تحقيق رغباته حفاظاً ورعاية لحقوق الآخرين التي تعلقت بأمواله.
تأسيساً على تعيب إرادته.

ولكن لو خالف وأجرى تصرفاً ما، فما هو الجزاء الذي يترتب على تصرفاته؟

أولاً - رأي الفقهاء:

اختلف الفقهاء في ذلك:

الأول - القول بالبطلان:

ولقد ذهب قسم من الفقهاء إلى القول ببطلان تصرفات المفلس في حالة الحجر عليه واعتبار الآثار المترتبة على تصرفه غير شرعية، وإن أعقبتها إجازة الغرماء لها^(١).

(١) قال الشيرازي في (المهذب: ١ / ٣٢١): «فإن تصرف المحجور عليه المفلس في المال بالبيع، والهبة والعق ففيه قولان: ... الثاني: لا يصح وهو الصحيح، لأنه حجر ثبت بحكم الحاكم فمنع من التصرف في المال. ويخالف حجر المريض، لأن الورثة لا تتعلق حقوقهم بماله إلا بعد الموت، وههنا حقوق الغرماء تعلقت بماله في الحال، فلم يصح تصرفه فيه كالمرهون».

وقد ذهب الرافعي في (فتح العزيز: ١٠ / ٢٠٤) إلى نفس الرأي، وقال عنه: إنه أصح الرأيين، ثم قال: «واختار المزمي (من فقهاء الشافعية) انه لا يصح شيء منها لتعلق حق الغرماء بتلك الأموال كتعلق حق المرتهن».

وقال ابن قدامة في (المغني: ٤ / ٢٩٣): «ومتى حجر عليه (أي المفلس) لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله. فإن تصرف ببيع أو هبة أو وقف أو أصدق امرأة ماله، أو نحو ذلك لم يصح... ولنا: انه محجور عليه بحكم حاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه، ولأن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالمرهونة. فأما إن تصرف في ذمته فاشترى أو اقترض أو تكفل صح تصرفه لأنه أهل التصرف. وإنما وجد في حقه الحجر. والحجر إنما يتعلق بماله لا بذمته».

وقال المحقق الحلي في شرائع الاسلام: ٢ / ٨٩-٩٠): «ويمنع المفلس من التصرف - احتياطاً للغرماء - فلو تصرف كان باطلاً سواء كان بعوض كالبيع والاجارة، أو بغير عوض كالعتق والهبة» وراجع: الشهيد الثاني - مسالك الأفهام: ٢ / ٢٣٨.

ويقول العاملي في (مفتاح الكرامة: ٥ / ٢١٦): «إذا صادف تصرفه (المدين) عين المال بالاتلاف بالمعاوضة كالبيع

←

واستدلوا على ما ذهبوا إليه:

١ - إن عبارة المفلس لا تختلف عن عبارة الصبي، وكما أن عبارة الصبي لا يؤخذ بها فكذا المحجور عليه، فلا تصح التصرفات منهما على وجه، لأنهما سلبت أهليتهما.

٢ - إن حقيقة الحجر هو المنع من التصرف في ما يتعلق بالمحجور عليه، ومقتضى هذا انعدام أثر تصرفات المفلس، لأنها مؤدية إلى البطلان محافظة على حقوق الغرماء التي تعلقت بأعيان ماله. فلم يصح تصرفه فيها، وإذا حدث فتكون باطلة.

٣ - إن الحجر على المدين يجعله غير ذي ولاية كالفضولي - بناءً على القول بأن تصرفات الفضولي باطلة^(١) - لأن عدم الولاية يترتب عليه بطلان تصرفاته لا عدم نفاذها أو وقفها على الاجازة، لأن الولاية عندهم شرط في الانعقاد، لا في النفاذ، وعدم ترتب شرط الانعقاد يترتب عليه البطلان^(٢).

الثاني - القول بوقف التصرف على الاجازة:

وقد قال بجواز تصرف المفلس المحجور عليه في ماله قسم من الفقهاء إلا أنهم

→ والاجازة أو بغير معاوضة كالهبة والعق والكتابة، أو بالمنع من الانتفاع كالرهن ففي المبسوط والخلاف والتحرير والإيضاح انه يبطل وهو المحكي عن أبي علي (الطبرسي) لأنه ممنوع منه على وجه سلبت أهليته، وكانت عبارته كعبارة الصبي فلا يصح وإن لحقته الاجازة، وهذا هو المناسب للحجر، فإن معنى قول الحاكم حجرت عليك أو منعتك من التصرف معناه تعذر وقوع هذه العقود منه.

(١) اختلف الفقهاء في حكم العقد الذي يوقعه الفضولي، وانتهت أقوالهم إلى ثلاثة: منها القول بالبطلان مطلقاً، وإليه ذهب بعض الامامية وهو قول للشافعية وأكثر الحنابلة وبعض المالكية، وابن حزم الظاهري، وبعض الزيدية. انظر الأقوال بصورة مفصلة في كتاب «عقد الفضولي في الفقه الإسلامي» - د. السيد عبدالهادي الحكيم: ٦٩-٧٢ طبع مطبعة الآداب النجف ١٩٥٧ (رسالة ماجستير).

(٢) راجع الشيرازي - المذهب: ١ / ٣٢١ والرافعي - فتح العزيز: ١٠ / ٢٠٤، وابن قدامة - المغني: ٤ / ٣٩٣ والعاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٣١٦، ومن المصادر الحديثة: الدكتور عبدالرزاق حسن فرج - نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي: ٣٥٢-٣٥٣ / طبع المطبعة العالمية - القاهرة ١٩٦٩.

اشترطوا إجازة الغرماء^(١) باعتباره تصرفاً موقوفاً.

واستدلوا على ذلك بالآتي:

١ - مفاد الحجر على المدين منعه من نفاذ تصرفه القولي، وهذا لا يقتضي بطلان التصرف، وإنما يتوقف على إجازة الغرماء. لأن الحجر لمصلحتهم ورعاية لحقوقهم، ولذا فإن الحق لهم في إجازته أو أبطاله.

٢ - إن المحجور عليه لم يكن بأقل من حال السفيه. ومع ذلك فإن تصرفات السفيه تصح بإجازة الولي، فلماذا لا يكون تصرف المفلس متوقفاً على إجازة غرمائه.

٣ - لماذا لا يكون المحجور عليه بالدين كالفضولي يجمعهما أن كلا منهما ليس له

(١) قال الشافعي في (الأم: ٣ / ٢١٠ / الطبعة الثانية ١٣٩٢ أوفست دار المعرفة بيروت): «شراء الرجل وبيعه وعتقه واقراره... جائز كله عليه مفلساً كان أو غير مفلس وإذا دين كان أو غير ذي دين... لا يرد من ذلك شيء، ولا مما فضل منه، ولا إذا قام الغرماء عليه حتى يصيره إلى القاضي... وينبغي إذا صيره إلى القاضي أن يشهد على أنه قد أوقف ماله عنه. فإذا فعل لم يجز له حينئذ أن يبيع من ماله، ولا يهب ولا يتلف، وما فعل من هذا ففيه قولان: أحدهما أنه موقوف...».

وقال الدردير في (الشرح الكبير: ٣ / ٢٢٨): «فمنع المفلس - بالمعنى الأخص - من تصرف مالي كبيع وشراء وكراء أو اكتراء ولو بغير محاباة... فان وقع التصرف لم يبطل، بل يوقف على نظر الحاكم أو الغرماء». وراجع شرح الدسوقي على (الشرح الكبير نفس الموقع المتقدم) إذ يقول «إذا حصل من المفلس تصرف مالي فلا يبطل، بل يوقف على نظر الحاكم إن شاء رده وإن شاء أمضاه».

وقال العاملي في (مفتاح الكرامة: ٥ / ٢١٦-٢١٧) «وأما الإيقاف فقد نفى عنه البأس (العلامة الحلبي) في التذكرة وقال (الفاضل الكركي) في جامع المقاصد: فيه قوة. وفي المسالك (للشهيد الثاني) لعله أقوى، والوجه فيه أنه لا يقصر عن التصرف في مال الغير فيكون كالفضولي. وحينئذ فلا ينافيه منعه من التصرف المنافي لحق الغرماء، إذ لا دليل على إرادة غيره ولا عن عبارته لا تقصر عن عبارة السفيه المحجور عليه. مع صحة تصرفه إذا لحقته إجازة الولي فلو كان الحجر يقتضي المنع من التصرفات، وسلب الأهلية لسقط به اعتباره عبارة السفيه. فعلى هذا إذا أجاز الغرماء نفذ». وقال ابن المرتضى الزبيدي في البحر الزخار: ٦ / ٢٩٠: «ولا ينفذ منه (المدين) في ما يتناوله الحجر تصرف، إذ قد تعلق به حق الغرماء لقوله عليه الصلاة والسلام: «خذوا ما وجدتم» وكالرهن. وفي المذهب هو موقوف على فك الحجر، أو إجازة الغرماء، أو الحاكم».

وقال المرغيناني: «ومنعه (القاضي) من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء، لأن الحجر على السفيه إنما جوزه (أبويوسف ومحمد) 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 عنه». وجاء في حاشيته الشلبي على (تبين الحقائق - للزليعي: ٥ / ١٩٠ / مطبوعة بهامش تبين الحقائق - الطبعة الأولى الأميرية - بولاق ١٣١٤هـ): «فإن تصرف المدين المحجور بالبيع - مثلاً - كان تصرفه غير نافذ».

حق التصرف شرعاً، وعدم الولاية يترتب عليه وقف نفاذ التصرف لا بطلانه، لأن الولاية شرط من شروط النفاذ، لا شرط انعقاد.

٤- إن تصرف المحجور عليه لا يختلف عن تصرف المريض الذي عليه ديون في صحته، فكل تصرف منهما ينعقد موقوفاً على إجازة الغرماء. والحكمة من الوقف في الحالتين هو تعلق حق الغير بالشيء المتصرف فيه^(١).
هذا كله على فرض إجازة الغرماء. لكن في حالة عدم الإجازة فماذا سيكون الموقف؟

يقول الفقهاء: إن لم تف أموال المفلس بديونه، وكان متعدداً بطل الأضعف فالأضعف. فلو كان قد تصرف ببيع وكتابة وهبة، ورهن، وعتق، ووقف، أبطل الرهن أولاً والهبة، لأنهما أضعف من الباقي باعتبار جواز الرهن من جانب المرتهن، وكون الهبة موضوعة على الجواز، ثم البيع والكتابة، لأنهما وإن كانا لازمين من الطرفين إلا أن العتق أقوى منهما لكونه في نظر الشارع على التغليب. ولا يبعد أن يكون الوقف بمنزلة العتق، لأن كلاهما لا يقبل الفسخ بخلاف باقي العقود^(٢).
وذكر الشيرازي قائلاً: «قال أصحابنا: وعلى هذا ينقضي من تصرفه الأضعف فالأضعف، فأضعفها الهبة لأنه لا عوض فيه، ثم البيع لأنه لا يلحقه الفسخ، ثم العتق لأنه أقوى التصرفات، ويحتمل عندي أنه يفسخ الآخر فالآخر، كما قلنا في تبرعات المريض إذا عجزت عنها الثلث»^(٣).

الثالث - الرأي المختار:

وعند ملاحظة القولين وأدلتهما يترجح لنا القول بجواز نفاذ تصرف المفلس بعد إجازة الغرماء أو الحاكم، فبالإضافة إلى قوة أدلتهم، نضيف الآتي:

(١) انظر: الام - للشافعي: ٣ / ٢١٠ والشيرازي - المهذب: ١ / ٣٢١ والعاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٢١٦-٣١٧.

(٢) العاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٣١٧.

(٣) الشيرازي - المهذب: ١ / ٣٢١.

١- إن القول بالوقف يحقق الحماية للدائنين ويهدف إلى منع المدين من التصرف في ماله على وجه يضر بحقوقهم.

٢- إن دعوى عبارة المحجور عليه، كعبارة الصبي، قياس مع الفارق، لأن المفلس في حالة الحجر قد حدث جزءاً من أهليته المالية رعاية لحقوق الغرماء، ولذا فهو يستطيع ممارسة ما يعود له كأى إنسان سوي بخلاف الصبي والمجنون فان الأهلية فيهما منعدمة.

٣- إن تعامل المفلس لا يختلف عن تصرف الفضولي والمريض، والسفيه وأمثال ذلك، ولا أولوية لبعض على بعض بشيء من اعتبارات التقدم والتأخر، أو القوة والضعف، لأن هذه العقود كلها موقوفه غير نافذة إلا بإجازة^(١).

ثانياً- موقف القانون

أما بالنسبة للتشريعات المدنية الحديثة فانها أيضاً عالجت هذه المسألة ولم تتركها دون بحث، وفي نظري أن القانون المدني العراقي كان أوضح من المدني المصري في معالجته لهذا الموضوع، فقد نصت المادة (٢٧٦ / مدني عراقي) على أنه «يجوز للمدين المحجور عليه، بموافقه 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 للأجراءات المقررة».

كما نصت المادة (٢٧٧ / مدني عراقي) على أنه «يجوز للمدين بإذن من المحكمة أن يتصرف في ماله ولو بغير رضا الدائنين، على أن يكون ذلك بضمن المثل، وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفي الدائنون منه حقوقهم».

من نص هاتين المادتين نفهم أن القانون المدني العراقي ربط تصرف المدين

(١) انظر: العاملي - مفتاح الكرامة: ٣١٦/٥ - وابن قدامة - المغني: ٢٩٢/٤ والشيرازي - المذهب: ٢٢٨/١ ود. فرج - نظرية العقد الموقوف: ٣٥٣.

المفلس المحجور عليه بموافقة ذوي الشأن في ماله المحجور عليه لصالحهم وهم الغرماء، أو المحكمة التي تمثل الحاكم، ومعناه أن أي تصرف من المدين في أمواله المتعلقة بحقوق الغرماء يبقى موقوفاً، ولا ينفذ إلا إذا اقترن برضا الدائنين أو الحاكم. أما المدني المصري فقد اكتفى بالقاعدة التي تضمنتها المادة (٢٣٤ ف ١) وهي التي تنص على أن «أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بدينه» وهذه العمومية تفيد منع المدين من التصرف بأمواله المحجور عليها لغرمائه لأنها أصبحت من حقهم، فإذا تصرف بها من دون أخذ موافقتهم توقفت على رضائهم؛ وإلا فتعتبر غير نافذة وباطلة.

المطلب الخامس:

انتهاء الحجر الواقع على المفلس

إن الحجر على المفلس وضع غير طبيعي تمليه ظروف استثنائية خاصة يرتفع بزوال أسبابه، لأن الأصل أن يكون الشخص حراً يمارس كافة صلاحياته. وفي حالة البحث عن أسباب زواله، فهو إما أن يكون عن طريق الدائنين أو الحاكم.

الفرع الأول

في ما يتعلق بالدين

أ- في الوفاء أو ما يشبه الوفاء:

فإذا كانت الديون قد سددها أموال المدين المحجور عليها بعد تصفيتها أو أنه فك الديون التي عليه بلون أو آخر، كما لو أبرأ الدائنون مدينهم من الدين الذي لهم عليه،

أو وهبوه إياه، أو تصدقوا به عليه فإن الحجر ينتهي أثره، وبالتالي يرتفع لزوال السبب الذي فرضه.

ب - في حالة عدم الوفاء:

وفي حالة عدم الوفاء بصورة شاملة، بأن عجزت أمواله المحجورة بعد تصفيتها عن الوفاء.

فإن جمهور الفقهاء لا يجيزون الحجر على مدين معدم، وأن الحجر يقتصر على المال الموجود في حالة الحجر، فإذا قسم بين الغرماء بالتساوي^(١) فإن سبب الحجر يزول^(٢).

وإن كان هناك قول للامامية يرجع رفع الحجر إلى الحاكم في حالة عدم شمول أموال المحجوز لوفاء كافة ديونه، كما يقول العاملي: «لا داعي إلى تركه محجوراً عليه، بل يذهب إلى من حجر عليه، إذ المفروض وجوده والتمكن منه، ثم هو الذي نادى عليه، وأعلن وأشهد بالحجر عليه، فإن لم ينقض هو ذلك لم يعامله معاملة واستصحبوا الحجر. ثم إن الحجر يشمل المتجدد بالاحتطاب وشبهه، وأيضاً من أقسامه من لا مال له أصلاً فلو رفع الحجر عنه لانتفاء المال وجب أن لا يصح الحجر على من لا مال له إلا أن يقال: إن الحجر في هذا القسم لا يرتفع إلا بفك الحاكم عندما يقتضيه نظره واجتهاده. وبالجمله فإن كان اجماع، وإلا فللنظر مجال»^(٣).

(١) المقصود بالتساوي هو أن الغرماء كلهم في درجة واحدة لا يقدم بعضهم على البعض من غير مسوغ شرعي، أما بالنسبة للديون فتقسم أثمان مال المبيع بين الغرماء بالمحاصة. يراجع: الخطيب - الحجر على المدين: ٥٩٤ - ٦٠١.

(٢) يراجع: الغزالي - الوجيز: ١٠ / ٢١٦ مطبوع مع تكملة المجموع للسبكي وابن قدامة - المغني ٤ / ٤٠٢ والعدوي - حاشيته على شرح الخرشي ٥ / ٢١٠ والشهيد الثاني - مسالك الأفهام: ٢ / ٢٤٦.

(٣) العاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٣٣٧.

الفرع الثاني ما يتعلق بحكم الحاكم

إذا قسمت أموال المحجور عليه على الغرماء، فهل يزول الحجر تلقائياً، بأن يرتفع عن المفلس بصورة طبيعية، أم أنه يحتاج إلى حكم الحاكم فكما أثبت الحجر يرفعه هو أيضاً؟

أولاً - رأي الفقهاء:

للفقهاء في هذه المسألة قولان:

أ - القول بحاجة الرفع إلى حكم الحاكم:

إن الرفع يحتاج إلى حكم الحاكم: وإلى هذا ذهب قسم من فقهاء المالكية، وهو أحد قولي الشافعية، ورأي لبعض فقهاء الإمامية، وأحد قولي الحنابلة^(١).
وحجتهم:

- ١ - أنه ثبت بحكم من الحاكم، ولا يرفع إلا بحكمه أيضاً كالحجر على السفیه.
- ٢ - ولأن فراغ ماله يحتاج إلى معرفة وبحث، فوقف ذلك على الحاكم بخلاف الجنون^(٢).

ب - القول بعدم الحاجة إلى حكم الحاكم:

إن الرفع لا يحتاج إلى حكم. وقال بهذا الرأي: طائفة من فقهاء الإمامية، والقول

(١) راجع: الدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ٢ / ٢٤٣ والشيرازي - المذهب: ١ / ٢٢٧ والشهيد الثاني - مسالك

←

الثاني للشافعية، والحنابلة، ورأي للمالكية، والزيديّة^(١).

وحجتهم:

- ١ - إن الحجر يزول بقسمة ماله، لأنه حجر عليه لأجله، فإذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر فزال الحجر، كزوال حجر المجنون لزوال جنونه.
- ٢ - إن الغرض من الحجر هو حفظ المال وقد حصل ذلك بتقسيمه على الغرماء، فيزول الحجر عندها^(٢).

ج- الرأي المختار:

ويرجح لنا القول الثاني، وهو انتهاء أثر الحجر عن المفلس بعد تقسيم أمواله، لترجيحه من قبل كبار الفقهاء، وزوال سببه بالاداء فلا فائدة عملية في بقاءه عندئذ.

ثانياً - القانون لم يتعد عن الشريعة في هاتين المسألتين:

أما في القانون الوضعي، فإن القوانين المدنية أو التجارية المتعلقة ببحثنا لم تتعد عن الشريعة في هاتين المسألتين سواء كان المفلس شخصاً عادياً أو تاجراً فقد ذهب القانونان المدنيان: المصري والعراقي إلى أن الحجر لا يرفع إلا بحكم المحكمة، بناءً على طلب كل ذي شأن. وفي حالات ثبوت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله، أو أن الدائنين أو بعضهم أبرأوا المدين من بعض ديونه، بحيث يصبح الباقي

→

الأفهام: ٢/ ٢٤٦ وابن قدامة - المغني: ٤/ ٤٠٢.

(٢) انظر المصادر المتقدمة وصفحاتها.

(١) راجع: العاملي - مفتاح الكرامة: ٥/ ٣٢٧ والشيرازي - المهذب: ١/ ٢٢٧ وابن قدامة - المغني: ٤/ ٤٠٢.

والخرشي - شرحه على مختصر خليل: ٥/ ٣١٠ وابن المرتضي - البحر الزخار: ٦/ ٨٣.

(٢) انظر: الرافعي - فتح العزيز: ١٠/ ٣٢٥ وابن قدامة المغني ٤/ ٤٠٢ والعاملي - مفتاح الكرامة: ٥/ ٣٢٧.

من الديون أقل من ماله، أو قام المدين بوفاء الديون التي استحققت عليه^(١).
والقانونان التجاريان العراقي والكويتي^(٢)، لا يختلفان عما شرحه القانون المدني في هذا المورد. وإن كانت هناك وجوه اختلاف بين موقف الفقه الاسلامي وموقف القانون الوضعي في هذا الصدد، لكن هذا الاختلاف ليس كبيراً^(٣).

(١) نص المادة (٢٧٨) مدني عراقي:

«ينتهي الحجر بحكم تصدره محكمة بناءً على طلب كل ذي شأن في الحالات الآتية:

- ١ - متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله.
- 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.
- 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.
- ٤ - متى انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم الصادر بالحجر».

ونصت المادة ٢٦١ مدني مصري على ما يلي:

(١) تنتهي حالة الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين، بناءً على طلب ذي الشأن في الحالتين الآتيتين:

- أ - متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله.
- ب - متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها. وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بشهر الإعسار إلى ما كانت عليه من قبل وفقاً للمادة ٢٦٣.

وتنص المادة (٢٦٢) مدني مصري على الآتي:

«تنتهي حالة الإعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار».

(٢) ونصت المادة (٦٧٦) تجاري عراقي على ما يلي:

«لحاكم التفليسة بعد وضع قائمة الديون المشار إليها في المادة (٦٧١) أن يأمر في كل وقت بناءً على طلب المفلس بإنهاء التفليسة إذا أثبت أنه وفى كل ديون الدائنين الذين قدموا في التفليسة أو أنه أودع المحكمة أو أمين التفليسة المبالغ اللازمة لوفاء تلك الديون من أصل ومصروفات وفوائد».

وتنص المادة (٦٧٧) منه أيضاً على التالي:

«١ - لا يجوز لحاكم التفليسة أن يقرر انهاءها لزال مصلحة جماعة الدائنين إلا بعد الإطلاع على تقرير من الأمين يبين فيه تحقق أحد الشرطين المشار إليها في المادة ٦٧٦:

٢ - تنتهي التفليسة بمجرد صدور القرار، ويستعيد المفلس جميع حقوقه».

ولم يختلف التجاري الكويتي بمادتيه (٩٣٢ و ٩٣٣) عن هاتين المادتين العراقيتين.

(٣) انظر: د، الخطيب: الحجر على المدين: ٧٥٥-٧٦٢ بحث مقارن بين كيفية إنتهاء هذه النظم وما يترتب على ذلك من آثار وأوجه الشبه، وأوجه الخلاف.

المَبْحَثُ الثَّانِي

«السَّفَه»

المطلب الأول:

حقيقة السفه، ومبدأ الحجر عليه.

الفرع الأول

حقيقة السفه

أ- لغة:

السَّفَه - محرك، خفة الحلم، أو نقيضه، أي الجهل. وأصله: الخفة والحركة. ويقال: سفه فلان رأيه إذا جهله، وكان رأيه مضطرباً لا استتقامه له. والسفيه: من كان خفيف العقل، من قولهم «سفّهت الرياح الشيء» إذا استخفته فحركته. والسفيه: الجاهل، والضعيف الأحمق^(١).

(١) الفيروز آبادي - القاموس المحيط، والفيومي - المصباح المنير، وابن منظور - لسان العرب، والزبيدي - تاج العروس: مادة (سفه).

ب- في القرآن الكريم ، والسنة الشريفة:

١ - وقد ورد هذا المصطلح في عدة آيات من كتاب الله المجيد منها:
قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْغَبُ عَنْ مِلَّةِ إِبْرَاهِيمَ إِلَّا مَنْ سَفِهَ نَفْسَهُ﴾^(١).
وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾^(٢).
وقوله تعالى: ﴿قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾^(٣).
وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا، أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمْلِكَ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيهِ بِالْعَدْلِ﴾^(٤).
ومصطلح (السفه) في هذه الآيات الكريمة لم يخرج عن المعنى اللغوي الذي أشرنا إليه.

٢ - أما بالنسبة للسنة الشريفة فالأحاديث التي تضمنت هذا المصطلح لم تخرج عن المعنى اللغوي كقوله عليه الصلاة والسلام: «هَلَاكُ أُمَّتِي عَلَى يَدَيِ أُغَيْلَمَةِ سَفَهَاءٍ»^(٥).

ج- في الاصطلاح الشرعي:

وعند الفقهاء نجد عدة تعاريف للسفه نستطيع أن نستخلص منها اتجاهين في تحديد السفه:

أولاً - حصر السفه بالتصرف المالي في غير الأغراض الصحيحة، وإليه ذهب جمهور الفقهاء، فقد تضمنت تعاريفهم تارة بأن السفه: هو الذي لا يتصرف في أمواله تصرف العقلاء^(٦)، أو أنه: من يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة^(٧).

(١) سورة البقرة - آية: ١٣٠.

(٢) سورة النساء - آية.

(٣) سورة الأنعام - آية: ١٤٠.

(٤) سورة البقرة - آية: ٢٨٢.

(٥) ذكره العسقلاني - فتح الباري في شرح البخاري: ١٦ / ١١٤ طبعة البابي مصطفى - مصر ١٣٧٨.

(٦) العلامة الحلي - القواعد: ٥ / ٢٧٣ مطبوع في متن مفتاح الكرامة للعالملي.

(٧) المحقق الحلي - شرائع الإسلام: ٢ / ١٠١.

وأخرى تعرف السفه بـ «المبذر» والتبذير يتحقق في عدم حسن التصرف المالي^(١).

ثانياً- السفه، هو التصرف المخالف لموجب الشرع: سواء كان مالياً أو غير مالي. وهذا ما ذهب إليه الرأي الحنفي.

فلقد عرف السرخسي السفه بأنه: «العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه العقل والحجى»^(٢).

ثم عرفه النسفي^(٣) بأنه: «خفة تعتري الانسان فتبعثه بخلاف موجب الشرع وإن كان أصله مشروعاً»^(٤).

ولكن الرأي الحنفي أخذ يقترب من رأي الجمهور في حصره بالمال بعد أن قال البابرتي - وهو من كبار فقهاء الحنفية - بأن السفه: «وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل، مع قيام العمل. وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال، وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع»^(٥).

وأخيراً انتهت مجلة الأحكام إلى الأخذ برأي الجمهور بحصره في المال عندما نصت المادة (٩٤٦) على أن السفه: «هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصارفه ويضيع أمواله ويتلفها بالاسراف»^(٦).

(١) انظر: الرافعي - فتح العزيز: ٢٧٥/ ١٠ والشربيني - مغني المحتاج: ١٦٥/ ٢ وابن بطال الركني - النظم المستعذب في شرح غريب المذهب: ٢٣١/ ١ مطبوع مع المذهب للشيرازي، وابن المرتضى - البحر الزخار: ٩٢/ ٦ والدردير - الشرح الصغير ٣٩٢/ ٣ والدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ٢٦٣/ ٣، والأصبهاني - وسيلة النجاة: ١٩٣/ ٢ كتاب الحجر، وكاشف الغطاء - تحرير المجلة: ١٦٩/ ٣.

(٢) السرخسي - المبسوط: ١٥٧/ ٢٤ وراجع: الزيلعي - تبين الحقائق ١٩٣/ ٥.

(٣) عبدالله بن أحمد بن محمود النسفي، أبو البركات، حافظ الدين النسفي من كبار فقهاء الحنفية نسبته إلى «نسف» ببلاد السند توفي عام ٧١٠هـ وفي ايج من توابع أصفهان - إيران، له عدة مؤلفات منها: «المنار» في أصول الفقه مطبوع «وكشف الأسرار في شرح المنار». ترجمه الزركلي - الأعلام: ١٩٢/ ٤.

(٤) النسفي - شرح المنار: ٩٨٨ وانظر: ابن عابدين - رد المختار: ٩٢/ ٥ والفتاوى الهندية: ٥٥/ ٥.

(٥) البابرتي - شرح العناية على الهداية: ٣١٤/ ٧ وانظر: قاضي زاده تكلمة فتح القدير: ٢١٤/ ٧، والحصكفي - الدر المختار: ٩٢/ ٥.

(٦) أشرنا إلى أن بعض الفقهاء فسروا السفه بالتبذير، وبعضهم فسره بالسرف في حين أن بين المعنيين فرقاً - كما ذكر نجله بالآتي:

والفقهاء عندما يحصرون السفه بالناحية المالية، إنما يطلبون من وراء ذلك حفظ حقه، أو حقوق الآخرين، فالسفيه لا يعتبر فاقد الأهلية كالمجنون والصبي، إنما هو نقص طراً على أهليته في حدود أموره المالية، أما جوانب أهليته الأخرى فلم تهتز بهذا العارض كما سيمر علينا.

د - في القانون الوضعي:

فقد عرفه الدكتور حسن ذنون قائلاً: «السفه - هو تبذير المال على خلاف مقتضى العقل والحكمة حتى ولو كان ذلك الانفاق في سبيل الخير^(١)». وبهذا التعريف للسفه في القانون لن يختلف عن تعريف الفقهاء الشرعيين، فقد حصر القانون معنى السفه بالتصرف المالي المخالف لمقتضى العقل والحكمة وإن كان الانفاق في سبيل الخير، وهو ما ذهب إليه بعض من فقهاء الشريعة^(٢).

→

أ - إن التبذير صرف المال في ما لا ينبغي. أما الإسراف فصرف الشيء في ما ينبغي زائد على ما لا ينبغي.

ب - التبذير بمواقع الحقوق، والسرف الجهل بمقادير الحقوق.

ج - أن المبذر سفیه، ولو كان ينفق ماله في وجوه البر - عند بعض الفقهاء -، والأنفاق في وجوه البر بالإسراف لا يعد سفهاً عند بعض آخر.

يراجع: الشربيني - مغني المحتاج: ١٦٨ / ٢. نقلاً عن الماوردي في أدب الدنيا والدين، وابن عابدين - رد المختار: ٦٦٤ / ٥ طبعة دار السعادة - مصر ١٣٢٤هـ، وتبيين الحقائق - للزيلعي: ١٩٢ / ٥ وأبو النجا الحجاوي الماوردي المقدسي الأقناع ٢٠ / ٢٢٢ - وشلبي - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي: ٣٢٠ والمحمصاني - الموجبات والعقود: ٣٧٨.

ويقول الشربيني في المصدر المتقدم والصفحة: «إن كلام الغزالي يقتضي ترادفهما ولكن المعنيين يشيران إلى إتلاف المال في غير رشد».

(١) د. حسن ذنون - أصول الالتزام: ٧٧ف٩٠.

(٢) انظر: العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٧٦ / ٢ والفتاوى الهندية: ٥ / ٥٥ وابن قدامة: المغني: ٤ / ٤١٩.

هـ- تحديدنا للسفه في ضوء القولين السابقين:

ومن عرض ما أورده الفقهاء في تعريف السفه يترجح لنا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في حصر السفه بالتصرف المالي المخالف للشرع والعقل مستنداً إلى ما يلي:

١- ما ورد في الكتاب الكريم في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ، فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٢). وفي هاتين الآيتين الكريمتين ربط موضوع السفه بالمال، بناءً على ما هو معروف من أن الرشد يقابل السفه^(٣).

٢- إن المعنى المتيقن في الرشد هو إصلاح المال - كما يؤكد ذلك العرف^(٤) - وإصلاح المال بأن يكون محافظاً في صرفه غير مبذر له^(٥) وهو ظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾. حيث الأمر بالدفع تعلق بإيناس الرشد، ولو كان هناك شرط آخر لذكره، ومفهوم الشرط حجة^(٦) كما هو عند الجمهور.

قال الشهيد الأول: (٧) ويرشد (البالغ) بأن يصلح ماله^(٨) وعلق الشهيد الثاني^(٩)

(١) النساء - آية: ٥.

(٢) النساء آية: ٦.

(٣) العاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٢٧٥.

(٤) الشهيد الثاني - الروضة البهية: ٤ / ١٠٢.

(٥) الشيرازي - المذهب: ١ / ٣٣١.

(٦) العاملي - المصدر المتقدم والصفحة.

(٧) محمد بن محمد بن حامد العاملي النبطي الجزيني، شمس الدين، المعروف بـ «الشهيد الأول فقيه إمامي شهير، ولد في النبطية عام ٧٣٤هـ، وسكن جزيين من مدن لبنان وتنقل في البلاد الإسلامية. لبث الفضيلة والعلم، واتهم في أيام السلطان «برقوق» فسجنه في قلعة دمشق، ثم أمر بضرب عنقه عام ٧٨٦هـ، من مؤلفاته: «اللمعة الدمشقية» و«الدروس الشرعية» و«الرسالة الألفية» وكلها في الفقه الإمامي. ترجمه الأميني - شهداء الفضيلة: ٨٠ طبع النجف والزركلي - الأعلام: ٧ / ٣٣٠.

(٨) الشهيد الأول - اللمعة الدمشقية: ٤ / ١٠١.

على هذا النص - معرّفاً الرشد - قائلاً: «بحيث يكون له ملكة نفسانية تقتضي إصلاحه، وتمنع إفساده وصرفه (أي ماله) في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء»^(١).

الفرع الثاني أهلية السفه

والسفه - كما تبين لنا من خلال تعاريفه - باعتباره عارضاً يطرأ على الانسان السوي فما هو تأثيره على أهلية الشخص المتصف بالسفه، وسواء كان هذا التأثير في تصرفاته المالية، أم اتسع ليشمل غيرها؟

أولاً - في نظر الفقهاء:

ويرى الفقهاء: أن أهلية السفه لا تنعدم، ولا يكون السفه عذراً في إسقاط الخطاب عنه^(٢)، إنما سلبه أهلية التصرف في المال خاصة^(٣).

→
(٩) زين الدين بن علي بن أحمد العاملي الجبعي، المعروف بـ «الشهيد الثاني» ولد في جبع بسورية عام ٩٩١ هـ، وتنقل في طلب العلم في البلاد الإسلامية، حتى اشتهر بالفضيلة وكان من أعلام الأمامية، عين مدرساً في المدرسة النورية ببعلبك من قبل السلطان العثماني في الأستانة، ثم وشي به بأنه ليس من مذهب السلطان فطلبه، وقتله عام ٩٦٦ هـ، له مؤلفات عديدة، منها «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» و«مسالك الأفهام شرح شرائع الإسلام» وهما في الفقه الإمامي. ترجمه الأمين - أعيان الشيعة: ٢٢٣ / ٢٢٢-٢٩٦، والزركلي - الأعلام: ١٠٥ / ٣.

(١) الشهيد الثاني - الروضة البهية: ٤ / ١٠١.

(٢) قال السرخسي في (المبسوط: ٢٤ / ١٥٧): «لا تنعدم الأهلية بسبب السفه ولا يجعل عذراً في إسقاط الخطاب عنه بشيء من الشرائع». وقال صدر الشريعة في (التوضيح والتلويح: ٣ / ٢٧١): «السفه لا ينافي الأهلية ولا شيئاً من الأحكام» وقال البزدوي في (كشف الأسرار: ٤ / ١٤٨٩): «والسفه لا يوجب خللاً في الأهلية ولا يمنع شيئاً من أحكام الشرع، ولا يوجب وضع الخطاب بحال».

(٣) قال الشهيد الثاني في (مسالك الأفهام: ١ / ٢٤٩) والشرع «لم يسلبه (أي السفه) التصرف مطلقاً، وإنما يسلبه أهليته في المال خاصة».

ولعل خير دليل على كمال أهليته تكليفه بالعبادات جميعها ومؤاخذته على كل ما يرتكبه من جناية، وترتب الأثر الشرعي على صحة وقفه ووصيته وزواجه وطلاقه، وكل تصرف يعود عليه بالنفع - كما سيمر علينا - وذلك لأنه إنسان عاقل توجهت إليه التكاليف الشرعية، وهو ملزم بتنفيذها ولم يكن شأنه كشأن الصبي والمجنون اللذين سقطت عنهما التكاليف الشرعية^(١).

إن السفه مخاطب بالأوامر والنواهي، مطالب بالعمل على موجبها، مثاب عليها، معاقب على مخالفتها - فالسفه لا ينافي شيئاً من الأحكام الشرعية سواء ما تعلق منها بحق الله تعالى أو حق الإنسان.

وحيث إن السفه عارض قد يطرأ على الشخص، وينشأ باختياره وإرادته... فلهذا عد السفه من العوارض المكتسبة، ولم يؤثر إلا على تصرفه المالي الضار له ضرراً محضاً، أو الدائر بين النفع والضرر.

يقول العلامة الحلي: والسفه «يمنع من التصرفات المالية، وإن ناسبت أفعال العقلاء كالبيع، والشراء بالعين أو الذمة والهبة والاقرار بالدين أو العين»^(٢). ولكن لا يؤثر على أهليته في تصرفاته الأخرى، ولهذا أجاز بعض الفقهاء فيما «لو وكله غيره في بيع أو هبة جاز لبقاء أهلية التصرف، ولأن عبارته معتبرة لم يسلب الشارع حكمها عنه، فيصح عقده»^(٣).

(١) جاء في الحديث الشريف «رفع القلم عن ثلاثة: الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفريق وعن النائم حتى ينتبه» راجع: العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٢ / ٧٥. وانظر ابن حزم - المحلى: ٨ / ٣٢٢ رواه بإختلاف بسيط وراجع: الصنعاني - سبل السلام: ٣ / ١٩٦ وقال: رواه الأربعة وصححه الحاكم.

(٢) العلامة الحلي - القواعد: ٥ / ٢٧٤ متن مفتاح الكرامة للعالملي.

(٣) انظر المحقق الحلي - شرائع الإسلام: ٢ / ١٠١ والعالملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٢٨١ والرافعي - فتح العزيز:

٢٨٩ / ١٠.

ثانياً - من وجهة نظر القانون:

فالقانون المدني - المصري والعراقي والكويتي - قد اعتبر السفية كالصبي المميز^(١) ولكن الفرق أن ولي الصبي هو أبوه أو جده، أو وصيهما، أو من تعينه المحكمة في حين أن ولي السفية المحكمة أو من يمثلها^(٢). وبهذا لم يخرج عن النهج الاسلامي^(٣).

الفرع الثالث

مبدأ الفقهاء في الحجر على السفية

وإذا انتهينا إلى أن السفية ناقص من الناحية المالية، لأنه ممنوع من التصرف في ماله رعاية ومحافظة على ما يملكه، وعدم إضاعته في تفرقه في غير ما هو صالح له فهو محجور عليه من هذا الجانب، ولا بد من تعيين من يدير أمور أمواله.

(١) تنص المادة (١١٥ ف ١ مدني مصري) على ما يلي: «إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفية بعد تسجيل قرار الحجر سري على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام».

كما ونصت المادة (١٠٩ ف ١ مدني عراقي) على الآتي: «السفية المحجور هو في المعاملات كالصغير ولكن ولي السفية المحكمة أو وصيها فقط، وليس لأبيه، وجده أو وصيهما حق الولاية عليه».

وتنص المادة (١٠١ مدني كويتي) على الآتي: «١ - تصرفات السفية، وذي الغفلة، بعد شهر قرار الحجر تسري عليها أحكام تصرفات الصغير المميز المنصوص عليها في المادة ٨٧».

ونصت المادة (٨٧ مدني كويتي) على الآتي: «١ - تصرفات الصغير المميز صحيحة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً، وباطلة إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً».

٢ - أما تصرفاته الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر، فتقع قابلة للإبطال لمصلحته، ما لم تلحقها الإجازة ممن له ولاية إجرائها عنه ابتداءً، أو منه بعد بلوغه سن الرشد. وذلك مع مراعاة ما تقتضي به النصوص التالية وغيرها من أحكام القانون...».

ولزيادة الإطلاع انظر: السنهوري - الوسيط: ٢٨١/ ١ ود. غني طه - الوجيز في النظرية العامة للإلتزام: ١٦٣-١٦٤.

(٢) انظر المادة (١٠٢ مدني كويتي).

(٣) جاء في مجلة الأحكام مادة (٩٩٠) «ولي السفية الحاكم فقط، وليس لأبيه، وجده، وأوصيائه عليه حق ولاية». وقال المرحوم الأصبهاني في (وسيلة النجاة: ١٩٢/ ٥ بحث الحجر - السفه، مسألة ١): «ولاية السفية للأب، والجد، ووصيهما إذا بلغ سفيهاً، وفي من طرأ عليه السفه بعد البلوغ للحاكم الشرعي».

أولاً - في الشريعة الإسلامية:

ولم يرفض مبدأ الحجر على السفیه إلا بعض فقهاء الشريعة، وفي مقدمتهم أبو حنيفة، إذ لا يرون سلب ولايته على أمواله، ولا مبرر لاهدار أهلية الشخص بسبب السفه.

يقول المرغيناني^(١): «قال أبو حنيفة - رحمه الله - لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفیه وتصرفه في ماله جائز، وإن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله في ما لا غرض له فيه ولا مصلحة ... فإذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة. فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه. فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم إليه ماله، وإن لم يؤنس منه الرشد»^(٢).

ويشايحه ابن حزم حيث يقول: «لا يجوز الحجر على أحد في ماله إلا على من لم يبلغ، أو على مجنون في حال جنونه فهذان خاصة لا ينفذ لهما أمر في مالهما ... وهذا هو مذهب محمد بن سيرين^(٣) الذي كان لا يرى الحجر على الحر شيئاً، وهو قول جماعة من الصحابة - رضي الله عنهم -، وقول مجاهد^(٤) وعبيد الله بن الحسن^(٥) وغيره ...

(١) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن، برهان الدين، من أكابر فقهاء الحنفية ولد عام ٥٢٠ هـ نسبة إلى مرغينان من نواحي فرغانة، كان حافظاً وفقهياً، وقد توفي عام ٥٩٣ هـ، له مؤلفات، منها «بداية

المبتدي» و«الهداية شرح البداية» ترجمه الزركلي - الأعلام: ٧٣ / ٥.

(٢) المرغيناني - الهداية: ٧ / ٢١٤-٢١٦.

(٣) محمد بن سيرين، البصري، الأنصاري بالولاء أبوبكر، عرف في علوم الدين بالبصرة في حينه، ولد بالبصرة عام ٢٢٣ هـ وتوفي فيها عام ١١٠ هـ. نشأ بزازاً، ثم تفقه وروى الحديث واستكتبه أنس بن مالك بفارس، وكان أبوه مولى لأنس ويقال أنه من جر جرايا. ترجمه الزركلي - الأعلام: ٧ / ٢٥.

(٤) مجاهد بن جبر، أبو الحجاج المكي، مولى بني مخزوم تابعي، مفسر من أهل مكة، ولد ٢١ هـ وتنقل في الأسفار واستقر في الكوفة، وتوفي عام ١٠٤ هـ. ترجمه: الزركلي - الأعلام: ٦ / ١٦١.

(٥) عبيد الله بن الحسن بن الحصين العنبري، من تميم، ولد عام ١٠٥ هـ من أهل البصرة ولي قضاءها سنة ١٥٧ هـ وعزل سنة ١٦٦ هـ وقال ابن حبان: إنه من سادات البصرة فقهياً وعلماً وتوفي فيها عام ١٦٨ هـ. ترجمه الزركلي - الأعلام:

٣٤٦ / ٤

قال أبو محمد: «والحق الواضح - هو ما قلناه - وهو أن كل بالغ مخاطب مكلف لأحكام الشريعة فحكمهم كلهم سواء في أنهم مندوبون إلى الصدقة والعق، مباح لهم البيع، والنكاح والشراء، محرم عليهم إتلاف المال بالباطل وإضاعته، والخديعة عنه، والصدقة بما لا يبقى لهم غنى»^(١).

ثم أضاف ابن حزم: «وقال أبو سليمان وأصحابنا: من بلغ مبذراً فهو على الحجر كما كان، لأنه محجور عليه بيقين، فلا يفك عنه إلا بيقين آخر. قالوا: فان رشد، ثم ظهر تبذيره لم يحجر عليه، لكن ينفذ من أفعاله ما وافق الحق ويرد ما خالف الحق كغيره سواء»^(٢).

حجة المانعين من الحجر:

وحجة أبي حنيفة في منعه الحجر على السفية مستندة على عدة أدلة منها:

١ - إن مدلول الآية الكريمة ﴿فان آنستم منهم رشداً﴾ يفيد أن تسليم المال معلق على إيناس الرشد، وهذا مرتبط بوقت البلوغ، والفترة التي تعقبه، وأما بعد ذلك فان تسليم المال غير معلق على شيء.

(١) ابن حزم - المحلى: ٢٢٦/٨. وراجع: الكاساني - بدائع الصنائع: ١٦٩/٧ فقد ذكر أن الفقيه زفر ممن يرى عدم الحجر على السفية.

وبقية النص المذكور أعلاه كما جاء في (المحلى: ٢٢٦-٢٢٧) هو: «وكل من تصدق واعتق وفعل الخير عن ظهر غنى نفذ ولم يحل رده، وكل من أعتق وتصدق عن غير ظهر غنى رد وبطل، لأنه لا طاعة إلا ما أمر الله تعالى به ولا معصية إلا ما نهى الله عنه. فالصدقة بما لا يبقى غنى معصية، والصدقة بما يبقى غنى طاعة، وكل من باع أو اشترى فخدع أو خدع فمردود، لأن الله تعالى حرم الخديعة والغش. وكل من باع أو اشترى فلم يغبن ولا غش فنافذ، لأن الله تعالى أباح البيع. وكل من أنفق في معصية فلساً فما فوقه فمردود. وكل من أنفق كما أمر قل أو كثر فنافذ لازم. وما معصية عصاها ذلك الممنوع أو خيف أن يعصياها، ولم يعص بعد.

كما لم يبيع أن تنفذ معصية، وأن يمضي باطل من أجل باطل عمل به ذلك المخل ومعصيته، بل الباطل مبطل. قل وجوده من المرء أو كثر والحق نافذ قل وجوده من المرء أو كثر.

هذا هو الذي جاء به القرآن والسنن وشهدت له العقول، وما عدا هذا فباطل لا خفاء به، وتناقض لا يحل، وقول مخالف للقرآن والسنن والعقول».

(٢) ابن حزم - المصدر سالف الذكر: ٢٢٧/٨.

٢- إن السفية مخاطب بكل ما في القرآن والسنة. ومكلف في القيام بما جاء فيهما من الوفاء بالعقود، إذ يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وأن عدم نفاذ عقوده منع له من القيام بواجب الوفاء الذي أمر الله به ولم يسقط عنه التكليف فيه، فالحجر عليه مصادرة لأمر الله سبحانه.

٣- إن الشخص ببلوغه عاقلاً بلغ حد الإنسانية المستقلة، فأى منع له من التصرفات أذىً لانسانيته، وإهدار لكرامته، وأدميته، وهو أشد ضرراً من التبذير، فلا يحتمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى.

٤- وإن السفية غير محجور عليه في زواجه وطلاقه مع أنهما أخطر شأنًا، وأبعد أثراً في حياة الشخص من بيعه وشرائه ورهنه، وأوجب للاحتياط، فأولى أن يسوغ له البيع والشراء وكل المبادلات المالية^(١).

حجة المجوزين للحجر:

أما جمهور الفقهاء فيرون الحجر على السفية^(٢)، لأنه ليست له حالة باعته على حفظ ماله والاعتناء بما يملك. ويستدلون على ذلك بأدلة منها:

(١) لزيادة الإطلاع على الأدلة يراجع: المرغيناني - الهداية: ٣١٦/٧ والسرخسي - المبسوط: ٢٤/١٥٥-١٥٩ والكاساني - بدائع الصنائع ٧/١٧٠ والزيلعي - تبين الحقائق: ٥/١٩٥ والمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم - الأهلية وعوارضها: ٥٢٤/ بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد - القاهرة - العدد الأول - السنة الأولى، والدكتور حسين النوري - عوارض الأهلية: ١٤١/ مطبعة لجنة البيان العربي - القاهرة ١٩٥٤ والمرحوم أبوزهرة - الأحوال الشخصية - ٤٧٦/ مطبعة دار الحمامي للطباعة - مصر.

(٢) قال المحقق الحلي في (شرائع الإسلام: ٢/ ٩٩ و١٠١) في موجبات الحجر «وهي ستة منها السفه ...»

وانظر: الشهيد الأول - اللمعة الدمشقية: ٤/ ١٠٠.

وذكر المرغيناني في (الهداية: ٧/ ٣١٤): «قال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - يحجر على السفية ويمنع من التصرف في ماله».

ويرى ابن قدامة في (المغني: ٤/ ٤٢٠): «أن المحجور عليه إذا فك عنه الحجر لرشد، وبلوغه ودفع إليه ماله، ثم عاد إلى السفه أعيد عليه الحجر».

- ١ - إن الكتاب الكريم أمر بالولاية على السفه، قال تعالى: ﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل﴾^(١).
- والولاية لا تكون على الشخص إلا لنقص فيه ليرعى ماله ويحفظ حقوقه من الضياع، والولاية لا تكون على آخر إلا في حالة كونه محجوراً عليه.
- ٢ - وقوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها، واکسوهم، وقولوا لهم قولاً معروفاً﴾^(٢) فدللت هذه الآية على أن السفه لا يسلم إليه ماله، وأنه فقط يرزق ويكسى منه.
- ٣ - إن مصلحة السفه الماليه في منعه من التصرف فيه، فإنه إن ترك وشأنه ضاع ماله وكان كلاً على الناس، وكذلك من مصلحة ورثته ذلك، لأنه بإسرافه قد يتركهم عالة يتكففون الناس.

→
ويصرح الدردير في (الشرح الصغير: ٣ / ٢٩٢) بأن «السفه الذي هو أحد أسباب الحجر - هو التبذير - أي صرف المال في غير ما يراد له شرعاً».

ويقول ابن المرتضى في (البحر الزخار: ٦ / ٨٩) نقل عن الإمام يحيى الزيدي أن «السفه والتبذير... كلها أسباب في الحجر وإقامة الولي عليه لقوله تعالى: «فإن كان الذي عليه الحق». أما الفقه الشافعي فيفصل الشيرازي في (المهذب: ١ / ٢٣١-٢٣٢) حالات الحجر على السفه ويمكن تلخيصها بالآتي:

(أ) إن بلغ الصبي مبذراً استدیم الحجر عليه، لأن الحجر عليه إنما يثبت للحاجة إليه لحفظ المال، والحاجة قائمة مع التبذير فوجب أن يكون الحجر باقياً...

(ب) وإن بلغ الصبي مصلحاً للمال فاسقاً في الدين استدیم الحجر عليه لقوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ والفاسق لم يؤنس منه الرشد، ولأن حفظه للمال لا يوثق به مع الفسق لأنه لا يؤمن أن يدعوه الفسق إلى التبذير فلم يفك الحجر عنه.

(ج) وإن فك عنه الحجر ثم صار مبذراً حجر عليه.

(د) وإن فك عنه الحجر ثم صار فاسقاً ففيه وجهان:

١ - يعاد عليه الحجر، لأنه معنى يقتضي الحجر عند البلوغ فاقتضى الحجر بعده كالتبذير.

٢ - لا يعاد عليه الحجر، لأن الحجر للفسق لخوف التبذير وتبذير الفاسق ليس بيقين فلا يزال به ما تيقنا من حفظه للمال.

(١) سورة البقرة - آية ٢٨٢.

(٢) سورة النساء - آية: ٥

٤ - إن في منع السفية من تصرفاته الماليه محافظة على أموال بيت المال أيضاً ودفعاً لضرر الناس مخافة أن يتصرف في ملكه، ثم يستدين، ولا يفي بما استدان فيصير على المسلمين وبالاً^(١).

الرأي المختار:

ونحن نرجح القول بالحجر اعتقاداً منا بأن أدلة جمهور الفقهاء من القوة لا ترقى إليها أدلة المانعين عن الحجر على السفية، وأن مصلحة السفية الماليه تقتضي ذلك، دفعاً للضرر المترتب على تبذيره أمواله ومن حق الشرع أن يحجر على مثل هذا الشخص كي يحد من تصرفاته الماليه التي لا تستند إلى الشرع أو العقل، والله سبحانه وتعالى قال: ﴿ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿إن المبذرين كانوا اخوان الشياطين﴾^(٣) وغيرهما من الآيات الناهية عن التبذير والإسراف.

ثانياً - موقف القانون من الحجر على السفية:

وفقه القانون الوضعي سواء أكان العربي منه، أم الغربي قد أخذ بمبدأ الحجر على السفية، فقد نصت (المادة ١١٣) مدني مصري والمادة (٩٥) مدني عراقي على ذلك، والمادة (٨٥ / ف ٢) مدني كويتي، على أن المحكمة هي التي تحجر على السفية وفقاً

(١) لزيادة الإطلاع على أدلة القائلين بالحجر يراجع: العاملي - مفتاح الكرامة: ٢٧٣-٢٧٤ / ٥، والسرخسي -

المبسوط: ٢٤ / ١٥٦-١٥٧ والكاساني - بدائع الصنائع: ٧ / ١٦٩ وابن قدامة - المغني: ٤ / ٤٢٠، والشيرازي -

المهذب: ١ / ٢٣١، والمرحوم أحمد إبراهيم - الأهلية وعوارضها: ٦٧، والمرحوم أبوزهرة - الأحوال الشخصية:

٤٧٦ - ٤٧٧ ومذكور - المدخل للفقهاء الإسلاميين: ٤٨٥-٤٨٩ ود. حسين النوري - عوارض الأهلية: ١٤٥-١٤٦.

(٢) الأنعام - الآية: ١٤١. والأعراف - آية: ٣١.

(٣) الإسراء - الآية: ٢٧.

للقواعد المتبعة في كل دولة^(١)، ولم تخرج هذه القوانين عن الخط الاسلامي في هذا الصدد.

وقد سبق أن رأينا أن القانون الروماني قد أخذ بمبدأ الحجر على الشخص إذا تعدى سن البلوغ، ولكنه لا يحسن إدارة أمواله ويبذرها. ينصب عليه قيم لينوب منابه في التصرفات المضرة بمصلحته.

والظاهر أن الحجر كان يتقرر ابتداء لحماية أموال الأسرة لأن السفه لم يتقرر في حينه إلا لحماية السفهاء الذين انتقلت لهم أموال كثيرة من آبائهم وأجدادهم ولم يكن لهم ذرية يتركونها لهم.

إلا أن فكرة سبب الحجر قد تطورت وتغيرت في العصر العلمي وسادت فكرة الحجر لحماية المحجور عليه نفسه، وأصبح يشمل جميع أموال السفه سواء جاءته إرثاً من آبائه، أم عن طريق آخر^(٢) وعلى هذا سارت بعض القوانين العصرية، كالقانون المدني الألماني^(٣).

ويقابل هذا الرأي القانون الانكليزي، الذي لم يقيد حرية السفه في تصرفاته ولو كانت تلك التصرفات ضارة به^(٤).

واتخذ القانون الفرنسي موقفاً وسطاً بين هذين الاتجاهين الروماني والانكليزي، فقد قرر نصب قيم قضائي على السفه يعينه لأجل مساعدته والاشراف عليه في بعض

(١) نصت المادة (١١٣ مدني مصري) على ما يلي:

«المجنون، والمعتوه، وذو الغفلة، والسفه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون».

ونصت المادة (٩٥ مدني عراقي): «تحجر المحكمة على السفه، وذو الغفلة، ويعلن الحجر بالطرق المقررة».

ونصت المادة (٨٥/٢ ف مدني كويتي): «لا يقع الحجر على السفه، وذو الغفلة إلا بحكم القاضي، : المحكمة عليهما، وترفع الحجر عنهما، وفقاً لما تقتضيه ظروف الحال. ويشهر قرار المحكمة بالحجر وبرفعه وفقاً للقواعد التي يصدر بها قرار من وزير العدل».

(٢) راجع: د. صوفي أبوطالب - الوجيز في القانون الروماني: ٢٥٩ طبع مصر - ود. المحمصاني - الموجبات: والعقود: ٢٧٣ - ٣٧٤، ود. حسين النوري - عوارض الأهلية: ١٧٠-١٧١، والشيخلي - عوارض الأهلية: ٢٩٢-٢٩٣.

(٣) د. المحمصاني - الموجبات والعقود: ٣٧٤.

(٤) د. المحمصاني - المصدر المتقدم: ٣٧٤ ود. النوري - المصدر سالف الذكر: ١٧٠.

التصرفات المعينة. فقد حددت المادة ٥٣ من القانون المدني الفرنسي الأعمال ظالتي أجازت للقيم الاشراف فيها على السفية، وما على السفية أن يتجنبه، كالاقتراض والتصرف في الأموال والرهن والصلح وهكذا^(١).

مما تقدم نرى أن جمهور فقهاء الشريعة والقانون ذهبوا إلى الحجر على السفية، من أجل التضيق علي حريته في تصرفاته المالية، نظراً إلى أن أثر التبذير في أمواله لا يبقى محصوراً به وحده، بل هو مضر بالمصلحة العامة.

الفرع الرابع

هل يتم الحجر على السفية تلقائياً
أم لا بد له من حكم الحاكم؟

أولاً - رأي الفقهاء:

اختلف فقهاء الشريعة في الحجر على السفية هل يتم تلقائياً أم بحكم الحاكم؟ ويمكن حصر المسألة في قولين:

الأول - يتم الحجر على السفية تلقائياً: وإليه ذهب قسم من الفقهاء، ومنهم الشهيد الأول من الامامية^(٢) ومحمد بن الحسن من الحنفية^(٣) ويرون أن ذلك لا يحتاج إلى حكم الحاكم. وحجتهم بذلك:

(١) د. المحمضاني - المصدر المشار إليه والصفحة. ود. النوري - المصدر السابق: ١٧١.

(٢) قال الشهيد الأول في (اللمعة الدمشقية: ٤ / ١٠٦-١٠٧): «ويثبت الحجر على السفية بظهور سفهه وأن لم يحكم الحاكم به».

(٣) وقال البابر في (شرح العناية على الهداية: ٧ / ٢١٨) «وعند محمد رحمه الله... يبلغ (السفيه) محجوراً عليه».

١ - لظاهر قوله تعالى: ﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً﴾ حيث أثبت عليه الولاية بمجرد كونه سفيهاً من غير أن يشير إلى حاجة حكم الحاكم.

٢ - إن الحجر يبتدى من وقت السبب. والقضاء ليس هو سبب الحجر ولا هو شرط في السبب إنما سبب الحجر هو التبذير، وإتلاف المال، ومتى وجد السبب وجد المسبب لا محالة، لأن الحجر بسبب السفه كالحجر بسبب العته، كلاهما علة للحجر، والحجر فيهما لمعنى في ذات المحجور يبتدى من وقت وجوده، فالحجر للسفه كذلك يبتدى من وقت وجوده.

٣ - ولو لم يحجر عليه تلقائياً لكان من الممكن أن يتصرف السفه في أمواله ويبدها قبل صدور الحكم عليه بالحجر. فمن باب الاحتياط للحفاظ على ما يملك يمكن القول باعتباره محجوراً من حين ظهور السفه عليه وتوقف تعامله في شؤونه المالية^(١).

الثاني - إن الحجر لا يتم إلا بحكم الحاكم: وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء^(٢) وحجتهم في ذلك تتلخص بالآتي:

١ - إن تحديد التبذير غير متفق عليه من قبل الفقهاء، ويحتاج إلى الاجتهاد، فإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد لم يثبت إلا بحكم الحاكم، لأنه هو الذي يتمكن من تحديد ذلك.

ب - إن سبب الحجر متردد بين المحافظة على بقاء ملكه، وبين ضرر الشخص

(١) يراجع لزيادة الإطلاع على أدلة القائلين بالحجر تلقائياً المصادر التالية:

الشهيد الأول - اللمعة الدمشقية: ٤ / ١٠٦-١٠٧ والعاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٢٧٥، والبابرتي - شرح العناية على الهداية: ٧ / ٢١٨، وأبوزهرة - الأحوال الشخصية: ٤٧٧ ومذكور - المدخل للفقه الإسلامي: ٤٥٩ ود. النوري - عوارض الأهلية: ١٤١.

(٢) انظر: العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٢ / ٧٧ وابن رشد - بداية المجتهد: ٢ / ٢٧٦، والخطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٧٥، وابن قدامة - المغني: ٤ / ٤٢١، والشيرازي - المهذب: ٢ / ٣٢٢، الفتاوى الهندية: ٥ / ٥٥، والمرغيناني - الهداية: ٧ / ٣١٨.

نفسه بإهدار عبارته، وإبطال نصرفاته، فلا بد من ترجيح أحد العاملين على الآخر، والذي يحق له البت في ذلك هو الحاكم.

ج- إن عدم إعلان حجر السفه من قبل الحاكم قد يكون سبباً لضرر من يتعامل معه، فمن أجل تبيان حالته، والعمل على موجب ما يقرره وليه يقتضي ذلك حكم الحاكم^(١).

الثالث - الموازنة: ولنا أن نختار الرأي القائل بحجة الحجر على السفه إلى حكم الحاكم، فبالإضافة إلى قوة أدلة القائلين به، نضيف:

- ١ - إن الآية الكريمة تقرر ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ وهذا نهى إرشادي منه تعالى، وعند تحقيق معنى السفه في الانسان يترتب عليه أثر شرعي وبدون حكم الحاكم في تحقق السفه أو عدمه فلا يتحقق الاطمئنان في الامتثال الشرعي.
- ٢ - إن الحجر حكم شرعي لا يثبت إلاّ بدليل شرعي، يحكم به الحاكم، ويستقيه من مصادره الشرعية.

ثانياً - القانون المدني يرجع أمر الحجر إلى المحكمة:

والقانون المدني - المصري والعراقي والكويتي - أخذ بهذا الرأي، فقد أشارت المادة (١١٣ مدني مصري) والمادة (٩٥ مدني عراقي) والمادة (٨٥ / ف ٢ مدني كويتي)^(٢) على أن المحكمة هي ذات الشأن بوضع الحجر على السفه.

(١) راجع: ابن قدامة - المغني: ٤ / ٢١٨ والمرغيناني - الهداية: ٧ / ٣١٨ والعاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٢٧٥-٢٧٦ والشيرازي - المهذب: ١ / ٢٣٢ وأبوزهرة - الأحوال الشخصية: ٤٧٧ ومدكور - المدخل للفقهاء الإسلاميين ٤٥٩ وأحمد إبراهيم - الأهلية وعوارضها: ٥٢٥.

(٢) أشرنا إلى نصوص هذه المواد في الحديث عن موقف القانون من الحجر على السفه في هامش ١ ص ٢٤٠.

المطلب الثاني:

تصرفات السفية واقراره والجزاء المترتب عليه
وانتهاء الحجر عنه

الفرع الأول تصرفات السفية

أولاً - رأي الفقهاء:

ويمكن تقسيم تصرفات السفية إلى ثلاثة أقسام:

الأول - التصرفات النافعة نفعاً محضاً:

وهي كل تصرف يعود بالنفع والفائدة والغنى على السفية؛ فقد أجازها الفقهاء واعتبروه صحيحاً وناظراً، كقبول الهبة، والصدقة، والوصية له^(١). والوقف عليه، ولا تتوقف على إجازة الولي، لأنها محض منفعة وكل تصرف لا يضر بمصلحة السفية، وفيه فائدة له يقبل تصرفه به.

(١) نقل الشريبي في (مغني المحتاج: ٢ / ١٧١) قائلاً: «أما الهبة فالأصح - في زوائد الروضة - صحتها، لأنه ليس بتفويت بل تحصيل، ولا يصح قبول الوصية - كما اقتضاه كلام أصل الروضة، وجزم به ابن المقري - لأنه تصرف مالي، وجزم الماوردي والرويانى، والجرجاني بالصحة لقبول الهبة، والمعمد الأول. والفرق بينهما - كما قال شيخى: إن قبول الوصية تملك بخلاف قبول الهبة. وأيضاً قبول الهبة يشترط فيه الفور، وربما يكون الولي غائباً فتفوت بخلاف الوصية».

الثاني - التصرفات الخاصة المتعلقة بالمال:

وهذه التصرفات الخاصة المتعلقة بالمال، تارة تكون عبادية وأخرى غير عبادية، فمن التصرفات العبادية: الوقف، والهبة، والصدقة، والعتق. وغير العبادية: كالإبراء من الدين، والزواج، والخلع، والطلاق، والاقرار، وأمثال ذلك، وحيث إن هذه التصرفات المالية تضر بمصلحة السفية، فقد توقف الفقهاء في بعضها، كما سنعرض ذلك بإيجاز:

١- التصرفات العبادية المتوقفة على المال:

أما التصرفات العبادية المتوقفة على المال: «كالوقف»، و«الهبة»، و«الصدقة»، فقد اختلف الفقهاء في جوازها.

أ- رأي الفقهاء فيها:

فيرى الفقهاء منع السفية من التصرف في هذه الأمور إن ناسبت أفعال العقلاء^(١)، لأنها تصرفات مالية تضر بمصلحة السفية^(٢)، وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى عدم جواز وقف السفية حتى وإن أذن له القاضي^(٣).

أما في وصية السفية فجمهور الفقهاء أجازوا نفاذها في حدود الثلث، لأنها لا تخرج عن كونها محض مصلحة له من غير ضرر عليه، بالإضافة إلى أن السفية لا يمنع من

(١) العلامة الحلي - القواعد: ٥ / ٢٧٤ متن مفتاح الكرامة.

(٢) انظر: العاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٢٧٤ والبهوتي - كشاف القناع: ٣ / ٤٥٣ وابن رشد - بداية المجتهد: ٢ / ٢٧٩ والفتاوى الهندية: ٥ / ٥٦-٥٥، والشربيني - مغني المحتاج: ٢ / ١٧١.

(٣) جاء في الفتاوى الهندية: ٥ / ٥٦-٥٥: «وعن أبي بكر البلخي انه سئل عن محجور عليه وقف ضيعة له، قال: وقفه باطل إلا أن يأذن له القاضي، وقال أبو القاسم: لا يجوز وقفه وإن أنن له القاضي».

التمتع بثلثه بعد الموت، إذ لا يشاركه فيه أحد^(١) وإن كان هناك من الإمامية،
والشافعية من يمنع من صحتها^(٢).

(١) قال ابن رشد في (بداية المجتهد: ٢ / ٢٧٩): «وأما وصيته (أي السفية) فلم أعلم خلافاً في نفوذها» وقال الشربيني في (مغني المحتاج ٢ / ١٧١): «والوصية (من السفية) فالمذهب الصحة» وقال ابن قدامة في (المغني: ٤ / ٤٢٤): «ويصح تدبيره ووصيته (أي السفية) لأن ذلك محض مصلحته لأنه تقرب إلى الله تعالى بماله بعد غناء عنه» وقال ابن مودود الموصلي في (الاختيار: ٢ / ٩٧): «إذا حجر القاضي عليه (أي السفية) صار في حكم الصبي، إلا في أشياء فإنها تصح منه كالعاقل (ومنها) الوصية مثل وصايا الناس... ومع أن القياس أن لا تصح، لأنها تبرع، وهبة، لكننا استحسنا ذلك إذا كانت مثل وصايا الناس لأنها قرينة يتقرب بها إلى الله تعالى، وهو محتاج إليها سيما في هذه الحالة».

(٢) فقهاء الإمامية لهم في وصية السفية أقوال ثلاثة:

أ- صحة الوصية منه مع تقييدها بأن تكون في وجوه البر والخير. وبه قال أغلب فقهاء الإمامية.

يقول العلامة الحلي في (تذكرة الفقهاء: ٢ / ٤٦٠): قال المفيد - رحمه الله - المحجور عليه لسفه إذا أوصى في بر ومعروف جازت وصيته، ولم يكن لوليه الحجر عليه...

وقال سلالر (من فقهاء الإمامية القدامى): السفية، لا تمضي وصيته إلا في وجوه البر والمعروف خاصة، والصبي إذا بلغ عشر سنين جازت وصيته أيضاً في البر والمعروف خاصة، ولا تمضي هبته، ولا وقفه، وكذلك السفية.

قال أبو الصلاح (تقي بن النجم الحلبي - من كبار علماء الإمامية في القرن الخامس الهجري): «لا تمضي وصية من بلغ عشر سنين، والمحجور عليه، إلا ما تعلق بأبواب البر».

وانظر: العاملي - مفتاح الكرامة: ٩ / ٣٩١ ومن الفقهاء المتأخرين المرحوم السيد الحكيم قال في (منهاج الصالحين: ٢ / ١٣٥ بحث شرائط الموصي مسألة ١٠): «فلا تصح وصية السفية في ماله إذا لم تكن وصية بالمعروف، وتصح في غيره».

ب- الصحة مطلقاً من دون تقييد بأن تكون في وجوه البر والخير.

(انظر: العاملي - مفتاح الكرامة: ٩ / ٣٩١).

ج- المنع من نفاذ وصية السفية سواء كانت في وجوه البر، أو غيرها قال المرحوم الطباطبائي البيهقي في (العروة الوثقى: ١ / ٦٦٥ بحث شروط الموصي مسألة ١٠) الشرط الرابع «الرشد، فلا تصح وصية السفية وإن كانت بالمعروف سواء كانت قبل حجر الحاكم أو بعده» كما يرى المرحوم الأصفهاني في (وسيلة النجاة: ٢ / ٢٧٦ بحث شروط الموصي مسألة ١٢): «وكذا لا تصح وصية المجنون، ولو ادوارياً في دور جنونه، ولا السكران، وكذا المكره والسفيه» وانظر: السيد الخوئي - منهاج الصالحين: ٢ / ٢١٧ بحث شرائط الموصي مسألة ٩٩٣) إذ يرى في اعتبار الرشد في الموصي إشكالاً فلا يترك الإحتياط..

أما الشافعية، فيقول الشيرازي في (المهذب: ١ / ٤٥٠) «إن كان الموصي صبيّاً مميّزاً أو بالغاً مبذراً ففقيه قولان: أحدهما - لا تصح وصيته، لأنه تصرف في المال فلم يصح من الصبي، والمبذر كالهبة. والثاني - تصح، لأنه إنما منع من التصرف خوفاً من إضاعة المال، وليس في الوصية إضاعة المال، لأنه إن عاش فهو على ملكه. وإن مات لم يحتج إلى غير الثواب، وقد حصل له ذلك بالوصية».

ب- رأي القانون:

لقد استثنى القانون المدني المصري بمادته (١١٦ ف ١) وقف السفينة ووصيته من المنع وصحح نفاذ ذلك في حال إذن المحكمة بذلك ونصها: «يكون تصرف المحجور عليه لسفه، أو غفلة بالوقف، أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة في ذلك»^(١).

وكذلك نصت المادة (١٠٢ مدني كويت) على ذلك مع اختلاف بسيط في صياغة المادة.

كما اقتصر القانون المدني العراقي في المادة (١٠٩ ف ٢) على أنه «تصح وصية السفينة بثلاث ماله»، وفي كل هذه الأحوال لا يختلف القانون المدني المصري والعراقي والكويتي عن النهج الاسلامي، إلا في الجزاء - كما سنشير إلى ذلك في ما يأتي:

٢- التصرفات غير العبادية المتوقفة على المال:

والتصرفات غير العبادية المتوقفة على المال، كالزواج والطلاق في بعض صورته فقد اختلف الفقهاء فيها:

الأول- زواج السفينة: ولتوقفه على صرف المال فقد اختلف الفقهاء فيه إلى قولين: أ- عدم صحة نكاح السفينة بدون إذن الولي، وإليه ذهب جمهور الفقهاء^(٢)، ومن

(١) إن القانون المصري رقم (١٨٠) لسنة ١٩٥٢ ألغى الوقف الأهلي وأبقى الوقف الخيري. انظر الشخيلي - عوارض الأهلية: ٣٢٣.

(٢) قال العلامة الحلبي في (القواعد: ٥ / ٢٧٤ / متن مفتاح الكرامة): ويمنع (السفينة) من التصرفات المالية وإن ناسبت أفعال العقلاء كالنكاح فإن عقد لم يمس.

وقال الشيرازي في (المهذب: ١ / ٣٢٢) «وإن تزوج من غير إذن الولي فالنكاح باطل... لأن الولي لا يأذن إلا في موضع الحاجة، فلا يؤدي إلى إتلاف المال.

جملة أدلتهم:

١ - إن الزواج يحتاج إلى المال، وحيث انه محجور عليه في التصرفات المالية، فلا يجوز ذلك إلا بأذنه.

٢ - إن القول بصحة زواج السفية من دون إذن الولي، وصرف المال في مهره، معناه الموافقة على إتلاف المال^(١).

ب - صحة النكاح: ولو لم يأذن الولي^(٢) وان شرط بعضهم حاجة الشخص إلى الزواج^(٣). واستدل القائلون بذلك بعدة أدلة، منها:

١ - إن الحاجة تدعوه للزواج، فكان ضرورة له. فإذا تعذر عليه أن يستوفيه (أي حق الزواج) بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه كمن له حق عند غيره فمنعه منه، وتعذر عليه أن يصل إليه كان له أن يستوفيه بنفسه بغير رضى المديون^(٤).

٢ - وإن النكاح عقد غير مالي فصح منه كخلعه وطلاقه، وإن لزم منه المال، فحصوله بطريق الضمن لا يمنع من العقد، كما لو لزم ذلك من الطلاق^(٥).

٣ - إن النكاح من الحوائج الأصلية ويلزم بمهر المثل لأنه لا غبن فيه، ويبطل ما زاد عليه لأنه تصرف في المال، وصار كالمریض المديون^(٦).

→

ونقل ابن قدامة في (المغني: ٤ / ٤٢٤) أن أبا الخطاب قال: «لا يصح بغير إذن وليه، لأنه تصرف يجب به مال فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء». وراجع البهوتي - كشف القناع: ٣ / ٤٥٢.

(١) انظر: الشيرازي - المهذب: ١ / ٣٢٢ والرملي - نهاية المحتاج: ٤ / ٣٥٦.

(٢) قال ابن قدامة في (المغني: ٤ / ٤٢٤): «وإن تزوج السفية صح النكاح بإذن وليه أو بغير إذنه».

ويقول ابن مودود الموصلي في (الإختیار: ٢ / ٩٧) «إذ حبر القاضي عليه (أي السفية) صار في حكم الصبي، إلا في أشياء فإنها تصح منه كالعاقل وهي النكاح».

(٣) نقل العاملي في (مفتاح الكرامة: ٥ / ٢٧٥) عن العلامة الحلي في نكاح السفية في كتابه القواعد أنه قال: «إن السفية إذا كان به ضرورة إلى النكاح، وتعذر الحاكم والولي، فإنه يجوز أن يتزوج واحدة لا أزيد بمهر المثل».

وقال العلامة الحلي في (تذكرة الفقهاء: ٢ / ٦١١): «لو نكح السفية بغير إذن الولي مع حاجته إليه وطلبه من الولي فلم يزوجه قال الشيخ (الطوسي) رحمه الله: الأقوى الصحة».

(٤) العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٢ / ٦١١.

(٥) ابن قدامة - المغني: ٤ / ٤٢٤.

(٦) ابن مودود الموصلي - الإختیار: ٢ / ٩٧.

٤- إن إذن الولي في الزواج إذن مصلحة محضة، والنكاح لم يشرع لقصد المال، فلذا لا يحتاج إلى إذن الولي ولو كان محتاجاً إليه^(١).

ج- الرأي المرجح: ويترجح لنا الرأي الثاني القائل بصحة نكاح السفية، وعدم توقفه على إذن الولي، فيما إذا كان الشخص بحاجة إلى الزواج، ومن أجل أن يعصم نفسه من المزالقة، والدين يحث على ذلك. جاء في الحديث الشريف: «النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني»^(٢).

بالإضافة إلى أن الأدلة التي استند إليها القائلون به فيها من المتانة ما ترجح الأخذ بها والميل إلى جانبها.

الثاني - طلاق السفية: ذهب أغلب الفقهاء إلى صحة طلاقه، وخلعه^(٣)، بل لم ينقل الخلاف على الظاهر إلا عن ابن أبي ليلى^(٤) وأبي يوسف - كما ذكر ذلك ابن رشد^(٥) - وحجتهم في ذلك:

١- إن الطلاق ليس بتصرف في المال، ولا يجري مجراه، فلا يمنع منه كالأقرار بالحد والقصاص.

٢- إن الطلاق حق من حقوق الزوج، ولا يعود على الورثة بشيء، وحيث إنه غير

(١) البهوتي - كشف القناع: ٤٥٢/٣.

(٢) الشهيد الثاني - مسالك الأفهام: ٤٣٠/٢. وقد روى الحديث البخاري كتاب النكاح (باب الترغيب في النكاح): ٢٢٧/٢ ونصه: «أنتم الذين قلتم كذا وكذا أما والله إنني لأخشاكم لله وأتقاكم له، لكني أصوم، وأفطر، وأصلي، وأرقد، وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني».

ورواه مسلم باختلاف بسيط في كتاب النكاح (باب الترغيب في النكاح): ٥٨٤/١ كما رواه المتقي الهندي في كنز العمال: ٨/حديث: ٢٨٢ ورواه الصنعاني - سبل السلام: ٩٧٤/٣ وقريب منه ما نقله الكليني في الكافي: ٢٢٩/٥ عن الإمام أمير المؤمنين علي عليه السلام أنه قال: «تزوجوا فإن رسول الله (ص) قال: من أحب أن يتبع سنتي، فإن من سنتي التزويج».

(٣) انظر: الشهيد الثاني - الروضة البهية: ١٠٥/٤، وابن قدامة - المغني ٤/٤٢٣-٤٢٤ والدردير - الشرح

الصغير: ٢/٢٨٧، والرافعي - فتح العزيز: ١٠/٢٩٠، وابن مودود الموصلي - الاختيار: ٩٥/٢.

(٤) محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار بن بلال الأنصاري الكوفي، فقيه وقاض من أصحاب الرأي ولد عام ٧٤هـ ولي القضاء والحكم بالكوفة لبني أمية ثم بني العباس، واستمر ٢٣ سنة ومات بالكوفة عام ١٤٨هـ. ترجمه الزركلي الأعلام: ٦٠/٧.

(٥) بداية المجتهد: ٢/٢٧٩.

مسلوب الأهلية فلا يمنع منه^(١).

نعم إن كان عوض الخلع مالاً فقد صرح الفقهاء بتسليمه إلى الولي، لأنه محجور في شؤونه المالية^(٢). ولهذا يضمن الفقهاء الزوجة إن سلمت له مال الخلع وأتلفه^(٣).

الثالث - التصرفات المالية المحضة:

وهذه تصرفات متمحضة في المال: كالبيع، والشراء، والاجارة، وأمثال ذلك، فلو أجرى السفیه تصرفاً في مثل هذه العقود فهل تعتبر نافذة؟

أ - ذهب جمهور الفقهاء إلى منع السفیه من التصرف في شؤونه المالية^(٤) بدون إذن الولي، مستدلين على ذلك بأدلة منها:

١ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا، وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ﴾ والمستفاد من هذه الآية أن السفیه يمنع من التصرف بالأموال، لأنه غير مؤتمن عليها^(٥).

٢ - إن السفیه فاسد التدبير وإرادته ضعيفة، ولا يقدر عواقب الأمور، وحفاظاً على ما يملك يمنع من التصرف في المبيع والشراء، وأمثال ذلك.

٣ - إن تصرف السفیه كتصرف الصبي المميز - على رأي بعض الفقهاء - يصدر كل منهما باطلاً، لأن الصبي إنما حجر عليه لنقص أهليته، ولتوهم التبذير، أما السفیه فقد تحقق منه التبذير، ولهذا يمنع عنه ماله ابتداءً من باب أولى^(٦).

(١) انظر: العاملي - مفتاح الكرامة: ٢٨٠ / ٥ وابن قدامة - المغني: ٤٢٣ / ٤ والرافعي - فتح العزيز: ١٠ / ٢٩٠.

(٢) انظر المصادر المتقدمة بصفحاتها.

(٣) العاملي - المصدر السالف الذكر: ٢٨٠ / ٥ وابن قدامة - المصدر المتقدم ٤ / ٢٢٤.

(٤) انظر العلامة الحلي - القواعد: ٥ / ٢٧٤ متن مفتاح الكرامة. والشيرازي - المهذب: ١ / ٢٢٢ والبهوتي - كشف

القناع: ٣ / ٤٥٤ وابن رشد - بداية المجتهد: ٢ / ٢٧٩ وابن المرتضى - البحر الزخار: ٦ / ٩٣.

(٥) الكاساني - بدائع الصنائع: ٧ / ١٦٩.

(٦) الكاساني - المصدر المتقدم: ٧ / ١٧١ وابن قدامة - المغني: ٤ / ٢٢٦.

ويناقش هذا الدليل بأن قياس السفیه على الصبي المميز قياس مع الفارق، لإختلاف العلة في الحجر عليهما، فإن علة

ويرى بعض فقهاء الحنابلة عدم صحة التصرف، وإن كان بإذن الولي «لأن الحجر عليه لتبذيره، وسوء تصرفه، فإذا أذن له فقد أذن في ما لا مصلحة فيه فلم يصح، كما لو أذن في بيع ما يساوي عشرة بخمسة»^(١).

كما ان الرافعي - من فقهاء الشافعية - يرى «إن أذن له (للسفيه) الولي، نظر إن أطلق الإذن فهو لغو، وإن عين له تصرفاً، أو قدر العوض فوجهان: أحدهما: عند المصنف (الغزالي) أنه يصح، كما لو أذن له في النكاح، وهذا لأن المقصود أن لا يضر بنفسه ولا يتلف ماله، فإذا أذن الولي أمن من المحذور. والآخر: وهو الأصح عند صاحب التهذيب (الشيرازي) المنع كما إذا أذن للصبي»^(٢).

ب- ويقابل هذه الآراء القائلة بعدم اعتبار تصرفات السفیه المالية بدون إذن الولي قول أبي حنيفة بأن تصرفات السفیه المالية كالبيع والشراء... والاجارة تعتبر نافذة، لأن السفیه ليس بمحجور عن التصرف أصلاً، فهو كالرشيد في سائر تصرفاته. يقول الكاساني: «وأما السفیه عند أبي حنيفة عليه الرحمة فليس بمحجور عن التصرفات أصلاً، وحاله حال الرشيد في التصرفات سواء لا يختلفان إلا في وجه واحد، وهو أن الصبي إذا بلغ سفيهاً يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة، وإذا بلغ رشيداً يدفع إليه ماله. فأما في التصرفات فلا يختلفان حتى ولو تصرف بعدما بلغ سفيهاً. ومنع عنه ماله نفذ تصرفه كما ينفذ بعد أن دفع المال إليه عنده»^(٣).

→

عدم ترتب الآثار الشرعية على الصبي، إنه غير مكلف شرعاً، أما السفیه فهو مكلف شرعاً، لأنه رجل عاقل لكن تبذيره انقص أهليته في حدود شؤونه المالية للسفه ومن ثم تعيبت إرادته.

(١) ابن قدامة - المغني: ٤ / ٤٢٦.

(٢) الرافعي - فتح العزيز: ١٠ / ٢٨٩.

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع: ٧ / ١٧١.

ثانياً - موقف القانون من تصرفات السفية:

وقد عالج القانون المدني المصري، والعراقي، والكويتي - تصرفات السفية، وأخذ برأي جمهور فقهاء الشريعة من ضرورة الحجر على السفية في تصرفاته المالية حفاظاً عليها من التبذير والضياع وأرجع أمر وضع الحجر عليه ورفعها إلى المحكمة كما أشارت (المادة ١١٣ مدني مصري) والمادة (٩٥ مدني عراقي) والمادة (٨٥ و ١٠١ مدني كويتي)^(١).

كما أنه اعتبر تصرفاته مماثله لتصرفات الصبي المميز، فصرحت بذلك (المادة ١١٥ ف ١ مدني مصري)، والمادة (١٠٩ / ف ١ مدني عراقي)، والمادة (١٠١ / ف ١ مدني كويتي)^(٢).

كما أن المادة (١١١ مدني مصري) والمادة (٩٧ مدني عراقي) والمادة (٨٧ مدني كويتي) تختلف في تقسيم التصرفات المالية للصبي المميز إلى ثلاثة أقسام: تصرفات نافعة نفعاً محضاً فهي صحيحة، وضارة ضرراً محضاً فهي باطلة، ودائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر^(٣)، في المدني المصري الكويتي، أو موقوفة على إجازة الولي في المدني العراقي^(٤).

(١) أشرنا إلى نصوص هذه المواد في هـ ١، ص ٢٢٦.

(٢) نصت المادة (١١٥ ف ١ مدني مصري) على الآتي: «إذا صدر من ذي الغفلة أو من السفية بعد تسجيل قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام...».

كما نصت المادة (١٠٩ / ف ١ مدني عراقي) على أن «السفية المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز...». وكذلك نصت الفقرة (١) من المادة (٢٠١ مدني كويتي) على أن: «١- تصرفات السفية، وذي الغفلة - بعد شهر قرار الحجر - تسري عليه أحكام الصغير المميز المنصوص عليها في المادة ٨٧».

(٣) ونصت المادة (١١١ مدني مصري) على أنه:

«١- إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً.

٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويحول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون».

ونصت الفقرة (٢) من المادة (٨٧ مدني كويتي) على الآتي:

«١- تصرفات الصغير المميز صحيحة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً، باطلة إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً...».

الفرع الثاني

اقرار السفية

وفي صدد إقرار السفية، فتارة يكون الإقرار على المال، وأخرى على غير المال، وثالثة على النسب.

أولاً: الإقرار بالمال:

كما لو أقر السفية بدين في ذمته لشخص آخر، أو حق عليه يوجب مالاً، وسواء أسند اقراره لما قبل الحجر عليه، أو في أثناؤه، ففي صدد ترتب الآثار على هذا الاقرار نرى: أ- تصوره في حالة الحجر: فيرى الفقهاء أن لا قيمة لهذا الاعتراف والاقرار وذلك لأنه: ١- لو قبل اقراره لزال عنه الحجر، لأن السفية يقر بالشيء، فيأخذ به المقر له، فكيف يتحقق الحجر؟

٢- إن قبول اقرار السفية معناه قبول اقراره بما هو ممنوع من التصرف فيه، فلم ينفذ اقراره^(١).

ب- في حالة بعد الحجر: فإذا توقف الفقهاء في نفاذ اقرار السفية في حالة الحجر عليه، فهل يتصور لزوم حكم الاقرار عليه بعد انتهاء الحجر عنه؟ وقد اختلف الفقهاء، ويمكن حصر خلافهم في قولين:

٢- أما تصرفاته الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتقع قابلة للإبطال لمصلحته، ما لم تلحقها الإجازة، ممن له ولاية إجرائها عنه ابتداءً، أو منه هو بعد بلوغه سن الرشد، وذلك مع مراعاة ما تقضي به النصوص التالية وغيرها من أحكام القانون».

(٤) نصت المادة ٩٧ عراقي على أنه:

«يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفعاً محضاً، وإن لم يأذن به الولي، ولم يجزه. ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وإن أذن بذلك وليه، أو أجازه أما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتتخذ موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداءً».

(١) العاملي - المصدر سالف الذكر: ٥ / ٢٨٠، المغني - المصدر المتقدم: ٤ / ٤٢٥ والشيرازي - المذهب: ١ / ٢٣٢.

القول الأول - إلزامه بإقراره بعد فك الحجر عنه:

- ١ - إن السفية عاقل مكلف، وملزم بما أقر به للحديث المشهور:
«اقرار العقلاء على أنفسهم جائز» لذا فلزمه أثر اقراره بعد فك الحجر عنه، كالعبد يقر بدين، والراهن على الرهن، والمفلس على المال^(١).
- ٢ - إن الحجر على السفية لمصلحته، وعدم الضرر بماله. ولكن الاقرار بحق للغير عليه لا يسوغ قبوله منه في شؤونه المالية، لأنها موقوفة في فترة الحجر، وبعده يلزمه الفراغ مما شغلت به ذمته.

القول الثاني - بعدم لزوم مثل هذا الإقرار وذلك:

- ١ - إن السفية محجور عليه لعدم رشده، فلم يلزمه إقراره بعد فك الحجر عنه كالصبي، والمجنون.
- ٢ - إن المنع من نفاذ اقراره في الحال، إنما ثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه. فلو نفذ بعد فك الحجر لم يفد إلا تأخير الضرر عليه إلى أكمل حالته.
- ٣ - إن السفية يفارق المحجور عليه لحق غيره (المفلس) فان المانع تعلق حق الغير بماله فيزول المانع بزوال الحق عن ماله. فيثبت مقتضى اقراره وفي مسألتنا انتفى الحكم لخلل في الاقرار، فلم يثبت كونه سبباً وبزوال الحجر لم يكمل السبب فلا يثبت الحكم مع اختلال السبب كما لم يثبت قبل فك الحجر.
- ٤ - ولأن الحجر لحق الغير لم يمنع المحجور عليهم من تصرفهم في ذممهم فأمكن تصحيح اقرارهم في ذممهم على وجه لا يضر بغيرهم بأن يلزمهم بعد زوال حق غيرهم، والحجر ههنا لحفظ نفسه من أجل ضعف عقله وسوء تصرفه ولا يندفع الضرر إلا بإبطال اقراره بالكلية كالصبي والمجنون^(٢).

(١) انظر: ابن قدامة - المغني: ٤ / ٤٢٥.

(٢) راجع: العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٢ / ٧٩ وابن قدامة - المغني ٤ / ٤٢٦ والرافعي - فتح العزيز: ١٠ / ٢٨٩.

القول المختار:

ويترجح لنا القول الأول القائل بلزوم اقرار السفیه حتی بعد فك الحجر عنه نظراً لقوة الادلة التي ساقها القائلون بذلك، وانها جديرة بالاعتماد. ويلزمه فراغ ذمته مما انشغلت به بصريح اقراره.

ثانياً - الاقرار على غير المال:

كما لو أقر السفیه بما يوجب القصاص، أو الحد، أو التعزير، كالزنا والقذف، وغير ذلك. فان الفقهاء قرروا قبول قوله واققراره، معللين: بأن هذه الأمور لا تتعلق بالمال، حتى يكون الحجر موجهاً لعدم الأخذ بالإقرار بها، وأنه رجل مكلف عاقل تقام عليه الحدود^(١) كما أنه غير مهتم في حق نفسه، والحجر إنما يتعلق بماله. فقبل اقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال^(٢).

ثالثاً - الاقرار بالنسب:

ولم يختلف الفقهاء في قبول اقرار السفیه بالنسب، وثبوته له وترتب له وترتب كل الآثار الشرعية لأنه ليس اقرار بمال، ولا تصرفاً فيه ولا نفاء المانع يقبل إقراره فيه كإقراره بالحد والطلاق^(٣).

(١) العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٢/ ٧٨ والرافعي - فتح العزيز: ١٠ / ٢٨٩.

(٢) ابن مودود الموصلي - الاختيار: ٢ / ٩٧.

(٣) راجع: الشيرازي - المهذب: ١ / ٣٣٢ والسرخسي - المبسوط ٢٤ / ١٧١ وابن قدامة - المغني: ٤ / ٤٢٥،

والعلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٢ / ٧٩، والدردير - الشرح الصغير: ٣ / ٣٧٨.

الفرع الثالث

الجزء المترتب على تصرفات السفية

أولاً - رأي الفقهاء:

مما تقدم يتضح لنا أن للفقهاء القائلين بالحجر على السفية رأيين في الجزء المترتب على تصرفات السفية المالية الدائرة بين النفع والضرر.

أ - القول بالبطلان:

والى هذا القول ذهب جمهور فقهاء الشافعية^(١) وهو رأي للحنابلة^(٢) وقول للامامية^(٣)، واستدلوا على ذلك بالآتي:

١ - إن الحجر على السفية لتبذيره، وسوء تصرفه، فإن أذن له فقد أذن في ما لا مصلحة فيه فلم يصح، كما لو أذن في بيع ما يساوي عشرة بخمسة.

٢ - إن تصحيح تصرف المحجور عليه لسفه - بيعاً، وشراءً، واجارة - حتى مع اطلاق اذن الولي يؤدي إلى إبطال معنى الحجر.

٣ - إن تصرفات السفية بيعاً وشراءً - ومع الاذن - إما إتلاف أو مظنة إتلاف، ولا بد من تجنب ذلك^(٤).

(١) انظر: الرافعي - فتح العزيز: ٢٨٩ / ١٠، والشربيني - مغني المحتاج: ١٧١ / ٢ - ١٧٢، والرملي - نهاية المحتاج: ٣٥٤ / ٤.

(٢) ابن قدامة - المغني: ٤٢٦ / ٤.

(٣) راجع: العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٧٨ / ٢، والشهيد الثاني - مسالك الأفهام: ٢٤٩ / ٢، والعاملي - مفتاح الكرامة: ٢٧٨ / ٥، والنجفي - جواهر الكلام - المتاجر بحث الحجر: ١٥، وكاشف الغطاء - تحرير المجلة: ١٦٩ - ١٧٠ / ٣.

(٤) انظر: ابن قدامة - المغني: ٤٢٦ / ٤، والشهيد الثاني - مسالك الأفهام: ٢٤٩ / ٢، والرملي - نهاية المحتاج: ٣٥٤ / ٤.

- ٤- إن هناك فرقاً بين نكاح السفية، وبيعه وشرائه، فإذا صح نكاحه بإذن الولي ومنع بيعه وشراءه حتى مع الإذن، فلأن المقصود من الثاني المال دون الأول.
- ٥- إن السوق يختلف ساعة فساعة، فناسب أن يكون الولي هو العاقد في الأمور المالية من باب الاحتياط للمال بخلاف النكاح^(١).

ب- القول بالوقف:

وهو رأي جمهور الفقهاء القائل: بأن تصرفات السفية تنعقد موقوفة على إجارة وليه، فإن أجاز صحت، وإن ردّ بطلت^(٢). واستدلوا على ذلك بالآتي:

١- إن المانع من تصرف السفية - بيعاً وشراءً - خوف المحذور من إتلاف المال، وهو مندفع بالتعيين. ومعلوم أن اعتبار إذن الولي مشروط بالمصلحة كتصرفه، بل أولى.

٢- إن السفية شخص عاقل محجور عليه في شؤونه المالية فيصح تصرفه بإذن الولي، كما هو شأن الصبي مع ملاحظة أن الحجر على الصبي أولى من الحجر على السفية، لأن الصبي غير مكلف ومع ذلك يصح تصرفه بإذن الولي، ففي موضوع السفية أولى.

(١) النجفي - جواهر الكلام: المتاجر - بحث الحجر: ١٥.

(٢) يرى ابن رشد في (بداية المجتهد: ٢ / ٢٧٩) بأن «ما يفعله (السفية) بعوض فهو أيضاً موقوف على نظر وليه». ودراجع: ابن جزّي - القوانين الفقهية: ١٨ والحطاب - المواهب الجليل: ٥ / ٦٢، والتسولي - البهجة في شرح التحفة: ٢ / ٣٠٤.

وقال الكاساني في (بدائع الصنائع: ٧ / ١٧١): «إن تصرفات السفية عند أبي يوسف ومحمد بن الحسن كحكم الصبي العاقل...»

وتصرفات الصبي العاقل الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء، والإجارة ونحوها. فتتخذ عندنا موقوفة على إجازة وليه، فإن أجاز جاز، وإن رد بطل. وينقل الرافعي في (فتح العزيز: ١٠ / ٨٩) بأن الغزالي يرى صحة تصرف السفية بعد أن يأذن له الولي في ذلك، ويقدر له العوض كما لو أذن له في النكاح. أما المحقق الحلي في (شرائع الإسلام: ٢ / ١٠١) فيقول: «لو باع (السفية) وأجاز الولي، فالوجه الجواز للأمن من الأنخداع».

ولن يختلف الفقيه ابن قدامة عن سبقه في القول بصحة تصرف السفية بيعاً وشراءً... إذا أذن له وليه أو أجازاه بعد ذلك. انظر (المغني: ٤ / ٤٢٦).

٣ - لو منع السفية من التصرف مع إذن الولي، فقد انعدم طريق معرفة رشده واختياره .

٤ - إن تصرف السفية بيعاً وشراء عقد معاوضة فملكه بالاذن التابع^(١).

جـ- الرأي المختار:

وهذه الأدلة التي يسوقها القائلون بالوقف فيها من المتانة ما يرجح الأخذ بها. مضافاً إلى أن أدلة القائلين بالبطلان لا تخلو من مناقشة.

فالدليل الأول يرد: بأن الولي هو الذي يقدر المصلحة للسفيه فلو أجاز له العوض يجب أن يصح البيع، وإلا انتفت قيمة الولي.

والدليل الثاني يرد: بأن تصرف السفية مع إذن الولي معناه إبطال معنى الحجر قول لا معنى له، فإن محض وجود الولي، وإذنه يحقق معنى الحجر ودفع الشك بالتصرف الفردي.

والدليل الثالث يرد: بأن تصرفات السفية المأذون له إتلاف أو مظنة إتلاف، معناه أن أي تصرف من محجور عليه سواء كان في سفه أو غيره يرد عليه هذا الاحتمال فلماذا يخص السفه بذلك.

والدليل الرابع يرد: بأن التفريق في تصرف السفية في نكاحه، وبيعه وشرائه مع اقتران كل ذلك بإذن الولي، لا معنى له، لأن أمر النكاح أهم بكثير على السفية من التصرف المالي، فإن النكاح يترتب عليه مال، سواء كان مهراً أو نفقة فمن باب أولى أن يحتاج في النكاح أكثر من البيع والشراء، وكل ذلك مقصود فيه المال، إنما البيع والشراء مباشرة والثاني النكاح ما يترتب عليه مال والنتيجة واحدة.

والدليل الخامس مردود: بأن اختلاف السوق يستدعي أن يتولى التصرف الوصي

(١) انظر: ابن قدامة - المغني: ٤/ ٤٢٦، والرافعي - فتح العزيز: ١٠/ ٢٨٩، والعالمي - مفتاح الكرامة: ٥/ ٢٧٨.

من باب الاحتياط غير مقبول. لأن السفية إذا أذن له الولي فمعناه أنه خبر إمكانياته العقلية فأجازه بعد ذلك، وإذا بلغ بنا الأمر إلى الاحتياط فلا فرق بين بيعه وشرائه وبين سائر تصرفاته الهامة، بأن يتولاها الولي، وهذا ما يدعو إلى العسر والحرص في كثير من الأحيان.

لهذا كله يترجح لنا القول بوقف تصرفاته المالية على إجازة وليه مادام عارض نقص الأهلية قائماً.

ثانياً - رأي القانون:

والى هذا ذهب القانون المدني العراقي مسائراً جمهور فقهاء الشريعة وهو بعد أن سوى بين معاملات السفية المحجور والصغير المميز^(١) فصرح بأن تصرفات الصبي المميز «الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر، تنعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداء»^(٢).

في حين ذهب المدني المصري إلى أن التصرفات المالية للصبي المميز «الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه، أو من المحكمة بحسب الأصول والقانون»^(٣).

وعلى هذا الغرار نحت المادة (٨٧ / ف ٢ مدني كويتي) مع اختلاف بسيط في الصياغة^(٤).

يقول الدكتور عبدالرازق حسن فرج: «وحبذا لو أخذ المشرع عندنا (أي القانون

(١) راجع المادة (١٠٩ ف ١ مدني عراقي)

(٢) انظر المادة (٩٧ ف ١ مدني عراقي)

(٣) راجع المادة (١١١ ف ٢ مدني مصري)

(٤) راجع المادة (٨٧ ف ٢ مدني كويتي)

المصري) بهذا الرأي^(١)، سيما وقد استقى المسائل الموضوعية المتعلقة بتصرفاتهما، (أي السفية وذو الغفلة)، وكذا تصرفات الصبي المميز من الفقه الاسلامي، ولكنه (أي المدني المصري) جعل الحكم هو قابلية التصرف للابطال أخذاً من الفقه الغربي، وهذه نتيجة لا تتفق مع ما سائر فيه القانون الشريعة الاسلامية حين اقتبس منها المسائل الموضوعية^(٢).

ولا يفوت أن نذكر الدكتور فرج إلى أن القابلية للابطال فيها نظر إلى الاتجاه الأول لفقهاء الشريعة الذي عرضناه آنفاً، وإن كنا نميل إلى الرأي القائل بالتوقف لما يترتب على ذلك من أحكام فرعية لسنا بصدد عرضها هنا.

الفرع الرابع

انتهاء الحجر عن السفية

فلو رشد السفية فهل يزول الحجر عنه تلقائياً، أم يحتاج إلى حكم الحاكم؟ وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:

أولاً - بزواله تلقائياً:

ذهب بعض الفقهاء إلى زواله تلقائياً، ولا يحتاج إلى حكم حاكم لأن المقتضي للحجر هو السفه، فيجب أن يثبت بثبوته، ويزول بزواله^(٣).

(١) أي وقف تصرفات المحجور عليه لسفه على إجازة وليه.

(٢) د. عبدالرازق فرج - نظرية العقد الموقوف: ٣١٤.

(٣) راجع: الكاساني - بدائع الصنائع: ١٧٣/٧ وقد نسب القول إلى محمد بن الحسن بزوال الحجر على السفية

بظهور رشد، وابن قدامة - المغني: ٤٢١/٤ كذلك نسب القول إلى أبي الخطاب من فقهاء الحنابلة، والشربيني -

مغني المحتاج: ١٧٠/٢ والشهيد الثاني - الروضة البهية: ١٠٧-١٠٨ والدردير - الشرح الصغير: ٣٨٩/٢

وقد نسب القول إلى أبي القاسم من فقهاء المالكية.

واستدلوا على ذلك بالآتي:

الأول - إن ظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدَاءُ، فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ علق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلو توقف معه على أمر آخر لم يكن الشرط صحيحاً، ومفهوم الشرط حجة عند جمهور المحققين.

والمفهوم هنا، انه مع عدم إيناس الرشد لا يدفع إليهم. فدل على أن وجود السفه وزواله كافيان في إثبات الحجر ورفعها، لأن السفه والرشد متقابلان.

الثاني - إن المقتضي للحجر هو السفه فيجب تحقيقه، وإذا ارتفع السفه زال المقتضي فيجب أن يزول^(١).

ثانياً - حاجته إلى حكم الحاكم بزواله:

وبعض الآخر من الفقهاء ذهب إلى حاجة رفع الحجر عن السفه - عند زواله - إلى حكم الحاكم^(٢) وحجتهم في ذلك:

١ - إن زوال السفه يفتقر إلى الاجتهاد، وقيام الأمارات، لأنه أمر خفي فيناط بنظر الحاكم.

٢ - إن الحجر يثبت بحكم الحاكم فلا يزول إلا بحكمه كالحجر على المفلس

٣ - إن السفه يفارق الصبي والمجنون، ولما كان الحجر على الصبي والمجنون لا

(١) لزيادة الإطلاع على الأدلة راجع: ابن قدامة - المغني: ٤/ ٤٢١، والشهيد الثاني - مسالك الأفهام: ١/ ٢٤٩، والدردير - الشرح الصغير: ٣/ ٢٨٩، والعاملي - مفتاح الكرامة: ٥/ ٢٧٦-٢٧٧.

(٢) انظر: الكاساني - بدائع الصنائع: ٧/ ١٧٢، وابن عابدين - رد المختار: ٥/ ٩٣، والفتاوى الهندية: ٥/ ٥٦، وابن قدامة - المغني: ٤/ ٤٢١، والمحقق الحلي - شرائع الإسلام: ٢/ ١٠٢، والعلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٢/ ٧٧، والعاملي - مفتاح الكرامة: ٥/ ٢٧٥ والشربيني - مغني المحتاج: ٢/ ١٨٠، والرملي - نهاية المحتاج: ٤/ ٣٥٣، والخطاب - المواهب الجليل: ٥/ ٥٦، والدردير - الشرح الصغير: ٣/ ٢٨٩، والدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ٣/ ٢٦٧.

يحتاج إلى حكم الحاكم فكذلك زواله، أما السفه فكما أنه لا يقع إلا بحكم الحاكم فكذلك لا يرتفع إلا بحكمه^(١).

الإختيار:

ولنا: أن نختار القول الأول أن الحجر يرتفع عن السفه عند زوال السفه عنه دون حاجة إلى حكم الحاكم. فبالإضافة إلى قوة ومثانة أدلة القائلين بذلك نرى:

أ- أن السفه عارض طارئ على الشخص فإذا رشد وعرف عنه - بأية صورة تمت المعرفة - يكون الحجر قد ارتفع عنه طبيعياً لعدم وجود المقتضي له، كما هو الشأن في الصبي، والمجنون، إذ يزول بزوالهما.

ب- وقد يعسر إعلام الحاكم - لسبب من الأسباب، في حالة رشد السفه - فيبقى الحجر مستمراً على الرشيد، ويترتب على هذا الضرر بالمنع من تصرفه في ماله مع عدم السفه.

موقف القانون من هذه المسألة:

وفي صدد موقف القانون المدني - المصري، والعراقي، والكويتي - فقد ترك للمحكمة - بصفاتها ذات الاختصاص - أن ترفع الحجر عن الشخص السفه متى رأت المصلحة في ذلك، فهي كما وضعت الحجر عليه، تكون هي المسؤولة عن رفعه. فالمادة (١١٣ مدني مصري) تنص على أن «المجنون والمعتوه وذو الغفلة، والسفه تحجر عليهم المحكمة، وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد وللإجراءات المقررة في القانون».

(١) راجع تفصيل الأدلة في: ابن قدامة - المغني: ٤/ ٤٢١، والفتاوى الهندية: ٥/ ٥٦ والمحقق الحلي - شرائع الإسلام: ٢/ ١٠٢.

والعلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٢/ ٧٧ الطبعة القديمة، والخطاب - المواهب الجليل: ٤/ ٦٤.

وكذلك نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٠٩ مدني عراقي): «وإذا اكتسب السفينة المحجور رشداً فكت المحكمة حجره».

كما نصت الفقرة الثانية من المادة (٨٥ مدني كويتي) على الآتي:
«لا يقع على السفينة وذي الغفلة إلا بحكم القاضي، وتحجر المحكمة عليهما وترفع الحجر عنهما وفقاً لما تقتضيه ظروف الحال، ويشهر قرار المحكمة بالحجر ويرفعه وفقاً للقواعد التي يصدر بها قرار من وزير العدل».

وبهذا يكون القانون المدني - المصري، والعراقي، والكويتي، قد أخذ بالرأي الثاني الذي قاله فقهاء المسلمين.

المَبَحَثُ الثَّالِثُ

«مَرَضُ الْمَوْتِ»

المطلب الأول:

حقيقة مرض الموت، ومدى تأثير أهلية المريض به

الفرع الأول

حقيقة مرض الموت

لفقهاء الشريعة عدة تعاريف لمرض الموت، ولكنها - رغم تعددها - متقاربة في مدلولها، ولا تعدو في حقيقتها بأن المراد من مرض الموت: أن يكون الشخص نفسه في حالة مرضية يكثر فيها الموت عادة، وبنحو يكون المريض متوقعاً للموت في حالته تلك، وفي حدود الشروط المقررة في الشريعة^(١).

(١) ابن حزم - المحلى: ٩ / ٤٣٠.

ذكر الكاساني في (بدائع الصنائع: ٣ / ٢٢٤) نقلاً عن أبي حنيفة بأنه عرف مرض الموت بأن (المريض) مضني لا يقوم إلا بشدة وهو حال يعذر في الصلاة جالساً.

كما نسب الكاساني في (المصدر ذاته) إلى عبيد الله بن الحسين الكوفي - الفقيه الحنفي - تعريفاً له بأنه «هو الذي أضناه المرض، وصار صاحب فراش».

ونقل ابن مودود الموصلي في (الاختيار: ٣ / ١٤٤) بأنه: «المرض الذي أضناه، وأعجزه عن القيام بحوائجه، فأما من يجيء ويذهب بحوائجه، ويحم، فلا.

وقيل: إن أمكنه القيام بحوائجه في البيت وعجز عنها في خارج البيت فهو مريض»

وذهبت المجلة في المادة (١٥٩٥) إلى أن: «مرض الموت هو الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الاناث».

أما تحديده بما لا يقدر صاحبه على الصلاة قائماً، وبمن لا يستطيع المشي إلا مستعيناً بغيره وبكونه صاحب فراش، ومن يعجز عن النظر في مصالحه، هذه التحديدات لم ترد في النصوص التي تعرضت لحكم هذه المسألة من كتاب أو سنة، ولذا لا نركن إليها.

الفرع الثاني

شروط تحقق مرض الموت

وقد ذكرت شروط لتحقيق عنوان مرض الموت، وانطباقه على المريض لغرض ترتب الحكم الشرعي عليه، وهي:

- الشرط الأول - أن يحصل الموت بنفس المرض الذي ألم بالشخص، فلو شفي منه، ثم ابتلى بمرض آخر ومات فيه، لم ينطبق عليه عنوان مرض الموت^(١).
- الشرط الثاني - أن يكون المرض مقيداً بكونه مخوفاً بحيث يغلب فيه الموت^(٢).

→

وذهب فقهاء الامامية إلى أن مرض الموت، هو: المرض الذي اتصل به الموت، يقول المحقق الحلي في (شرائع الاسلام: ٢ / ٢٦١) : «ولو قيل بتعلق الحكم بالمرض الذي يتفق به الموت، سواء كان مخوفاً في العادة أو لم يكن لكان حسناً».

وراجع: الطباطبائي اليزدي - رسالته في منجزات المريض: ١٤ - ١٥ . وكاشف الغطاء . تحرير المجلة: ٤ / ٦٣، ومعروف - نظرية العقد في الفقه الجعفري: ٨٨ - ٨٩.

(١) راجع: الكاساني - بدائع الصنائع: ٣ / ٢٢٣ - ٢٢٤، والمحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢ / ٢٦١، وابن قدامة - المغني: ٦ / ٥٠٥ طبعة دار الكتاب العربي بيروت، والحلي - القواعد: ٥ / ٣٠١، والرملي - نهاية المحتاج: ٦ / ٥٩، والدردير - الشرح الصغير: ٣ / ٢٨٢.

(٢) مثل بعض الفقهاء للمرض المخوف عدة أمراض: كالقولنج، وذات الجنب، ورعاف دائم، واسهال مستمر، وحمى شديدة، والدق، والسل، وأمثال ذلك. انظر ابن قدامة - المغني: ٦ / ٥٠٥ والمحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٣ / ٢٦١ والمواق - التاج والاكليل: ٥ / ٧٨ والرملي - نهاية المحتاج: ٦ / ٦٠ - ٦٢ ومما لا شك فيه ان بعض ما مثلوا به في الماضي لم يعد خطيراً اليوم كما كان في عهدهم وجدت أمراض كالسرطان، والقلب وأمثالها أكثر خطراً مما نقل، ولا بد أن نحمل ما نكره الفقهاء القدامى على سبيل المثال فقط، وقد أشار البعض لذلك.

وقد اختاره وذهب إليه كثير من الفقهاء^(١).

ولا نؤيد هذا القيد لما يلي:

أ - لأنه لا دليل على اعتبار صفة الخوف من الكتاب، أو السنة، أو من أي دليل شرعي آخر. يقول ابن حزم: وأما «قولهم في التفريق بين الأمراض، فانه لا يعرف عن صاحب، ولا تابع أصلاً، ولا في شيء من النصوص، فمحصل قولهم لا حجة له أصلاً، لا من قرآن، ولا من سنة، ولا رواية سقيمة، ولا قول صاحب، ولا قياس ولا نظر»^(٢).

ب - ولربما يقال: إن أخذ هذا القيد باعتباره القدر المتيقن من الأدلة التي أخذت المرض قيداً، لكن يرد على ذلك، بأن الاختصار على القدر المتيقن فيما إذا لم يكن هناك إطلاق، أما في حالة إطلاق اللفظ في سائر أقوال الفقهاء فلا يصار إليه^(٣).

ج - إن فكرة الحجر على المريض تتنافى وتقيدها بمثل هذه القيود، حيث تكون الحكمة من ذلك صيانة حق للوارث من تضييع حقوقه عليه، فما الفرق بين المرض المخوف، وغيره مادام كلاهما متصلًا بالموت، والذي يكون موجباً لحصول الوارث على حقه الطبيعي والغريم على دينه؟ فإن إجازة تصرفاته المنجزة في فترة ما قبل الموت، معناه حرمان من سينتقل إليهم المال من بعده^(٤).

(١) راجع الطوسي - الخلاف: ٩٨/ ٢، والكاساني - بدائع الصنائع: ٤٢٤/ ٣، والمجلة مادة ١٥٩٥ وابن قدامة - المغني: ٥٠٥/ ٦، وابن المرتضى - البحر الزخار: ٢١٥/ ٦ والرملي - نهاية المحتاج: ٥٩/ ٦ والدردير - الشرح الصغير: ٣٩٩/ ٢.

(٢) ابن حزم - المحلى: ٤٣١/ ٩.

وعلق الطباطبائي اليزدي في (رسالته في منجزات المريض: ١٥) على رأي الشيخ الطوسي ومن تبعه بالقول باعتبار أخذ قيد الخوف في مرض الموت قائلاً: «أما ما ذكره الشيخ ومن تبعه فلا دليل عليه، إذ ليس في الاخبار (الواردة عن أئمة آل البيت) أي إشارة إلى اعتبار كونه مخوفاً بل الموجود فيها لفظ المريض وغير الصحيح وحضرته الوفاة، وعند موته وعند وفاته «وهذا لا ينفعا للاستدلال».

وعلى هذا ذهب أغلب فقهاء الامامية المتأخرين، وفي مقدمتهم النجفي صاحب الجواهر إذ يقول: «فقد جعل المدار على حصول أحد الأمرين: المرض الذي يموت فيه سواء كان مخوفاً، أو لا...» انظر: جواهر الكلام: ٤٦٨/ ٢٨ الطبعة الجديدة وكاشف الغطاء - تحرير المجلة ٤/ ٦٣.

(٣) الطباطبائي اليزدي - رسالته في منجزات المريض: ١٥.

(٤) عز الدين بحر العلوم - الحجر واحكامه في الشريعة الاسلامية: ٤٣٥ طبع دار الزهراء للطباعة - بيروت - ١٤٠٠ هـ.

فلهذا لو « قيل بتعلق الحكم بالمرض الذي يتفق به الموت سواء كان مخوفاً، أو لم يكن لكان حسناً^(١) » .

الشرط الثالث - ولقد حدد بعض الفقهاء مدة مرض الموت بعام واحد، فلو تجاوزها المريض كان في حكم الصحيح^(٢).

وهذا الشرط محل نظر أيضاً، فبالإضافة إلى أنه لم يقل به إلا بعض الفقهاء فهو من ناحية أخرى يتنافى وحماية مال المريض إذ أن صاحب المال لا يهتم بتنميته واستثماره، ثم كيف تعالج شعوره الانساني، وهو يرى نفسه محجوراً في تصرفاته المالية بكل أنواعها بدعوى تعلق حق الورثة فيه.

وإذا جاز تحديد مدة فلعل ذلك مخصوص في موارد معينة، كما هو الحال في مورد طلاق الزوجة من مطلقها في حالة كونه مريضاً، ومات في عامه ذاك، ولم يبرأ من مرضه الذي طلق فيه، ولم يكن الطلاق بطلب منها ولم تتزوج من غيره في تلك الفترة، وهذا ما يسمى بـ «طلاق الفار» فانها ترثه رغم ذلك الطلاق^(٣).

(١) المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢ / ٢٦١.

(٢) جاء في تحديد مدة المرض من كلمة «التطاول» « في نصوص بعض فقهاء الحنفية فقد قال الكاساني في (بدائع الصنائع: ٢ / ٢٤٤): «والحاصل أن مرض الموت هو الذي يُخاف منه الموت غالباً... (وأما) صاحب الفالغ والسل والنقرس ونحوها، إذا طال به (المرض) فهو في حكم الصحيح، لأن ذلك إذا طال لا يُخاف منه الموت غالباً فلم يكن مرض الموت».

وقال القاضي الاوز جندي في (الفتاوي الخانية: ٢ / ٥٠٢): «ذكر الناطقي - رحمه الله تعالى - : المريض الذي به السل فتصرفاته من الهبة ونحوها تصرفات المريض ما لم يتطاول. قال: وفسر أصحابنا - رحمهم الله تعالى - . تطاول السل بالسنة، فإذا تصرف بعد سنة فهو كالصحيح تجوز تصرفاته» واعتمده الحصكفي في (الدر المختار: ٣ / ٢٨٥) وأخذت بذلك المجلة بمادتها ١٥٩٥. وترجع ذلك عند المتأخرين. انظر: شلبي - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي: ٢٢٥ ومدكور - المدخل للفقه الاسلامي: ٤٦٢. ود. المحمصاني - الموجبات والعقود: ٣٨٩.

(٣) الشهيد الثاني - مسالك الافهام: ٢ / ٢٦ وانظر الأصفهاني - وسيلة النجاة: ٣ / ٢٥٩. بحث العدد مسألة ١١. والحكيم - منهاج الصالحين: ٢ / ٢٠٨ بحث طلاق المريض مسألة ١.

الفرع الثالث

مدى تأثير أهلية المريض بمرض الموت

من الذين يقرر أغلب الفقهاء الحجر عليهم، المريض الذي يتصل مرضه بموته، وهم بهذا الموقف قد حدوا أهلية المريض، ومن ثم عيبت ارادته بتقليص حريتها في تصرفات ترغب في تحقيقها.

فاذا كان مرض العقل سبباً في تقييد أهلية الشخص المبتلى به، ومانعاً له من امضاء تصرفاته وتحقيق التزاماته باعتباره عارضاً أنصب على عقله فأصبح به منعدم الأهلية، فهل أن «مرض الموت» يسلب الانسان أهلية التصرف بحيث يمنعه من كافة الالتزامات التي له أو عليه؟

يقول ابن ملك^(١) :

« والمرض لا ينافي أهلية وجوب الحكم، ولا ينافي أهلية العبارة ولكنه لما كان سبباً للموت وكان الموت علة الخلافة - أي خلافة الوارث والغرماء في المال - لأن أهلية الملك تبطل بالموت فيخلفه أقرب الناس اليه، والذمة تخرب بالموت فيصير المال الذي هو محل قضاء الدين مشغولاً بالدين. ولذا كان المرض من أسباب تعلق الوارث والغريم بماله، فيكون من أسباب الحجر على المريض بقدر ما يتعلق به صيانة الحق إذا اتصل المرض بالموت، مستنداً إلى أوله حتى لا يؤثر المرض في ما يتعلق به حق غريم، أو وارث كالنكاح بمهر المثل فيصح في الحال كل تصرف يحتمل الفسخ كالهبة والمحابة، ثم ينقض ان احتيج الى النقض عند تحقق الحاجة بالاتصال بالموت»^(٢).

(١) عبداللطيف بن عبدالعزيز بن أمين الدين بن فرشتا الكرمانى، المعروف بابن ملك فقيه حنفي توفي عام ٨٠١ هـ في بلدة «تيرة من مضافات أزمير» من مؤلفاته «شرح المنار». ترجمه: الزركلي - الاعلام: ٤ / ١٨٢.

(٢) ابن ملك - شرح المنار: ٩٦١.

إذاً فمرض الموت لا يسلب الانسان أهلية التصرف لذاته، اذ لا يؤثر على ارادته، ومشاعره ولا يزيل مداركه، ومن ثم فلا يفوت قصده لمدلول العقد، لأن الأهلية متوفرة فيه من جميع جهاتها، غير أن نقص الأهلية الذي لحقه من جراء مرض الموت نشأ من نظرة الشارع المقدس لمصلحة الورثة أو الغرماء، فاعتبر هذا المرض المؤدي الى الموت كغيره من العوارض التي تحد من سيطرة المالك وسلطته على ملكه، ورعاية لحق ورثته وغرمائه.

ومما تقدم يتضح تمتع المريض - مرض الموت - بأهلية الوجوب، وبشبوت الحقوق له وعليه كاملة غير منقوصة، وأن التزاماته لازمة له - لأنه عاقل رشيد - غير أن عاملاً خارجياً يحول في تحقيق رغباته المالية حفاظاً لحق الغير المتعلق بدمته المالية، وذلك في فترة مرضه الموصوف بمرض الموت. وبهذا الاعتبار فإن الشارع حد من حرية ارادته دون نفاذ تصرفاته القولية، وما ينشأ عنها من حقوق مالية.

المطلب الثاني:

تصرفات المريض بين التنجيز والتوقف

الفرع الأول

تصرفات المريض ومدى نفاذها.

وإذا كان هذا المريض من المحجور عليهم عند أغلب الفقهاء^(١)، فما هي التصرفات التي حددت ارادته فيها؟

إن تصرفات المريض لا تخلو: إما أن تكون من نوع العطايا والتبرعات المحضة كالعتق، والهبة المقبوضة، والصدقة، والوقف، والابراء من الدين، والعفو عن الجناية الموجبة للمال، وأمثال ذلك^(٢).

أو أن تكون من قبيل المعاوضات المالية كالبيع والشراء، والاجارة والرهن وما شابه ذلك.

أو تكون من قبيل النكاح، والطلاق والخلع، تصرفات شخصية قد يترتب عليها مال.

١- فإن كانت تبرعات المريض وعطاياه معلقة الى ما بعد الموت، أو كانت معلقة ولكن ما علق عليه يتحقق بعد الموت، فإن مخرج هذه التصرفات «الثلث إجماعاً من غير فرق بين ما كان وصية تمليكية، أو عهدية»^(٣).... لأن للانسان كامل حريته في التصرف بثلث تركته، وليس لأحد الاعتراض عليه.

(١) سبق أن أشرنا في البحثين السابقين من هذا الفصل إلى أن أبا حنيفة لا يحجر على الانسان بعد بلوغه الخامسة والعشرين من عمره، وحتى وان لم يكن رشيداً، وأيده بعض الفقهاء. انظر: الكاساني - بدائع الصنائع: ١٦٩ / ٧، والمرغيناني - الهداية: ٣١٤ / ٧.

(٢) ابن قدامة - المغني: ٤٩١ / ٦.

(٣) المرحوم السيد محمد بحر العلوم - بلغه الفقيه: ٨ / ٢ مطبعة الآداب، النجف ١٣٩٦ هـ.

وأما اذا كانت منجزة، بأن قصد تنفيذها في الحال فهل تخرج من رأس المال، أو تنحصر في الثلث؟ هذا ما اختلف فيه الفقهاء وسيمر علينا تفصيله.

٢. والتصرفات القائمة على المعاوضات المالية تارة تكون قائمة على المحاباة مثل أن يبيع ما قيمته مائة بعشرة، أو يشتري ما قيمته عشرة بمائة^(١) وأخرى تكون طبيعية، بحيث لا غبن فيها ولا خسارة.

فاذا كانت المعاوضات خالية من المحاباة فلا شك بنفاذها، لأن تصرفاته التي في صالحه لم تتأثر بغبن أو خسارة غير مألوفة، ولذا لم يمانع الفقهاء من نفاذها، ولأنها لم تفوت شيئاً على الورثة أو الغرماء، لأن البدائل - وهي أثمان المبيعات - حلت محلها.

٣. أما التصرفات الخاصة به: كالنكاح، والطلاق، والخلع، فلم ير الفقهاء ما يمنع من نفاذها، ولا تتوقف على اجازة أحد من الورثة فيها.

نظراً لكون المريض لم يفقد أهلية التصرف في حالة اتصافه بمرض الموت الآ في حدود أمواله، لتعلق حق الورثة فيها ولهذا فهو يستطيع أن يباشر حقوقه كافة المترتبة له، أو عليه غير المالية وكلمته لها اعتبارها من حيث ترتب الأثر الشرعي، أو القانوني عليها.

وفي حالة تصرفه في أحد هذه الأمور الثلاثة - النكاح، والطلاق، والخلع - وترتب على أحدها مال، فلا يعدو:

إما أن يكون ذلك التصرف نكاحاً فقد أشرنا في ما تقدم الى أن قسماً من الفقهاء يرون صحة مثل هذا النكاح^(٢)، ولها صداقها إن دخل بها^(٣) وإن لم يسمه، فلها مهر المثل^(٤)، وفي رأي البعض إن زاد على ذلك أخذت الزيادة حكم التبرع^(٥).

(١) الفتاوى الهندية: ٦ / ١١٠.

(٢) ابن قدامة - المغني: ٤ / ٤٢٤ وابن مودود الموصلي - الاختيار: ٢ / ٩٧، والعدوى حاشيته على الرسالة: ٢ / ٦٩ - ٧٠ طبع دار احياء الكتب العربية القاهرة، والحكيم منهاج الصالحين: ٢ / ٣١٦ نكاح المريض، مسألة (١) وأبو زهرة - الملكية ونظرية العقد: ٣٢٦.

(٣) العدوي - المصدر المتقدم: ٢ / ٦٩-٧٠ والخوئي - منهاج الصالحين: ٢ / ٢٩٠ بحث نكاح المريض مسألة

وإن كان التصرف طلاقاً فإن أغلب الفقهاء لم يمنع من صحته وإن كان للزوجة قسم من المهر عند مطلقها فعليه أن يدفعه لها لانشغال ذمته فيه، كأبي دين عليه، وكذلك نفقتها ضمن العدة، لو كان الطلاق رجعياً، وترثه لو مات في فترة لم تتجاوز العام على رأي البعض^(١)، وهذا ما يسمى بـ «طلاق الفار»^(٢).

ولو كان التصرف مخالعة، وكان البذل منها مالاً، وخالياً من المحاباة أو أية شبهة تبعده عن واقعه، يصبح البذل ديناً له عليها، ولا بدّ لها من تسديده، لانشغال ذمته فيها، وهو يستدعي الفراغ منه.

وفي رأي بعض الفقهاء أنه يعتبر تبرعاً^(٣)، ويدخل حينذاك في ضمن منجزات المريض، فهل يسدد من أصل المال، أو يختص بالثلث؟

حصر النزاع في منجزات المريض:

إذا فموضوع النزاع في المسألة، هو المعاوضات القائمة على المحاباة والتبرعات المنجزة. وهذه التصرفات اصطلاحاً عليها الفقهاء بـ «منجزات المريض» فقد اختلف في كونها تخرج من أصل المال، أم من الثلث؟

→

١٢٩٤ وأبو زهرة - المصدر المتقدم: ٣٦٣.

(٤) الشيرازي - المذهب: ١ / ٤٥٣ وحاشية العدوي على الرسالة: ٢ / ٦٩ - ٧٠.

(٥) أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد: ٣٦٢.

(١) اختلف الفقهاء في تحديد الفترة بين الطلاق وموت المريض لترتب ميراث الزوجة فيها. فالسنة عند الإمامية، وفي فترة العدة عند أبي حنيفة، ومقيد بعدم زواجها بغيره قبل موته عند أحمد، وابن أبي ليلى، وغير مقيد بشئ عند مالك، ويرى الشافعي أنها لا تستحق الميراث. يراجع: حاشية العدوي على الرسالة ٢ / ٦٩ - ٧٠ والحكيم - منهاج الصالحين: ٢ / ٢٠٨ بحث طلاق المريض مسألة (١) وأبو زهرة - الملكية ونظرية العقد: ٣٦٣.

(٢) الحكيم - منهاج الصالحين: ٢ / ٢٠٨ بحث طلاق المريض مسألة (١) وأبو زهرة - الملكية ونظرية العقد: ٣٦٥.

(٣) أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد: ٣٦٥.

القول الأول - بحصر المنجزات في الثلث:

ذهب الى هذا القول كثير من الفقهاء على أساس أن تبرعات المريض في مرض الموت تعتبر من الوصايا^(١).

وأهم أدلة أصحاب هذا القول هي:

١- ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: من أن رجلاً أعتق ستة أعبد عند موته، ليس له مال غيرهم، فأقرع بينهم رسول الله عليه الصلاة والسلام فأعتق اثنين، وأرق أربعة^(٢).

وعلق الشوكاني^(٣) على هذا الحديث بأن فيه دلالة «على ان تصرفات المريض إنما تنفذ من الثلث، ولو كانت منجزة في الحال، لم تضاف الى ما بعد الموت^(٤)».

وما روي عنه أفضل الصلاة والسلام أنه قال: «إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم

(١) راجع: الشافعي - الأم: ١٠٢/٤ والشيرازي - المذهب: ٤٥٣/١ والكاساني - بدائع الصنائع: ٣٣٧/٧، والسمرقندي - تحفة الفقهاء: ٢٨٤/٣، والحصكفي - الدر المختار: ٤٣٥/٥، والفتاوى الهندية: ٤٠٠/٤ و١٠٩/٦، وابن قدامة - المغني: ٤٩٦/٦، والخرقي - المختصر (متن المغني): ٤٩٦/٦ والخطاب - المواهب الجليل: ٢٨١/٦ والدردير - الشرح الصغير: ٤٠١/٣ والصاوي - حاشيته على الشرح الصغير: ٤٠١/٣ والشوكاني - نيل الأوطار: ١٤٩/٦ والعالمي - مفتاح الكرامة: ٢٩٦-٢٩٧/٥.

(٢) رواه ابن ماجه - كتاب الاحكام (باب القضاء بالقرعة): ٧٨٥/٢ باختلاف بسيط ونصه «أن رجلاً كان له ستة مملوكين ليس له مال غيرهم فأعتقهم عند موته فجزأهم رسول الله صلى الله عليه وسلم - فأعتق اثنين وأرق أربعة» كما رواه الترمذي. كتاب الاحكام (باب ما جاء فيمن يعتق ممالিকে عند موته، وليس له مال غيرهم): ٤٠٩/٢. وقريب منه ما روي عن الامام الباقر عليه السلام، انه مات وترك ستين مملوكاً وأوصى بعنق ثلثهم، فأقرعت بينهم، فاعتقت الثلث. وسائل الشيعة: مجلد ١٨ ج ١٨ / ١٨٩ كتاب القضاء / باب ١٣، وانظر نفس المصدر مجلد ١٦ ج ١٦ / ٢٧-٢٨ كتاب العتق / باب ٢٤.

(٣) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، من كبار علماء اليمن، ولد عام ١١٧٣ ونشأ بصنعاء وولي القضاء فيها سنة ١٢٢٩هـ، ومات حاكماً بها عام ١٢٥٠هـ له مؤلفات منها: «نيل الأوطار من منتقى الأخبار» في الفقه، و «ارشاد الفحول» في أصول الفقه. ترجمه الزركلي - الاعلام: ١٩٠/٧.

(٤) الشوكاني - نيل الاوطار: ٤٩/٦.

عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم»^(١).

واستفادوا من هذه السنة بأن الوصية لا تجوز بأزيد من الثلث. واستقر الاجماع على منع الوصية بأزيد من الثلث^(٢).

٢- ما نقل عن الامام الصادق عندما سئل أن رجلاً حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال الامام «ما يعتق منه إلا ثلثه»^(٣).

وروى عن علي بن يقطين^(٤) - أحد رواة الامامية - أنه سأل الامام أبي الحسن موسى الكاظم (ع) عن: ما للرجل من ماله عند موته؟ فقال: «الثلث، والثلث كثير»^(٥). ويستفاد من حديث الامام الصادق، أن العتق لا ينفذ إلا في حدود الثلث شأنه شأن الوصية. أما حديث الامام الهادي فإنه صريح في أن من حق الانسان عند موته أن يتصرف بثلث ماله فقط وما عداه ليس له «المحمول على ارادة نفي مطلق التصرف في ما زاد عليه الذي منه المنجز»^(٦).

٣- يلزم من خروج المنجز من الأصل اختلال حكمة حصر الوصية في الثلث لإمكان التجاء كل من يريد الزيادة على الثلث في الوصية الى عقد منجز فيعاض

(١) رواه الشوكاني - المصدر المتقدم: ٤٣ / ٦ ورواه ابن ماجه في كتاب الوصايا (باب الوصية بالثلث): ٩٠٤ / ٢ باختلاف بسيط ونصه:

«إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم زيادة لكم في أعمالكم».

(٢) الشوكاني - المصدر سالف الذكر: ٩ / ٤٤.

(٣) الحر العاملي - وسائل الشيعة: كتاب الوصايا حديث رقم ٤ مجلد ١٢ / ج ٦ ص ٣٦٥ أحكام الوصية / ط، بيروت دار إحياء التراث العربي.

(٤) علي بن يقطين بن موسى الكوفي، البغدادي، من رواة الإمامية الثقات، روى عن الامامين الصادق، والكاظم - عليهما السلام - ولد بالكوفة عام ١٢٤هـ، كان أبوه يقطين من وجوه الدعاة للدولة الهاشمية، فطلبه مروان الحمار فهرب، وهربت زوجته بولديها علي وعبيد من الكوفة إلى المدينة، وبعد ظهور الدولة العباسية عاد الجميع إلى بغداد، وهو يروي الحديث عن الامامين المذكورين، توفي عام ١٨٢هـ. ترجمه المظفر - الامام الصادق: ١٦٣ / ٢ - ١٦٤.

(٥) الصدوق - من لا يحضره الفقيه: ٩ / ٢٤٢، حديث ٩٤٠ / ط طهران - الطبعة الثالثة ١٣٩٠هـ - وسند الامام الكاظم قول جده رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم - عندما سئل عن الوصية فقال: «الثلث كثير» انظر: صحيح مسلم - كتاب الوصية باب (الوصية بالثلث): ١١ - ١٢، وراجع الطوسي - التهذيب: ٩ / ٢٤٢.

(٦) بحر العلوم - بلغة الفقيه: ٢ / ٣٨٨.

جميع ماله بدرهم - مثلاً - فراراً عن رد الوصية^(١).

٤- لا يجتمع امضاء الوصية من الثلث مع القول بخروج العطايا المنجزة من الأصل والمقدم - أي امضاء الوصية من الثلث - حق فالتالي - أي القول بخروج العطايا المنجزة من الأصل - باطل. أما صدق المقدم فبالاجماع، والاخبار المتواترة الدالة عليه. وأما بيان عدم الاجتماع فلأن المقتضى لحصر الوصية في الثلث إنما هو النظر إلى حق الورثة والابقاء عليهم وفي الأحاديث دلالة على التنبيه على هذه العلة^(٢). هذه هي أهم أدلة القائلين بحصر منجزات المريض من الثلث.

القول الثاني - منجزات المريض موردها أصل المال

والى هذا القول ذهب جمع من فقهاء الامامية القدامى^(٣) منهم والمتأخرين^(٤) والظاهرية^(٥) مؤكدين أن تصرفات المريض في المرض المتصل بالموت تخرج من

(١) بحر العلوم - المصدر سالف الذكر: ٤٩ / ٣.

(٢) العلامة الحلي - المختلف - الفصل الخامس في الوصايا المسألة الأولى من منجزات المريض - طبعة طهران.

(٣) راجع العاملي - مفتاح الكرامة: ٩٧ / ٥، و بحر العلوم - بلغة الفقيه: ٢٤ / ٣، والطباطبائي اليزدي - رسالة منجزات المريض: ١٧.

(٤) أما الفقهاء المعاصرون فيراجع: السيد الاصبهاني في وسيلة النجاة: ٢ / ٢٠١ بحث الحجر على المريض، والسيد الحكيم - منهاج الصالحين: ٢ / ١٥٢ بحث منجزات المريض مسألة ١، وقال السيد الخوئي في (منهاج الصالحين: ٢ / ٢٣٦ بحث منجزات المريض مسألة ١٠٩٤): «إذا تصرف المريض في مرض الموت تصرفاً منجزاً فإن لم يكن مشتملاً على المحاباة كما إذا تبرع بثمن المثل، أو أجر بأجرة المثل فلا إشكال في صحته ولزوم العمل به. وإذا كان مشتملاً على نوع من المحاباة والعطاء المجاني، كما إذا أعتق أو أبرأ أو وهب هبة مجانية غير معاوضة، أو معاوضة بأقل من القيمة، أو باع بأقل من ثمن المثل، أو أجر بأقل من أجرة المثل، أو نحو ذلك مما يستوجب نقصاً في ماله فالظاهر أنه نافذ كنصره في حال الصحة والقول بأنه يخرج من الثلث فإذا زاد عليه لم ينفذ إلا بإجازة الوارث ضعيف».

(٥) ذكر ابن حزم في (المحلى: ٩ / ٤٢٥) في كتاب «فصل المريض مرضاً يموت منه أو الموقوف للقتل أو الحامل أو المسافر في أموالهم. قال أبو محمد: كل ما ذكرنا فكل ما أنفذوا في أموالهم من هبة أو صدقة، أو محاباة في بيع أو هدية أو إقرار كان كل ذلك لو ارث أو لغير وارث، أو اقرار بوارث، أو أعتق أو قضاء بعض غرمائه دون بعض كان عليهم دين، أو لم يكن فكله نافذ من رؤوس أموالهم - كما قدمنا في الأصحاء الأمنين المقيمين - ولا فرق في شيء أصلاً، ووصاياهم كوصايا الأصحاء ولا فرق».

أصل المال. واستندوا في قولهم الى الأدلة التالية :-

أولاً- إن الله سبحانه حث عباده على الانفاق في سبيل الخير، كالهبات والصدقات وأمثال ذلك ولم يخصص لها وقتاً. بل أطلق ذلك ومن الاطلاق يستفاد جوازها في كل وقت، فقد قال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿ وأنفقوا من ما رزقناكم من قبل أن يأتي أحدكم الموت ﴾^(٢). وقوله تعالى: ﴿ لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ﴾^(٣) وقوله تعالى: ﴿ أنفقوا مما رزقناكم ﴾^(٤) الى غير ذلك من الآيات الكريمة التي تحث الانسان على الانفاق في سبيل الله تعالى طلباً لرضاه، ورجاء مثوبته والمريض بحاجة الى ما يقربه من الله في كل حال، وخاصة في أخريات حياته^(٥).

ثانياً- ما نقل عن النبي عليه أفضل الصلاة والسلام: «أنه أعاب رجلاً من الانصار أعتق ممالكيه، ولم يكن له غيرهم، فقال: تركت صبية صغاراً يتكففون الناس»^(٦) ولولا نفاذ هذا التصرف من الأصل لما استلزم الاعابة، لأنه الموجب لحرمان الصبية الصغار^(٧).

ثالثاً- إن الحديث الشريف: «الناس مسلطون على أموالهم» قد منح الانسان سلطة مطلقة على أمواله يتصرف بها كيف ما شاء، ولم يرد نص يقيد هذا الاطلاق يختص بحالة المرض - فالروايات الواردة بهذا الصدد مع غض النظر عن أمر سندها - قاصرة من حيث الدلالة على هذا الأمر، لأن أغلبها تحث الانسان على الوصية، وتشير الى أنها في الثلث، ولا أكثر من هذا ولعل التخصيص بها قائم على الاجتهاد والاستحسان^(٨).

(١) سورة البقرة: آية ٢٦٧.

(٢) سورة المنافقون: آية ١٠.

(٣) سورة آل عمران: آية ٩٢.

(٤) سورة البقرة: آية ٢٥٤.

(٥) ابن حزم - المحلى: ٩ / ٤٣٢.

(٦) الكليني - الكافي: ٧ / ٩ كتاب الوصايا، حديث رقم ١٠ / طبعة طهران الحديثية.

(٧) بحر العلوم - بلغة الفقيه: ٣ / ٤٧.

(٨) العاملي - مفتاح الكرامة: ٥ / ٢٩٨ بتصرف.

رابعاً - ما روي عن الامام الصادق أن رجلاً سأله عن شخص له ولد لا يسعه أن يعطي ماله لقرباته دون ولده؟ فيقول الامام: «هو ماله يصنع به ما يشاء الى أن يأتيه الموت»^(١).

ويستفاد من هذا أن الامام الصادق أجاز عطية المريض - وهي تبرع محض - وتنجزها، ولو كان هناك ما يمنع من ذلك لكان على الامام أن يبينه للمستفسر، لأنه في مقام البيان، وعرض الحكم الشرعي له.

خامساً - إن الانسان في حال صحته حر التصرف بأمواله وكل التزاماته نافذة وصحيحه، ونشك في حال مرضه في بقاء تلك الصحة وذلك النفاذ بالنسبة للتصرفات اللاحقة على المرض، ففي هذه الحالة يجري استصحاب بقاء الصحة لمعاملته، والسلطنة على أمواله، ويترتب على ذلك الحكم بنفاذ جميع تصرفاته الصادرة في مرضه^(٢).

الفرع الثاني

مناقشة الأدلة

إن أدلة القائلين بحصر المنجزات في الثلث يمكن مناقشتها بالآتي:

أولاً - أ - الاستدلال بما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه أقرع بين ستة أعبد اعتقهم رجل ليس له مال غيرهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة.

يرد عليه:

(١) الطوسي - التهذيب: كتاب الوصايا - باب ١٠ الرجوع في الوصية حديث رقم ٢ تسلسل ٧٤٩.

(٢) العاملي - مفتاح الكرامة: ٢٩٨ / ٥.

١- إن الرواية خاصة بالعتق، وليس لنا تعديتها الى سائر التبرعات من غير دليل، ولا دليل في هذا المورد.

٢- ليس في الخبر ما يشير الى وروده في حال مرض الموت، فقد يكون بعضهم قد مات فجأة من غير مرض مسبق، أو من غير مرض مخوف كما هو شرط الذاهبين الى الحصر^(١).

٣- وقال ابن حزم في تعليقه على هذا الخبر: «فقد بينا قبل، أن هذا العتق للسته الأعبد إنما كان وصية^(٢) فلا فائدة في الاحتجاج، لأن الوصية لا تزيد على الثلث».

ب- وأما الاستدلال بالحديث الشريف: «إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم...». فيرد عليه:

١- إن الحديث روي بصورٍ مختلفة^(٣) وفي كلها لم يرد ذكر مرض الموت - موضوع بحثنا - وكل ما فيها أن الله سبحانه جعل للمسلمين الوصية بعد الموت في ثلث أموالهم لكي لا يضايق الورثة في حقوقهم، وهذا لا مناقشة فيه^(٤).

٢- إن هذه الرواية ضعيفة السند. قال الشوكاني: «هذا حديث عن أبي الدرداء^(٥)»

(١) ابن حزم - المحلى: ٩/ ٤٣٧.

(٢) ابن حزم - المصدر المتقدم والصفحة ذاتها.

(٣) انظر ابن حزم - المحلى: ٩/ ٤٣٣. والشوكاني - نيل الاوطار: ٦/ ٤٣-٤٤.

(٤) قال ابن حزم في المصدر المشار إليه: ٩/ ٤٣٣: «ثم لو صحت الرواية لما كان لهم (للمستدلين) بها متعلق أصلاً، لأنه ليس فيها إلا أن الله تعالى جعل لنا عند موتنا ثلث أموالنا، وهذا معنى صحيح. وهو بلا شك الوصية التي لا تنفذ البتة إلا عند الموت، وليس في شيء من هذه الأخبار ذكر للمرضى أصلاً لا بنص ولا بدليل فبطل قولهم بها».

(٥) عويمر بن مالك بن قيس بن أمية الأنصاري الخزرجي، أبو الدرداء، صحابي، عرف بالشجاعة والنسك وحفظ القرآن، تولى قضاء دمشق - في ولاية معاوية - بأمر من عمر بن الخطاب، توفي عام ٣٢ بالشام. ترجمه الزركلي

- الاعلام: ٥/ ٢٨١.

أخرجه أيضاً أحمد بن حنبل، وأخرجه أيضاً البيهقي^(١)، وابن ماجه^(٢)، والبزار^(٣) من حديث أبي هريرة^(٤) بلفظ «إن الله تصدق عليكم عند موتكم بثلاث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم»

قال الحافظ^(٥): واسناده ضعيف. وأخرجه أيضاً الدارقطني^(٦) والبيهقي من حديث أبي أمامة^(٧). وفي اسناده اسماعيل بن عياش^(٨) وشيخه عتبة بن حميد، وهما ضعيفان.

(١) أحمد بن الحسين بن علي، أبوبكر البيهقي من أئمة الحديث، ولد في خسروجرد من قرى بيهق بنيسابور عام ٢٨٤هـ، ونشأ في بيهق، ثم رحل إلى بغداد والكوفة، ثم مكة والمدينة وعاد إلى بنيسابور إلى أن مات فيها عام ٤٥٨هـ، قال الذهبي: «لو شاء البيهقي أن يعمل لنفسه مذهباً يجتهد فيه لكان قادراً على ذلك لسعة علومه، ومعرفته بالاختلاف» صنف كتباً كثيرة منها «السنن الكبرى» و «السنن الصغرى» في الحديث. ترجمة الزركلي - الاعلام: ١ / ١١٣.

(٢) محمد بن يزيد الربيعي القزويني، أبو عبد الله، المعروف بابن ماجه، أحد الأئمة في علم الحديث من أهل قزوین ولد عام ٢٠٩هـ، وتوفي عام ٢٧٣هـ، له كتاب مشهور «سنن ابن ماجه» ترجمة: الزركلي - الاعلام ١ / ١٥.

(٣) أحمد بن عمرو بن عبد الخالق، أبوبكر، البزار، أو البزار، حافظ من علماء الحديث من أهل البصرة وتوفي بالرملة عام ٢٩٢ له مسندان: أحدهما الكبير «البحر الزاخر» ترجمه الزركلي - الاعلام: ١ / ١٢٨.

(٤) عبد الرحمن بن صخر الدوسي، الملقب بأبي هريرة، نشأ في الجاهلية، ثم أسلم، وصحب النبي (ص) ثلاث سنين، فقد أسلم عام ٧هـ، وروى عنه أحاديث كثيرة بما تربو على المدة التي لازم فيها النبي (ص) وضربه الخليفة عمر لكذبه على رسول الله (ص) استعمله عمر على البحرين ثم عزله، ولد ٢١هـ، ولزم معاوية بن أبي سفيان قبل توليه الامارة وبعدها، وأخذ يضع له الأحاديث التي يرغب بها ابن أبي سفيان، ويجيزه مقابل ذلك مات بالمدينة عام ٥٩هـ. راجع ترجمته في كتاب «شيخ المضيرة - لأبي رية طبع القاهرة، وأبي هريرة - للسيد عبد الحسين شرف الدين، والزركلي - الاعلام: ٤ / ٨٠.

(٥) عبد الملك بن محمد بن عدي، أبو نعيم الجرجاني الاسترابادي، ولد عام ٢٤٢هـ نزيل جرجان، فقيه حافظ للحديث، توفي عام ٣٢٣هـ، له تصانيف منها: «الضعفاء» في رجال الحديث. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٤ / ٣٠٩.

(٦) علي بن عمر بن أحمد بن مهدي، أبو الحسن، الدارقطني، الشافعي، إمام عصره في الحديث، وأول من صنف القراءات، وعقد لها أبواباً، ولد بدار القطن (من احياء بغداد) عام ٢٠٦هـ ورحل إلى مصر، وعاد إلى بغداد، وتوفي فيها عام ٣٨٥هـ من مؤلفاته «السنن» و «العلل الواردة في الاحاديث النبوية» في الحديث ترجمه الزركلي - الاعلام: ٥ / ١٣٠.

(٧) صدق بن عجلان بن وهب الباهلي المعروف بـ «أبو امامة» كان مع الامام علي في صفين، وسكن بعد ذلك الشام، وتوفي في أرض حمص عام ٨١هـ، وهو آخر من مات من الصحابة في الشام، ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢ / ٢٩١.

(٨) اسماعيل بن عياش بن سليم العنسي، أبو عتبة، عالم الشام، ومحدثها في عصره، ولد عام ١٠٦هـ من أهل حمص، رحل إلى العراق، وعمل عند المنصور في خزانة الكسوة، توفي عام ١٨٢هـ. ترجمه: الزركلي - الاعلام: ١ / ٣١٨.

وروى العقيلي^(١) في الضعفاء عن أبي بكر الصديق وفي اسناده حفص بن عمرو بن ميمون، وهو متروك. وعن خالد بن عبدالله السلمي عنه ابن أبي عاصم^(٢)، وابن السكن^(٣)، وابن قانع^(٤)، وأبي نعيم^(٥)، والطبراني^(٦) وهو مختلف في حجته رواه عنه ابنه الحرث وهو مجهول^(٧).

ويقول ابن حزم: «وأما حديث أبي هريرة فمن طريق طلحة بن عمرو وهو من أركان الكذب، والآخران مرسلان»^(٨).

ثانياً - وأما ما استدل بما روي عن الامام الصادق، فإن ذلك في خصوص العتق ولعل في العتق خصوصية تمنع سريان حكمها الى بقية التبرعات المحضة.

وقد علق السيد الطباطبائي اليزدي على هذا الحديث وطائفة مثله بقوله: «وفيها أيضاً مضافاً الى قصور السند قصور الدلالة، فان ظاهرها - أيضاً - ارادة الوصية بالعتق. ملاحظة أن الغالب الوقوع من العتق الواقع في حال المرض هو ذلك، لا

(١) محمد بن عمرو بن موسى بن حماد العقيلي، المكي، أبوجعفر، من حفاظ الحديث توفي عام ٢٢٢هـ بمكة، وكان مقيماً فيها، من مؤلفاته «الضعفاء» في رجال الحديث. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٧ / ٢١٠.

(٢) أحمد بن عمرو بن أبي عاصم الضحاك بن مخلد الشيباني، أبوبكر، ويقال له، ابن النبيل عالم بالحديث من أهل البصرة، ولد عام ٢٠٦هـ، ولي قضاء أصبهان من ٢٦٩-٢٨٢هـ، وتوفي فيها عام ٢٨٧هـ من مؤلفاته «المسند الكبير» في الحديث ترجمه: الزركلي - الاعلام: ١ / ١٨١.

(٣) سعيد بن عثمان بن سعيد بن السكن البغدادي، أبو علي من أعلام الحديث، ولد عام ٢٩٤هـ ونزل بمصر، وأقام فيها حتى وفاته عام ٣٥٢هـ مؤلفاته «الصحيح المنتقى» في الحديث. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٣ / ١٥٢.

(٤) عبد الباقي بن قانع ابن مرزوق بن واثق الأموي بالولاء، البغدادي، أبو الحسين، قاض من حفاظ الحديث، كان يرمى بالخطأ في الرواية، ولد عام ٢٦٦هـ وتوفي عام ٣٥١هـ له كتاب «معجم الصحابة». ترجمه الزركلي - الاعلام: ٤ / ٤٦.

(٥) أحمد بن عبدالله ابن أحمد الأصبهاني، ابونعيم، حافظ، مؤرخ من المعروفين بالرواية والحفظ ولد عام ٣٢٦هـ بأصبهان ونشأ ومات بها عام ٤٣٠هـ من مؤلفاته «حلية الأولياء في طبقات الأصفياء». ترجمه الزركلي - الاعلام: ١ / ١٥٠.

(٦) سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي، الشامي، أبو القاسم، المعروف بالطبراني، من كبار المحدثين، أصله من طبرية الشام، وإليها نسبته، ولد بعكا عام ٢٦٠هـ ورحل إلى البلاد الاسلامية لطلب العلم، وتوفي بأصبهان عام ٣٦٠هـ، له ثلاث معاجم في الحديث منها «المعجم الكبير». ترجمه الزركلي - الاعلام: ٣ / ١٨١.

(٧) الشوكاني - نيل الأوطار: ٦ / ٤٣-٤٤.

(٨) ابن حزم - المحلى: ٩ / ٤٣٣.

العتق المنجز. والشايح في الاخبار أيضاً التعبير عن الوصية بالعتق بقولهم أعتق عند موته»^(١).

وأما الرواية الثانية المنقولة عن الامام الهادي^(٢)، فقد رواها بعض رجال الحديث عن سعد بن أبي وقاص^(٣) أنه قال: جاءني رسول الله عليه الصلاة والسلام يعودني في وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله اني قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: فاشطر يا رسول الله؟ قال: لا، قلت: الثلث، قال عليه الصلاة والسلام: «الثلث، والثلث كثير، أو كبير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»^(٤).

وجاء في رواية ثالثة: «... فقلت يا رسول الله أفأوصي بثلثي مالي؟ قال لا، قلت: فبشطر مالي، قال: لا، قلت: فبثلث مالي» ..^(٥).

والذي يرد على هذا الحديث على اختلاف رواياته:

أ - إن ما روي عن الامام الهادي، وهو في خصوص الوصية، وكذا ما جاء في صريح الرواية عن سعد قوله: «أفأوصي» وحتى قوله: «أفأتصدق» فهي في معنى الوصية، لأن قرينة المرض تساعد على حمل الخبر على الوصية^(٦).

ب - ثم إن الرواية التي وردت عن الامام أبي الحسن الهادي «ما للرجل من ماله عند موته» أو في رواية أخرى «عن الرجل يموت ماله من ماله؟ فقال: له ثلث ماله» فإن كل ذلك يحمل على ارادة الوصية المتحققة قبل الموت عند الاشراف عليه غالباً.

(١) الطباطبائي البيهقي - رسالته في منجزات المريض: ١٩.

(٢) علي الهادي بن محمد الجواد بن علي الرضا بن موسى الكاظم بن جعفر الصادق - عليهم السلام - المعروف بالعسكري، عاش الأئمة الاثني عشر عند الامامية، ولد بالمدينة عام ٢١٤هـ، ووشى به إلى المتوكل العباسي، فاستقدمه إلى بغداد، وأنزله سامراء، ثم دس إليه السم فقتله عام ٢٥٤هـ، ودفن ببيته بسامراء ترجمه الأمين - أعيان الشيعة: ٤.

(٣) سعد بن أبي وقاص مالك بن اهيوب بن عبد مناف الزهري القرشي، أبو اسحاق، صحابي، فتح العراق في عهد عمر ابن الخطاب، ولد عام ٢٣ق.هـ. ومات في قصره بالعقيق عام ٥٥هـ. ترجمه الزركلي - الاعلام: ١٢٧/٣.

(٤) راجع: صحيح مسلم - كتاب الوصية / باب الوصية بالثلث: ١٢ / ١٢ - والشوكاني - نيل الاوطار: ٤٣ / ٦.

(٥) راجع: صحيح مسلم - كتاب الوصية / باب (الوصية بالثلث): ١٢ / ١٢ - والشوكاني - نيل الأوطار: ٤٣ / ٦.

(٦) ابن حزم - المصدر المتقدم: ٩ / ٤٣٤-٤٣٥.

«مع أن اطلاق (يموت) و (عند الموت) واردة وقوعه وتحققه شائع كثير فيه، وفي أمثاله من نحو الرجل يبيع وينكح، ويهب، ويقف، ونحو ذلك... وبالجمله فلا مجال لانكار ظهورها في الوصية»^(١).

ثالثاً. وأما ما تمسك به القائلون من أن لزوم خروج المنجز من الأصل يفضي الى اختلال حكمة حصر الوصية في الثلث لإمكان التجاء كل من يريد الزيادة في الوصية الى عقد منجز.

فيرد عليه: إن جريان مثل ذلك في الفقه وارد، فنظائره أكثر من أن تحصي، فإن بيع الاثمان يعتبر فيه التقابض بخلاف الصلح عليها فيجوز الالتجاء الى الصلح وكذلك الربا، بناءً على اختصاصه بالبيع مع ما ذكر في محله من الحيل الشرعية لتحصيل ما يراد أخذه من الربا، وكذا التخلص عن حق الشفعة بالصلح، بناءً على اختصاصها بالبيع، وعن خيار المجلس بغير البيع من العقود الى غير ذلك^(٢).

رابعاً. كما أن ما تمسك به القائل من أن امضاء الوصية من الثلث مع القول بخروج العطايا المنجزة من الاصل لا يجتمعان.

فيرد عليه: إن عدم نفاذ الوصية في ما زاد على الثلث إنما هو لكونها تصرفاً في مال الوارث وملكه فيتوقف على اجازته، وأين ذلك من المنجز الذي هو تصرف من المالك في ملكه، فكيف يقاس المنجز بالوصية؟^(٣).

(١) بحر العلوم - بلغة الفقيه: ٢ / ٥٠.

(٢) بحر العلوم - بلغة الفقيه: ٢ / ٥٩.

(٣) بحر العلوم - بلغة الفقيه: ٢ / ٥٨.

الفرع الثالث الرأي المختار

أ- وبعد عرض أدلة القائلين بنفاذ المنجزات من أصل المال، نراها أدلة متينة عميقة، تقرب قبول القول بنفاذ المنجزات من الأصل، وعدم حصرها في الثلث، استناداً الى الحديث الشريف «الناس مسلطون على أموالهم» والذي يطلق سلطة الانسان على ما يملك ما دام متمكناً من التصرف الحر ولم يؤثر ذلك على حق لغيره ثابت بدمته، أو تبديد لثروته من غير روية وحكمة ورشد.

أما حق الوارث فهو حق مستقبلي يبرز عند انعدام أهلية الانسان بموته، ولذا فهو لا يزاحم حقاً قائماً يعتبر مقدماً على حق معلق الى ما بعد الموت ولعله ينعدم حق الوارث بموته قبل المورث.

ويرى السيد المرتضى^(١): «من وهب شيئاً في مرضه الذي مات فيه إذا كان عاقلاً مميزاً تصح هبته، ولا يكون من ثلثه، بل يكون من صلب ماله ... لأن تصرف العاقل في ماله جائز، وما تعلق الورثة بماله حق احتمالي، وهو حي فهبته جائزة، ولذلك صح بلا خوف نفقه، ولعله انفاق جميع ماله على نفسه في مأكّل أو مشرب»^(٢). ويقول الشيخ الطوسي^(٣): «إذا باع في مرضه المخوف شقصاً وحابى فيه من

(١) علي بن الحسين بن موسى بن محمد بن موسى بن ابراهيم بن الامام موسى الكاظم المعروف بالسيد المرتضى، أو علم الهدى أبو القاسم، نقيب الطالبين في بغداد، وأحد أئمة الفقه، وعلم الكلام والأدب والشعر، ولد ببغداد عام ٣٥٥هـ وتوفي فيها عام ٤٣٦هـ، له مصنفات عديدة متنوعة منها كتاب «الشافى في الامامة» مطبوع و «الذريعة» في الفقه والأصول ترجمه الزركلي - الاعلام ٩٨ / ٥ والقمي - الكنى والالقباب: ٢ / ٤٤٥.

(٢) المرتضى - الانتصار: ٢٢٤ / طبع مطبعة الحيدرية - النجف: ١٣٩١.

(٣) محمد بن الحسن بن علي، أبو جعفر الطوسي، المعروف بـ «شيخ الطائفة» الامامية ومن كبار علمائها، ولد عام ٣٨٥هـ

وارث صح البيع ووجبت به الشفعة بالثمن الذي وقع عليه البيع ، وعند الفقهاء يبطل البيع ، لأن المحاباة هبة ووصية ، ولا وصية لوارث ، ويبطل في قدر المحاباة (إلى أن قال) دليلنا: إن هذا بيع صحيح فمن جعل المحاباة فيه وصية فعليه الدلالة»^(١).

ب - ونضيف الى تلك الأدلة ما يلي:

١- روي عن الامام علي - عليه السلام - أنه سئل عمن أعتق عبداً له عند موته ، وليس له مال غيره وعليه دين ؟ قال: يعتق ويسعى في القيمة^(٢).

ويستفاد من هذا أن الامام أقر منجزات المريض ، واعتبرها نافذة من أصل المال بدليل أنه اعتبر العتق نافذاً من المريض المتصل مرضه بالموت ، وأمر العبد أن يسعى ليسدد قيمته من عمله بعد أن أصبحت ديناً عليه . هذا اذا لم يكن المورد خاصاً بالعتق ، كما أشرنا سابقاً.

٢- ولو طرحنا السؤال التالي: لمن هو مال المريض ، أله أم للورثة ؟ فإن كان له فلماذا يمنع من التصرف فيه ؟ ولو قيل: للورثة فكيف جاز له أن يتصرف فيه بأخذ النفقة له ، ولكافة من يقوم بالانفاق عليهم حتى وان استنفذ المال كله ؟^(٣).

قال ابن ادريس الحلبي^(٤) : «والصحيح من المذهب أن العطاء المنجز في حال مرض الموت يخرج من أصل المال ، لا من الثلث لانه قد أبانها من ماله ، وتسلمها

→ بطوس ، ونشأ في خراسان ، وبعد أن ذاع صيته العلمي انتقل الى بغداد عام ٤٠٨ هـ ، واقام فيها أربعين عاماً . ينشر العلم ، ثم انتقل الى النجف الأشرف ، حيث اسس مدرستها العلمية ، واستقر فيها حتى وفاته عام ٤٦٠ هـ ودفن ببيته هناك ، احرقت كتبه عدة مرات في خضم الهزات الطائفية ببغداد ، له مؤلفات كثيرة ، منها : «التهذيب» و «الاستبصار» في الحديث ، وهما من الكتب الاربعة المعتمدة عند الامامية في الحديث ، و «الخلاف» في الفقه المقارن ، و «العدة» في اصول الفقه . ترجمه الزركلي - الاعلام : ٦ / ٣١٥ .

(١) الشقص - الطائفة من الشيء . انظر: الفيومي - المصباح المنير: مادة (شقص).

(٢) الطوسي - الخلاف / كتاب الشفعة ، مسألة : ٤٠ .

(٣) ابن حزم - المحلى : ٩ / ٤٢٦ ، ونقل في المصدر ذاته عن بعض الفقهاء ما يشابه هذا القول .

(٤) المرتضى - الانتصار : ٢٢٤

(٤) محمد بن أحمد بن أرييس الحلبي - من كبار فقهاء الامامية - ، وصفته المصابر بأنه : «فاضل فقيه ومحقق ماهر

فخر الأجلة وشيخ فقهاء الحلة صاحب كتاب «السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي» مات عام ٥٩٨ هـ وهو ابن خمس

وخمسين سنة . ترجمه القمي - الكنى والالقباب : ١ / ٢٠٥ .

المعطى له، وخرجت من ملك المعطي، لأنه لا خلاف أن له أن ينفق جميع ماله في حال مرضه، فلو كان ما قاله بعض أصحابنا صحيحاً (أي القول باخراجها من الثلث) لما جاز ذلك، ولما كان يصح منه النفقة بحال»^(١).

٣. بالاضافة الى أن الوارث لا يمكنه التصرف في مال المورث، وهو على قيد الحياة، ولو أخذ منه شيئاً للزم أن يرد ما أخذه، لأنه تصرف في مال الغير، رغم أنه سيؤول اليه بعد وفاة المورث، وحيث إن المال شرعاً للمورث حتى آخر لحظة من حياته، فلماذا يمنع من التصرف فيه، ولماذا نسمح له بالأخذ منه للانفاق له ولجميع من يعيل بهم دون سائر التصرفات.

مع ملاحظة أن حق الورثة يتعلق - في هذه الفترة على حد قول من يقول بذلك - في كل مال يملكه، فالاجازة بالانفاق، والمنع من باقي التصرفات المالية ترجيح بلا مرجح.

٤. ليس مطلق المرض سبباً للمنع عن التصرف، وموجباً لتعلق حق الغير بالمال، بل السبب المرض الخاص، وهو المنتهي بالموت، فالشك في المرض شك في وجود السبب - وهو كونه مرض الموت - والأصل عدمه واستصحاب السلطة السابقة على المرض - في حق تصرفه بأمواله - محكم فالأقوى جواز التصرف مطلقاً^(٢).
ومن هذا كله فاننا نختار القول بأن المنجزات على اختلافها تخرج من أصل المال، بناءً على أن المريض يملك التصرف بماله حتى آخر لحظة من حياته اذا كان مالكاً لرأيه بعقل وحكمة.

(١) ابن ادریس - السرائر: ٢٠٣ الطبعة الثانية المطبعة العلمية قم ايران ١٣٩٠ هـ.

(٢) بحر العلوم - بلغة الفقيه: ٢٢/٢.

الفرع الرابع

موقف القانون من هذه المسألة

ولم يشذ القانون المدني - المصري والعراقي، والكويتي - عن المنهج الاسلامي في هذه المسألة فقد أخذ برأي جمهور فقهاء الشريعة في أن تبرعات المريض المتصل مرضه بالموت، ومحاباته تنحصر في ثلث ماله.

فقد نصت المادة (٩١٦ مدني مصري) على الآتي:

١- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت، وتسري عليه احكام الوصية ايأ كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف.

٢- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.

٣- وإذا اثبت الورثة أن التصرف صدر عن 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».

وأياً كانت صورة العمل القانوني - بناء على ما قرره هذه المادة - بيعاً أو هبة، أو اقراراً، أو ابراء، أو مقايضة، فانه يعتبر وصية بشرطين:

الأول - أن يصدر التصرف من الشخص في مرض موته.

الثاني - أن يكون صادراً على سبيل التبرع بالمال، موضوع التصرف كله أو بعضه.

وقريب من هذا ما جاء في المادة (٩٤٢ مدني كويتي) فقد نصت على الآتي:

١. كل تصرف قانوني يصدر من شخص في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية.
٢. وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف تم من المورث، وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق.
٣. وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت العكس»^(١).
- وإذا رجعنا الى القانون المدني العراقي وجدنا المادة (١١٠٩) تنص على ما يلي:
«١. كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كله، أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت، وتسري عليه احكام الوصية أيأ كانت التسمية التي تعطى له.
٢. ويعتبر في حكم الوصية ابراء المريض في مرض موته مدينه وارثاً كان أو غير وارث، وكذلك الكفالة في مرض الموت».
- ولم تختلف القوانين الثلاثة في مضمونها في معالجة هذه المسألة. وإذا كان القانون المصري قد أعطى عموم نص المادة ٩١٦ حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر من المريض في فترة مرضه المنتهي بالموت، كالبيع، والهبة، والاقرار والابراء، وغير ذلك من التصرفات طالما يقصد بها التبرع، ومثله المدني الكويتي بالمواد التي أشرنا اليها - في ما سبق - فانهما لم يتجنباً موضوع المحاباة لشموله بالتصرف القانوني، غير ان القانون المدني العراقي بمادته المشار اليها كان واضحاً وصريحاً في ذكر تصرفات المريض سواء منها التبرعات أو المحاباة.
- ولعل التركيز على ذكر المحاباة الوارد في المادة المذكورة في القانون المدني

(١) نصت المادة (١٥٩ مدني كويتي) على الآتي:

١. يسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة (٩٤٢).

٢. ومع ذلك لا تسري هذه الاحكام اضراراً بالغير حسن النية، اذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على المبيع».

كما نصت المادة (٥٢٩ مدني كويتي) على انه «تسري على الهبة في مرض الموت احكام الوصية».

العراقي نابع من اهتمام المجلة بمعالجتها لهذا الموضوع في المادة (٣٩٤) معالجة واسعة. وان القانون المدني العراقي سار على ضوء مجلة الاحكام، ولم يخرج عنها إلا في حدود ضيقة.

الفرع الخامس

الجزء المترتب على تصرفات المريض

لقد تقدم أن جمهور فقهاء المسلمين ذهبوا الى أن المريض - مرض الموت - ناقص الأهلية، وحجروا عليه في تصرفاته المتضمنه تبرعات وعطايا منجزة، أو بيعاً وشراءً مشوباً بمحابة، ولم يجيزوا له التصرف بأكثر من الثلث، وبذلك حدوا من حرية ارادته، وحالوا دون تحقيق تصرف يتوخاه.

ولكن السؤال الذي يثار لو أن هذا المريض قام باجراء تصرف ما يتضمن تبرعاً أو محابة بأكثر من ثلث تركته، فهل ينفذ، أم يتوقف على رضا الورثة؟

اولاً - الجزء عند الفقهاء:

الفقهاء الذين ذهبوا الى تحديد تصرف المريض بأكثر من الثلث - بناءً على تعلق حق الورثة الابتدائي، أو الاحتمال بحال المورث - صرحوا بأن الزائد على الثلث يتوقف على رضا الورثة، رعاية لحقوقهم، وحماية للتركة من التفتت لغير صالحهم^(١).

(١) انظر: الام - للشافعي: ١٠٢/٤، والشيرازي - المذهب: ٤٥٣/١ والسمرقندي - تحفه الفقهاء: ٢٨٤/٣ والمرغيناني - الهداية: ٢٦١-٢٦٢، وابن قدامة - المغني: ٤٩١-٤٩٢ و ٣٤٤ والمحقق الحلي - شرائع الاسلام ١٠٢/٢، والشهيد الثاني - مسالك الافهام: ٢٤٩/١ والحطاب - المواهب الجليل ٢٨١/٦، والشوكاني - نيل الاوطار: ٤٩/٦.

ثانياً - الجزاء في القانون:

أما القانون المدني - كما اشرنا: سواء منه المصري، أو العراقي، أو الكويتي - اعتبر كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت وتسري عليه احكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له^(١).

ثم صرح في موضع آخر بأنه: «تجوز الوصية للوارث، وغير الوارث في ثلث التركة، ولا تنفذ في ما جاوز الثلث إلا بأجازة الورثة»^(٢).

وبهذا يكون القانون المدني - المصري، والعراقي، والكويتي - قد سار في هذه المسألة على نهج الشريعة، حيث أخذ بقول جمهور من فقهاءها ولم يتجنب احكامها الغراء.

(١) انظر: المادة ٩١٦ مدني مصري والمادة ١١٠٩ مدني عراقي، والمادة ٩٤٢ مدني كويتي.

(٢) انظر المادة ١١٠٨ ف٨ مدني عراقي والمادة ٩١٥ مدني مصري حيث نصت: «تسري على الوصية احكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة في شأنها». وعالجت المادة ٢٧ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الموضوع المشار اليه ونصها: «تصح الوصية بالثلث للوارث، وغيره وتنفذ من غير اجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه». أما بالنسبة للقانون المدني الكويتي فقد نصت المادة (٩٤١) على أن «تسري على الوصية أحكام الشريعة الاسلامية، والقوانين الصادرة في شأنها».

المطلب الثالث:

حكم اقرار المريض

الفرع الأول

الاقرار لوارث

اقرار المريض المتصل مرضه بموته بحق للغير، إما أن يكون هذا الغير وارثاً، أو أجنبياً، ونوجز القول في حكم كل منهما:

ولقد اختلف الفقهاء بالنسبة لاقرار المريض - مرض الموت - لوارثه الى قولين:

الأول - صحة الاقرار:

والى هذا الرأي ذهب كل من ابن حزم^(١)، وقول للشافعية^(٢)، وبعض فقهاء الامامية^(٣)، والفقهاء الاوزاعي^(٤) يقول: «إذا اقر المريض لوارث بشئ فاقاراه جائز مطلقاً»^(٥).

(١) يقول ابن حزم في (المحلى: ٨ / ٢٩٣-٢٩٤): «واقرار المريض في مرض موته، وفي مرض افاق منه لوارث نافذ من رأس المال، كاقرار الصحيح، ولا فرق».

(٢) وقال الشيرازي في (المهذب: ٢ / ٣٤٤): «واختلف اصحابنا في اقراره (أي المريض) للوارث (القول الثاني) يقبل وهو الصحيح لأن من صح اقراره له في الصحة صح اقراره له في المرض».

وينسب الشربيني صحة الاقرار الي المذهب، يقول في (مغنى المحتاج: ٢ / ٢٤٠) ويصح اقرار المريض «لوارث على المذهب ... لان الظاهر انه محق، لأنه انتهى الى حالة يصدق فيها الكاذب، ويتوب فيها الفاجر».

(٣) وقال الشيخ المفيد - من كبار فقهاء الامامية - «واقرار العاقل في مرضه للأجنبي والوارث سواء. وهو ماض

واجب لمن اقر به». راجع المفيد - المقنعة: باب الاقرار في المرض (غير مرقم) طبعة ايران ونقله عنه أيضاً بحر

العلوم في بلغة الفقيه: ٣ / ٧٢ هـ ٢. وهو رأي ابن ادريس الحلبي ذكره في (السرائر: ٣٩١ باب الاقرار في المرض).

(٤) عبدالرحمن بن عمرو بن محمد الاوزاعي، أبوعمر، امام الديار الشامية في الفقه، ولد في بعلبك عام ٨٨ هـ ونشأ في

وقد اشترط بعض فقهاء الامامية أن لا يكون الوارث متهماً «فاذا أقر له، ولم تكن للمقر له بينة على ما أقر له به كان في حكم الوصية»^(١)، أي في الثلث فقط». كما علق بعض فقهاء الحنفية، والحنابلة، والشافعية صحة الاقرار لوارث على موافقة سائر الورثة^(٢).

وهناك بعض الفقهاء من يقول بصحة الاقرار لوارث اذا كانت للمقر له بينة مدعاه^(٣). واستدل القائلون بصحة الاقرار للوارث بالآتي:

١- ما ورد عن ابن عمر^(٤) أنه قال: «اقرار المريض بدين لرجل فإنه جائز». واستفادوا من عدم تخصيص ابن عمر هو العموم^(٥).

→

البقاع، ومات في بيروت ١٥٧هـ وكان من اكابر اصحاب المذاهب الفقهية المدونة المتبوعة في حينها ثم انقرض مذهبه بانقراض اصحابه والمنتصرين له. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٩٤ / ٤.

(٥) انظر: فقه الامام الاوزاعي - تأليف د. عبدالله محمد الجبوري: ١٦٢ / ٢ (رسالة دكتوراه) - مطبعة الارشاد - بغداد ١٩٩٧.

(١) المحقق الحلي - المختصر النافع: ١٩٣ وذهب الى هذا القول الفقيه الامامي محمد بن علي - المعروف بابن حمزة الطوسي - من اعلام القرن الخامس الهجري ذكره في كتابه «الوسيلة» المطبوع في ايران، ضمن كتاب «الجوامع الفقيه»، في فصل الاقرار.

(٢) قال المرغيناني في (الهداية ٨ / ٧): «لو أقر المريض لوارثه لا يصح، إلا أن يصدق فيه بقية الورثة وانظر السعدي - التنف في الفتاوي: ٨٩٨ / ٢ مطبعة الارشاد بغداد ١٩٧٥ وابن مودود الموصلي - الاختيار ١٣٧ / ٢. وذكر ابن قدامة في (المغني: ٣٤٤ / ٥) بأن للمريض في مرض موته أن يقر لوارثه، لأنه «ايصال لماله الى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضا بقية ورثته».

ويقول الشيرازي في (المهذب: ٣٤٤ / ٢): «واختلف اصحابنا في اقراره، للوارث فمنهم من قال فيه قولان: احدها: انه لا يقبل لانه اثبات مال لوارث بقوله من غير رضا الورثة، فلم يصح من غير رضا سائر الورثة كالوصية». (٣) اشترط الفقيهان: الخرقى - من كبار فقهاء الحنابلة - والطوسي - من كبار فقهاء الامامية - من اجل صحة اقرار المريض لوارث بقبوله في حق باقي الورثة وجود البينة على ذلك. ويقول الشيخ الطوسي: «فان كانت معه بينة اعطي من اصل المال. وان لم يكن معه بينة اعطي من الثلث». انظر: الخرقى - مختصرة: ٢٤٤ / ٥ المطبوع هامش المغنى لابن قدامة طبعة دار الكتاب العربي بيروت. والطوسي - النهاية في مجرد الفقه والفتاوي: ٦١٧ - ٦١٨ طبعة دار الكتاب العربي - العربي - بيروت عام: ١٣٩٠هـ.

(٤) عبدالله بن عمر بن الخطاب العدوي، أبو عبد الرحمن، صحابي، ولد عام ١٠ ق، وتوفي بمكة عام ٧٣هـ نشأ في الاسلام، وهاجر مع ابيه الى المدينة، وشهد فتح مكة، وأفتى الناس أكثر من خمسين عاماً. ترجمه الزركلي الاعلام:

←

٢٤٦ / ٤

٢. ما روي عن الامام الصادق انه سئل عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً؟ فقال: «إن كان الميت مرضياً، فاعطه الذي أوصى له»^(١).
٣. إن التهمة في حق المحتضر بعيدة، وقد وقع الاتفاق أنه لو أقر بوارث آخر صح اقراره مع انه يتضمن الاقرار بالمال، وأن مدار الأحكام على الظاهر فلا يترك اقراره للظن المحتمل بجعل الوصية لوارثه اقراراً»^(٢).

الثاني - عدم صحة الاقرار:

- وقد ذهب بعض الفقهاء الى عدم صحة الاقرار لوارث مطلقاً^(٣) وبعض فقهاء المالكية قال بعدم الصحة مطلقاً إلا أن يكون الوارث المقر له بعيداً^(٤).
- واستدل القائلون بعدم صحة الاقرار لوارث بما يلي:
- ١- إن النبي عليه أفضل الصلاة والسلام: كما ورد عنه النهي عن الوصية لوارث، كذلك نهى عن الاقرار له بالدين، فقد روي عنه أنه قال صلى الله عليه وآله وسلم: «لا وصية لوارث، ولا اقرار له بالدين»^(٥).

→

(٥) ابن حزم - المحلى: ٨ / ٢٩٤.

(١) الحر العاملي - وسائل الشيعة: كتاب الوصايا مجلد ١٣ / ج ٦ / ٣٧٦ - باب ١٦ صحة الاقرار للوارث ط / بيروت دار إحياء التراث العربي.

(٢) الصنعاني - سبل السلام: ٣ / ٩٦٩ طبعة دار الجيل للطباعة القاهرة ١٩٧٩ وانظر الشربيني - مغني المحتاج: ٢ / ٢٤٠.

(٣) قال ابن قيم الجوزية في (اعلام الموقعين: ٤ / ٢٧) «اقرار المريض لوارثه بدين باطل عند الجمهور».

(٤) قال الدسوقي في (حاشيته على الشرح الكبير: ٣ / ٣٥٨): «فإن أقر لوارث قريب مع وجود الأبعد أو المساوي كان الاقرار باطلاً. وإن أقر لوارث بعيد كان صحيحاً إن كان هناك وارث أقرب منه سواء كان ذلك الأقرب حائزاً للمال أم لا، ولا يشترط أن يكون الأقرب ولداً». انظر المواق - التاج والاكلیل: ٥ / ٢٢٠ والصاوي - حاشيته على الشرح الصغير للدريير: ٣ / ٥٢٧.

(٥) المرغنياني - الهداية: ٧ / ٩ مطبوع مع فتح القدير «رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الاقرار (باب اقرار

٢. إن الأثر المعروف عن ابن عمر، أو عن أبيه الخليفة ينص على أنه لو أقر (المريض) لوارث فهو باطل إلا أن يصدق الورثة^(١).

٣. ولأن حق الورثة تعلق بمال المقر في مرضه، ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً، لأن في تخصيص البعض به إبطال لحق الباقيين^(٢).

ولم تسلم هذه الأدلة من الملاحظات فقد نوقشت بالآتي:

الدليل الأول - وهو الحديث الشريف «لا وصية لوارث، ولا إقرار له الدين».

فقد أنكرت بعض المصادر الفقهية زيادة: «ولا إقرار له بالدين» على حديث: «لا وصية لوارث»^(٣) وصرح قاضي زاده^(٤) الفقيه الحنفي بقوله: «إن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة»^(٥) وحيث إن هذا الحديث لم تعتمد المصادر التي استندت إليه، فلا يؤخذ به.

→

(المريض لوارثه): ٨٥ / ٦ ونصه: «لا وصية لوارث، ولا إقرار بدين»، ورواه ابن ماجه في سننه: ٢ / ٩٠٥ كتاب الوصايا / باب (لا وصية لوارث) ولم يذكر الفقرة الثانية من الحديث «ولا إقرار له بالدين». ومثله النسائي في سننه: ٢٠٧ / ٦ كتاب الوصايا / باب (إبطال الوصية للوارث).

وذكر الحر العاملي في (وسائل الشيعة: مجلد ١٣ ج ٦ / ٢٧٥) ط / بيروت دار إحياء التراث العربي كتاب الوصايا باب (١٥) حديثاً عن القاسم بن سليمان، قال: سألت أبا عبدالله (ع) عن رجل اعترف لوارث بدين في مرض. فقال: «لا تجوز وصيته لوارث، ولا اعتراف له بالدين».

وجاء أيضاً في المصدر المتقدم: مجلد ١٣ ج ٦ / ٢٨٠ من باب ١٦ (صحة الإقرار للوارث وغيره بدين ...) عن الإمام جعفر بن محمد عن أبيه - عليهما السلام - قال: «قال علي - عليه السلام - لا وصية لوارث ولا إقرار له بدين». ويرى الشيخ الطوسي: أنه «يحتمل أن يكون المراد لا إقرار بدين في ما زاد على الثلث إن كان متهماً» انظر: التهذيب: ٢ / ٣٧٩ والاستبصار: ٤ / ١١٢.

(١) قاضي زاده - تكمله فتح القدير: ٩ / ٧.

وعلق القاضي زاده على هذا النص «في المصدر المذكور والصفحة نفسها» بقوله: «وبه أخذ علماؤنا (كما وأن) قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس».

(٢) البابرتي - شرح العناية على الهداية: ١٠ / ٧.

(٣) البابرتي - المصدر المتقدم: ٩ / ٧ حيث نسب القول الى شمس الأئمة السرخسي.

(٤) شمس الدين احمد بن بدر الدين قودر المعروف بـ «قاضي زاده» المفتي الحنفي، كان أبوه قاضياً في مدينة أدرنه في دولة السلطان بايزيد قرأ على علماء عصره، ثم تقلد قضاء حلب، ثم قلد الفتوى بدار السلطنة والدرس الى أن مات عام ٩٨٨ هـ من مؤلفاته «نتائج الافكار في كشف الرموز والأسرار» فقه حنفي. ترجمه يوسف اليان - معجم المطبوعات العربية والمعرية: ١٤٨٨ طبع سركيس بمصر ١٩٢٨.

(٥) قاضي زاده - تكملة فتح القدير: ٩ / ٧.

الدليل الثاني - وهو الأثر المعروف عن الصحابي ابن عمر، أو عن أبيه الخليفة عمر .
فإن الأثر يدل على بطلان اقرار المريض لو ارث بالدين، وموضوعنا يعم بطلان اقراره
له بالدين، وبالعين، كما صرحوا به فكان الدليل قاصراً عن افادة تمام المدعى به^(١).
الدليل الثالث - والذي يتعلق بأن حق الورثة تعلق بمال المقر في مرضه
وتخصيص البعض به ابطال لحق الباقيين.

هذا القول مردود بأن حق الورثة إنما يظهر بعد الفراغ عن حاجته، فاذا اقر بالدين
لبعض الورثة فقد ظهرت حاجته، لأن العاقل لا يكذب على نفسه جزافاً، وبالمريض
تزداد جهة الصدق، لأن الباعث الشرعي ينضم الى العقلي فيبعثه على الصدق^(٢).
بالإضافة الى أن حق الورثة احتمالي، وتعلق هذا الحق الاحتمالي لا يمنع من
تصرف صاحب المال بماله، الذي يملكه ملكاً صحيحاً.

الفرع الثاني الاقرار للأجنبي

وتكاد تتفق كلمة الفقهاء على أن الاقرار بحق للأجنبي جائز وإن كان المقر مريضاً
وأحاط الدين بماله^(٣).

(١) قاضي زاده - تكملة فتح القدير: ١٠ / ٧.

(٢) قاضي زاده - المصدر المتقدم والصفحة.

(٣) قال الخرقى في (مختصره: ٥ / ٣٤٢): «الاقرار في مرض موته نافذ من الاصل، إذا كان لغير وارث» وعلق ابن
قدامه على قول الخرقى في (المغني: ٥ / ٣٤٢) بأن: «هذا ظاهر المذهب، وهو قول أكثر أهل العلم، قال ابن
المنذر: أجمع كل من حفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز».

ويرى ابن حزم في (المحلى: ٨ / ٢٩٣-٢٩٤) أن اقرار المريض لغير وارث نافذ من رأس المال. ويؤكد ابن ادريس
الحلي في (السرائر: ٣٩١) بأن «اقرار المريض على نفسه جائز للأجنبي، وعلى كل حال إذا كان عقله ثابتاً في حال
الاقرار، يكون ما أقر به من أصل المال، لاجتماع أصحابنا المنعقد على أن اقرار العقلاء جائز في ما يوجب حكماً
في شريعة الإسلام». وراجع لزيادة الإطلاع الشيرازي - المذهب ٢ / ٢٤٤ والسمرقندي - تحفة الفقهاء:
٢٨٠-٢٨١ والمرغيناني - والهداية ٧ / ١١ والسفدي - الننف في الفتاوى: ٢ / ٨٩٨ والعالمي - مفتاح الكرامة

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١- إن ما أقرب به المريض من حق للأجنبي أشغل ذمته باعتباره ديناً عليه وقضاء الدين من الحوائج الأصلية^(١) والقاعدة الفقهية تؤكد بأن «انشغال الذمة اليقيني، يستدعي الفراغ اليقيني».

٢- إن من جملة الأسباب التي دعت الفقهاء الى عدم جواز صحة الاقرار للوارث هو احتمال التهمة بمحاولة افادة بعض الورثة دون بعض، أما بالنسبة للأجنبي فالأمر منتف، إذ لا مجال للتهمة فيه^(٢). ويمكن القول بأنها الأرجح كذلك، مع أنه أقرب الى الاحتياط النفسي، وإبراء ذمته، وتحري الصدق.

الفرع الثالث

رأينا في المسألة

وبعد هذا كله لنا أن نختار القول بصحة إقرار المريض بحق للغير، سواء كان وارثاً أو أجنبياً. وذلك لما لمسنه من رجحان أدلة القائلين بهذا الرأي أولاً، ولما نضيفه للأدلة ثانياً، ومن ذلك:

أ- إن المقرر إذا كان ثابت العقل في حالة الاقرار فلا بدّ من الأخذ باقراره لدخوله في عموم أدلة «اقرار العقلاء على أنفسهم لازم».

ب- كما وأن تعلق الورثة في مال المريض تعلق احتمالي، إذ من الممكن أن يموت

→ ٥ / ٣٠٢ والخطاب - المواهب الجليل: ٥ / ٢١٩ - ٢٢٠ والدسوقي - حاشية على الشرح الكبير: ٣ / ٣٥٠ والصاوي

- حاشيته على الشرح الصغير للدردير: ٣ / ٥٢٧.

(١) البابرتي - شرح العناية على الهداية: ٧ / ١١.

(٢) قال ابن قدامه في (المغني: ٥ / ٢٤٣): ان اقرار المريض للأجنبي اقرار غير متهم فيه كالاقرار في الصحة يحققه

أن حالة المرض أقرب الى الاحتياط لنفسه، وإبراء ذمته، وتحري الصدق فكان أولى بالقبول. وفارق الاقرار للوارث، لأنه متهم فيه».

الوارث قبل المورث فيسقط ذلك الحق، وهذا المقدار من التعلق الاحتمالي لا يمنع من تصرف المالك بما يملك، لأن حق الورثة يتحقق من حين وفاة المورث، فلا غضاضة من اقراره حينئذ، شريطة أن لا يكون محجوراً عليه بسفه، أو جنون، أو أي عامل آخر يقيد تصرفاته.

جـ- إن مراعاة حق الوارث الذي يتعلق بمال المورث حق احتمالي، و- مع هذا - يتقرر منع اقرار المريض لمصلحة هذا الحق الاحتمالي، في حين أن الأولى الأخذ بالاقرار، لان اهداره يفضي الى تفويت حق ثابت، والثابت مقدم على مجرد الاحتمال فلا يترجح هذا على ذلك.

د- إن الاقرار وإن كان خبراً عن أمر سابق يحتمل فيه الصدق والكذب، إلا أن غلبة الصدق في ما عليه أوجب أن يجعله الشارع طريقاً الى الواقع، لأن العاقل لا يقر غالباً بما فيه ضرر عليه، فلماذا نقدم احتمال التهمة ليرجح احتمال الكذب فيه مادام الأصل معنا في حمل عمل المسلم على الصحة.

هـ- إن السائد لدى الفقهاء القول بصحة اقرار المريض بحق للأجنبي - كما استفدنا ذلك من نصوصهم التي أشرنا إليها - وتوقف البعض من جريانها في حق الوارث لاحتمال التهمة في تخصيص البعض بالزيادة دون الآخر... في حين يرد هذا الاحتمال حتى على الأجنبي مع وجود الوارث. فمن الممكن أن يتصور في الاقرار للأجنبي محاولة لحرمان الوارث من الارث لداعٍ من الدواعي، واذا كان احتمال التهمة وارداً على الأمرين، فما هو المرجح لأحدهما على الآخر؟

لهذا فإننا نرى أن اقرار المريض - بمرض الموت - بحق للغير سواء كان وارثاً أم أجنبياً جائز ونافذ من أصل المال ويعضد ما ذهبنا اليه الشيخ المفيد، بقوله: «واقرار العاقل في مرضه للأجنبي والوارث سواء، وهو ماض واجب لمن أقر به»^(١).

(١) بحر العلوم - بلغة الفقيه: ٢ / ٧٢ هـ ٢ عن المفيد في كتابة المقنعة باب الاقرار في المرض / طبعة ايران (غير مرقم).

الفرع الرابع

موقف القانون من الاقرار للوارث أو الأجنبي

وقد انفرد القانون المدني العراقي بمعالجته لهذه المسألة في المادة (١١١١) آخذاً بنظر الاعتبار رأي جمهور فقهاء الشريعة الذين يذهبون الى صحة الاقرار - من المريض - للأجنبي أو الوارث في حدود الثلث، فإن زاد عليه توقف على اجازة الورثة، ونصها:

١- اذا اقر شخص في مرض موته بدين لوارث، أو لغير وارث، فإن جاء اقراره على سبيل التملك كان بحكم الوصية، وإن جاء على سبيل الإخبار، أو كان اقراراً بقبض أمانة له، أو استهلاك امانة عنده ثبتت بغير اقراره، نفذ الاقرار في جميع ماله. ولو لم تجز الورثة. وتصديق الورثة الاقرار في حياة المورث ملزم لهم.

٢- ولا يستحق المقر له ما أقر به المريض - وفقاً لأحكام الفقرة السابقة - إلاّ تثبت أن تؤدى ديون الصحة، ويعتبر في حكم ديون الصحة الديون التي تثبت في ذمة المريض، وقت المرض بغير اقراره، فتؤدى هي أيضاً مع ديون الصحة قبل الديون التي ثبتت باقرار المريض في وقت مرضه».

وهذه المادة بفقرتيها تناولت أكثر أحكام المقر في مرض الموت، وقد استقت جذورها من الفقه الاسلامي، والرأي الحنفي بالخصوص من خلال مجلة الاحكام، ومرشد الحيران، وهما يمثلان الرأي الحنفي^(١).

(١) انظر: الكاساني - بدائع الصنائع: ٢٣٨/٧ و ٢٧٠ والفتاوى الهندية ٤ / ١٧٩ ومجلة الاحكام مادة ١٦٠١ - ١٦٠٢ ومرشد الحيران مادة ٥٢٦ الطبعة الثالثة والمادة (١١٠٨ ف مدني عراقي) والمادة ٢٧ من قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٩.

البَابُ الثَّانِي مَظَاهِرُ الْإِرَادَةِ غَيْرِ الْمُتَوَرِّةِ

ويضم فصلين

الفصل الأول - العيب الناشئ عن «الخلابة» .

الفصل الثاني - العيب الناشئ عن مغايرة الحقيقة «الغلط» .

تمهيد:

سبق أن أشرنا إلى أن الإرادة التي توجب التزاماً، ويترتب عليها الأثر الشرعي أو القانوني، لا بد أن تكون سليمة من كل شائبة بمعنى أن تكون حرة منورة، مبنية على معرفة تامة بكل الظروف والملابسات التي تحيط بصاحبها فتجعله قادراً متمكناً مختاراً راضياً على إبرام التصرف.

وقد يطرأ على الإرادة ما يخل بسلامتها فتكون:

إما «غير حرة» بأن تتجه إلى إجراء تصرف ما كانت تقدم عليه لولا الضغط الذي دفع بها إلى تحقيق ما أمرت به. أو أن عاملاً خارجياً حال بينها وبين تحقيق رغبة كانت تتوخاها، وذلك لمصلحة ما قدرها الشارع المقدس، وهذا ما بحثناه في الباب الأول من هذه الرسالة.

أو أن تكون الإرادة قد اتجهت على غير هدى وبينه، وعدم اطلاع بكل ظروف التصرف الذي يرافق هذه الفترة، فتكون الإرادة قد صدرت - والحالة هذه - «غير منورة» وهذه إما:

١ - أن تكون نتيجة «الخلافة»، وهي كل وسيلة تضليل وخداع تؤثر على الطرف الآخر، وينشأ عنها حمل صاحب الإرادة غير المنورة على إجراء تصرف ما كان ليقدم عليه لولا الخلافة.

٢ - أو أن تنشأ عن مغايرة الحقيقة بين متطلب الإرادة والمعقود عليه في غلط جوهري، وهو ما يسمى بعيب «الغلط».

وتكون لإرادة في هاتين الحالتين قد اتجهت إلى إجراء تصرف غير طبيعي، وهذا ما سندرسه في هذا الباب

الفصلُ الأولُ

العَيْبُ النَاشِئُ عَنِ الْخِلَافَةِ

ويضم البحوث التالية:

المبحث الأول: الغبن.

المبحث الثاني: الاستغلال.

المبحث الثالث: التغيرير والتدليس.

حقيقة الخلافة ومظاهرها

الخلافة لغة - بكسر الخاء - الخديعة، وهي مصدر من خلبه يخلبه، والفاعل خلوب، أي كثير الخداع. ومنه قولهم سحاب، أو برق خلب إذا كان يوهم أنه ممطر، وهو فارغ^(١).

وفقها: «أن يخدع أحد العاقلين الآخر بوسيلة موهمة قولية أو فعلية تحمله على الرضا في العقد بما لم يكن به لولاها»^(٢).

وفكرة الخلافة استقاها الفقهاء من حديث الرسول (عليه الصلاة والسلام) إلى حيان بن منقذ بن عمرو الانصاري، وقد شكاه بأنه يغبن في المبيعات^(٣) فقال له النبي (صلى الله عليه وآله وسلم): «إذا بايعت فقل: لا خلافة، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فاردد»^(٤).

والحديث الشريف ذو دلالة واضحة على منع الخلافة - أي الخديعة - في المعاملات ويتخذ الفقهاء منه دليلاً على أن كل خديعة يلجأ إليها أحد المتعاقدين تجاه الآخر، ويترتب عليها زيادة في التزامات الطرف المخدوع، أو غمط حقه، فإنها

(١) انظر: ابن الأثر - النهاية في غريب الحديث. والفيومي - المصباح المنير: مادة (خلب)

(٢) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١ / ٤٠٤.

(٣) ذكر الشوكاني في (نيل الأوطار: ٥ / ٢٠٦-٢٠٧): «عن محمد بن يحيى بن حيان قال: إن جدي حيان بن منقذ بن عمرو كان رجلاً قد أصابته آفة في رأسه فكسرت لسانه، وكان لا يدع على ذلك التجارة، فكان لا يزال يغبن، فأتى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) فذكر ذلك له، فقال: إذا بايعت فقل: لا خلافة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، إن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها».

(٤) رواه البيهقي - السنن الكبرى: كتاب البيوع / باب (الدليل على أن الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام) ٥ / ٢٧٣.

توجب له الخيار، والمقصود من ايجاب هذا الخيار رفع الضرر الحاصل للعاقد من الخديعة والتضليل.

فالخلافة، وهي كل وسيلة تضليل يُخدع فيها الطرف الآخر، وينشأ عنها حمل المخلوب على ابرام تصرف لم يكن ليمضيه لولا الخلافة - وهي تحسين السلعة في نظر المشتري ليتوجه لشرائها، أو بالعكس انقاص السلعة في نظر صاحبها ليبادر الى بيعها - وقد يترتب عليها غبن يضر بمصلحة البائع أو المشتري فهي إما أن تؤدي الى انعدام التعادل بين العوضين، أو إلى حمل أحد المتعاقدين على تصرف يضر بمصلحته ما كان ليقوم به لولاها.

فالخلافة - في ضوء ما تقدم - حالة تعيب الارادة تقوم أساساً على التضليل والخداع، ولا تنحصر في وسيلة معينة، بل في كل وسيلة من وسائل التنويه تحمل على التعاقد، ومن مظاهرها التغيرير والتدليس.

أما الغبن والاستغلال فهما وإن انطوياتحت عنوان الخلافة، لكنهما ليسا من عيوب الارادة، بل هما عاملان في تحقيق العيب لا سببه، كما سيمر علينا.

المَبْحَثُ الأولُ

الغِبْنُ

المطلب الأول:

تعريف الغبن

١- في اللغة

عرف اللغويون الغبن: بالنقص، وغبن - بالبناء للمجهول - فهو مغبون، أي منقوص في الثمن أو غيره. وغبنه في البيع والشراء، أي نقصه، ويقال: غبنه - بالفتح - في البيع. أي خدعه^(١).

٢- في الفقه:

ويوضح الفقيه الانصاري^(٢) معنى الغبن فيقول: «خيار الغبن: وأصله الخديعة، وهو في اصطلاح الفقهاء: تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر. وتسمية المالك غابناً والآخر مغبوناً، مع أنه قد لا يكون خداع أصلاً، كما لو كانا جاهلين،

(١) انظر: الجوهري - الصحاح في اللغة، والفيومي - المصباح المنير، والرازي - مختار الصحاح: مادة (غبن).

(٢) مرتضى بن محمد امين الدزفولي الانصاري، ولد عام ١٢١٤ هـ من أعلام المدرسة العلمية النجفية، توفي في النجف

عام ١٢٨١ هـ من مؤلفاته «المكاسب» في الفقه ترجمه الزركلي - الاعلام: ٨ / ٥٨.

لأجل غلبة صدور هذه المعاوضة على وجه الخداع والمراد بما يزيد أو ينقص العوض مع ملاحظة ما انضم اليه من الشرط»^(١).
وفي الفقه الحديث هو «أن تطفئ مصلحة أحد المتعاقدين على مصلحة الآخر، بحيث لا يكون توازن بين ما يأخذ وما يعطي»^(٢).

٣- في القانون

كما عرفه فقهاء القانون بأنه: «عدم التعادل بين ما يعطيه وما يأخذه»^(٣) أو «هو عدم التعادل بين الاداءات في العقد على وجه يختل التوازن الذي يضعه المتعاقدان موضع الاعتبار بحيث يكون ما يأخذه أحدهما أقل مما يعطيه، فهو مغبون إذا أعطى أكثر مما أخذه، أو غابن إذا أخذ أكثر مما أعطى»^(٤).

٤- الموازنة

ولا أرى في هذه التعاريف بمجموعها - سواء منها الشرعي أو القانوني - فرقاً

(١) الانصاري - المكاسب: ٢٢٤.

(٢) الزرقاء - المدخل الفقهي العام ١ / ٤٠٧ هـ ٢.

كما عرفه شلبي في (المدخل لدراسة الفقه الاسلامي: ٣٩٤) بقوله: «كون أحد العوضين في عقد المعاوضة غير متعادل مع الآخر بأن يكون أقل من قيمته، أو أكثر منها».

(٣) السنهوري - انظر العقد: ٤٤٦، الوسيط: ١ / ٣٥٥ وانظر: د. أبوستيت - اصول الالتزام: ١ / ١٧٧. ود. عبدالفتاح - دروس في مصادر الالتزام ٢٠٨.

(٤) د. حسن علي الذنون - اصول الالتزام: ٩٤ طبع بغداد ١٩٧٠. وهناك تعريف للدكتور محمود جمال الدين زكي في (الوجيز في نظرية الالتزام: ١ / ١٥٢) يقول فيه: هو «اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل عاقد فيه وما يعطيه». وذكر د. غني طه في (الوجيز في العقود المسماة: ٨٩ طبع مطبعة المعارف - بغداد ١٩٧٠) نقلاً عن الفقه الفرنسي تعريفاً للغبن بأنه: «الضرر المادي الذي يصيب أحد الطرفين نتيجة عدم التعادل بين ما يفرضه العقد من التزامات».

جوهرياً سوى ما جاء في تعريف المرحوم الانصاري من قيد «جهل الطرف الآخر بالقيمة» ولنا عليها جميعها ملاحظات:

أولاً - إن تعريف الانصاري قد أخذ جهل الآخر بالقيمة قيداً في تحقق الغبن وهو تعريف للغبن من جهة الغابن، أما من جهة المغبون فيكون تملك مال بأزيد من قيمته ولم يلاحظه التعريف^(١).

ثانياً - إن التعاريف المشار إليها لم تتضمن وقت عدم التعادل بين العوضين، وإن المحت إليه ضمناً، وقد التفت الأستاذ مذكور لهذا الاشكال فضمن تعريفه للغبن زمان التعاقد^(٢) متمشياً مع بعض فقهاء الشريعة؛ وتحديد ذلك بساعة العقد أمر يقتضيه استقرار التعامل^(٣).

ثالثاً - إن التعاريف المذكورة لم تحدد التفاوت الذي يجب أن يؤخذ بنظر الاعتبار لتحقيق الغبن، فالأقل والأكثر لا يكفي لترتب الأثر الشرعي أو القانوني عليه، ولهذا نرى بعض الفقهاء - تلافياً لهذا الاشكال - اشترط التفاوت الفاحش بين العوضين لتحقيق الغبن^(٤).

ومن أجل أن نتخلص من هذه الملاحظات نعرف الغبن بأنه: تفاوت عوض المتعاقدين وقت العقد بما لم يتعارف عليه الناس، جهلاً بالقيمة السوقية.

(١) كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ٩٧ / ٢.

(٢) عرف الأستاذ مذكور الغبن بقوله: «أن تكون الموازنه بين العوضين غير عادلة، إذ أحد العوضين قوبل عند التعاقد بأقل من قيمته بين الناس أو أكثر». انظر: المدخل للفقهاء الاسلاميين: ٦٣٢ وكتابه الفقهاء الاسلاميين: ٥٧٢.

(٣) انظر: محمد بن الحسن الحلبي - ايضاح الفوائد: ٤٨٤ / المطبعة العلمية - قم ايران.

ويقول الدكتور جميل الشرقاوي في (النظرية العامة للالتزام: ١ / ١٥٥): «والوقت الذي تقاس فيه قيمة البديل لتقدير عدم التعادل بينهما هو وقت الرضا بالتصرف، فلا يمكن أن يعتبر ما يطرأ بعد ذلك من اختلال قيمة البديل غبناً» وانظر د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ٣٤١ / ١.

(٤) انظر: محمد بن الحسن الحلبي - ايضاح الفوائد: ٤٨٤ والمواق - التاج والاكلیل: ٤٦٨ / ٤ والشوكاني - نيل الاوطار: ٢٠٧ / ٥.

المطلب الثاني:

هل يعتقد بالغبن المجرد كعيب مؤثر في العقد؟

في الفقه الاسلامي اتجاهاً في الاعتداد بالغبن كعيب مؤثر في صحة العقد: أحدهما - يرى أن الغبن بصورة مستقلة موجب للفسخ.

وثانيهما - يرى ضرورة اقترانه بتغيير ليؤثر في صحة العقد. إذ ليس من مهمة المشرع أن يمنع التغابن المجرد عن الخديعة. وعلى كل متعاقد أن يكون حريصاً على مصلحته من الانزلاق بما يضر مصلحته. ويمكن ايجاز هذين الاتجاهين بالآتي:

الأول - الغبن له صفة الاستقلال في تعيب العقد:

أ - ذهب قسم من الفقهاء إلى أن للغبن أثره في إعطاء حق الخيار للمتعاقد المغبون في فسخ العقد، شريطة أن يكون الغبن فاحشاً، والمغبون جاهلاً بالقيمة، ووقت تفاوت القيمة عند العقد^(١).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

(١) من خلال نصوص الفقهاء التي نوردتها في ما يلي، اقتبسنا الشروط المشار إليها أعلاه: قال محمد بن الحسن الحلبي في (إيضاح الفوائد: ٤٨٤) «والمغبون يثبت له الخيار بشرطين: عدم العلم بالقيمة وقت العقد، والزيادة والنقصان الفاحشة التي لا يتغابن بمثلها وقت العقد» وانظر: الشهيدان - اللعة الدمشقية، وشرحها الروضة البهية: ٢/ ٤٦٣ والعاملي - مفتاح الكرامة: ٤ / ٥٧٠ والانصاري - المكاسب: ٢٣٥-٢٣٦ وكاشف الغطاء - تحرير المجلة: ٢/ ٩٧-٩٨ والخونساري - منية الطالب: ٢/ ٦٢.

ويقول المواق في (التاج والاكلیل: ٤ / ٤٦٨): «حكي عن القصار أن مذهب مالك للمغبون الرد إذا كان فاحشاً، وهذا إذا كان المغبون جاهلاً بالقيمة» وانظر: الرديري - الشرح الصغير: ٣ / ١٩٠ والصاوي - حاشيته على الشرح الصغير: ٢ / ١٩٠-١٩١ والتسولي - البهجة في شرح التحفة: ٢ / ١٠٦.

ويقول الشرقاوي في (حاشيته على التحرير: ٢ / ٤٤ طبع عيسى البابي القاهرة) نقلاً عن حواشي المنهج: «إن الخيار يثبت للمشتري المغبون حيث كان جاهلاً (بالقيمة وقال): قرره بعض مشايخنا».

١- إن الله سبحانه قد نهى عن أكل مال الغير، بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ والمراد بالتراضي أن لا يكون مغبوناً في بيعه أو شرائه، لأن ذلك مما يمنع الرضا، وأن الغبن إما بيع الشيء بأقل من قيمته، أو شراؤه بأكثر منها، وكلاهما إضاعة للمال من جهة المغبون. وأكل مال الغير بالباطل من جهة الغابن.

٢- ولقد وردت روايات في حرمة الغبن، منها الحديث الشريف: «غبن المسترسل سحت»^(١)، ومنها قوله عليه الصلاة والسلام: «غبن المؤمن حرام»^(٢). وأمثالهما وهي صريحة في النهي عن الغبن.

٣- إن الغبن ضرر على المغبون، سواء كان بائعاً أو مشترياً، وقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» تشمل له لأنه ظلم، ولا بد من دفع هذا الضرر والظلم^(٣).

٤- ولأن الغبن يؤثر في رضا العاقد وقد يعدمه، إذ أنه لم يقدم على العقد إلا لظنه أنه في مصلحته، فلما اتضح أنه مغبون نتيجة اختلال التوازن بين العوضين فإثر رضاه، وإن كان من غير تغير^(٤).

→

وقال البهوتي في (كشف القناع: ٢١١-٢١٢) في حديثه عن خيار الغبن «يشترط أن يكون غبناً يخرج عن العادة، وأن يكون جاهلاً بالقيمة».

ونقل الشوكاني في (نيل الاوطار: ٥ / ٢٠٧) عن «المنصور بالله والامام يحيى (انهما) يثبتون الرد بالغبن لمن لم يعرف قيمة السلع وقيد بعضهم بكون الغبن فاحشاً».

ونقل الزيغلي في (تبين الحقائق: ٤ / ٧٩) «وقد قالوا في المغبون غبناً فاحشاً له أن يردده على بائعه بحكم الغبن».

وشروط وقت العقد لم يذكر إلا عند الحلّي من قدامي فقهاء الامامية، وأورده من الفقهاء المتأخرين الأستاذ مذكور. (١) الحر العاملي - وسائل الشيعة: ١٢ / ٣٦٣ طبعة دار احياء التراث العربي بيروت. وروى البيهقي - السنن الكبرى - ٥ / ٣٤٩ كتاب البيوع / باب (غبن المسترسل): «غبن المسترسل ربا».

(٢) العاملي - مفتاح الكرامة: ٤ / ٥٧٠، وروى التسولي - البهجة شرح التحفة: ٢ / ١٠٧ «غبن المسترسل ظلم».

(٣) انظر: العاملي - مفتاح الكرامة: ٤ / ٥٧٠-٥١٧ والبهوتي - كشف القناع: ٣ / ٢١١-٢١٢ وابن حزم - المحلى: ٨ / ٥١٢-٥١٤.

(٤) ويصور لنا المرحوم كاشف الغطاء في (تحرير المجلة: ٢ / ١٠١) استقلالية الغبن عن التغير بقوله: «إن الغبن والتغير مفهومان متغايران - نعم هما متلازمان بحسب المعنى اللغوي - فكل من غبنته فقد خدعته، وكل من خدعته فقد غررته، كما لو كان جاهلاً فاشترى الشيء بأضعافه من دون أن يكون أحد دعاء، أو حبل له. وقد يتحقق التغير دون الغبن كما لو غرره في ارتكاب عمل ساقط فارتكبه، فهنا تغير من غير غبن».

ب - وفقهاء الحنفية وإن لم يعتدوا بالغبن المجرد من التغيرير يشاركون مع ذلك هذا الفريق من الفقهاء بالأخذ بالغبن المجرد في ثلاث حالات فقط، يعتبرون فيها الغبن قائماً حتى ولو كان غير مصحوب بتغيرير استثناء من الأصل العام عندهم وذلك إذا ما وقع على: مال اليتيم، أو مال الوقف، أو بيت المال^(١)، معللين ذلك بملاحظة مصلحة هذه الأموال الثلاثة^(٢).

ولقد أشار القانون المدني العراقي إلى هذا الاستثناء في المادة (١٢٤) ونص على الآتي:

- ١ - «مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغيرير.
 - ٢ - على أنه إذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً، أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة، أو الوقف فإن العقد يكون باطلاً».
- وكذلك القانوني المدني الكويتي، أشار إلى هذا الاستثناء فقد نصت المادة (١٦٣) منه على الآتي:

- ١ - «إذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة، أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، أو لأحدٍ من عديمي الأهلية، أو ناقصيها، أو لجهة الوقف جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر، أو التزامه هو بما يرفع عنه الفحش في الغبن».
- والقانون المدني المصري بحثها متفرقة في نواحي القانون^(٣).

(١) المجلة: مادة ٣٥٦ وعلي حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام: ١ / ٣١٢ وسليم رستم - شرح المجلة: ١٩٩ طبع المطبعة الأدبية - بيروت ١٩٣٢.

(٢) انظر: أحمد ابراهيم - المعاملات الشرعية المالية: ١٢٤ المطبعة السلفية القاهرة ١٩٣٦ وعلى الخفيف - مختصر أحكام المعاملات الشرعية: ١٢٠ - مطبعة السنة المحمدية - القاهرة ١٩٥٤.

ويرى كاشف الغطاء في (تحرير المجلة: ٢ / ١٠١) أن لا داعي لاستثناء هذه الموارد الثلاثة بحكم خاص «فان الغبن ان كان لا يؤثر إلا بالتغيرير، فهو عام، وإلا فالغبن موجب للخيار في الجميع، واخراج تلك المواضع تخصيص بلا مخصص سوى الاستحسان وباب العقود منوط بقواعد عامة وأدلة كلية يتساوى فيها اليتيم وغيره، والتقي والشقي، والوقف والملك».

(٣) انظر القانون المدني المصري مادة (٤٢٥) في ما يخص بيع عقار القاصر ونصها:

الثاني - لا يعتد بالغبن إلا إذا اقترن بتغريير:

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء^(١)، فالغبن لا يقوى على تعيب المعاملة إلا إذا كان قائماً على التغريير، حرصاً من المشرع على تثبيت استقرار التعامل وعدم تعريضه للزعزعة.

واستدل القائلون - بعدم الاعتداد بالغبن إلا إذا كان مقترناً بالتغريير بالأدلة التالية:

١- ما ورد في الحديث الشريف من النهي عن الخديعة والغش في التعاقد، منه

→

« ١. إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الاهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

٢. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع». وانظر أيضاً (السنهوري - نظرية العقد: ٦٥٤-٦٦٢) حيث أورد الحالات التي يعتد فيها بالغبن المجرد في القانون المصري والفرنسي وعد منها هذه الاحوال الثلاثة.

(١) قال السمرقندي في (تحفة الفقهاء: ١٣٦/٢): «وأصحابنا يفتون في المغبون أنه لا يرد، ولكن هذا في مغبون لم يغر، أما في مغبون غر فيكون له حق الرد» وانظر: الزيعلي - تبين الحقائق: ٧٩/٤ والحصكفي - الدر المختار: ١٥٩/٤ وابن عابدين - رد المختار: ١٥٩/٤ وابن عابدين رسالته في «تحرير التحرير في ابطال القضاء والفسخ بالغبن الفاحش بلا تغريير». ضمن رسائل ابن عابدين: ٧٨/٢ طبع المكتبة الهاشمية - دمشق.

ويرى الشوكاني في (نيل الأوطار: ٢٠٧/٥) أن «الظاهر أنه لا يثبت الخيار (أي خيار الغبن) إلا إذا وجدت خلافة». ويقول الشيرازي في (المهذب: ٢٩٢/١): «ويحرم تلقى الركبان وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم ... لأن هذا تدليس وغرر فلم يحل».

وذكر زكريا الانصاري في (الغرر البهية شرح البهجة الوردية: ٤٥٥/٢ المطبعة الميمنية - مصر) قائلاً: «ولا يجيزون (الرد) بغبن وإن فحش، كالزجاج حيث ظنها جوهرة حتى بالغ فيها بالثمن لتقصيره حيث لم يبحث». وأكد هذا القول الشربيني في (مغنى المحتاج: ٦٥/٢) إذ يقول «كما لو اشترى زجاجة يظنها جوهرة بثمن كبير، أو باع جوهرة يظنها زجاجة بمال قليل فانه لا خيار في الأولى للمشتري ولا للبائع في الثانية». ونستفيد من مفهوم المخالفة لهذه النصوص في الفقه الشافعي أن الغبن المصحوب بالتغريير هو الذي يثبت الخيار.

ويصرح البهوتي في (كشف القناع: ٢١١-٢١٢): «خيار الغبن يثبت في ثلاث صور: الثالثة - المسترسل: وهو الجاهل بالقيمة من بائع ومشتري، ولا يحسن يماكس فله الخيار إذا غبن الغبن المذكور» وراجع ابن حزم (المحلى: ٥١٠/٨).

قوله عليه الصلاة والسلام: «من غشنا فليس منا»^(١) وحديث «لا خلافة»^(٢) أي لا خديعة.

وعلق الشوكاني على هذا الحديث الأخير بقوله: «واستدل بهذه القصة على ثبوت الخيار لمن قال: لا خلافة، سواء غبن أم لا، وسواء وجد غشاً أو عيباً أم لا والظاهر أنه لا يثبت الخيار (للمغبون) إلا إذا وجدت خلافة»^(٣).

٢. إن الغبن الفاحش وحده في العقود لا يعيب الرضا، ما لم يصاحبه شيء من الخلافة ذلك لأن الغبن المجرد عن كل خديعة لا يدل إلا على تقصير العاقد المغبون في تحري الأسعار، ومعرفة البدل العادل، ولكل إنسان أن يطلب المزيد من المنفعة بالطريق الحر المشروع من دون غش، واحتيال، ما لم يضر بالجماعة، فحينئذ يحد من حرите، وتحدد منفعته، كما في حال احتكار المواد الضرورية وحالة تحكم الباعة بالأسعار وأمثال ذلك^(٤).

(١) راجع الحر العاملي - وسائل الشيعة / كتاب التجارة / حديث ٨٦ (باب تحريم الغش) مجلد ١٢ ج ٦ / ٢١٠ قال رسول الله (ص): «ألا من غشنا فليس منا» قالها ثلاثاً. وفي هذا الباب اثنا عشر حديثاً بهذا المضمون. وانظر صحيح مسلم - كتاب الايمان / باب (من غشنا فليس منا): ١ / ٥٥ وابن ماجه: كتاب التجارات / باب (النهى عن الغش): ٢ / ٢٧٤٩ وكذلك رواه في المصدر ذاته بالنص التالي «ليس منا من غش» وانظر: المدونة الكبرى - للإمام مالك: ٢ / ٢٩٦ المطبعة الخيرية - القاهرة ١٣٢٤هـ، وأبوحنيفة المغربي - دعائم الاسلام: ٢ / ٢٦ طبعة دار المعارف - القاهرة ١٣٧٩هـ.

(٢) رواه البخاري - كتاب البيوع / باب (ما يكره من الخداع في البيع) ٢ / ١٣ ورواه النسائي - كتاب البيع / باب (الخديعة في البيع): ٧ / ٢٢٢ - طبعة مصطفى البابي القاهرة رواد أبو داود - كتاب البيوع، والشوكاني - نيل الأوطار: ٥ / ٢٠٦-٢٠٧ وانظر البيهقي - السنن الكبرى: ٥ / ٢٧٣ كتاب البيوع (باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام): «قال رسول الله (ص): إذا بايعت، فقل: لا خلافة، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فامسك، وإن سخطت فاردد».

وقال ابن قدامة المقدسي في (الشرح الكبير: ٤ / ٦٩): «فإن قال أحد المتعاقدين عند العقد «لا خلافة» فقال أحمد: لا أرى ذلك جائزاً وله الخيار إن كان خلبه، وإن لم يكن خلبه فليس له خيار، وذلك لأن رجلاً نكر للنبي عليه الصلاة والسلام أنه يخدع في البيع فقال: «إذا بايعت فقل لا خلافة» متفق عليه.

(٣) الشوكاني - المصدر المتقدم: ٥ / ٢٠٧.

(٤) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١ / ٤١٧-٤١٨.

٣- إن الفسخ بسبب الغبن الفاحش وحده ، ودون تطلب أي شرط آخر ، ليس أرفق بالناس ، بل على العكس أنه ضار بمصالحهم لأنه يؤدي إلى كثرة المنازعة والمنازعة في كثير من البيوع ، إذ لم يزل أصحاب التجارة يربحون في بيوعهم الربح الوافر^(١).
٤- ليس من مهمة المشرع أن يمنع التغابن المجرد عن الغش والخديعة إنما مهمته أن يقيم المتعاقدين على قدم المساواة في الأهلية والحرية كما أن على كل انسان ان يحمي نفسه من الغبن وأن يحرص على مصلحته لتحري الأصلح لها وإن قصر في ذلك فتبعة المهمل يجب أن تكون على حسابه^(٢).
من مجموع هذا يرى جمهور الفقهاء أن الغبن الفاحش وحده في العقود لا أثر له في عيب الرضا ما لم يصاحبه شيء من التغيرير.

المطلب الثالث:

الغبن عيب في محل العقد

وفي ضوء ما تقدم نرى أن كلاً من الفريقين على حق في ما ذهب إليه ، وما اعتمد من الأدلة التي تستند مدعاه ، غير أننا لا بد أن نفرق بين ما ذهب إليه كل فريق ، ونبرز الحقيقة المتوخاه:

أ- فالذي يذهب إلى الاعتداد بالغبن المجرد يرى أن الغبن عيب بذاته قائم في العقد وأن اختلال المعاوضة أدى إلى فقدان التوازن بين البدلين فكأن كل متعاقد قد أعطى أكثر أو أقل مما أخذ ، وبذلك حصل الغبن نتيجة جهالة المغبون بالقيمة السوقية .

(١) ابن عابدين - رسالة «تحرير التحرير في ابطال القضاء والفسخ بالغبن الفاحش بلا تغيرير» ضمن رسائل ابن عابدين: ٧٨ / ٢ .

(٢) الزرقاء المصدر المشار إليه: ٤١٨ / ١ .

ويعلل بعض الفقهاء الاعتداد بالغبن المجرد والمترتب عليه الخيار بوجود شرط ضمني بين المتعاقدين بعدم الغبن، والسلامة منه، وتحقيق الغبن معناه تخلف الشرط الضمني وهو السلامة. إذ «لا يخفى أن ثبوت هذا الخيار (خيار الغبن) في الجملة لا إشكال فيه، وإنما الكلام في مداركه، وأتم المدارك هو حصوله من جهة تخلف الشرط الضمني»^(١).

وجمهور الفقهاء يؤيد اعتبار الشرط العرفي^(٢) وأن الجاري في المعاملات التجارية سلامة العقد في أي ما يخل بتساوي العوضين.

فإذا كان الغبن الفاحش منصباً على محل العقد، فقد أثر فيه، وحصل من جرائه خلل في المعاوضه، بحيث يؤدي حتماً إلى اختلال التوازن بين البديلين، وكان له حينذاك - وحماية من المشرع لما أصابه من ضرر - خيار الفسخ إذا شاء، أو إمضاء العقد.

(١) الخونساري - منية الطالب في حاشية المكاسب: ٥٧/٢.

ويستمر المرحوم الخونساري في المصدر المشار إليه في عرض رأيه فيقول: «وذلك انه لما كان تعيش بني آدم موقوفاً على تبديل الأموال، وبناء المتعاقدين على تساوي العوضين في المالية، فينط التبدل بالتساوي. وحيث كان هذا البناء نوعياً بحسب العرف والعادة جرى نفس إجراء العقد بين العوضين مجرى اشتراط تساويهما في المالية، بحيث لو علم المغبون بالحال لم يرض. فمدرك ثبوت الخيار تباني المتعاقدين على تساوي العوضين في المالية وهذا بمنزلة الصغرى. والكبرى أن تخلف البناء يوجب عدم التراضي بالمعاملة ولما ثبت في باب الفضولي والمكره أن الرضا اللاحق كالسابق، فلم يكن تخلف البناء موجباً لفساد البيع رأساً، فله اقرار العقد واختيار نتيجته، وله رده».

والمرحوم السنهوري في (مصادر الحق: ١٢٢/٢) يقول: «فسلامة الشيء من العيوب شرط ضمني في العقد تقتضيه طبائع الأشياء. فإذا ظهر عيب في الشيء تبين أن المشتري كان واهماً عندما اعتقد ان الشيء سليم من العيب. ومن هنا كان خيار العيب متصلاً أوثق الاتصال بنظرية الغلط».

وقبلهما قال الكاساني في (بدائع الصنائع: ٥ / ٢٧٤): «ان السلامة شرط في العقد دلالة فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع، فلا يلزم حكمه. والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد دلالة أن السلامة في البيع 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 كالمشروطة نصاً، فإذا فاتت المساواة كان له الخيار».

(٢) جمهور الفقهاء من الحنابلة والحنفية والمالكية، وأحد قولي الشافعية يرون اعتبار الشرط العرفي. راجع: الشيخ زكي الدين شعبان - نظرية الشروط المقترنة بالعقد: ٤٣-٤٥ طبع مصر.

ب - أما الذين لا يعتدّون بالغبن المجرد إلّا إذا صاحبه تغرير وتدليس، فهم لا ينظرون إلى خلل العقد ومحلّه، إنّما تتجه نظريتهم إلى الإرادة التي تتعلق بالمتعاقدين وهي التي تتأثر بالتضليل والخداع، والتغرير، فتتوهم بأن العقد الذي هي في صدد إبرامه يحمل من المزايا والصفات ما حبه ورغبه إلى إتمام إجراءاته سالماً من كل تغرير وتدليس، وأقدم عليه بإرادة منورة؛ والحقيقة خلاف ذلك.

وعلى هذا يكون التضليل الذي حصل للإرادة نتيجة التغرير والتدليس، وما الغبن إلّا مظهراً مادياً لهما، لأنّه خدعه فغبنه. ومن ثم حق له الفسخ بهذا السبب. والذي يدور بحثنا عليه هو العيب الذي يلامس الإرادة فيؤثر عليها، لا العيب الذي ينصب على محل العقد فيخل به.

ومن هنا نرفض أن يكون الغبن المجرد عيباً من عيوب الإرادة، لأنّه يتعلق باختلال البدلين، فيكون موقعه محل العقد.

والقانون المدني يتفق في نظريته للغبن مع الرأي السائد في الشريعة، وذلك بعدم الاعتراف به إلّا إذا اقترن بتغرير وتدليس، لتكون هذه الوسيلة الخداعة هي السبب في تعيب الإرادة، والغبن هو المظهر المادي له.

يقول الدكتور الشرقاوي: «إن كلمة غبن لا تشير بمعناها إلى عيب الرضا، إذ أن الغبن هو الضرر، والقول بأن شخصاً أصابه غبن لا يتضمن تحديداً لسبب هذا الغبن أو بياناً لطبيعة هذا السبب وقد أراد بعض الفقه^(١) أن يقف في معرفة طبيعة العيب اللاحق بالتصرف في حال الغبن عند ظاهرة عدم التعادل بين الالتزامات واجداً في اختلال التناسب بينها كل عناصر الغبن في محاولة لابعاد الغبن عن نطاق عيوب الرضا، ولكن أغلب الفقه يربط بين الغبن وعيوب الرضا، ويعتبره مظهراً للعيب أو قرينة عليه، ويرى أن البطلان للغبن هو بطلان لعيب الرضا»^(٢).

(١) الظاهر أن المراد «بعض الفقهاء».

(٢) د. الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام: ١/ ١٥٢.

وقد استمد هذا الرأي من الفقه الفرنسي، فإن بعض الفقهاء يرون: انه لا يمكن عملياً أن يؤثر الغبن في صحة العقود

وقد صرح القانون المدني العراقي بذلك فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١٢٤) على أن «مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغرير»^(١).

أما القانون المدني المصري فقد أخذ بمبدأ التدليس، ولم يشر إلى الغبن بشيء^(٢)، نعم أخذ بنظرية الغبن المقترن بالاستغلال^(٣)، كما سيمر علينا في مبحث الاستغلال.

→ بوجه عام، لأن الغبن لا يمكن تجنبه، فإذا أثر في صحة العقد فانه يبطل، ويقف دون استقرارها وتجب معالجة الغبن بالطرق الاقتصادية من طريق النقابات والجمعيات مع تدخل الحكومة لتنظيم الإدارات الاقتصادية ومراقبتها. ولهذا يرى الفقيه الفرنسي «ريبير» في تنظيم احكام الغبن: ألا أن تكون العقود ما بين التجار عرضة للبطلان بسبب الغبن. أما العقود التي تقوم على أساس ثقة أحد المتعاقدين بالآخر أو التي يكون أحد المتعاقدين فيها أقوى بكثير من المتعاقد الآخر، أو التي يلجأ إليها الشخص للحصول على ضروريات الحياة فهذه هي التي يجب ان تتأثر إذا دخلها الغبن. انظر: السنهوري - نظرية العقد: ٤٥٢ هامش ٢.

(١) انظر: المادة (٣٥٦) من المجلة. ونصها: «إذ وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير، فليس للمغبون أن يفسخ البيع...».

(٢) انظر المادة (١٢٥ - مدني مصري) ونصها:

«١. يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

٢. ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة، أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة، أو هذه الملابسة».

والمادة (١٢٦ - مدني مصري) ونصها:

«إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً ان يعلم بهذا التدليس».

(٣) تنص المادة (١٢٩ - مدني مصري) على الآتي:

«١. إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً، أو هوىً جامحاً، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

٢. ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

٣. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال إذ يفرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن».

كما تنص المادة (١٣٠ - مدني مصري) على ما يلي:

«يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود، أو بسعر الفائدة».

أما المدني الكويتي فلم يعتبر الغبن المجرد سبباً لمنع نفاذ العقد ما لم يصحبه تدليس، فقد نصت المادة (١٦٢) على الآتي:

« الغبن الذي لا يكون نتيجة غلط، أو تدليس، أو إكراه، أو استغلال، لا يكون له تأثير على العقد، إلا في الأحوال الخاصة التي يصرح بها القانون، ومع مراعاة ما تقضي به المواد التالية ».

وأرى أن الغبن حتى في حالة اقترانه بالاستغلال لم يكن عيباً في الإرادة، إنما العيب إذا حصل في العقد فقد انصب على محله فأخل في المعاوضة. أما الاستغلال نفسه، فهو عامل في تحقيق العيب لا سببه^(١).

المطلب الرابع:

هل يتصور الغبن في غير عقود المعاوضة؟

من أجل أن نتصور الغبن هل يختص بنوع معين من العقود، أم أنه يتحقق في كل أنواع العقود؟ لا بد أن نعرف أن الغبن هو: انعدام التعادل بين العوضين بمعنى أن أحد المتعاقدين يعطي أكثر مما يأخذ أو أنه يأخذ أكثر مما يعطي. وهذا يتصور في العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، كالبيع - مثلاً - حيث يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع في مقابل أن يلتزم المشتري بدفع الثمن ... والمظاهر الجوهرية في العقد الملزم للجانبين هي هذا التقابل القائم ما بين التزامات أحد الطرفين، والتزامات الطرف الآخر^(٢).

وبهذا التقريب فإن عقود التبرع لا محل للكلام فيها عن الغبن، إذ أن أحد المتعاقدين فيها يعطي، ولا يأخذ، والآخر يأخذ ولا يعطي. كالهبة والصدقة،

(١) راجع بحث «الاستغلال» من هذه الرسالة، في المبحث الثاني من هذا الفصل.

(٢) السنهوري - الوسيط: ١ / ١٥٨.

والوصية، والوقف، وإبراء المدين مما عليه حتى لا يبقى للدائن حق في مطالبة بشيء. وهذه العقود وإن كانت تنتج تملك الطرف الذي تم له التبرع، لكنها تمت بدون مقابل^(١) بخلاف عقود المعاوضة فإنها تنتج التملك ببدل.

ومن هنا سميت - أيضاً - بـ «عقود المبادلات»، لما فيها من مبادلة. على ملكية كل منهما ما للآخر في حدود العقد على سبيل المبادلة، سواء أكانت مبادلة مال بمال كالبيع، أم مبادلة مال بمنفعة مال كالأجرة والرهن، والزراعة والمساقاة، والشركة، وأمثال ذلك. أم كانت مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة كالزواج.

وكذلك «العقود الاحتمالية» فإنها لا مجال فيها للغبن، لأن العقد الاحتمالي هو ذلك الذي لا تحدد قيمة الالتزام الناشئة عنه، أو أحدها عند إبرامه، بل تتوقف فيه تلك القيمة على عوامل مستقبلية للصدفة فيها أثر كبير^(٢). ومثال العقود الاحتمالية: عقد التأمين، وعقد الرهان وبيع الثمار قبل ظهورها، أو انعقادها، وبيع إيراد مرتب مدى الحياة وأمثال ذلك^(٣).

(١) مذكور - المدخل للفقه الاسلامي: ٥٨٩.

(٢) د. الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام: ١ / ٦٩ ود. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ١١٠ - ١١١، ود. غني طه - الوجيز في النظرية العامة للالتزام ١ / ٨٢.

(٣) تحدث المرحوم السنهوري في (الوسيط: ١ / ١٦٤-١٦٥) عن العقد الاحتمالي فقال: «هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى، ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدث أمر غير محقق الحصول، أو غير معروف وقت حصوله، فالبيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة عقد احتمالي، لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع القدر الذي أعطى لكنه لا يستطيع أن يعرف في ذلك الوقت القدر الذي سيأخذ، إذ الثمن لا يتحدد إلا بموته. والموت أمر لا يعرف وقت حصوله والمشتري أيضاً - كالبائع يباشر عقداً احتمالياً - فهو يعرف القدر الذي أخذ ولكنه لا يعرف القدر الذي سيعطى وهو الثمن الذي لا يمكن تحديده وقت البيع. ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقود التأمين وعقود الرهان، والمقامرة.

هذا وقد يظن لأول وهلة أن العقد الاحتمالي لا يكون إلا في عقود المعاوضة وليس في عقود التبرع إلا عقود محددة، ولكن الصحيح أن عقد التبرع قد يكون احتمالياً إذا كان الموهوب له لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي يأخذ، كما إذا وهب شخص لآخر إيراداً مرتباً طول حياته.

وأن أساس العقود الاحتمالية هو ذلك الاحتمال في المكسب أو الخسارة، فلو اتضح أن هذا الاحتمال غير موجود في الواقع، وإن حسبه المتعاقدان موجوداً فالعقد باطل، كما إذا باع شخص منزلاً بإيراد يعطى لشخص ثالث طول حياته فإذا بهذا الشخص قد مات قبل وقوع البيع.

ولكن قسماً كبيراً من العقود الاحتمالية من وجهة نظر الشريعة مرفوضة لأنها عقود قائمة على عدم معلومية البدلين، ومن شروط صحة العقد رفع الجهالة كي لا يؤدي إلى الغرر^(١). وكذلك عقد الرهان والمقامرة. بخلاف عقد التأمين الذي صححه بعض من فقهاء الشريعة المعاصرين^(٢).

وننتهي من هذا كله إلى أن نطاق الغبن محصور في عقود المعاوضة المحددة، أما عقود التبرعات فلا محل للكلام فيها عن الغبن، لأن أحد المتعاقدين فيها يعطي، ولا يأخذ، والآخر يأخذ ولا يعطي، وكذلك العقود الاحتمالية - على فرض صحة بعضها من وجهة نظر الشريعة - فإنها تقوم بطبيعتها على الغبن المحتمل الذي يقع على أحد المتعاقدين.

→
كما لا يؤثر الغبن عادة في العقود الاحتمالية، لأن الأساس الذي ثبتت عليه هذه العقود هو - كما تقدم - غبن احتمالي يتحمله أحد المتعاقدين».

(١) انظر: العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٣٢/٧ والكاساني - بدائع الصنائع: ٤/ ١٧٩-١٨٠، ود. محمد يوسف موسى - الفقه الاسلامي: ٣٦٣، ومذكور - المدخل للفقه الاسلامي: ٥٨١.

(٢) عزالدين بحر العلوم - بحوث فقهية: ٢٣-٤٧.

المطلب الخامس:

معيار الغبن في الشريعة

وقسم الفقهاء الغبن إلى قسمين:

الأول - الغبن اليسير:

وحده الفقهاء بالزيادة أو النقيصة التي يتغابن الناس بمثلها وقت العقد عادة^(١) أو ما كان داخلاً تحت تقويم المقومين^(٢).
فلو باع شخص أو مشتري سلعة بعشرين ديناراً، وهي تساوي تسعة عشر، أو واحداً وعشرين ديناراً، كان الفرق وهو الدينار الواحد والديناران هو الغبن، وفي هذه الصورة يعتبر يسيراً، ولا تتأثر المعاملة به.

الثاني - الغبن الفاحش:

واختلف الفقهاء في تحديد الغبن الفاحش الذي يخل بالمعاوضة. ورغم أن الفقه أخذ بمعيار مادي في تحديده، لكن الفقهاء لم يتفقوا في رسم هذا المعيار كما سنوضحه.

١- المعيار النسبي التحكمي:

وهذا ما ذهب إليه محمد بن الحسن - وهو من كبار فقهاء الحنفية - ويتمثل هذا المعيار بما زاد عن ٥٪ من قيمة الشيء فالزيادة أو النقيصة على هذه النسبة التحكمية غبن.

(١) انظر: العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٧ / ٣٤٤ والانصاري المكاسب: ٢٣٦.

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع: ٦ / ٣٠.

يقول الكاساني: «وقدر محمد بن الحسن الزيادة القليلة التي يتغابن في مثلها في الجامع، بنصف العشر، فقال: إن كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتغابن في مثلها، وإن كانت أكثر من نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها^(١)».

وجاء من بعده نصير بن يحيى البلخي^(٢) - من فقهاء الحنفية في بلخ^(٣) - فأيد المعيار السابق وأوضحه بشيء من التفصيل بأن ما يتغابن فيه الناس في القليل نصف العشر، وفي الحيوان العشر. وفي العقار الخمس، وما خرج فهو ما لا يتغابن الناس فيه^(٤).

والذي دعى نصير البلخي إلى تفريقه في الغبن بين أنواع الأموال، هو مقدار التصرف بتلك الأموال، فما كان التصرف بها كثيراً قلت النسبة التي يعد فيها غبناً فاحشاً، وما كان التصرف بها قليلاً زادت فيه تلك النسبة^(٥).

ومن المعروف أن التصرف يكثر وجوده في العروض، ويقل في العقار، ويتوسط في الحيوان^(٦). وعلى هذا الأساس: قدرت النسبة في الدراهم بربع العشر نظراً إلى قيم الأشياء الحقيقية^(٧).

(١) الكاساني - بدائع الصنائع: ٦ / ٣٠.

(٢) نصير بن يحيى، أبوبكر البلخي، من أعلام الحنفية في مدينة بلخ، وكان محدثاً شهيراً فيها توفي عام: ٢٦٨ هـ انظر: ترجمته في الفوائد البهية في تراجم الحنفية - لمحمد الكهنوي الهندي: ٢٢١ طبع سنة ١٣٢٤ هـ.

(٣) بلخ مدينة من إقليم خراسان سابقاً وتسمى بلخ بامي، تقع في أفغانستان حالياً، وتأسست قبل الاسلام واشتهرت بمكانتها العلمية إلى القرن السابع الهجري راجع ما كتبه د. محمد محروس عبداللطيف المدرس مفصلاً عن هذه المدينة في كتابه (مشايخ بلخ من الحنفية: ٢١٠-٢١٥) طبع الدار العربية للطباعة بغداد ١٩٧٨ (رسالة دكتوراه).

(٤) الكاساني - بدائع الصنائع: ٦ / ٣٠.

(٥) علي حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام: ١ / ١١٣ طبع مكتبة النهضة بغداد.

(٦) د. المحمضاني - الموجبات والعقود: ٤٣٦.

(٧) علي حيدر - المصدر المتقدم والجزء والصفحة. وانظر: المجلة مادة ١٦٥.

وإذا فالقدر الذي رسمه البلخي للغبن الفاحش، أو ما لا يتغابن الناس فيه هو ما زاد على النسبة التي عينها، أما إذا كان معادلاً لها أو أقل منها فهو غبن يسير (١).

وانتهى بعض الفقهاء إلى تحديد الغبن بثلث القيمة، فما زاد أو نقص عنه فهو غبن. يقول المرداوي - من فقهاء الحنابلة: «وقيل: يقدر الغبن بالثلث، اختاره أبو بكر (البلخي)، وجزم به في الارشاد، قال في المستوعب: والمنصوص أن الغبن المثبت للفسخ ما لا يتغابن الناس بمثله. وحده أصحابنا بقدر ثلث قيمة المبيع» (٢).

وذكر المواق عن بعض فقهاء المالكية قوله: «إن زاد المشتري في المبيع على قيمة الثلث فأكثر فسخ البيع، وكذلك إن باع بنقصان الثلث من قيمته على ما قاله القاضي أبو محمد وغيره» (٣).

ونقل الشوكاني بأنه: «وعند أحمد، ومالك في رواية عنه، والمنصور بالله» (٤)، والامام يحيى (٥) (وهما من أئمة الزيدية)، أنهم يثبتون الرد بالغبن لمن لم يعرف قيمة السلع. وقيده بعضهم بكون الغبن فاحشاً، وهو ثلث القيمة عنده» (٦).

ونقل المرداوي: قولاً - عن الحنابلة - بأن حد الغبن السدس، وقيل يقدر بالربع (٧).

(١) التبس هذا المعيار على مجلة الأحكام، إذ اعتبرت الحد الفاصل الذي هو غبن يسير عند ابن يحيى بدء الغبن الفاحش. تنص المادة (١٦٥ المجلة) على الآتي: «الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات، والخمس في العقار، أو زيادة» والأصح أن يقال بأن الغبن الفاحش هو ما زاد على القدر المذكور فقط، لا ما كان مساوياً. (انظر: المحمضاني - الموجبات والعقود: ٤٢٦).

(٢) المرداوي - الانصاف: ٣٩٤ / ٤.

(٣) المواق - التاج والاكلیل: ٤٦٨ / ٤.

(٤) أحمد بن هاشم بن محسن الحسيني، أمام زيدي يمني، لقب بـ «المنصور بالله» تفقه بصنعاء، وبويع بامامة الزيدية في صعدة عام ١٢٦٤هـ فلبث في الحكم نحو عام، ثم اضطرب عليه جنده مطالبين بزيادة مرتباتهم فرحل سنة ١٢٦٧هـ إلى هجرة «دار أعلى» من بلاد أرحب، وتوفي فيها عام ١٢٦٩هـ. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢٥١ / ١.

(٥) اشتهر بهذا الاسم عدد من أئمة الزيدية وفقائها منهم:

أ. يحيى بن الحسين بن القاسم بن ابراهيم العلوي الرسي، يلقب بـ «الهادي إلى الحق» ولد بالمدينة عام ٢٢٠هـ، وتوفي بصعدة عام ٢٩٨هـ من مؤلفاته «الأحكام في الحلال والحرام والسنن والأحكام» في الفقه. ترجمه الزركلي - الاعلام: ١٧١ / ٩.

ب. يحيى بن الحسين بن هارون العلوي، أبوطالب، الملقب بـ «الناطق للحق» ولد عام ٣٤٠هـ، وتوفي بآمل عام ٤٢٤هـ، من مؤلفاته «التحرير» في الفقه. ترجمه الزركلي - الاعلام: ١٧٢ / ٩.

٢- المعيار المستند إلى العرف والعادة:

وهذا المعيار المادي لم يعتمد الرقم المحدد في تحديد الغبن الذي يخل بالمعاوضة، إنما أرجع اعتباره إلى العرف والعادة، لأنه المرجع لتبيان مقدار الغبن، وتحديد مقاديره حسب الظروف والملابسات والازمات الاقتصادية.

يقول الكاساني: «إن الفاصل بين القليل والكثير إن كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة، وما لا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة، لأن ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة، وما يدخل كانت زيادته متحققة»^(١).

كما يقول العاملي: «إذا اشترى شيئاً فبان له الغبن، فإن كان من أهل الخبرة لم يكن له رده، وإن لم يكن من أهل الخبرة نظر فإن كان مثله لم تجر العادة بمثله فسخ العقد إن شاء، وإن كان جرت العادة لم يكن له الخيار»^(٢).

وكذلك المرحوم الحكيم - من فقهاء الامامية المعاصرين - يقول: «إن يكون التفاوت موجباً للغبن عرفاً بأن يكون مقداراً لا يتسامح به عند غالب الناس فلو كان جزئياً غير معتد به لقلته لم يوجب الخيار»^(٣).

ج- يحيى بن المحسن بن محفوظ، المعروف بـ «المعتضد بالله» من علماء وأئمة الزيدية توفي عام ٦٢٦هـ ينسب إليه «المقنع في أصول الفقه». ترجمة الزركلي - الاعلام: ٩ / ٢٠٦.

د- يحيى بن حمزة بن علي الحسيني، الملقب بـ «المؤيد بالله» ولد في صنعاء عام ٦٦٩هـ من أكابر علماء الزيدية في اليمن، توفي ٧٤٥هـ من مؤلفاته «الانتصار» في الفقه ترجمة الزركلي - الاعلام: ٩ / ١٧٤.

هـ- يحيى بن أشرف الدين بن شمس الدين، أحمد بن يحيى العلوي، الملقب بـ «الامام المتوكل على الله» ولد عام ٨٧٧هـ من كبار أئمة الزيدية في اليمن، توفي بالظفير عام ٩٦٥هـ من مؤلفاته «الاثمار» في فقه الزيدية، اختصر فيه «الازهار»، ترجمة الزركلي - الاعلام: ٩ / ١٨٦.

(٦) الشوكاني - نيل الاوطار: ٥ / ٢٠٧.

(٧) المرداوي - الانصاف: ٤ / ٣٩٤-٣٩٥.

(١) الكاساني - بدائع الصنائع: ٦ / ٣٠.

(٢) العاملي - مفتاح الكرامة / المتاجر: ٥١٧.

(٣) الحكيم - منهاج الصالحين: ٢ / ٢٣ خيار الغبن. والخوئي منهاج الصالحين: ٢ / ٢٧.

الموازنة:

أ- ويازاء هذين القولين، نرى:

١- إن المعيار النسبي التحكمي الذي حدده محمد بن الحسن بنصف العشر وكذلك الثلث والسادس والربع تحديد غير صالح كمعيار جاد للغبن لأن المعيار النسبي التحكمي يفقد الاعتبار الأخرى التي تحيط بالسلعة، أو بالمتعاقدين، أو أية ظروف مرتبطة بهما مع قابليتها للتغيير من حال إلى حال. وقد نقل الكاساني عن الجصاص^(١) قوله: ان «ما ذكره محمد بن الحسن لم يخرج مخرج التقدير في الاشياء كلها، لأن ذلك يختلف باختلاف السلع، منها ما يعدّ أقل من ذلك غبناً فيه، ومنها ما لا يعدّ أكثر من ذلك غبناً فيه»^(٢).

٢- إن المعاملات التجارية قائمة على الاستفادة والمرابحة وخاضعة لقانون العرض والطلب ومن أجل استقرار التعامل، وتوفر الثقة بين المتعاقدين يجب أن لا يكون خيار الفسخ بما يتساهل فيه الناس، ربما يعرقل سير الحركة التجارية «ولو أن زيادة العشر، ونصف العشر، توجب الغبن لبطلت التجارة وتعطلت المكاسب، ولم يرتزق الناس بعضهم ببعض»^(٣).

ب- ولهذه الأسباب فإننا نختار المعيار المادي المستند إلى العرف والعادة وذلك: ١- لأن العرف التجاري هو المرجع لتحديد معيار الغبن المخل بالتعادل بين العوضين، وهو الذي يمكن أن يحل أي اختلاف في تحديد القيم بصفته المصدر المسؤول لوضع الضوابط والمقاييس للأسعار، وكذلك من أجل الحفاظ على استقرار التعامل، وعدم زعزعته.

(١) أحمد بن علي الرازي، أبوبكر الجصاص، من أهل الري، ولد عام ٢٠٥ هـ، وسكن بغداد، انتهت إليه رئاسة الحنفية، وطلب منه ان يلي القضاء فامتنع، وبقي مرجعاً للعلم حتى توفي عام ٢٧٠ هـ من مؤلفاته «أحكام القرآن» و«أصول الفقه». ترجمه الزركلي - الاعلام: ١ / ١٦٥.

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع: ٦ / ٣٠.

(٣) كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ٢ / ٩٨.

٢. لأن الاعتماد على العرف والعادة كمعيار للغبن وإن كان مادياً، إلا أنه مرن بحيث يتمشى مع طبيعة العرض والطلب، وملاحظة قيم السلع من جوانب أخرى لا تتصل بالسعر فحسب. في حين يجمد المعيار النسبي على وضع تحكيمي واحد جامد قد يكون ضرره أكثر من نفعه. ولأن «حقيقة الغبن نقص أحد العوضين عن العوض المسمى في العقد نقصاً لا يتسامح بمثله عادة»^(١).

المطلب السادس:

معيار الغبن في القانون

أما معيار الغبن في القانون الوضعي، فقد طرح فقهاء القانون نظرتين لتحديد معياره:

١. النظرية المادية: وهي التي تأخذ بنظر الاعتبار القيمة المادية لما يعطيه كل من المتعاقدين ووجوب تحقق التعادل والتوازن بينهما. فإذا اختل هذا التوازن، وبلغ حداً معيناً كان هناك غبن^(٢). وتعتمد هذه النظرية أمرين معبرين عن الجانب المادي، وهما:

الأول – قيمة الشيء: فالعبرة بقيمة الشيء في حد ذاته، فإذا اختل التعادل في العقد بالنظر إلى هذه القيمة فإن الغبن يتحقق، وتحدد هذه القيمة تبعاً للقوانين الاقتصادية، وأهمها قانون العرض والطلب^(٣).

الثاني – درجة الاختلال في التعادل: فهي درجة محدودة، بل هي نسبة ثابتة فالغبن الذي يزيد على الخمس كما في القانون المصري أو الربع كما في القانون

(١) العاملي – مفتاح الكرامة / المتاجر: ٥٧١.

(٢) د. الحكيم – الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٣٤٤.

(٣) السنهوري – نظرية العقد: ٤٤٩.

الفرنسي، أو النصف كما في القانون الفرنسي القديم، أو سبعة أجزاء من اثني عشر كما في البيع في القانون الفرنسي هو الغبن الذي يعتد به^(١).

نقد هذه النظرية:

أ- مزية هذه النظرية: إنما هي التحديد، وفي ذلك - حسب رأي فقهاء القانون - ما فيه ضمان لاستقرار المعاملات، إذ تكفي نظرة واحدة لمعرفة وجود الغبن من عدم وجوده في عقد من العقود، وذلك بتقدير قيمة الشيء المادية ونسبتها إلى الثمن المدفوع في العقد^(٢).

ب- وعيب هذه النظرية: هو عدم مرونتها، فهي من الدقة الحسابية بحيث لا تصلح حلاً عادلاً لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسي، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف. وقاعدة واحدة جامدة تطبق تطبيقاً حسابياً على جميع المسائل - دون نظر إلى الفروق ما بين مسألة وأخرى - تكون قاعدة ظالمة رغماً من مظهر خداع فيها للعدالة^(٣).

٢- النظرية الشخصية: لا تنظر إلى قيمة الشيء في حد ذاته، بل إلى قيمته في نظر الشخص الذي يريد الحصول عليه، فقد يكون مستعداً لأن يدفع فيه أكثر من قيمته المادية طائعاً مختاراً، لأن له قيمة خاصة في نظره فلا يقال بأنه قد غبن، لأن قيمة الشيء في نظره مساوية للثمن الذي دفعه، وعلى ذلك لا يكون هناك غبن وفقاً لهذه النظرية، إلا إذا رضي المتعاقد أن يدفع ثمناً أكبر من قيمة الشيء الذي يقدرها هو، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واهماً في قيمته، أو مخدوعاً، أو مضطراً إلى التعاقد، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو رعونة، أو عوز، أو حاجة أو عدم تجربة^(٤).

(١) السنهوري - نظرية العقد: ٤٥٠.

(٢) السنهوري - الوسيط: ١ / ٣٥٨.

(٣) السنهوري - نظرية العقد: ٤٥٠.

(٤) د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٣٤٤-٣٤٥.

وهذه النظرية تقوم على أساسين تختلف فيهما عن النظرية المادية وهما:

أولاً - تنظر إلى قيمة الشيء - لا في حد ذاته - بل في اعتبار الشخص الذي يريد الحصول عليه، فقد يكون هاوياً يبذل قدراً كبيراً من المال في سبيل الحصول على تحفة لا تصل قيمتها إلى هذا القدر إلا في نظره هو، فيبذل المال طائعاً مختاراً في سبيل الحصول وهو على بينة من الأمر فلا يقال: إنه غبن.

ثانياً - وتتخذ هذه النظرية في تحديد درجة الغبن معياراً مرناً. فهي لا تحدد رقماً يجب أن يصل الغبن إليه، بل تترك ذلك لظروف كل حالة. وقد يصل الاختلال في التعادل ما بين القيمتين إلى حد باهظ^(١).

وعلى هذا الأساس فإن الغبن - في النظرية المادية - يكون عيباً في العقد لا في الرضا، أما النظرية الشخصية فالغبن لا يكون عيباً مستقلاً قائماً بذاته وواقعاً في العقد، بل مظهراً من مظاهر عيوب الرضاء الثلاثة وهي: الغلط، والاكراه، والتدليس^(٢).

القوانين الثلاثة تأخذ بالنظرية الشخصية:

وقد أخذ القانون المدني المصري في المادة (١٢٩) والمدني العراقي في المادة (١٢٥) والقانون المدني الكويتي في المادة (١٥٩) بالنظرية الشخصية^(٣) كما اعتنقتها القوانين الحديثة غير العربية، وجعلت منها نظرية عامة تنطبق على جميع العقود^(٤).

(١) السنهوري - نظرية العقد: ٤٥١.

(٢) السنهوري - الوسيط: ٣٥٨/١ ونظرية العقد: ٤٥٠-٤٥١. ود. الحكيم - المصدر المتقدم: ٣٤٤-٣٤٥، ود. الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام: ١٥١-١٥٢، ود. فرج - النظرية العامة للالتزام: ١٣٠.

(٣) تنص المادة (١٢٩ - مدني مصري) على الآتي:

«إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً، أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد، أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد...».

كما تنص المادة (١٢٥ - مدني عراقي) على ما يلي:

المقارنة بين المعيارين:

وإذا عدنا إلى النظرية المادية التي عرضها فقهاء القانون لم نجد فرقاً بينهما وبين ما قاله فقهاء الشريعة في المعيار المادي النسبي التحكيمي فانهما تعتمدان «الرقم المرصود» في تحديد الغبن. ولم تفضلها القوانين الحديثة على النظرية الشخصية، باعتبارها معياراً جامداً فيها من الدقة الحسائية، بحيث لا تصلح حلاً عادلاً لمسائل اجتماعية تختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف.

→

«إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته، أو طيشه، أو هواه، أو عدم خبرته، أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقد غبن فاحش جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقضه».

وبهذا المبدأ أخذت المادة (١٥٩ - مدني كويتي) ونصها:

«إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة، أو طيشاً بيناً، أو ضعفاً ظاهراً، أو هوىً جامحاً، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه، وجعله بذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه، وما يجر عليه من نفع مادي أو أدبي، بحيث يكون إبرامه تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية كان للقاضي بناءً على طلب ضحية الاستغلال، ووفقاً للعدالة، ومراعاة لظروف الحال أن ينقص من التزاماته، أو أن يزيد في التزامات الطرف الآخر، أو أن يبطل العقد».

(٤) لو استعرضنا تاريخ الغبن في مختلف التشريعات منذ عهد الرومان إلى أواخر القرن الماضي لوجدنا أن الأمر ظل يتراوح بين عدم الاعتراف بالغبن في العقود والاعتداد به، تبعاً لسيادة المذاهب الفردية، وما يستتبع ذلك من انتعاش مبدأ سلطان الإرادة، وكنتيجة لذلك لا يعبأ القانون بالغبن أو إنكماش تلك المذاهب تحت تأثير مبادئ العدالة وضرورة حماية الضعيف من استغلال القوي، فيتدخل القانون لمنع الغبن.

أما القوانين الحديثة، فقد ازدادت في الاعتراف بالغبن واعتنقت النظرية الشخصية، وجعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود، فقد قضى القانون المدني الألماني في المادة ١٢٨ بأنه يكون باطلاً، بنوع خاص العمل القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير، أو خفته، أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره في نظير شيء يؤديه على منافع مالية تزيد على قيمة ذلك الشيء بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالاً فادحاً في التعادل ما بين قيمة هذه المنافع، وقيمة ذلك الشيء.

وتقضي المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري بأنه في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً ما بين تعهد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها، أو خفة، أو عدم تجربة.

وتقضي المادة ٢٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي بأنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل مع ما حصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر بحيث يفترض تبعاً للظروف أن رضاه ولم يصدر عن

كذلك رفض بعض فقهاء الشريعة هذا المعيار لأنه يفقد الاعتبارات الأخرى التي تحيط بالسلعة، أو المرتبطة بالمتعاقدين مع قابليتها للتغيير من حال إلى حال.

الرأي المختار:

ونحن نوافق القانونيين بأن العيب في هذه النظرية، أو المعيار - كما نطلق عليه - يقع في العقد، وهو متعلق الإرادة، ولم يكن منصباً على الإرادة أولاً وبالذات - إنما ينسحب هذا العيب من العقد إلى الإرادة، لأن الضرر الذي ينشأ من هذا العيب

إختيار كاف فيجوز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن ينقص الالتزامات. ويجب رفع دعوى البطلان في غضون سنة من وقت تمام العقد ويجوز تفاديها إذا عرض المتعاقد الآخر تكملة يراها القاضي كافية.

ويعالج القانون الانكليزي الغبن - بفضل نظرية التأثير غير المشروع - فيصل إلى نتائج قريبة من نتائج النظرية الشخصية. ومما يلفت النظر أن القوانين التي تتوخى عادة النظريات المادية، كالقوانين الجرمانية والانكليزية اتبعت في الغبن النظرية الشخصية.

أما القوانين التي تتوخى النظريات الشخصية كالقوانين اللاتينية، فقد اتبعت في الغبن النظرية المادية. ومما هو جدير بالذكر أن المشروع الفرنسي الايطالي عاد إلى نظرية شخصية في الغبن.

وانظر أيضاً القانون الايطالي الجديد (م ١٤٤٨) الفقرة الأولى، والقانون البولوني (م ٤٢) والقانون النمساوي (م ٨٧٩)، والقانون الصيني (م ٧٤). راجع السنهوري - الوسيط: ١ / ٣٥٩ وهامش ١ من الصفحة نفسها ونظرية العقد: ٤٥١-٤٥٢ وهامش ١ صفحة ٤٥٢.

ويرى المرحوم السنهوري في (نظرية العقد: ٤٥٢ هامش ١): «إن الشريعة الاسلامية تحارب الغبن بكل شدة في أحد مظاهره الأكثر شيوعاً وهو الربا فتحرم العقود الربوية في أي شكل من أشكاله المختلفة. أما في غير ذلك فلا تحرم الغبن إلا إذا كانت نتيجة التفرير، فهي تتبع في هذا النظرية الشخصية. فإذا لم يكن هناك تفرير فالعقد صحيح، حتى لو كان فيه غبن إلا في حالتين توليهما الشريعة الاسلامية في العادة رعاية خاصة إذا لحق الغبن مال الصغير، أو الوقف».

نقل ابن رشد في (بداية المجتهد: ٢ / ١٣٠-١٣١) عن ابن الماجشون - من فقهاء المالكية - أنه قال: «علة منع الربا إنما هي حياطة الأموال يزيد منع الغبن...»

ويرى المالكية: «إن معقول المعنى في الربا إنما هو لا يغبن بعض الناس بعضاً، وأن تحفظ أموالهم». وانتهى ابن رشد في (المصدر نفسه: ٢ / ١٣١): «إنه يظهر من الشرع المقصود بتحريم الربا، إنما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه، وأن العدل في المعاملات إنما هو مقارنة التساوي».

يؤدي إلى فقدان الرضا لتخلف الشرط الضمني لصحة العقد، وهو السلامة من الغبن. ولكن على كل حال ليس من عيوب الارادة.

أما بالنسبة للنظرية الشخصية فإن الشريعة لا ترى غبناً في مثل هذه الحالة طالما أن المتعاقد على بصيرة من أمره، وقد دفع المبلغ الباهظ وهو على بينة من أمره، أو أن البائع وافق لاعتبارات شخصية على بيع سلعته بالثمن البخس، فإن من شروط تحقق الغبن - كما ذكرنا - توفر الجهالة في قيمة الشيء، وعدم معرفة الطرف المغبون بالقيمة السوقية - في وقت العقد - للسلعة. وفي حالة العلم بذلك لا يملك المغبون الفسخ لأن الانسان حر في تصرفه - بيعاً أو شراءً - إذا لم يكن هناك غش أو خديعة، استناداً للقاعدة المشهورة: «الناس مسلطون على أموالهم» و «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه».

فإذا كان العرف قد أقر الاعتبار الشخصي بأن للسلعة التي يدفع بها المتعاقد قيمة باهظة وهو على معرفة بذلك، وأنها من الأهمية في رأيه بحيث لا يعتبر ذلك غبناً، أو بالعكس، فإن المعيار المادي الذي يعتمد العرف والعادة لا يعارض الاعتبار الشخصي، وليس هناك ثمة اختلاف جوهري بينهما.

المَبْحَثُ الثَّانِي

الاستِغْلَالُ

المطلب الأول:

حقيقة الاستغلال، وتطوره، وعناصره

أولاً - حقيقة الاستغلال

قال اللغويون: الاستغلال: مصدر فعله استغل، وأصل الفعل غل، يغل. فالألف والسين والتاء زائدة للطلب.

واستغل المستغلات أخذ غلتها، والغلة: كل شيء يحصل من ريع الأرض أو أجزتها، ونحو ذلك، وأغلت الضيعة أعطت الغلة. وجمع الغلة غلال (بالكسر)^(١). وإذا انتقلنا إلى فقه الشريعة لم نر للاستغلال تعريفاً وضعه الفقهاء بمعناه المعروف، إنما ورد استعماله بمعنى الغلة، وللدلالة على كل ما تخرجه الأرض من أشجار، ومعنى الكراء، والانتفاع بالسكن، والأجرة والكسب وغير ذلك. فإذا كان الاستغلال هو الاستفادة والاستثمار فإن عملية الغابن للطرف الآخر - المغبون - تنطوي على استغلال جهالة المغبون، وعدم معرفته بالقيمة وفرض التفاوت الفاحش بين العوضين عليه.

(١) ابن منظور - لسان العرب، والزبيدي - تاج العروس، والفيومي - المصباح المنير مادة (غل).

ومن هذا المنطلق اعتبر بعض علماء القانون أن الغبن هو المظهر المادي للاستغلال^(١).

ولذا عرفه فقهاء القانون بما يلي: «أن يستغل شخص طيشاً بيناً في آخر، أو هوى جامحاً فيه، لكي يبرم تصرفاً يؤدي إلى غبن فادح به»^(٢).

وقد نلاحظ مدى الصلة بين الاستغلال والغبن من خلال هذا التعريف فقد ربط الاستغلال بنهاية تؤدي إلى الغبن الفادح.

ولكن هل يفهم من هذا أن الاستغلال ملازم للغبن، أو يمكن أن يكون غبن بدون استغلال؟ هذا ما سيتضح لنا في الصفحات التالية.

ثانياً - تطور الاستغلال

الغبن مشكلة اجتماعية قائمة على اعتبارات اقتصادية وخلقية غير ثابتة^(٣)، وذلك لأن المعاملات الاقتصادية بوجه عام، والتجارة بوجه خاص تقصد إلى الكسب وكل طرف من المتعاقدين يسعى إلى الربح والمنفعة مهما أمكنه الحال.

والمفروض أن يقوم التعادل في الاداءات المتقابلة وتتمثل في التساوي بين البدلين اللذين يقدمهما كل من المتعاقدين لتوطيد الاستقرار في التعامل وعدم زعزعته.

وكان الرومان في سابق عهدهم متشبعين بروح الفردية، وبحكم سلطان الارادة في العقود، وكان القانون لا يقيم وزناً للغبن، ويأبى أن يضع له جزاء، فالمتعاقدان وما يريدان، فإذا التقت إرادتهما على شيء واحد فهذه الارادة هي التي تحترم، ومن كسب من المتعاقدين فحلل له مكسبه، ومن خسر فهو الجاني على نفسه^(٤).

ولما سادت المسيحية أوربا في القرون الوسطى، وأثرت في القوانين انتكصت

(١) السنهاوري - نظرية العقد: ٤٥١ فقرة ٤٢٢.

(٢) د. عبدالفتاح - دروس في مبادئ الالتزام: ٢٠٧.

(٣) السنهاوري - نظرية العقد: ٤٤٧.

(٤) المصدر المتقدم والصفحة.

روح الفردية فعمدت الكنيسة إلى إيجاد شيء من التناسب بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه، وتمشياً مع تلك الغاية وجدت نظرية الثمن العادل والأجر العادل^(١).

وبعد أن ضعف تأثير الكنيسة، وانتصر مذهب الفيزوقراطيين^(٢) في الحياة الاقتصادية^(٣) وساد مبدأ سلطان الارادة في القانون ضاق ما كان قد اتسع من تحريم الغبن، وعادت القوانين لا تعتد به إلا في بعض أحوال معينة وقويت هذه النزعة بعد الثورة الفرنسية^(٤).

وفي عهد نابليون احترم قانونه الحريات الفردية، وأطلق حرية التعامل من جميع القيود، فلم يجعل من الغبن عيباً يؤثر في العقود، إلا في حالات استثنائية ضيقة وأهمها حالة بيع عقار القاصر، كما أرجعت بعض المصادر تحريم الغبن في البيع - في القانون الفرنسي - إلى تدخل نابليون شخصياً، ومطالبته بذلك لحماية الثروة العقارية، وقد كانت أهم أنواع الثروة في ذلك العهد^(٥).

وقد حذا القانون المصري القديم حذو القانون الفرنسي، فقد رفض المبدأ العام للغبن^(٦)، واقتصر على بعض الحالات، وأهما بيع عقار القاصر، وتحريم الفائدة بعد حد معين، وعقد الشركة وعقد الوكالة^(٧).

(١) د. عبدالفتاح - لروس في مصادر الالتزام : ٢٠٩.

(٢) الفيزيوقراطية: مدرسة فكرية اقتصادية سادت فرنسا في منتصف القرن الثامن عشر الميلادي، تؤمن بوجود قوانين طبيعية تكفل سعادة البشر، ولا ينبغي للدولة التدخل في سير هذه القوانين. وأن الزراعة وحدها هي مصدر الثروة، وأن أوجه النشاط الأخرى لا تضيف جديداً، ولذلك فإن الصناع والتجار طبقات عديمة النفع. ومن أبرز قادتها «كيناي» و «ميرابو» وهم القائلون بمبدأ «حرية العمل». انظر لزيادة الاطلاع: الموسوعة الثقافية: ٧٤٠، تصدر بإشراف د. حسين سعد، مؤسسة فرانكلين للطباعة، مطابع دار الشعب - القاهرة ١٩٧٢.

(٣) السنهوري - نظرية العقد: ٤٤٨.

(٤) السنهوري - الوسيط: ١ / ٣٥٦-٣٥٧ طبعة دار النشر للجامعات المصرية القاهرة ١٩٥٢.

(٥) السنهوري - نظرية العقد: ٤٤٨-٤٤٩.

(٦) د. عبدالفتاح - لروس في مصادر الالتزام: ٢٠٩.

(٧) د. جمال الدين زكي - الوجيز في نظرية الالتزام: ١ / ١٥٣ هامش ١.

وقد أخذ القانون المصري في الحالات التي اعتد بالغبن فيها بتصوير مادي له^(١)، إذ العبرة في وجوده باختلال التعادل بين القيمتين من الناحية الاقتصادية إلى درجة معينة، بل رقم مرصود^(٢).

وقد اعتنقت التقنيات الحديثة النظرية النفسية، وجعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود^(٣): «بتأثير من النزعة الاشتراكية التي أخذت تتغلغل في هذا العصر، والتي نادى بحماية الطرف الضعيف في العقد^(٤)». وبمبادئ الأخلاق - بعد تقدم الأفكار الاجتماعية - التي تربأ بالعقد أن يكون أداة استغلال في يد أحد العاقلين للعاقد الآخر... وهكذا استبدلت في الشرائع الحديثة بالنظرية المادية للغبن النظرية الشخصية للاستغلال^(٥).

وفي ضوء هذا التطور للغبن ساد الرأي لدى فقهاء القانون الوضعي بأن نظرية

(١) تحدث د. جمال الدين زكي في (الوجيز في نظرية الالتزام: ١ / ١٥٣) عن عيوب التصوير المادي للغبن قال: «وعيوب التصوير المادي للغبن واضحة فتحریم الغبن يتأسس في الحقيقة على فكرة العدل التي تتنافى مع حصول أحد العاقلين في المعاوضة على مقابل يزيد كثيراً على ما قدمه. ولكن القاعدة الحسابية في تحديد الغبن وليدة التصوير المادي لا تحقق العدل بين العاقلين، بعدم اعتدادها بالظروف الخاصة التي أحاطت بهما عند التعاقد، فقد يدفع مشتري العقار أو التحفة، أو الصورة ثمناً يزيد كثيراً على قيمتها، غير مخدوع في أمرها، ولا مضطر إلى كسبها، بل لأن هذا الشيء أو ذاك، يمثل بالنسبة له ذكريات تاريخية أو عائلية أو يشبع في نفسه هواية ذاتية، ولا يعتبر البيع رغم اختلال التعادل بين قيمة المبيع وقدر الثمن مصدر ظلم له، ويفقد ابطاله للغبن كل حكمته. وعلى ذلك لا يكون العقد مشوباً بالغبن على نحو ينافي العدل ويتعين وفقاً له ابطاله، إلا إذا كان ما يقدمه لعاقد بمقتضاه يفوق كثيراً في قيمته الشخصية ما يناله وفقاً له، كأن يدفع المشتري في مقابل المبيع ثمناً يزيد كثيراً على ما يساويه في نظره والاختلال في التعادل بين العوضين على هذا الوجه يدل من ناحية على أن العاقد المغبون كان واهماً في قيمة ما حصل عليه، أو مخدوعاً فيها، أو مضطراً إليها، ويدل من ناحية أخرى على أن العاقد الآخر قد استغل طيش الأول ورعونته، أو سذاجته وعدم تجربته، أو عوزه وحاجته.

هذا هو التصوير النفسي للغبن يقوم - كما نرى - من ناحية المغبون على فكرة الطيش أو عدم التجربة، أو الحاجة التي تدفعه إلى التعاقد. ومن ناحية الغابن على فكرة استغلال هذا الطيش، أو عدم التجربة، أو الحاجة للحصول على قيمة مالية تزيد بشكل باهظ على ما قدمه».

(٢) السنهوري - الوسيط: ١ / ٣٥٨.

(٣) المصدر المتقدم: ١ / ٣٥٩.

(٤) د. عبدالفتاح - بروس في مبادئ الالتزام: ٢٠٩.

(٥) د. جمال الدين زكي - الوجيز في نظرية الالتزام: ١ / ١٥٥.

الاستغلال كعيب في العقد على النحو التقليدي نشأت على أنقاض النظرية القديمة في الغبن^(١) بعد أن تطورت من نظرية مادية إلى نظرية نفسية للاستغلال^(٢) وأصبح الغبن المظهر المادي للاستغلال^(٣)، لا يمكن انفكاكهما - في أغلب الأحيان - وحتى أن بعض الفقهاء المحدثين أطلق عليهما «الغبن الاستغلالي»^(٤).

ثالثاً - عناصر الاستغلال

للاستغلال عنصران: مادي، ومعنوي. وقد يطلق عليهما موضوعي أو شخصي، الأول - يقوم على اختلال التعادل بين الالتزامات المتقابلة في العقد اختلالاً شديداً. والثاني - يقوم على استغلال ضعف معين في نفس العاقد.^(٥)

أ - العنصر المادي:

وهو اختلال التعادل بين الالتزامات المتقابلة في العقد، بأن يكون عدم التعادل واضحاً أو فادحاً^(٦) بين ما يعطيه المتعاقد وبين ما يأخذه، لأن مجرد التفاوت بين ما يأخذه الطرف المستغل وبين ما يعطيه لا يكفي لقيام الاستغلال، وإنما لا بد من أن

(١) السنهوري - الوسيط: ١ / ٣٥٦، ود. جمال الدين زكي - الوجيز في نظرية الالتزام: ١ / ١٥٥، ود. عبدالفتاح - دروس في مصادر الالتزام: ٢٠٨-٢٠٩، ود. الصراف - شرح عقد البيع: ١٨٣.

(٢) د. جمال الدين زكي - الوجيز في نظرية الالتزام: ١ / ١٥٥.

(٣) السنهوري - الوسيط: ١ / ٣٥٥.

(٤) د. محمد لبیب شنب - «موجد في مصادر الالتزام ١٧٨ / طبع دار النهضة العربية - بيروت ١٩٧٠» نسب هذه التسمية «الغبن الاستغلالي» إلى الأستاذ مصطفى الزرقاء في كتابه نظرية الالتزام العامة: ١ / ٢٠٦ طبع دمشق ١٩٦٤ الطبعة الرابعة.

(٥) السنهوري - نظرية العقد: ٤٤٩.

(٦) د. جمال الدين - المصدر السالف الذكر: ١ / ١٥٦.

يكون هذا التفاوت صارخاً باهظاً، وهذا يتحقق في غبن فادح جسيم يلحق بأحد المتعاقدين لصالح الآخر^(١).

ولم يحدد فقهاء القانون معياراً ثابتاً لفداحة التعادل، بل هو معيار متغير تبعاً للظروف في كل حالة^(٢) وترك تقديره للظروف الشخصية في كل حالة.

وفي هذا التقدير لا ينظر إلى القيمة المادية للشيء، بل إلى القيمة الشخصية لدى العاقد^(٣) الذي تدفعه رغبته الشخصية باقتناء لوحة لها قيمتها الفنية إلى دفع مبلغ يتجاوز قيمتها الاعتيادية، وهو عالم تماماً بأنه تجاوز سعرها، لكنه هاو، ولا يعتبر نفسه مغبوناً بذلك، وهذا لا يحقق اختلالاً فادحاً في التعادل إلا إذا دفع ثمناً يزيد كثيراً على قيمة الشيء في نظره.

والواقع أنه في صدد تحديد اختلال التعادل لا بد من أخذ قيمة الشيء مرتبطة بالظروف الشخصية للمتعاقدين. وبطبيعة الحال أن هذه الظروف تتغير من حال إلى أخرى... ولكن من المسلم أن أكثر ما يكون الاختلال فادحاً في عقود المعاوضة، وقد يقع - أيضاً - في العقود الاحتمالية^(٤). لكن ذلك لا يتصور في عقود التبرعات، لأن المتبرع يعطي ولا يأخذ^(٥).

ب - العنصر النفسي:

وهذا العنصر الثاني الذي يستفاد منه الاستغلال، هو أن يكون العاقد المغبون قد تعاقد تحت تأثير ضعف معين في إرادته، واستغل الطرف الآخر هذا الضعف.

(١) د. عبدالفتاح - المصدر المتقدم: ٢١١.

(٢) السنهوري - الوسيط: ١ / ٣٦٣.

(٣) د. الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام: ١ / ١٥٤.

(٤) د. جمال الدين - المصدر المتقدم: ١ / ١٧٥.

(٥) يرى السنهوري في (الوسيط: ٣٦٤): أن «الاستغلال بالرغم من ذلك يقع في التبرعات، كما يقع في المعاوضات، بل هو أشد وطأة في الأولى منه في الثانية. وإذ جاز أن يتحقق الاستغلال في ما يختل فيه التعادل فإن الاستغلال يكون أكثر تحققاً في ما لا تعادل فيه أصلاً».

وقد اختلفت التشريعات المدنية العربية الثلاثة - المصري، العراقي، الكويتي - على تحديد هذا الضعف، ومدى تأثيره على المغبون. فالقانون المصري حصره بالطيش البين، والهوى الجامح^(١)، على أن يكون هذا الهوى، وذاك الطيش دافعاً إلى التعاقد، كما يجب أن يكون العاقد الآخر قد استغل الطيش البين، أو الهوى الجامح الذي كان العاقد المغبون واقعاً تحت تأثيره، وأفاد منه إفادة بالغة^(٢).

في حين توسع القانون المدني العراقي فأضاف إلى العاملين المذكورين ثلاثة عوامل أخرى، هي: الحاجة، وعدم الخبرة، وضعف الإدراك. كما تضمنت المادة (١٢٥ منه). ونصها: «إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه، أو هواه، أو عدم خبرته، أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقد غبن فاحش جاز له - في خلال سنة من وقت العقد - أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول ...».

وكان المشروع التمهيدي للقانون المصري قد أشار إلى هذه العوامل الثلاثة المذكورة، ثم عدل عنها، واقتصر على الطيش البين، والهوى الجامح رغبة في تضيق نطاق الأخذ بالاستغلال^(٣)، كما نصت المادة (١٢٩) منه فقد صرحت الفقرة الأولى من هذه المادة بأنه: «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً

(١) جاء في الفقرة الأولى من المادة (١٢٩ مدني مصري) النص التالي:

«... وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً...».

(٢) د. جمال الدين - الوجيز في نظرية الالتزام: ١ / ١٥٩.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية - وزارة العدل المصرية: ٢ / ١٨٩-٢٠٢. طبع دار الكتاب العربي القاهرة.

وقد أشار السنهوري في (الوسيط: ١ / ٣٦٠ هـ ١) إلى المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدي، وكان نصها كما يلي:

«١. إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو لا تتعادل مطلقاً مع التزامات المتعاقد الآخر بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه، أو عدم خبرته، أو ضعف إدراكه أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف...».

بيناً، أو هوىً جامحاً جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو ينقص التزامات هذا المتعاقد ...».

أما المدني الكويتي، فقد أخذ من المدني العراقي أربع عوامل، وأضاف عاملاً خامساً هو «السطوة الأدبية»، وقد مرت الإشارة إلى «النفوذ الأدبي» في بحث الاكراه^(١). وكيف ما كان فقد نصت المادة (١٥٩ مدني كويتي) على الآتي:

«إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئه، أو طيشاً بيناً، أو ضعفاً ظاهراً، أو هوى جامحاً، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه، وجعله بذلك يبرم لصالحه، أو لصالح غيره عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه، وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي ...».

ج- عوامل العنصر النفسي:

أشرنا إلى أن التشريعات المدنية العربية الثلاثة المعنية قد اتفقت على عنصرين، هما: الطيش البين، والهوى الجامح، وأضاف إليهما العراقي والكويتي عوامل أخرى. ومن أجل التعرف على هذه العوامل - ولو بصورة موجزة - نعرضها كالآتي:-

١- الطيش البين:

حدده فقهاء القانون بأنه: «النزق» وفقدان التفكير السليم والخفة. والمؤدي ذلك كله إلى سوء تقدير العواقب، والاندفاع والتسرع^(٢) أو الأقدام على عمل دون مبالاة، أو اكتراث بما ينجم عن التصرفات التي قد يقوم بها المتعاقد من نتائج^(٣).

(١) راجع: المسألة الثالثة - «النفوذ الأدبي والشوكة» من المطلب الثاني من المبحث الثاني بحث الاكراه.

(٢) د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٣٥٤.

(٣) د. توفيق فرج - النظرية العامة للالتزام: ١٣٤ طبع دار نشر الثقافة الاسكندرية ١٩٦٩.

ويجب أن يكون المغبون في وقت التقاعد متصفاً بحالة طيش بين، وليس من الضروري أن يكون الطيش ملازماً للشخص بصفة دائمة، بل يكفي أن يكون متصفاً به في بعض الأحوال^(١).

وكثيراً ما يتصف بهذا الطيش الشباب الذي تهيء له ظروفه الخاصة حياة مفعمة بالملذة، فيصرفون إمكانياتهم المالية في سبيلها، ويبيعون ما يملكون بثمن بخس لسد حاجاتهم إلى البذخ ويلجأون إلى الاقتراض بزيادات باهظة. والنتيجة انهم يقعون في أيد غير رحيمة تستغلهم دون هوادة.

٢- الهوى الجامح:

وحدّوه: بالرغبة التي تملك على الانسان زمام نفسه، فيندفع إلى الرضوخ لكل ما يفرضه هذا الهوى دون مناقشة أو خيار^(٢).

وكمثل على ذلك رجل طاعن في السن يتقدم من فتاة في مقتبل العمر ليتزوج بها، بعد أن وقع أسيراً في شباك هواها، وعند ذاك تعمد إلى استغلال هواه الجامح بها فتستكتبه عقداً لنفسها ما تشاء، بما يتحقق فيه الغبن الفاحش.

وهذا الشخص عند إبرامه لهذا العقد كان متأثراً بالهوى الجامح الذي طوقه، فسلبه إرادته، وأفقده حريته الكاملة للاختيار بين قبول التصرف أو رفضه فهو ضحية ضعف الارادة، وتغلب العاطفة^(٣).

وهذان العنصران، أخذت بهما القوانين الثلاثة المعينة لدينا.

(١) د. الشرقاوي - المرجع السابق: ١ / ١٥٨.

(٢) المرجع السابق والصفحة.

(٣) د. جمال الدين - المصدر المتقدم: ١ / ١٥٩.

٣- الحاجة:

وحددت بأنها: الحالة التي يضطر فيها الشخص إلى التعاقد ولو بشروط مجحفة به تحت ضغط ظروف مادية، أو شخصية^(١).

كأن يكون شخص بحاجة ملحة إلى المال فيستغل شخص هذه الحاجة ويعرض عليه شراء شيء معين بثمان لا يتناسب مع قيمة الشيء الحقيقية فيقبل المحتاج البيع بهذا الثمن نزولاً على حكم حاجته الملحة إلى المال فيلحقه بنتيجة ذلك غبن فاحش^(٢).

وهذه الحاجة لا ارتباط بها بالفقر والفائقة، إنما تلحق الغني والفقير على السواء. وقد تثار هذه الحاجة حول شركة تجارية خضعت ظروفها الخاصة لأزمة مالية.

٤- عدم الخبرة

ويقصد بذلك: عدم الدراية أو المعرفة في نطاق المعاملات، بحيث لا يستطيع إدراك حقيقة ما يلتزم به، ولهذا فإن الإرادة تكون غير مستنيرة وتبعاً لذلك تعتبر معيبة^(٣).

فهي حالة يكون الشخص فيها سيء التقدير للأمر، فلا يكون قادراً على التمييز بين الضار والنافع، والجيد والردىء، فيستغل شخص آخر هذا النقص فيه، ويبرم معه عقداً يغبنه فيه غبناً فاحشاً.

ان عديم الخبرة لا يمكنه رؤية النتائج المترتبة على تصرفاته، ولا العيب الذي يلحقه بالعقد الذي يبرمه، وكمثل على ذلك، شخص يرغب في شراء سيارة، وهو لا

(١) د. فرج - المرجع السابق: ١٢٨ وراجع المادة (١٢٥ مدني عراقي و١٥٩ مدني كويتي).

(٢) د. غني - المصدر المتقدم: ١ / ٢١٢.

(٣) د. فرج - المرجع السالف الذكر: ١٤٠ وقد انفرد بهذا العامل القانوني المدني العراقي في المادة (١٢٥).

معرفة له بأمور السيارات، فيذهب إلى بائع سيارات لشراء سيارة فيستغل البائع عدم خبرته بأمور السيارات، ويبيعه سيارة يغبنه فيها غبناً فاحشاً^(١).

هـ- ضعف الادراك:

نقص يلم في إدراك الانسان، فلا يستوعب نتائج تصرفاته، ولا يصل إلى درجة العتة، وذو الغفلة، فالمتعاقد الذي يعاني من ضعف الادراك لا يمكنه من استيعاب تصرفه لابرار العقد كالانسان السوي فيستغله المتعاقد الآخر لصالحه فيلحقه غبن فاحش.

أو أنه يعمد إلى تبديد أمواله بالتصرف فيها إلى من يتواطأ معه على ذلك، أو أن ينتهز الغير هذه الفرصة فسيتصدر منه تصرفات يستغله بها ويبترز أمواله^(٢). وكما أشرت إلى أن المدني الكويتي (١٥٩) أضاف عامل «السطوة الأدبية» وقد فسرت المذكرة الايضاحية للقانون المذكور «السطوة الأدبية» بأنه «يقصد بها النفوذ الأدبي الذي يكون لشخص على آخر، ويبلغ تأثيره عليه من الكبر حداً بحيث يجعله ينقاد إليه، إما عن عقيدة في صواب رأيه، وإما خشية اغضابه كما هو الشأن - على وجه الخصوص - في السطوة الأدبية التي قد تكون للأب على ابنه، أو للرئيس على مرؤوسه، أو للمعلم على تلميذه، أو لرجل الدين على المتدين»^(٣). ولا بد لتحقيق الاستغلال من علم المتعاقد الآخر بتوفر بعض هذه الحالات في المتعاقد المغبون؛ وبقصد الاستفادة من ذلك.

(١) د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٢٧٥ ود. غني - الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١ / ٢١٣.

(٢) راجع المادة (١٢٥) مدني عراقي، وعبر المدني الكويتي في مادته (١٥٩) عن هذا العامل بـ «الضعف الظاهر» وقد فسره بالمذكرة الايضاحية الملحقه بالقانون المذكور بقوله: «والضعف الظاهر الذي قد يتمثل في قلة ادراك الشخص أو غبائه، أو في الافراط في طيبة قلبه، أو في أي ضعف آخر يراه القاضي كافياً لقيام الاستغلال» راجع: الكويت اليوم: العدد ١٢٣٥ ص ١٢٥ السنة السابعة والعشرين ٥ يناير ١٩٨١.

(٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، في جريدة الكويت اليوم الرسمية عدد ١٢٣٥ في ٥ / يناير / ١٩٨١.

أما إذ ثبت أن المتعاقد لم يكن عالماً بهذه الحالات عند الطرف المغبون أو أنه لم يقصد التعاقد معه بقصد الاستغلال، فإن الاستغلال لا يتوافر ويعتبر العقد صحيحاً حتى وإن أصاب المتعاقد غبن من العقد^(١).

المطلب الثاني:

هل الاستغلال من عيوب الإرادة؟

أشرنا في ما سبق إلى تطور الغبن من نظرية مادية - كما يصوره الفقه الغربي - أخذت بنظر الاعتبار القيمة المادية لما يعطيه كل من المتعاقدين ووجوب تحقق التعادل والتوازن بينهما، فإذا اختل هذا التوازن وبلغ حداً معيناً كان هناك غبن، إلى نظرية شخصية لا تنظر إلى قيمة الشيء في حد ذاته، بل إلى قيمته في نظر الشخص الذي يريد الحصول عليه فقد يكون مستعداً لأن يدفع في السلعة أكثر من قيمتها المادية طائعاً مختاراً لما لتلك السلعة من قيمة خاصة في نظره. وفي هذه الحالة لا يعتبر أنه مغبون نظره لقيمة الشيء في نظره مساوية للثمن الذي دفعه. وبهذه الصورة لا يتحقق في هذا المقام غبن وفقاً لهذه النظرية إلا إذا رضي المتعاقد أن يدفع ثمناً أكبر من قيمة الشيء التي يقدرها هو. وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واهماً في قيمته، أو مخدوعاً، أو مضطراً إلى التعاقد ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش، أو رعونة، أو عدم تجربة، أو عوز، أو تدليس، أو اكراه، وعليه فلا يكون الغبن في هذه النظرية عيباً مستقلاً قائماً بذاته، وواقعاً في العقد، بل مظهراً من مظاهر عيوب الرضا الثلاثة، وفي هذه الحالة ينبغي اعتبار الغبن سبباً لبطلان العقد. هذا في القانون الوضعي^(٢).

(١) د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٣٥٧ ود. غني - الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١ / ٢١٣.

(٢) د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ٢٤٤.

وتأخذ الشريعة الاسلامية بمبدأ الحرية التعاقدية، وأن أياً من طرفي العقد لا بد أن تكون إرادته وحدها هي المتحملة لأي التزام من الالتزامات وأي فرض على هذه الارادة قد يخل في صحة التعاقد، وقد ينتهي إلى إبطاله.

وقد اختلف فقهاؤها في الاعتماد بالغبن كسبب لاعطاء حق خيار الفسخ حتى ولو كان مجرداً من الخداع والتدليس، لكن بشرط أن يكون الغبن فاحشاً على أساس أن الغبن ضرر، ولا بد من حماية المغبون المتضرر.

وبعض آخر اعتدّ بالغبن الفاحش شريطة أن يكون مصحوباً بتغدير أو تدليس حرصاً منه على استقرار التعامل، وعدم تعرضه للمخاصمة والمنازعة، كما سيمر علينا. وبهذا الرأي أخذ القانون المدني العراقي، إذ اعتبر أن الغبن وحده لا يكفي أن يكون عيباً من عيوب الارادة ما لم يصاحبه تغدير^(١)، وقد اقتفى بذلك أثر فقهاء المسلمين الذين ذهبوا إلى هذا الرأي وانفرد بذلك عن القانون المصري والكويتي اللذين لم يأخذا بهذا المبدأ.

وهذا كله من الغبن فأين موضع الاستغلال؟

وقد يذهب البعض إلى القول «بأن تطبيقات نظرية الاستغلال تستغرق حالة الغبن من التغدير، والتي تكون هي الأخرى مصطبغة بالصبغة النفسية^(٢)».

وهذا القول لا يمكن قبوله عند التحقيق للأسباب التالية:

أولاً - إن مفهوم التغدير يختلف عن مفهوم الاستغلال، فالتغدير كما عرف بأنه: «إيهام الشخص بما يرغبه في التعاقد»^(٣) في حين عرف الاستغلال بأنه: «أن يستغل طيشاً بيناً في آخر، أو هوىً جامحاً فيه لكي يبرم تصرفاً يؤدي إلى غبن فادح به»^(٤).
ثانياً - إن التغدير لا يتحقق إلا بطرق احتيالية يقوم بها أحد المتعاقدين ضد الآخر

(١) نصت الفقرة الأولى من المادة ١٢٤ من القانون المدني العراقي على ما يلي:

«مجرد الغبن لا يمنع نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغدير»

(٢) الزبيدي - الغبن والاستغلال: ١٦٢.

(٣) د. الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني: ١/ ١٤٧.

(٤) د. مصطفى محمد الجمل، ود. جلال على العدوى - أصول المعاملات: ٢٢٠.

بغية تضليله وإيقاعه في الغلط . بينما الاستغلال قد لا يقوم على طرق احتيالية، وإنما هو الاستفادة من نقطة ضعف أحد المتعاقدين واستثمارها لصالحه.

ثالثاً - إن التفرير المنتهي إلى الغبن الفاحش في أغلب حالاته مادي، لكن من المحتمل أن تقوم في الغبن المقترن بالاستغلال اعتبارات شخصية تؤكد على مظهرها الخارجي أكثر من الاعتبار المادي.

من هذه الفروق يتضح لنا جيداً بأن نظرية الاستغلال لا يمكن أن تستغرق كل حالات الغبن مع التفرير وقد تكون كما في حالة النجش الذي يتجلى فيه الغبن، والتفرير القولي، واستغلال الجهالة، وعدم الخبرة وكحالة بيع الشاة المصرية. ولكن السؤال بقي قائماً حول إمكان اعتبار الاستغلال من عيوب الإرادة في الشريعة، والقانون؟

أ- في الشريعة:

وقد يوحي تعبير الغبن والاستغلال بأن الأخير هو المنشئ للحكم في مورد تعيب الإرادة، ولكن عند التدقيق نرى أن الاستغلال يقترن بتعيب الإرادة فمثلاً في مورد الغبن يقترن الاستغلال بجهل المشتري بالقيمة السوقية فيستغل البائع هذا الجهل، ويبيعه بأزيد من القيمة السوقية.

وعلى هذا فالإرادة عند البائع المستغل - بالكسر - غير معيبة، إنما إرادة المغبون المستغل - بالفتح - هي المعيبة بعد أن عرف المغبون أنه قد أعطى أكثر مما أخذ أو بالعكس، لأن الغبن والضرر وقع عليها، ولهذا نرى أن الاستغلال يظهر في كثير من عيوب الإرادة كحالات التدليس والاكراه.

ثم إن الغبن لا يقترن بالاستغلال دائماً، فقد يكون غبن ولا استغلال كما لو كان الغابن بائعاً أم مشترياً جاهلاً بالقيمة كالمغبون، فلا استغلال من طرف الغابن.

ونخلص من هذا إلى أن اعتبار الاستغلال من عيوب الإرادة لا معنى له، لأن العيب

دائماً في إرادة المستغل - بالفتح - بائعاً كان أو مشترياً والارادة المعيبة لم تكن في الحقيقة بواسطة الاستغلال إنما بسبب الغلط أو الاكراه، أو التدليس.

وعليه فلا يصح فرض الاستغلال من عيوب الارادة، بل هو من مقارناتها، إذ الحكم بالخيار ينشأ من عيب في الارادة، وهو مرتبط بالمغبون المستغل (بالفتح).

ويرى السنهاوري - وهو بصدد الحديث عن الاستغلال في الفقه الاسلامي - «أن الغلط في القيمة إنما ينطوي على استغلال العاقد المغبون في عدم خبرته، أو في غبائه ورعونته» ثم ينقل عن الحموي^(١) في (غمر عيون البصائر^(٢): ٢ / ١٥٩) في هذا المعنى، وهو: «خيار الغبن يثبت في صورة الوكيل والوصي، وفي صورة تغير البائع المشتري، بأن كان المشتري غيباً لا يعرف، فقال البائع اشتره بهذا الثمن فإنه يساويه فاشتراه مغترأ بقوله فله خيار الغبن»^(٣).

وفي هذا النص نرى أن البائع استغل عدم معرفة المشتري فغبه بالقيمة غير المتعادلة بين البلدين. فتعيبت ارادة المشتري بسبب التدليس وكان الاستغلال عاملاً في تحقيق التعيب.

وهكذا شأن الاستغلال في أغلب موارد الارادة، فإنه عامل في تحقق العيب، لا سببه، إذ العيب بسبب الاكراه أو التدليس.

ب - في القانون:

ولم تكن ولادة نظرية الاستغلال إلا نتيجة حاجة من أجل السيطرة على التصرفات غير المشروعة كقاعدة عامة، وليست مجرد استثناء ليحارب فيها عدم التفاوت

(١) أحمد بن محمد الحموي، الحنفي، شهاب الدين، من اعلام فقهاء الحنفية، شارك في انواع العلوم، درّس بالقاهرة، توفي عام ١٠٩٨ هـ. ترجمه: سر كيس - معجم المطبوعات العربية والمعربة: ٢٧٥ وعمر رضا كحالة - معجم المؤلفين: ٢ / ٩٢ مطبعة الترقى - دمشق ١٩٥٧.

(٢) هذا الكتاب شرح للشباه والنظائر لابن نجيم في الفقه الحنفي.

(٣) السنهاوري - مصادر الحق: ٢ / ١٤١.

الصارخ بين الالتزامات المتولدة عنها كلما جاء وليد استغلال احدى نواحي الضعف في الضحية^(١).

وأصبح الاستغلال مما يعيب الارادة وتتسع بالتبعية دائرة الغبن الذي بات يطلق عليه الاستغلال، وهذا ما فعلته القوانين الحديثة لما رأت أنه الأدنى الى تحقيق العدالة في المجتمع^(٢).

وكان القانون الالماني من أسبق التشريعات الغربية الحديثة التي أخذت بنظرية الاستغلال^(٣) واعتبر الغبن عملية مخالفة للآداب العامة والتي ما هي إلا مبادئ الاخلاق الاجتماعية حيث ينظر الى ارادة المستغل - بالكسر - ويعتبر الاستغلال عملاً غير مشروع، وتبعاً لذلك اعتبر العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً^(٤). لمخالفة الآداب العامة. واقتفت اثر هذا القانون، مع شيء من الاختلاف اغلبية القوانين الغربية^(٥) وشذ عنها القانون الفرنسي الذي لم يسهل عليه وضع قاعدة عامة مؤداها ابطال بسبب الغبن^(٦).

(١) د. عبدالفتاح - دروس في مصادر الالتزام: ٢٠٩.

(٢) د. أبو ستيت - نظرية الالتزام: ١٧٨.

(٣) المادة ١٢٨ من القانون المدني الالماني الصادر عام ١٨٩٦ تنص على ما يلي:

١- «يعتبر باطلاً التصرف القانوني الذي يخالف الآداب العامة.

٢- ويعتبر باطلاً بصفة خاصة التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة غيره، أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره في نظير شيء يؤديه على منافع مالية تزيد علي قيمة هذا الشيء بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالاً فادحاً في التعادل ما بين قيمة المنافع وقيمة هذا الشيء». راجع الزبيدي - الغبن والاستغلال: ٦٨ نقلاً عن القانون المدني الالماني الصادر عام ١٨٩٦.

(٤) د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٣٥١.

(٥) تراجع المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري، والمادة ٢٢ من المشروع الفرنسي الايطالي للالتزامات والتقنين الجديد مادة ١٤٤٨ والبولوني مادة ٤٢ والنمساوي مادة ٨٧٩ والصيني مادة ٧٤.

راجع السنهوري - الوسيط: ١ / ٣٥٩ وهامش ٣٥٩ ونظرية العقد: ٤٥٢ هامش ١ ود. جمال الدين زكي - الوجيز في نظرية الالتزام: ١ / ١٥٥ هـ ١٢ ود. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٣٥٠ - ٣٥١ وهامش ١ ص ٣٥٠ وهامش ١ ص ٣٥١ ود. أبو ستيت - نظرية الالتزام: ١٨٩.

(٦) السنهوري - الوسيط: ١ / ٣٥٩ هامش ١ ونظرية العقد: ١٩٥، هامش ٢.

وسارت التشريعات العربية الوضعية على خطى التشريع الغربي في اقامة صرح لهذه النظرية، وتضمنت التشريعات المعاصرة نصوصاً صريحة في هذا المضمار^(١) ولكن أغلبها لم تصل بنظرية الاستغلال الى ما وصل إليه القانون الالماني من المبالغة والاهتمام، إذ أنها اقتصرت على أن تجعل منه عيباً يشوب الرضا، ويؤدي الى جعل العقد قابلاً للإبطال لصالح ضحيته، في حين أبطل القانون الالماني العقد المشوب بالاستغلال بطلاناً مطلقاً^(٢).

وكان أسبق التشريعات العربية المدنية الحديثة للأخذ بنظرية الاستغلال قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر عام ١٩٣٢^(٣).

أما القوانين التي يدور حديثنا حولها، فالقانون المدني المصري تناول نظرية الاستغلال في المادة (١٢٩) ونصها:

١- «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل طيشاً بيناً، أو هوىً جامحاً^(٤)، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

(١) د. عباس الصراف - شرح عقد البيع: ١٨٣-١٨٤.

(٢) د. عبدالفتاح - نروس في مصادر الالتزام: ٢١٠.

(٣) نصت المادة (٢١٤) من القانون اللبناني الصادر عام ١٩٣٢ على «أن الغبن لا يفسد في الأساس رضا المغبون ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للبطلان في الأحوال التالية: أولاً- إذا كان المغبون قاصراً. ثانياً- إذا كان المغبون راشداً، وكان للغبن خاصتان: الأولى- أن يكون فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة والثانية- أن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق، أو طيش أو عدم خبرة في المغبون».

ولم تشر المادة الى تحديد الغبن الفاحش، وترك تقديره الى القاضي حسب ظروف كل قضية، يراجع: د. محمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود: ٤٤٢.

(٤) يرى د. عبدالفتاح في (مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي: ١ / ٢٢٢ - ٢٢٣ طبع مطابع الوطن الكويت) بأنه «لا يكفي أن يكون الطرف المغبون متسماً بالطيش أو أن يتولد الهوى الجامح في نفسه، بل يلزم أن يكون قد لجأ الى استهوائه، أو اغرائه بطريق أو بآخر، فإن الاستغلال لا يتوافر. ومن هذا يتبين أن الاستغلال يفسد العقد، ليس فقط لأنه ينطوي على عيب يشوب رضا الطرف المغبون، بل لأنه ينطوي على وجه الاختص على عمل غير مشروع يقوم به الطرف الاخرن ويتمثل في أن يستغل الطرف المغبون».

٢- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

٣- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الأبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن».

وجاء قانون المدني الكويتي في المادة (١٥٩) على غرار القانون المصري وأخذ بنظام الاستغلال وجعل منه سبباً لإبطال العقد، أو لإنقاص الالتزامات المتولدة عنه على حسب الأحوال، وزاد عليه، بأن خول القاضي «أن يزيد في التزامات الطرف الآخر» إن اقتضى الحال هذا^(١).

→

ويستفاد من هذا النص أن د. عبدالفتاح يشترط عدة شروط لتحقيق فساد العقد بواسطة الاستغلال، وهي:

١- أن يكون المغبون متسماً بالطيش، أو الهوى الجامح.

٢- أن يكون الغابن قد استغل في المغبون هذا الضعف.

٣- أن يحمل الغابن المغبون - بواسطة هذا الضعف - على ابرام التصرف الذي أدى الى غيبه.

(١) جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي بشأن تخويل القاضي الزيادة في التزامات الطرف الآخر ما نصه:

«والمشروع، إذ يدخل ضمن الرخص الممنوحة للقاضي الزيادة في التزامات الطرف الآخر، يخالف بذلك أغلب التفنيئات التي يقتصر أثر الاستغلال فيها إما على بطلان العقد (القانون الالماني - المادة ١٢٨)، أو جعل العقد قابلاً للإبطال (مدونة الالتزامات السويسرية - المادة ٢١)، أو على ثبوت الرخصة للقاضي في ابطال العقد، أو انقاص التزامات الطرف المستغل. وقد قال بهذا الحكم الأخير مشروع القانون الفرنسي الايطالي، ومنه انتقل الى القانون المصري، ومن بعده الى قوانين البلاد العربية الأخرى التي استوحته، ومن بينها قانون التجارة الكويتي. والمشروع إذ يرخص للقاضي اجراء الزيادة في التزامات الطرف الآخر الى جانب ابطال العقد، وانقاص التزامات الطرف المستغل يتمشى مع الفكرة السائدة في نظام الغبن، سواء في الفقه الاسلامي، أو في القانون المعاصر، والتي تقوم على الزيادة في التزام الطرف الغابن بما يرفع الغبن الفاحش عن الطرف المغبون فضلاً أنه يتجاوب مع الأثر المترتب على اعمال نظرية الظروف الطارئة.

والزيادة في التزام الطرف الآخر قد يحكم بها القاضي، إما بناءً على طلب ضحية الاستغلال، أو بناءً على ذات طلبه هو، كدفع يعمد به الى اتقاء ابطال العقد.

والمشروع في اعطائه للقاضي سلطة الزيادة في التزامات الطرف الآخر قد استوحى القانون البولوني (المادة ٤٢)». راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ المنشور في جريدة الكويت اليوم

العدد ١٢٣٥ في ١٠ / ١ / ١٩٨١.

أما المدني العراقي فقد نصت المادة (١٢٥) على ما يلي:
«إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته، أو طيشه، أو هواه، أو عدم خبرته، أو ضعف ادراكه، فلاحقه من تعاقدته غبن فاحش جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول، فاذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعا جاز له في هذه المدة أن ينقضه».

وعند ملاحظتنا لنص القانونين نجد:

أولاً - إن نظرية الاستغلال في القانون العراقي والكويتي قد وصلت الى حدودها الكاملة^(١)، فقد شملت المادة المشار اليها كافة صور الاستغلال من حاجة المغبون، أو طيشه، أو هواه، أو عدم خبرته، أو ضعف ادراكه. في حين اقتصر القانون المصري على اثنين منها، وهما: استغلال الطيش البين، والهوى الجامح.
ثانياً - إن جزاء الاستغلال في القانون المصري إما ابطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، ويجوز للطرف المستغل في عقود المعاوضة أن يتوقى دعوى الابطال، اذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن.
أو أن يزيد في التزامات الطرف الآخر - اذا رأى القاضي ذلك - كما تنص المادة (١٥٩ - مدني كويتي).

بينما الجزاء في القانون العراقي هو رفع الغبن إلى الحد المعقول إذا كان التصرف معاوضةً، أما إذا كان التصرف تبرعاً جاز للمغبون أن ينقضه.
وإذا دققنا في النصين - المصري والكويتي من جهة والعراقي من جهة أخرى - نجد أن المشرع لم يرتب الجزاء - سواء أكان الابطال، أم رفع الغبن - على الاستغلال كعامل مؤثر في الارادة فيصيرها غير حرة أم غير منورة، إنما يكون الأثر للغبن الذي أصاب المغبون المستغل، فكان له والحالة هذه أن يتحلل من تعاقدته لغرض رفع الغبن عنه، ولهذا فإن القانونين يشيران إلى أنه لو أمكن رفع الحيف عن المغبون الى الحد المعقول لكان كافياً.

(١) د. الصدة - محاضرات في القانون المدني: ١ / ٢٢٢.

فترتب الأثر في تعيب الارادة نبع من الغبن الذي لحق المتعاقد، والذي أضرب به، وليس من الاستغلال، كما هو شأن عيوب الارادة. ولم نجد في مواد القوانين المذكورة ما يعطي الاستغلال في حق الابطال أو النقض الاستقلالية في السببية، إنما يبرز دوره كعامل مساعد في تحقق العيب. وهذا لا ينافي كون الاستغلال عملاً غير مشروع يخالف النظام العام، فصرف كونه جزءاً مساعداً في تعيب الارادة لا يعد من عيوب الارادة.

وبهذا التوجيه فلن يختلف القانون عن الشريعة في عدم اعتبار الاستغلال عيباً من عيوب الارادة.

المَبْحَثُ الثَّالِثُ

التَّغْرِيرُ وَالتَّدْلِيسُ

المطلب الأول:

ماهية التَّغْرِيرِ والتَّدْلِيسِ

١- التَّغْرِيرُ

وقد عرفه أهل اللغة بقولهم: غره - خدعه، وأطمعه بالباطل، واغتر بكذا - خدع به، والتَّغْرِيرُ، إيقاع شخص في الغرر، أي في الخطر، واستغر بالشيء - خدع به^(١). واصطلح عليه الفقهاء: «التَّغْرِيرُ: توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية»^(٢). ومنه «الاغراء بوسيلة قولية، أو فعلية كاذبة لترغيب أحد المتعاقدين في العقد، وحمله عليه»^(٣).

(١) انظر: الرازي - مختار الصحاح، والفيروز آبادي - القاموس المحيط: مادة (غرر).

(٢) المجلة مادة ١٦٤.

(٣) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ٤٠٩.

وعرفه شلبي في (المدخل لدراسة الفقه الاسلامي: ٣٩٥) بقوله: «استعمال حيلة وخدعة مع أحد المتعاقدين ليقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك. يستوي في هذا استعمال الخدعة من العاقد الآخر أو من غيره». وانظر مذكور - المدخل للفقه الاسلامي - ٦٣٢.

٢- التدليس

وفي اللغة: الدلس - الظلمة، والخديعة، يقال: مالي فيه ولس ولا دلس أو مالي فيه خيانة ولا خديعة. ودلس البائع تدليساً. كتم عيب السلعة عن المشتري، وتدلس الرجل - تكتُم^(١).

وفي الفقه: «كتمان صفات، واظهار غيرها مما هو أحسن منها، وإن لم تكن عيوباً، ولا يقصرونه على السلعة»^(٢)، ويصف الشهيد الثاني حقيقة التدليس بقوله: «كأن المدلس يظلم الأمر ويبهمه حتى يوهم غير الواقع»^(٣).

ويتوضح معنى التدليس من تعريفه بأنه: «إخفاء عيب الشيء المعقود عليه، ليظهر في صورته الحقيقية، أو فعل البائع بالمبيع بما يزيد في ثمنه»^(٤). وعرفه القانون بأنه: «استعمال أحد المتعاقدين طرقاً احتيالية لتضليل المتعاقد الآخر تضليلاً يحمله علي التعاقد»^(٥).

إن هذه المؤثرات الأربعة: الغبن والاستغلال والتغريب والتدليس على صحة العقد تنطوي كلها - كما رأينا من خلال تعاريفها - على خداع وخيانة، وقد عرضها الفقه الاسلامي في باب الخيارات، فذكر خيار الغبن^(٦)، وخيار التدليس^(٧) وخيار

(١) انظر - الرازي - مختار الصحاح، والفيروز آبادي - القاموي المحيط: مادة (دلس).

(٢) العاملي - مفتاح الكرامة: ٤ / ٦٤٤.

(٣) الشهيد الثاني - الروضة البهية: ٣ / ٥٠٠.

(٤) د. محمد يوسف موسى - الاموال ونظرية العقد: ٤٠٢ طبع دار الكتاب العربي القاهرة ١٩٥٢.

(٥) السنهوري - نظرية العقد: ٣٩١.

(٦) انظر: المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢ / ٢٢، والمرداوي - الانصاف: ٤ / ٣٩٤، والزيلعي - تبين الحقائق:

٧٩ / ٤، والشرقاوي - حاشيته على التحرير - ٢ / ٤٤ طبع عيسى البابي مصر، والشوكانى - نيل الأوطار

٢٠٦ / ٥.

(٧) الشهيدان - اللمعة الدمشقية: ٣ / ٥٠٠، والبهوتي - كشف القناع، ٢ / ٢١٣، والدردير - الشرح الصغير:

١٦٤ / ٣.

التغريير^(١). ولكن الفقهاء عند عرضهم لبعض صورها خلطوا تطبيقاتها الى درجة تعذر معها الفصل الكامل بينها.

وعلى سبيل المثال: ذكر المرداوي - من فقهاء الحنابلة - أن خيار الغبن يثبت في ثلاث صور: تلقي الركبان، والنجش، وبيع المسترسل، وهذه البيوع الثلاثة تمر في التدليس الفعلي والقولي^(٢).

وكذلك «الشاة المصرية» فقد ذكرها بعض الفقهاء في التدليس، وآخر في الغبن، وثالث في التغريير، كما سيمر علينا.

وهكذا في بيع الامانة - وهي المراجعة، والتولية، والمواضعة - فقد تداخلت لدى بعض الفقهاء بين الغبن والتدليس، وكل رتب الجزاء على ما ذهب إليه من تصنيف، حتى أن القانون المدني العراقي اعتبر عدم البيان في هذه العقود تغريراً، ورتب عليه الجزاء اذا كان مقروناً بغبن فاحش - كما سنتعرض اليه في موضعه^(٣).

٣- التغريير والتدليس مفهوم واحد

يبدو لأول وهلة أن المفهومين متغايران، ولا يتفقان، ولكن عند التدقيق نراهما مفهوماً واحداً لا يختلف، غير أن بعض الفقهاء اصطلاح عليه بالتغريير^(٤) والبعض الآخر أطلق عليه التدليس^(٥)، وفي الحقيقة أن المقصود بالتدليس تضليل العاقد

(١) الرملي - نهاية المحتاج: ٦٩ / ٤، وابن المرتضى - البحر الزخار ٤ / ٣٥٣.

(٢) المرداوي - الانصاف: ٤ / ٣٩٤.

(٣) انظر الفقرة الثانية من المادة (١٢١- مدني عراقي) اذ تنص على الاتي: «ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المراجعة، والتولية، والاشراك، والوضعية».

(٤) انظر: السمرقندي - تحفة الفقهاء: ١٣٦ / ٢ والشيرازي - المهذب: ٢٩٢ / ١ وابن حزم - المحلى: ٨ / ٥١٠ والمجلة مادة ٣٥٧.

(٥) بحث بعض الفقهاء هذا الموضوع باسم «خيار التدليس» أو «عيب التدليس» راجع الشهيدين - الروضة البهية في

ببعض الوسائل الموجبة لاقدامه على العقد باظهار محاسن المعقود عليه، وستر عيوبه، وبايجاد صفة فيه، ليست لها حقيقة في ذلك. والتغريير مثله تماماً فهو استعمال الحيلة والخديعة مع أحد المتعاقدين ليقدّم على العقد ظاناً أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك، يستوي في هذا استعمال الخدعة من العاقد الآخر، أو من غيره.

ولهذا فإن جمهور الفقهاء اعتبرهما مفهوماً واحداً طالما أنهما وسيلتا خداع وحيلة في إيهام أحد المتعاقدين في غير حقيقة المعقود عليه.

وخيار التدليس، والتغريير، برز في الفقه الاسلامي بروزاً واضحاً، إذ يمكن - بواسطته - التوفيق في كثير من اليسر بين احترام الارادة الحقيقية واستقرار التعامل، فهو ليس كالغلط «بالشيء النفسي الذي ينطوي عليه الضمير، فقد يعلم به العاقد الآخر، وقد لا يعلم. إذ المدلس هو في العادة أحد العاقدين فيعلم ضرورة بما وقع فيه العاقد المدلس عليه من الغلط، بل كان هو المتسبب فيه، وحتى اذا كان التدليس قد صدر من الغير، فإن هذا الغير لا بد أن يكون متواطئاً مع العاقد نفسه، أو في القليل لا بد أن يكون العاقد على علم بالتدليس الصادر من الغير، أو أن يكون في استطاعته أن يعلم ذلك^(١). وحيث أننا نرى أن لا خلاف بين هذين المصطلحين، فهما مفهوم واحد لذا نضع تعريفاً جامعاً لهما هو:

استعمال العاقد - أو من اتصل علمه بحصول - وسيلة احتيالية خادعة لحمل الطرف الآخر على شيء يعتقد أنه متوفر في المعقود عليه، والحقيقة خلاف ذلك. وهذا ما ذهب اليه فقهاء القانون الوضعي في تعريف التدليس^(٢).

→

شرح اللمعة الدمشقية: ٥٠٠ / ٣ والعالمي - مفتاح الكرامة - المتاجر: ٦٤٤، والمرداوي - الانصاف ٣٩٨ / ٤ والدردير - الشرح الكبير: ١١٧ / ٣ والدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير ١١٧ / ٣. كما أن بعض الفقهاء بحثه باسم «التصرية» وهو بحث في التدليس الفعلي أو التغريير الفعلي تصرية الشاة أو الأبل كما سيمر علينا - راجع: الخطاب - المواهب الجليل: ٤٣٧ / ٤ والمواق - التاج والاكليل: ٤٣٧ / ٤، وابن عابدين - رد المحتار: ٩٦ / ٤، والحصكفي - الدر المختار: ٩٦ / ٤، والشربيني - مغنى المحتاج: ٦٣ / ٢.

(١) السنهوري - مصادير الحق: ١٤٩ / ٢.

(٢) قال السنهوري في (نظرية العقد ٣٩١) التدليس هو «استعمال احد المتعاقدين طرقاً احتيالية لتضليل المتعاقد يحمله على التعاقد».

٤- موقف القانون الوضعي

وقد أخذ القانون المدني العراقي بمصطلح التغيرير المقترن بالغبن بينما أخذ المدني المصري بمصطلح التدليس. كذلك اختلفا في الجزاء كما سنرى.

تنص المادة (١٢١ ف ١ مدني عراقي) على الآتي:
«إذا غرر أحد المتعاقدين بالأجر، وتحقق أن في العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون...».

ونصت المادة (١٢٥ - مدني مصري) على الآتي:
«١- يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد».

وجمع المدني الكويتي بين المصطلحين، فقد نصت المادة (١٥١) على الآتي:
«يجوز طلب ابطال العقد للتدليس لمن جاء رضاؤه نتيجة حيل وجهت اليه بقصد تغريره ودفعه بذلك الى التعاقد، اذا اثبت أنه ما كان يرتضي، على نحو ما ارتضاه عليه، لولا خديعته بتلك الحيل وذلك مع مراعاة مع ما تقضي به المادتان ١٥٣ و ١٥٤».

كما نصت المادة (١٢٣) مدني عراقي على انه: «إذا صدر التغيرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد إلا إذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغيرير وقت ابرام العقد»^(٢).

ويلاحظ الاختلاف في الاتجاهين في القانونين المدني المصري والعراقي،

(١) انظر المادة ١٢٦ مدني مصري لم تختلف في الجوهر مع هذه المادة، ونصها:

«إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس».

ونصت الفقرة الثانية من المادة (١٥٣ - مدني كويتي) على الآتي:

١- «فإن صدرت الحيل من الغير، فليس لمن انخدع بها أن يتمسك بالابطال، إلا إذا كان المتعاقد الآخر - عند ابرام العقد - يعلم بتلك الحيل أو كان في استطاعته أن يعلم بها».

فالمصري يأخذ بمصطلح التدليس، والعراقي يأخذ بمصطلح التغيرير وقد سار العراقي على نهج المجلة حيث نصت في مادتها (٣٥٧) على الآتي:

«إذا أغر أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ». والفقه الحنفي يعتد بالغبن المقترن بالتغيرير، ويرتب عليه الأثر الشرعي، يقول الزيلعي^(١): «وكان صدر الاسلام أبو اليسر^(٢) يفتي بأن البائع أن يقال للمشتري قيمة متاعي كذا، أو قال: متاعي يساوي كذا فاشتراه بناء على ذلك وظهر خلافه له الرد بحكم أنه غره كيف ما كان. والصحيح أن يفتى بالرد إن غره وإلا فلا»^(٣).

وقد جمع المدني الكويتي في المادة (١٥١) فجمع بين المصطلحين كما أشرنا. والقوانين الثلاثة لا تختلف في النتيجة بأن الوسيلة الخادعة هي التي سببت العيب في الارادة، اذا ترتب على ذلك غبن فاحش أو كانت الحيلة معه جسيمة. أما الحيلة التي لم تؤد الى الغبن الفاحش فلا يعتد بالتدليس والتغيرير. وثمة اختلاف الآخر بين القوانين الثلاثة في الجزاء. فالمدني المصري أخذاً بمبدأ الابطال في حين اعتبره المدني العراقي عقداً موقوفاً على اجازة المتضرر. وسوف نبحث هذا بالتفصيل في نهاية هذا الفصل.

(١) عثمان بن علي بن محجن فخر الدين الزيلعي، فقيه حنفي، قدم القاهرة سنة ٧٠٥هـ، وأفتى فيها ودرس، حتى وفاته عام ٧٤٣هـ، له مؤلفات منها: «تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق» و«شرح الجامع الكبير». ترجمه الزركلي - الاعلام: ٣٧٣/٤.

(٢) محمد بن محمد بن الحسين بن عبدالكريم البزدوي، صدر الاسلام، أبو اليسر، ولد عام ٤٢١هـ فقيه بخاري، ولي قضاء سمرقند، انتهت اليه رئاسة الفتوى في ما وراء النهر، توفي عام ٤٩٣هـ في بخاري، وإنما سمي أبو اليسر، ليسر تصانيفه. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢٤٧/٧.

(٣) الزيلعي - تبين الحقائق: ٧٩/٤.

٥- الفرق بين التدليس والغش

وفرق فقهاء القانون بين التدليس والغش، فيرون أن التدليس هو استعمال طرق احتيالية لايقاع شخص آخر عند انشاء العقد وتكوينه، أما الغش فهو عمل خداع يقع بعد إنشاء العقد وتكوينه، كما يقع خارجاً عن دائرة العقد بقصد الاضرار بحقوق شخص آخر، غير المتعاقد، كالمدين الذي يبيع أمواله أو يهبها ليمنعها من الوقوع في قبضة دائنية.^(١)

ويتضح من هذه التفرقة أن الغش أعم من التدليس، بل التدليس نوع من الغش يصاحب تكوين العقد^(٢).

ويظهر لهذه التفرقة جذور في الفقه الاسلامي، إذ يقول الدردير^(٣) - الفقيه المالكي - «إن الغاش أعم من المدلس - لأن من طال زمان المبيع عنده، ولم يبين غاش، ولا يقال فيه مدلس، أو باع على غير ما عقد (في بيع المرابحة)، أو نقد ولم يبين غاش عند سحنون، ليس بمدلس»^(٤).

وعلى هذا فالغش كما يعرفه ابن عرفة - من فقهاء المالكية -: «أن يوهم وجود مفقود مقصود وجوده في المبيع، أو يكتّم فقد موجود مقصود فقد منه»^(٥).

(١) انظر السنهوري - الوسيط: ١/ ٢١٩ ونظرية العقد: ٣٩١ هـ، د. أبو ستيت - نظرية الالتزام: ١/ ١٥٨ ود. عبدالحى - النظرية العامة للالتزام: ٢٠٤ ود. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١/ ٢٩٨ ود. غني طه - الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١٩٣.

(٢) د. أبو ستيت نظرية - الالتزام: ١/ ١٥٨ ود. غني طه - المصدر سالف الذكر ١٩٣.

(٣) أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، أبو البركات، الشهير بالدردير، من فقهاء المالكية، ولد في بني عدي بمصر عام ١١٢٧ هـ وتعلم بالأزهر، وتوفي بالقاهرة عام ١٢٠١ هـ، من كتبه: «أقرب المسالك لمذهب الامام مالك» و«منح القدير في شرح مختصر خليل» ترجمه الزركلي - الاعلام: ١/ ٢٣٢.

(٤) الدردير - الشرح الكبير: ٢/ ١٦٩ - ١٧٠ وانظر الشرح الصغير: ٢/ ٢٢٥.

(٥) نقلة الدردير في الشرح الكبير: ٢/ ١٦٩.

ويعرف المدلس - الدسوقي - ^(١): «هو الذي يعلم أن بالسلعة عيباً ويكتمه^(٢)». ولكن لغة لم يختلف الغش عن التدليس فهما «الخيانة، وغشه غشاً لم يحضه النصح، أو أظهر له خلاف ما أضمره، وزين له غير المصلحة»^(٣).

المطلب الثاني:

أركان التدليس وشروطه

١- أركان التدليس

- ولا يمكن أن يتصور التدليس الذي عليه يترتب الأثر الشرعي أو القانوني في تعيب الارادة إلا في عقود المعاوضة لتوفر أركان العقد الثلاثة فيه، وهي:
- أ - المدلس: وهو الشخص الذي يستعمل وسائل الحيلة والخداع لحمل الطرف الآخر على التعاقد.
- ب - المدلس عليه: وهو الطرف المتضرر في التعاقد الذي كان ضحية المدلس في عملية العقدية.
- ج - محل التدليس: وهو الشيء الذي يقع عليه التعاقد وتعرض له صفات ومزايا ما كانت له بقصد الترغيب فيه، أو تحجب عن العاقد ما فيه من عيوب ليرغب فيه.

(١) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، من أهل دسوق مصر، تعلم، وأقام، وتوفي بمصر عام ١٢٣٠هـ، كان مدرساً بالأزهر من مؤلفاته «حاشيته على الشرح الكبير على مختصر خليل» فقه مالكي. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢١٤/٦.

(٢) الدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ١٧٠/٣.

(٣) الشرتوني - اقرب الموارد: مادة (غش).

٢- شروط أعمال التدليس:

ولكي ينتج التدليس أثره الشرعي أو القانوني، كعيب من عيوب الارادة يرى فقهاء القانون أن تتوفر فيه الشروط الثلاثة الآتية:

الشرط الأول - استعمال الطرق الاحتيالية:

وحيث إن اساس التدليس هو الحيلة والخديعة والتغريير والتضليل فلا بد من استعمال الوسائل الاحتيالية للتأثير على ارادة المتعاقد الآخر وحمله على التعاقد. والمعيار في هذه المرحلة شخصي، إذ أن شخص المدلس عليه لا بد أن يتأثر بتلك الاساليب والطرق التي تحمله على الاعتقاد بذلك التدليس لتكون سبباً في قبوله العقد. كما يعمد بائع الشاة الى تصريحها زمنياً ليظهر ضرعها حافلاً باللبن، أو يلجأ بائع السيارة الى صبغها لإظهارها بمظهر الجدة وهكذا^(١).

كما أن الطرق الاحتيالية لا تقتصر على العمل، بل قد تبرز حتى في القول، فالكلام الكاذب قد يؤثر على الشخص الى درجة يدعه يعتقد بصحة ما يقول، ومن هنا يرتقي الكذب الى مستوى التدليس وكذلك السكوت فقد يكون له تأثير في بعض الأحيان على حمل المتعاقد على قبول العقد ولكن الشيء الذي يجب أن لا يغرب عن البال أن الطرق الاحتيالية يجب أن لا تصل الى حد الاجرام، وأن لا تتسم بالعنف. فالذي يقصد بالطرق الاحتيالية التي تكوّن التدليس، هي أن لا ترقى الى أكثر من التضليل والايهام بحيث تجمل على الاعتقاد بحقيقة المدلس فيه، وهو خلاف الواقع.

الشرط الثاني - وقوع التدليس من المتعاقد الآخر، أو علمه به:

إذ لا يكفي أن يحدث التدليس من أي كان، فلو لم يعلم الطرف الآخر بالتدليس

(١) اشترط القانون المدني المصري في مادة (١٢٥ / ١) أن تكون «الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد».

فليس من العدالة أن نحمله تبعة التدليس. أو أنه حدث بالصدفة من غير علم به، ولا كان وكيلة عالماً به، فلا ينطبق عليه عنوان التحقق^(١).

الشرط الثالث - أن يكون التدليس هو الدافع على العقد.

إذ لا يكفي لتحقيق التدليس أن تستعمل حيلة لا بقصد التضليل لادراك غاية في العقد، بل لا بد من توفر نية التضليل، ويكون التدليس هو الدافع الى العقد ولولاه لما أبرم العقد^(٢).

وهذه الشروط نجدها واضحة في الصور التي يقدمها الفقه الاسلامي عن التدليس، كما ستمر علينا.

(١) لقد اشترط القانون المدني المصري بمادته (١٢٦) أن «ليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس». وراجع: (المادة ١٥٣ ف٢ - مدني كويتي)، وجاء القانون المدني العراقي في مادته (١٢٢) بأخف لهجة من المصري والكويتي، إذ ينص على أنه «كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغيرير وقت إبرام العقد».

والواقع أننا لا نستطيع أن نكلف الشخص أكثر من قابليته، فإن التكاليف الشرعية ترد على الشخص العارف ولا تحمل الجاهل أحكامها لكن لو كان من المتهيء للشخص أن يعرف ويتقاعس عنها فهنا يرد عليه الاشكال، وهذا ما يسمى في الفقه القانوني «بالمسؤولية التقصيرية» والشرعية في كثير من الموارد تحمل المكلف المسؤولية هذه.

(٢) يفرق فقهاء القانون بصدد التدليس بين ذلك الذي يدفع ضحيته الى ارتضاء التعاقد ذاته، ويطلق عليه التدليس الدافع. وذلك الذي يؤدي بضحيته لا الى قبول مبدأ التعاقد ذاته ولكن ارتضاء شروط أشد وقرأ من تلك التي ما كان يقبلها لولاه، ويطلق عليه التدليس غير الدافع، أو التدليس العارض.

ويجعل من الأول عيباً يشوب الرضا، ويخول بالتالي طلب ابطال العقد في حين أنه يقصر أثر الثاني على مجرد التعويض اعتباراً بأنه لا يعيب الرضا ولكنه يقع عملاً غير مشروع يخول التعويض عن الضرر الناجم عنه فحسب ومثال هذه الحالة الأخيرة أن يتفق شخصان على بيع منزل معين، من حيث المبدأ، ثم يلجأ البائع في سبيل حمل المشتري على ارتضاء ثمن أكبر الى حيل توهمه بكبر ريعه. وفي هذه الحالة، يقول الرأي السائد: إن التدليس لا يؤدي الى بطلان البيع، لأنه لم يدفع المشتري الى ارتضائه في ذاته، وانما دفعه الى ارتضاء ثمن أكبر فحسب، ولكنه يعتبر عملاً غير مشروع يخول التعويض عن الضرر الناجم عنه، ويتمثل هذا التعويض في الفرق بين الثمن الذي التزم به المشتري نتيجة التدليس وبين المبلغ الذي كان ليرتضيه لو لم يقع فيه. انظر السنهوري - الوسيط:

١/ ٢٢٦-٢٢٧. ود. عبدالفتاح - مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي: ١/ ١٩٣هـ.

المطلب الثالث:

انواع التدليس

التدليس - فقهاً وقانوناً - يقوم على أساس من الحيلة والخديعة، لأنه يستهدف تضليل المتعاقد على صفات ومزايا في المعقود عليه، بحيث يندفع اليها رغبة منه في هذه الصفات الموهومة ويتم العقد على أساسها، وفي الحقيقة أن الأمر خلاف ذلك، فلم تكن موجودة فيه أصلاً، أو موجودة غير أنها موهمة.

والتدليس على أنواع:

١- التدليس الفعلي:

«وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلاً، يظن به المشتري كمالاً، فلا يوجد»^(١) بمعنى أن وسائل التدليس فيه قائمة على طرق احتيالية، كما لو يفعل العاقد فعلاً يجعل الطرف الآخر مندفعاً لإبرام العقد ظناً منه بتوفر ما رغبه العاقد به، وهو خلاف الواقع. ويسمى هذا في الفقه القانوني «التغريب باستعمال طرق احتيالية».

٢- التدليس القولي:

وهو الكذب من أحد العاقلين ليدفع الطرف الآخر على التعاقد. أو ما كانت وسائل التدليس فيه قائمة على الكذب، أو الكتمان. كأن يقول البائع للمشتري أنه قد عرض

(١) الخطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٢٧

عليّ ثمن أكثر من هذا، ولكنني آثرتك به مع قلة ما تدفعه، أو أن هذا الشيء ندر في الأسواق، ولن تجده بعد اليوم. وهذا ما يسمى في القانون «التغريب عن طريق مجرد الكذب»^(١).

٣- التدليس في العيب:

وكما كان مجرد الكذب في التعاقد سبباً في اثبات واقعة التدليس، اذا قصد بالأقوال الكاذبة الخديعة والتضليل، فذلك قد يكون محض الكتمان يصلح تغريباً - في بعض الأحيان - كما اذا كتم البائع عن المشتري عيباً في المبيع ويسمى «التغريب عن طريق الكتمان».

٤- التدليس الصادر من الغير:

وذلك اذا ما تواطأ العاقد مع شخص آخر ليغالي في السلعة، حتى يبلغها أكثر من قيمتها، فيغتر بذلك المشتري، ويتم التعاقد على ضوء هذا، وتتم واقعة التدليس التي تمت بواسطة الغير.

هذه الأنواع الأربعة للتدليس أو التغريب أخذ بها الفقه الاسلامي، واعتدّ بها كما اعتدّ بها الفقه الغربي، مع تفاوت في الجزاء، كما سيمر علينا.

(١) يطلق الاستاذ الزرقاء على التدليس الفعلي اسم «التغريب في الوصف» وعلى التدليس القولي اسم «التغريب في السعر» ويقول: «إن فقهاءنا يقسمون التغريب الى قولي وفعلي، ناظرين الى الوسيلة المستخدمة فيه. ويريدون بالقولي نفس ما أسميناه «تغريباً في السعر» لأن اسعار الأشياء ليست صفات منظورة فيها، فالوسيلة الطبيعية للاغراء في السعر هي الكلام والبيان الكاذب. ويريدون بالتغريب الفعلي نفس ما أسميناه «تغريباً في الوصف» لأن ايهام الشخص بصفة كاذبة بواسطة فعل يوهم في ذلك الشيء صفة مصنوعة. فلذلك رجحنا نحن في التسمية والتقسيم النظر الى الغاية من التغريب لا الى الوسيلة، فقلنا: تغريب في السعر، وتغريب في الوصف، لأنه أوضح وأكثر انسجاماً بين الاسم والحكم». الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١ / ١٤٠٩ هـ.

النوع الأول

التدليس الفعلي

وهو - كما قدمنا :- أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظن به المشتري كملاً، غير موجود^(١)، وهذا النوع من التدليس الفعلي، والذي تكون وسائله طرق احتيالية يتصور بصورتين:

الصورة الأولى

تعلق الحيل بنفس المعقود عليه

وهو أن العاقد يعمل على تضليل الطرف الآخر باظهار المعقود عليه بصورة وصفة غير حقيقية، كما لو صبغ البائع سيارة ليوهم أنها جديدة، أو يزين البيت ليعتقد المشتري أنه حديث البناء، فيقع في الفخ، وينخدح المشتري، ويشترى السلعة بثمن يؤدي الي اضراره^(٢).

ومن أبرز مظاهر هذا النوع من التدليس:

(١) الخطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٤٣٧.

(٢) قال العلامة الحلي في (تذكرة الفقهاء: ٧ / ٣٥٢ طبعة النجف):

«التدليس بما يختلف الثمن بسببه يوجد الخيار وان لم يكن عيباً كتحمير الوجه ووصل الشعر والتصرية واشباه ذلك لما فيه من الضرر الناشئ بفقد ما ظنه حاصلاً»

«بيع التصرية»

١- حقيقة المصرة:

أ- لغة

يعرف اللغويون: المصرة - بضم الميم وتشديد الراء المفتوحه، اسم مفعول من التصرية - وهي: حبس الماء بسد مجراه، ثم استعمل لحبس اللبن في الضرع^(١).

→ ويقول الشهيدان في (الروضة البهية: ٣ / ٥٠٠): «... فلو شرط صفة كمال كالبكارة، أو توهمها المشتري كمالاً ذاتياً، كتحمير الوجه ووصل الشعر، فظهر الخلاف، تخير بين الفسخ، والامضاء بالثمن». وذكر المرداوي في (الانصاف: ٤ / ٣٩٨-٣٩٩): «خيار التدليس بما يزيد به الثمن، كتصرية اللبن في الضرع، وتحمير وجه الجارية، وتسويد شعرها وتجعيده، (وأمثالها). قال في الرعاية: فهذا يثبت للمشتري خيار الرد بلا نزاع. وظاهره أنه لو حصل ذلك من غير قصد التدليس لا خيار له». وانظر: ابن قدامة المقدسي في (الشرح الكبير على متن المقنع: ٤ / ٨٠-٨١).

وفي الفقه الحنفي - وهو أقل المذاهب اعتداداً بالتدليس - فقد تناول التدليس من خلال حديث الشاة المصرة، وهي من التغيرير الفعلي، حيث غر البائع بفعل التصرية المشتري فصار كما اذا غره بقوله: إنها لبون. ويختلف المذهب الحنفي عن بقية المذاهب الفقهية في الجزاء - كما سيمر علينا - انظر: الحكصفي - الدر المختار: ٤ / ٩٦ وابن عابدين رد المحتار: ٤ / ٩٦.

وقال الرملي في (نهاية المحتاج: ٤ / ٧٣-٧٤): «وحبس ماء القناة وماء الرحي المرسل كل منهما عند البيع، أو الاجارة حتى يتوهم المشتري أو المستأجر كثرته، فيزيد في عوضه، ومثلها جميع المعاوضات وتحمير الوجه، وتوريمة ووضع قطن في شدقها، وتسويد الشعر، وتجعيده الدال على قوة البدن، وهو ما فيه التواء وانقباض، يثبت الخيار بجامع التدليس أو الغرر».

وذكر المواق في (التاج والاكلیل: ٤ / ٤٢٧): «قال ابن الحاجب: التغيرير الفعلي كالشرطي، وهو بفعل يظن به الكمال، كإتطليخ الثوب بالمداد، هذا إن ثبت أن البائع فعله، أو أمر به لأحتمال فعله، للعبد دون علم سيده. وتصوير المازري أبين قال: كما لو باع غلاماً في ثوبه أثر المداد، وببده الدواة والقلم فاذا به أُمي». وانظر: الحطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٤٢٧. كما يراجع رأي الزيدية في (البحر الزخار: ٤ / ٣٥٣).

←

ب - فقهاً

وعرف كثير من الفقهاء التصرية، وكلها لم تختلف في تحديد المراد من التصرية، إنما بعض تلك التعاريف، تضمنت تحديداً لمدة الخيار.

وقد عرفت بأنها: «جمع لبن الشاة وما في حكمها في ضرعها بتركها بغير حلب، ولا رضاع فيظن الجاهل بحالها كثرة ما تحلبه، فيرغب في شرائها بزيادة، وهو تدليس»^(١).

كما عرفت بأنها: «... : جمع اللبن في الضرع يوماً أو يومين حتى يعظم ثديها ليوهم مشتريها أنها تحلب مثل ذلك»^(٢).

٢- مشروعية خيار المصراة:

ولقد استند الفقهاء الى مشروعية خيار الفسخ في «بيع التصرية» على ما يلي:

أ - ما ورد عن النبي (عليه أفضل الصلاة والسلام) من النهي في هذا المورد

→ (١) انظر: الفيروز آبادي - القاموس المحيط، والفيومي - المصباح المنير، والرازي - مختار الصحاح، والشرطوني - اقرب الموارد مادة (غشى).

(١) الشهيد الثاني - الروضة البهية: ٣ / ٥٠١ وانظر: العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٧ / ٣٦٢. وعرفها الرملي في (نهاية المحتاج: ٣ / ٦٩): «التصرية: وهي ان يترك البائع حلب الحيوان عمداً مدة قبل بيعه حتى يجتمع اللبن، فيتخيل المشتري غزارة لبنه، فيزيد في الثمن».

كما نسب الشوكاني في (نيل الاوطار: ٥ / ٢٤٢) تعريفاً للامام الشافعي بأن: «التصرية: هي ربط اخلاف الشاة، أو الناقة، وترك حلبها حتى يجتمع لبنها فيكثر، فيظن المشتري ان ذلك عادتها فيزيد في ثمنها لما يرى من كثرة لبنها». (٢) الخطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٤٢٧-٤٢٨.

وعرفها ابن عابدين في (رد المحتار: ٤ / ٩٦) بقوله: التصرية: ربط الناقة أو الشاة، وترك حلبها ليومين أو الثلاثة حتى يجتمع اللبن».

بالذات، ومنها: «لا تصَرُوا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد، فإنه بخير النظرين بين أن يحتلبها إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر»^(١). ونقل المواق عن مالك أنه قال: «حديث المصرة متبع ليس لأحد فيه رأي وقال أشهب: لا نأخذ به، لأنه قد جاء ما هو أثبت منه وهو «الخراج بالضمان»^(٢). ونحوه لمالك في المختصر، وقال: له اللبن بما يخلف»^(٣).

ووجه الاستشهاد بهذا الحديث: أن بعض الفقهاء يرون بأن ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من الزام المشتري بصاع من تمر اذا حلب الشاة المصرة وردّها، فيكون ذلك بدلاً عن تلك الحلبة منافٍ لما ورد في الحديث المشار اليه «الضمان بالخراج» لأن الشاة المصرة لو هلك بيد المشتري ضمن قيمتها، فمقابل ضمانه حقه في حصول ما تخرجه هذه الشاة، ولا يترتب عليه عندئذ دفع صاع من تمر عند ردها. وقال ابن يونس - من فقهاء المالكية -: «وحديث الخراج بالضمان عام، وحديث المصرة مخصص لبعض ما اشتمل عليه حديث الخراج بالضمان والخصوص يقضى به على العام. كما أن المفسر يقضى به على المجمل»^(٤).

ب - كما اعتمد بعض الفقهاء رواية أخرى عن رسول الله (عليه الصلاة والسلام)

(١) رواه مسلم - كتاب البيوع / باب (تحريم الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه وتحريم النجش والتصرية): ١ / ٦٥٩ كما رواه البخاري باختلاف بسيط في كتاب البيوع (باب النهي للبائع أن لا يحفل الابل ... والمصرة) وباب (رد المصرة): ٢ / ١٨ وراجع العيني - عمدة القارئ شرح البخاري ١١ / ٢٦٩، طبع المنيرية مصر ١٣٤٨ هـ. وذكر العاملي في وسائل الشيعة / كتاب التجارة / ١٣ باب (حكم نماء الحيوان ...) مجلد ١٢ ج ٦ / ٢٦٠ الحديث باسناده متصل الى النبي (ص) أنه قال: «لا تصروا الابل، والبقر، والغنم، من اشترى مصرى فهو بآخر النظرين إن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر».

أما «صاع التمر» فهو عوض اللبن المطلوب، ففي حالة الرد يستحق البائع قيمة اللبن. وهي كما قررتها الشريعة «صاع تمر».

(٢) رواه ابن ماجه - كتب التجارات / باب (الخراج بالضمان): ٢ / ٧٥٤ وقال الصنعاني في سبل السلام: ٢ / ٨٣١ في صدد هذا الحديث: «رواه الخمسة، وضعفه البخاري، وأبو داود، وصححه الترمذي، وابن خزيمة، وابن الجارود، وابن حبان، والحاكم، وابن القطان».

(٣) المواق - التاج والاكلیل: ٤ / ٤٣٧.

(٤) المواق - المصدر المتقدم والصفحة.

أنه قال: «من ابتاع محفلة^(١) فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها ردّ معها مثل، أو مثلي لبنها قمحاً»^(٢).

جـ - إن التدليس تضليل وغش وخديعة، وقد قال رسول الله (عليه أفضل الصلاة والسلام): «من غشنا فليس منا». قال الشبراملسي: «إن ضابط الغش المحرم أن يعلم ذو السلعة من نحو بائع أو مشتر فيها شيئاً لو اطلع عليه يريد أخذها ما أخذها بذلك المقابل فيجب عليه أن يعلمه به ليدخل في أخذه على بصيره»^(٣).

د - ونضيف الى ما تقدم أن التدليس ضرر بالمدلس عليه ولا بد من دفعه استناداً للحديث الشريف «لا ضرر ولا ضرار»^(٤).

٣- حكم هذا البيع في الشريعة:

ومن الروايات الناهية عن النبي (عليه الصلاة والسلام) في بيع التصرية استفاد الفقهاء حرمة التدليس، لما فيه من اضرار الغير. ونسب العاملي القول بحرمة التدليس اجماعاً عند الامامية^(٥) وهو قول في الفقه الحنبلي^(٦) والشافعي^(٧) والزيدي^(٨).

(١) التحفيل - مثل التصرية، وهو أن لا تحلب الشاة أياماً ليجتمع اللبن في ضرعها للبيع، والشاة محفلة ومصراة.

راجع: الرازي - مخنار الصحاح مادة (حفل)

(٢) رواه البيهقي - السنن الكبرى - كتاب البيوع / باب (الحكم فيمن اشترى مصراة): ٥ / ٣١٩ رواه باختلاف بسيط كل من البخاري - كتاب البيوع (باب النهي للبائع ان لا يحفل الابل والبقر، والغنم وكل محفلة ...) ٢ / ١٨ والامام أحمد في المسند - باب المعاملات: ٦ / ٤٠٩٦.

وجاء في (وسائل الشيعة: مجلد ١٣ / ج ٦ / ٢٦٠ كتاب التجارة / باب ١٣ (حكم نماء الحيوان كالشاة المصرية) حديث رقم ٢ «من اشترى محفلة فليرد معها صاعاً».

(٣) الشبراملسي - حاشيته على نهاية المحتاج: ٤ / ٦٩.

(٤) رواه ابن ماجه - كتاب الاحكام / باب (من بنى في حقه ما يضر بجاره): ٢ / ٧٨٤.

(٥) العاملي - مفتاح الكرامة - المتاجر: ٦٤٦.

ويتساءل بعض الفقهاء الى أن المدلس - رغم حرمة التدليس - لو أقدم على ذلك فما هو حكم البيع؟. قالوا: إن البيع صحيح. وصحة البيع لا تنافي حرمة الاقدام. قال المرداوي: «ولا يحل للبائع تدليس سلعة، ولا كتمان عيبها لأنها حرام فإن فعل فالبيع صحيح - يعني اذا كتم العيب، أو دلسه فباعه - وهذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب .. (وهناك قول بأن) بيعه مردود ... هو ظاهر منصوص الامام أحمد^(١)»^(٢).

ونقل الشوكاني عن ابن عبد البر^(٣) قوله: «هذا الحديث (لا تصروا الابل والغنم) أصل في النهي عن الغش، وأصل في ثبوت الخيار لمن دلس عليه بعيب، وأصل في انه لا يفسد أصل البيع. وأصل في أن مدة الخيار ثلاثة أيام، وأصل في تحريم التصرية وثبوت الخيار بها»^(٤).

٤- شروط تحقق التصرية:

ولكي تقوم واقعة التصرية، ويؤخذ بها شرعاً، فلا بد من أن تتوفر فيها الشروط التالية:

-
-
- (٦) ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير علي متن المقنع: ٨٠ / ٤.
- (٧) الشربيني - مغني المحتاج: ٦٣ / ٢.
- (٨) الشوكاني - نيل الأوطار: ٢٤٧ / ٥.
- (١) أحمد بن محمد بن حنبل، أبو عبد الله الشيباني الوائلي، إمام المذهب الحنبلي، واحد الأئمة الأربعة أصله من مرو، وكان أبوه والي سرخس، ولد ببغداد عام ١٦٤ هـ نبغ فيها، سجنه المعتصم العباسي ثمانية وعشرين شهراً لامتناعه عن القول بخلق القرآن، واطلق سنة ٢٢٠ هـ وتوفي في عهد المتوكل العباسي عام ٢٤١ هـ، له مؤلفات منها «المسند» في الحديث والفقه. ترجمه الزركلي - الاعلام: ١٩٢ / ١.
- (٢) المرداوي - الانصاف: ٤٠٤ / ٤.
- (٣) محمد بن عبد البر بن يحيى، بهاء الدين، أبو البقاء، السبكي، فقيه، شافعي، مصري ومن علماء العربية والتفسير والادب، ولي القضاء، ولد عام ٧٠٧ هـ وتوفي عام ٧٧٧ هـ. له مؤلفات عديدة منها: «مختصر المطلب» في شرح الوسيط في فروع الشافعية و«شرح الحاوي الصغير للقرطبي» فقه. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٥٥ / ٧.
- (٤) الشوكاني - نيل الاوطار: ٢٤٧ / ٥.

الأول: أن يقصد البائع التدليس، فلو لم يقصد البائع ذلك وظن المشتري، وهو يلمح كبر ضرعها خلقة، فيحسب أنها كثيرة اللبن لم يتحقق التدليس^(١).

الثاني - أن لا يعرف المدلس عليه (المشتري) بالتصيرية، فلو علم بذلك قبل التعاقد لم يتحقق له الخيار، لأنه أقدم على شراء حاجة يعلم بعيبها، فلا تدليس حينذاك^(٢).

الثالث - أن يزيد المدلس في الثمن، فلو لم يتوفر هذا الشرط لم يتحقق الخيار، لأن قصد زيادة الثمن هو الذي يحقق الغبن المترتب على التدليس^(٣).

(١) الصنعاني - سبل السلام: ٢ / ٨٢٦ - ٨٢٧.

وذكر المرداوي في (الانصاف: ٤ / ٣٩٩): «قال في الرعاية: وكذا تحسين وجه الصبرة ونحوها وتصنيع النساج وجه الثوب، وصقال الاسكاف وجه المتاع ونحوه فهذا يثبت للمشتري خيار الرد بلا نزاع. وظاهره: أنه لو حصل ذلك من غير قصد التدليس لا خيار له».

وهناك رأي في الفقه الحنبلي لا يشترط القصد، يقول البهوتي في (كشف القناع: ٣ / ٢١٤): «وكذا لو حصل ذلك التدليس من غير قصد البائع كحمة وجه الجارية بخجل، أو تعب ونحوهما، لأن عدم القصد لا أثر له في إزالة ضرر المشتري».

وهو رأي العلامة الحلي في (تذكرة الفقهاء: ٧ / ٣٦٩)، يقول: «لو لم يقصد البائع التصيرية لكن ترك الحليب ناسياً، أو لشغل عرض أو تحفلت هي بنفسها فالأقرب ثبوت الخيار، لأن ضرر المشتري لا يختلف فكان بمنزلة ما لو وجد بالمبيع عيباً لم يعمل به البائع».

وذكر الشربيني في (مغنى المحتاج: ٢ / ٦٣): «تنبيه: قضية كلام المصنف عدم ثبوت الخيار إذا ترك حلبها، ناسياً أو تحصلت بنفسها، وبه قطع الغزالي والحاوي الصغير لعدم التدليس. والمعتمد (عند الشربيني) ثبوته كما صححه البغوي، وقطع به القاضي لحصول الضرر».

(٢) قال العلامة الحلي في (تذكرة الفقهاء: ٧ / ٣٦٥): «لو علم (المشتري) أنها مصراة، فاشتراها كذلك فلا خيار له لإقدامه على العيب، وانتفاء التدليس في طرفه، فلا وجه لثبوت الخيار له، كما في غيرها من العيوب». ويرى الرملي في (نهاية المحتاج: ٤ / ٧٠): «أن التصيرية «ثبتت الخيار للمشتري، حيث كان جاهلاً بحالها، ثم علم بها بعد ذلك». ويقول البهوتي في (كشف القناع: ٣ / ٢١٤) «وجمع اللبن في ضرع بهيمة الانعام وهو التصيرية فهذا يثبت للمشتري خيار الرد إن لم يعلم به». وقال الحطاب في (المواهب الجليل ٤ / ٤٣٩): «وإن اشتراها عالماً أنها مصراة فلا رد له».

(٣) قال ابن قدامة المقدسي في (الشرح الكبير على متن المقنع: ٤ / ٨٠ - ٨١):

«خيار التدليس بما يزيد الثمن كتصيرية اللبن في الضرع ... فهذا يثبت للمشتري خيار الرد ... وكل تدليس يختلف

الرابع - عدم التصرف بالمبيع بعد علمه بالتدليس، فلو تصرف به كان منه رضا بقبول العقد^(١).

هذه هي أهم الشروط التي ذكرها الفقهاء في تحقق التدليس في بيع التصرية.

٥- الجزاء المترتب على التصرية:

أ - بيع التصرية - كما توضح لنا مما تقدم - تدليس، وهو عمل ترفضه الشريعة الإسلامية لما فيه من استعمال طرق الحيلة والخديعة والغش، ولهذا فقد رتب المشرع جزاء على المدلس، وحماية للمدلس عليه من الضرر الذي يصيبه من التفرير الفعلي، حق خيار وهو فسخ العقد، إذا شاء أو قبوله، وهو رأي جمهور الفقهاء^(٢).

→

الثلث لأجله». انظر البهوتي - كشف القناع: ٢١٢/٣).

ويقول الرملي في (نهاية المحتاج: ٤ / ٦٩): «التصرية: وهي أن يترك البائع حلب الحيوان عمداً مدة قبل بيعه حتى يجتمع اللبن فيتخيل المشتري غزارة لبنه، فيزيد في الثمن حرام».

(١) قال العاملي في (مفتاح الكرامة - المتاجر: ٦٥٤): «فشرط بقاء الخيار (بالمبيع) فإذا انقضت الثلاثة (أي الأيام) فالخيار على الفور» وانظر: الشهيد الثاني - الروضة البهية: ٣ / ٥٠٢.

ويرى البهوتي في (كشف القناع: ٣ / ٢١٤): «وإن تصرف المشتري في المبيع بعد علمه بالتدليس بطل رده». (٢) راجع: المحقق الحلي - شرائع الإسلام: ٢ / ٢٧ والعلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٧ / ٢٦٣ والبهوتي - كشف القناع: ٣ / ١٤، والمرداوي - الانصاف: ٤ / ٤٠٠-٤٠٢، والحطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٤٢٨-٤٣٩، والشيرازي - المهذب: ١ / ٢٨٢، والشربيني - مغني المحتاج: ٢ / ٦٣ وابن حزم - المحلى: ٩ / ٨١، وابن المرتضى - البحر الزخار: ٤ / ٣٥٣.

وقال المرادوي في الانصاف: (٤ / ٤٠٢): «وقيل: يخير بين الإمساك مع الارش، وبين الرد، وعليه جماعة من فقهاء الحنابلة».

ويرى الحطاب في (المواهب الجليل: ٤ / ٤٢٨-٤٣٩): «وإن علم مشتريها أنها مصراة قبل أن يطلبها، فله ردها قبل حلابها ... وكذا إن علم بعد حلابها فاصريت به له ردها».

وفي رأي الشربيني في (مغني المحتاج: ٢ / ٦٣) ان التصرية «تثبت الخيار للجاهل بها اذا علم بها بعد ذلك». ويقول الشيرازي في (المهذب: ١ / ٢٨٢): «إذا اشترى ناقة أو شاة أو بقرة مصراة، ولم يعلم بأنها مصراة، ثم علم أنها مصراة فهو بالخيار بين أن يمسه وبين أن يرد».

ب - ولكن أبا حنيفة وصاحبه محمد بن الحسن ذهبوا الى القول بعدم الرد للمشتري، بل له الرجوع على البائع بفرق الثمن ليس إلا، وخالفهما في هذا الرأي صاحبهما أبو يوسف، فقد وافق الرأي السائد لدى الفقهاء في ثبوت حق الخيار. ذكر ابن عابدين^(١) في هذا الصدد قائلاً: «وقد اختلف العلماء في حكمها (التصيرية) فذهب الى القول بظاهر الحديث الأئمة الثلاثة (مالك، والشافعي، وأحمد)، وأبو يوسف ... ولم يأخذ أبو حنيفة ومحمد به، لأنه خبر مخالف للأصول.

والحاصل كما في الحقائق أنه إذا اشتراها فحلبها فوجدها قليلة اللبن ليس له أن يردها عندنا ... وهل يرجع بالنقصان عندنا؟ فعلى رواية الطحاوي نعم. قال في شرح المجمع، وهو المختار، لأن البائع بفعل التصيرية غر المشتري فصار كما اذا غره بقوله: إنها لبون»^(٢).

والفقهاء الذين ذهبوا الى القول بخيار التصيرية، اشترطوا لتنفيذ حق الخيار الآتي:
الاول: إن اقصى مدة الخيار ثلاثة أيام وذلك:

أ - لأن هذه المدة حددها الحديث الوارد عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم «من ابتاع مصراة، فهو فيها خيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، ورد معها صاعاً من تمر»^(٣).

→

وعند ابن المرنضى في (البحر الزخار: ٤ / ٣٥٢): أن الخيار يثبت في التصيرية، ولكن عند الامام يحيى «لا تفسخ المصراة إلا بعد ثلاث، إذ لا تعرف التصيرية بدونها لظاهر الآثار، وقيل: له الفسخ متى انكشفت التصيرية. قلت: وهو الاقرب».

كما أن ابن حزم في (المحلى: ٩ / ٨١) يرى: «أن من اشترى مصراة، وهي ما كان يحلب من اناث الحيوان، وهو يظنها لبوناً، فوجدها قد ربط ضرعها، حتى اجتمع اللبن، فلما حلبها افتضح له الأمر فله الخيار بثلاثة أيام، فإن شاء أمسك ولا شيء له، وإن شاء ردها».

(١) محمد بن أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية، وامام الحنفية في عصره ولد بدمشق عام ١١٩٨ هـ ومات فيها عام ١٢٥٢ هـ من مؤلفاته «رد المحتار على الدر المختار» فقه عرف بحاشية ابن عابدين. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٦ / ٢٦٧.

(٢) ابن عابدين - رد المحتار: ٤ / ٩٦.

←

ب - لأن هذه المدة المحددة تكفي لمعرفة ما اذا كان كثرة لبن الشاة طبيعياً، أو غير طبيعي وناتجاً عن تدليس وغش، أو نتيجة تغيير المكان، أو اختلاف العلف^(١).
 الثاني: أن يبادر المشتري، بعد العلم بالتصيرية - في ضمن المدة المقررة - فوراً الى الاختيار بين الرد، أو الامساك، وإذا تأخر سقط الخيار^(٢).
 من مجموع ما تقدم في بيع التصيرية يتضح لنا أن هذا البيع يداخله تدليس وتغريب، يدفع الطرف المتعاقد الى أن يتوهم بأن في المعقود عليه من المزايما ما يرغبه بشرائه وهو خلاف ما كان يتصور، وبهذا يكون قد أقدم على العقد بارادة غير منورة.

الصورة الثانية

أن يكون التدليس خارجاً عن المعقود عليه

إذا كان التدليس في الصورة السابقة: نابعاً من المعقود عليه، وأثر على ارادة أحد المتعاقدين، كما في حالة التصيرية، فإن التدليس في هذه الصورة يكون مباشرة مع المتعاقد المدلس عليه، ويمكن تصور ذلك، في تواطؤ البائع مع شخص غير المشتري في تحسين سلعته وزيادتها دفعاً للمشتري باجراء العقد على سعر يزيد عن حقيقة العوض بكثير، أو بالعكس، فقد يتفق المشتري مع شخص لتنقيص الثمن

→

(٢) صحيح مسلم - كتاب البيوع / باب (حكم بيع المصرة): ٢ / ٢١ طبعة عيسى البابي - القاهرة. الحر العاملي - وسائل الشيعة / كتاب التجارة ١٢ (باب حكم نماء الحيوان) مجلد ١٢ / ج ٦ / ٣٦٠.

(١) قال العلامة الحلي في (تذكرة الفقهاء: ٧ / ٣٦٤): «وتختبر التصيرية بثلاثة ايام، ويمتد الخيار بامتدادها - كما في الحيوانات - للخبر. ولأن الشارع وضع هذه الثلاثة لمعرفة التصيرية، فإنه لا يعرف ذلك قبل مضيتها لجواز استناد كثرة اللبن الى الأمكنة فإنها تتغير، أو الى اختلاف العلف فاذا مضت ثلاثة أيام ظهر ذلك».

(٢) راجع: الشهيد الثاني - الروضة البهية: ٣ / ٥٠١-٥٠٢، والمرداوي - الانصاف: ٤ / ٤٠١ والبهوتي - كشف القناع: ٣ / ٢١٤، والشيرازي - المذهب: ١ / ٢٨٢، والحطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٤٣٨-٤٣٩، وابن المرتضى - البحر الزخار: ٤ / ٣٥٣ والشوكاني - نيل الأوطار: ٥ / ٤٤٢-٤٤٣.

ليوهم البائع أن سعر سلعته لا يزيد على السعر المعروض، ويتم العقد على هذه الصورة.

فالتدليس في هذه الصورة، وإن كان يشارك الصورة السابقة بأنها من التدليس الفعلي لكنهما يختلفان في أن الصورة الأولى نابعة من التدليس في المعقود عليه، أما في هذه الصورة فهو خارج عن اطار المعقود عليه. ومن أبرز مظاهر هذه الصورة:

«النجش»

١- حقيقة النجش:

أ- وعرف اللغويون: النجش، بأن تزيد في البيع ليقع غيرك، وليس من حاجتك. أو أن ينفر الناس من الشيء الى غيره. والاصل نجش الطير، أي أثاره من مكانه الى مكان آخر ليسهل اقتناصه^(١). ثم استعمل في استثارة حماس المساوم الى الشراء بالمزاحمة الكاذبة^(٢).

ب - وفي تعريف الفقهاء أن النجش: «الزيادة في السلعة ممن لا يريد شراءها ليحث غيره عليه، وان لم يكن بمواطاة البائع»^(٣).

(١) أنظر: الجوهري - الصحاح، وابن الأثير - النهاية، والرازي - مختار الصحاح. والفيروز آبادي - القاموس، وابن منظور - لسان العرب، والزبيدي - تاج العروس - مادة (نجش).

(٢) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١ / ١٤٠٧هـ.

(٣) العاملي - مفتاح الكرامة / متاجر: ١٠٦.

وعرفه ابن جزي في (القوانين الفقهية: ٢٩٠): «أن يزيد الرجل في السلعة وليس له حاجة بها إلا ليغلي ثمنها على المشتري، أو ينفع صاحبها» ويرى الكاساني في (بدائع الصنائع: ٥ / ٢٢٢) ان «النجش: ان يمدح السلعة ويطلبها بثمن، ثم لا يشتريه بنفسه، ولكن ليسمع غيره فيزيد في ثمنه». وعلى هذا النسق عرفه كل من ابن قدامة - المغني: ١٩٠ / ٤ والدردير - الشرح الصغير: ١٠٦ / ٢ والشيرازي - المذهب: ٢٩١ / ١، وابن حزم - المحلى: ٥٢٠ / ٨.

٢- شروط النجش:

ومن أجل تحقق النجش لا بد أن تتوفر الشروط التالية:

الأول - أن يكون النجش نتيجة تواطؤ بين البائع والناجش لاغراء الطرف الآخر، وإن كان الناجش لا يريد الشراء^(١).

الثاني - أن يترتب على الناجش غبن فاحش للمشتري^(٢).

الثالث - أن يقصد الناجش ضرر المشتري، ونفع البائع^(٣).

الرابع - أن يكون المشتري جاهلاً بسعر السلعة المعروضة للبيع، فلو كان عالماً فلا خيار له، لأنه رضي بالسعر فلا تدليس فيه^(٤).

وهذه أهم شروط الفقهاء لتحقيق النجش^(٥).

(١) انظر: المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢ / ٢١، والعالمي - مفتاح الكرامة / المتاجر: ١٠٧ ومتن مفتاح الكرامة - القواعد - للعلامة الحلي: المتاجر: ١٠٦، وقول للحنبلة أشار إليه المرداوي - الانصاف: ٤ / ٣٩٥، وهو أحد قولي الشافعية كما يذكر الشيرازي - المذهب: ١ / ٢٩١.

(٢) انظر: الطوسي - الخلاف: ١ / ٥٨١، والمحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢ / ٢٠ والعالمي - مفتاح الكرامة: المتاجر ١٠٦.

ويقول ابن قدامة (المغني: ٤ / ١٩١): «لكن إن كان في المبيع (أي بيع النجش) غبن لم تجر العادة بمثله فللمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء... وإن كان يتغابن بمثله فلا خيار».

(٣) راجع: ابن رشد - بداية المجتهد: ٢ / ١٦٦ والمرداوي - الانصاف: ٤ / ٣٥٩.

(٤) إن هذا الشرط نص عليه في هذا الموضع الفقه الحنبلي، فقد ذكر البهوتي في (كشف القناع: ٣ / ٢١٢): «وإن يكون المشتري جاهلاً فلو كان عارفاً واغتر بذلك فلا خيار له لعجلته، وعدم تأمله». غير أن هذا الشرط من شروط أصل التدليس، فلو كان المدلس عليه عارفاً بتدليس المعقود عليه فلا خيار له، لأنه قدم عليه بمحض إرادته، فلا تعيب فيه.

(٥) في الفقه الحنبلي شرط آخر هو: أن يكون الناجش حاذقاً وعنده دهاء، لأن تغرير المشتري لا يحصل إلا بذلك. وذكر البهوتي في (كشف القناع: ٣ / ٢١٢): «وظاهره أنه لا بد من حذق الذي زاد فيها، لأن تغرير المشتري لا يحصل إلا بذلك». كما ذكر المرداوي في (الانصاف: ٤ / ٣٩٦) عن ابن منجا في شرحه، حيث قال: «أن يكون الذي زاد معروفاً بالحذاق، ولا بد منه». ولا أرى داعياً لهذا الشرط، لأن ضرر المشتري قائم، حتى ولو وقع ممن لا يتصف بالحذاق والدهاء.

٣- الحكم الشرعي للنجش:

روي عن النبي (عليه الصلاة والسلام) أنه نهى عن النجش^(١)، وأنه عليه الصلاة والسلام قال: إن «الناجش أكل ربا خائن»^(٢). وأنه أوصى المسلمين بتجنب النجش، إذ يقول (عليه الصلاة والسلام): «لا تناجشوا»^(٣)، وقد كررها أكثر من مرة^(٤)، وفي رواية أنه قال (عليه الصلاة والسلام): «لا تناجشوا، ولا تدابروا»^(٥).

أ- ومن هذا المنطلق ذهب أغلب الفقهاء الى حرمة النجش^(٦)، لانطوائه على غش

(١) روى ابن عمر: «أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) نهى عن النجش» انظر صحيح مسلم: ١ / ٤ كتاب البيوع باب (تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه، وتحريم النجش ...):

(٢) رواه البخاري - كتاب البيوع / باب (النجش): ١٧ / ٢ وذكر الشوكاني - نيل الاوطار: ٥ / ١٨٨ الحديث بالنص التالي: «الناجش أكل ربا خائن ملعون».

(٣) راجع: البخاري - كتاب البيوع / باب (النجش): ١٧ / ٢ ومسلم - كتاب البيوع / باب (تحريم النجش): ٢ / ٤ - ط القاهرة مطبعة محمد علي صبيح وأولاده وأحمد بن حنبل - المسند: ١٤ / ٧٧١٣.

(٤) العاملي - مفتاح الكرامة / متاجر: ١٠٦.

(٥) راجع: الحر العاملي - وسائل الشيعة: مجلد ١٢ ج ٦ / ٢٣٨ كتاب التجارة ٤٩ باب (الزيادة وقت النداء).

وذكر ابن حنبل في المسند: ١٤ / ٧٧١٣ أن رسول الله (ص) قال: «لا تحاسدوا ولا تناجشوا، ولا تباغضوا، ولا تدابروا».

وذكر الصنعاني في سبل السلام: ٢ / ٨١٣ أن رسول الله (ص) نهى عن النجش.

(٦) قال الشيرازي في (المهذب: ١ / ٢٩١): «ويحرم النجش ... والدليل عليه ما روى ابن عمر أن النبي (صلى الله عليه وسلم) نهى عن النجش، ولأنه خديعة ومكر».

ويرى الصاوي في (حاشيته علي الشرح الصغير - للدردير: ٢ / ١٠٦) أن «المدار على حرمة (النجش) على زيادته من غير قصد شراء».

وذكر العاملي في (مفتاح الكرامة / المتاجر: ١٠٦): «أما حرمة فقد حكى عليها الاجماع (عند الامامية) في جامع المقاصد، والمنتهى في ما حكى عنه، وفي المهذب البار: ولا أعرف فيه خلافاً من الاصحاب، وبه صرح في المبسوط والسراثر، والتذكرة، والمختلف، والتحرير، والدروس، وإيضاح النافع، والميسية، وغيرها للمروي في المبسوط، ومعاني الأخبار، وغيرها».

وقال ابن حزم في (المحلي: ٨ / ٥٢٠): «ولا يحل النجش».

ويرى ابن قدامة في (المغني: ٤ / ١٩٠): «النجش ... فهذا حرام وخداع».

وخيانة، وتدليس، وظلم، واضرار^(١) ونقل الشوكاني عن الفقيه ابن بطال^(٢) بأنه قال: «أجمع العلماء على أن الناجش عاص بفعله»^(٣).

ب - وبعض الفقهاء ذهبوا إلى أنه مكروه^(٤)، لأن النهي ليس في معنى العقد وشرائطه، بل لمعنى خارج فيجوز ذلك^(٥).

وأوضح ابن رشد حقيقة اختلاف الفقهاء في حكم النجش بين الحرمة والكراهة، فيقول: «وسبب الخلاف هل يتضمن النهي فساد المنهي عنه، وإن كان النهي ليس في نفس الشيء، بل من خارج؟ فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه، ومن قال ليس يتضمن أجازه. والجمهور على أن النهي اذا ورد لمعنى في المنهي عنه أنه يتضمن الفساد»^(٦).

٤- الجزاء المترتب على النجش:

ومع أن جمهور الفقهاء ذهبوا الى حرمة النجش، فلو تم التعاقد على هذا البيع، فهل يعتبر نافذاً؟

الأول: جمهور الفقهاء قالوا بصحة البيع^(٧)، مستدلين على ذلك بما يلي:

(١) العاملي - مفتاح الكرامة / المتاجر: ١٠٦.

(٢) سليمان بن محمد بن بطال البطلليموسي، أبو أيوب، تعلم بقرطبة، فقيه باحث مؤلف، اشتهر بكتابة «المقنع» في أصول الأحكام، توفي عام ٤٠٤هـ. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٣ / ١٩٥.

(٣) الشوكاني - نيل الأوطار: ٥ / ١٨٧.

(٤) انظر: الكاساني - بدائع الصنائع: ٥ / ١٢٣، ونسب العاملي - مفتاح الكرامة: المتاجر: ١٠٦، القول بالكراهة إلى المحقق الحلي، والعلامة الحلي.

(٥) ابن مودود الموصلي - الاختيار: ٢ / ٢٧.

(٦) ابن رشد - بداية المجتهد: ٢ / ١٦٦.

(٧) قال ابن قدامة في (المغني: ٤ / ١٩٠): «فإن اشترى مع النجش فالشراء صحيح في قول أكثر أهل العلم» وقال المرداوي في (الانصاف: ٤ / ٣٩٥): «لو نجش البائع فزاد أو واطأ؛ فهل يبطل البيع، فيه وجهان: أحدهما - لا يبطل البيع، وهو الصحيح، وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب، وهو كالصريح في كلام المصنف، والشارح، وقدمه

أ- إن النهي النبوي عاد الى الناجش، لا الى العاقد، فلم يؤثر على البيع، كما هو الحال في البيع حين النداء لصلاة الجمعة^(١).

ب- إن النهي جاء لحفظ حق الأدمي، فلم يفسد العقد، بخلاف ما إذا كان النهي يتعلق بحق الله تعالى، فإن حق العباد يمكن جبره بالخيار، أو زيادة في الثمن^(٢).

ج- إن الفساد في النجش يتعلق في معنى خارج زائد عن العقد، لا في صلب العقد، ولا في شرائط الصحة، فلذا لا يؤثر على صحة البيع^(٣).

الثاني: أما الذين يذهبون الى ابطال البيع، فهم يرون أن النهي النبوي في هذا الشأن يقتضي الفساد^(٤).

وعند ملاحظة الرأيين نرى أن ما ذهب اليه جمهور الفقهاء، هو الصواب، لأن النهي منصب على الناجش^(٥)، وليس البيع، والبيع غير النجش، فهما حقيقتان متغايرتان، وكذلك غير الرضا بالنجش. وإذا كان النجش غير البيع وغير الرضا فلا

→ الزركشي وقال: هذا المشهور.

وقال ابن دقيق العيد - من فقهاء الشافعية - في (المنتقى من أحكام الأحكام: ١٤٧): «ولا شك أن هذا الفعل حرام لما فيه من الخديعة ومذهب الشافعي أن البيع صحيح».

ويرى الشيرازي في (المهذب: ١ / ٢٩١): «فإن اغتر الرجل بمن ينجش فابتاع فالبيع صحيح». وراجع: الدردير - الشرح الصغير: ١٠٦ / ٢ والصاوي في حاشيته على الشرح الصغير: ١٠٦ / ٢ وابن حزم - المحلى: ٥٢٠ / ٨ والعالمي - مفتاح الكرامة / متاجر: ١٠٦ وقال: «إن البيع صحيح، وقد نفى عنه (الشيخ الطوسي) الخلاف في (كتابه) الخلاف، وبه صرح في المبسوط (وابن زهرة) في الغنية وسائر من تأخر».

(١) انظر: الشيرازي - المهذب: ١ / ٢٩١ وابن قدامة - المغني: ٤ / ١٩٠-١٩١ وابن حزم - المحلى: ٥٢٠ / ٨.

(٢) ابن قدامة - المصدر المتقدم: ٤ / ١٩١.

(٣) انظر المرغيناني - الهداية: ٥ / ٢٤٠، والبابرتي - شرح العناية على الهداية: ٥ / ٢٤٠.

(٤) نسب ابن قدامة في (المغني: ٤ / ١٩٠) القول الى «أحمد أن البيع باطل، اختاره أبوبكر، وهو قول مالك، لأن النهي يقتضي الفساد». وانظر المرداوي - الانصاف: ٤ / ٣٩٥.

(٥) لاحظ الروايات الواردة عن النبي (عليه الصلاة والسلام) في النجش: «ولا تناشجوا» و «الناجش أكل ربا خائن ملعون» وأنه نهى عن النجش. وهكذا كلها تشير إلى النجش، ولم يرد فيها ذكر البيع.

يجوز أن يفسخ بيع صح بفساد شيء غيره، إذ لم يأت نهي قط عن البيع الذي ينجش فيه الناجش^(١)، بل قال الله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾^(٢).

لكن حيث قام هذا البيع على التدليس، والتغريب، والخداع، والغش، وترتب علي ذلك غبن فاحش، لم تجر العادة بمثله، فإن الشارع - حماية منه للطرف المتضرر، ورعاية له من الاضرار - منح المدلس عليه حق خيار التدليس، فإن شاء أمضى البيع، أو فسخه^(٣)، لأنه أقدم على هذا العقد بإرادة غير منورة - واشترط بعض الفقهاء الفورية في الخيار مع توفر القدرة^(٤).

النوع الثاني التدليس القولي

وإذا كانت واقعة التدليس قد اعتمدت في إحدى صورها طرقاً احتيالية، وفعلاً خادعاً، فسميت «تدليساً فعلياً» فإن الصورة الثانية من التدليس تعتمد القول الكاذب

(١) ابن حزم - المحلى: ٨ / ٥٢٠.

(٢) سورة البقرة - آية: ٢٧٥.

(٣) قال الشيخ الطوسي في (الخلاف: ١ / ٥٨١): «إذا اقترن به (أي بالنجش) غبن فاحش، فله الخيار في الفسخ». وقال ابن رشد في (بداية المجتهد: ٢ / ١٦٦): «قال مالك: هو (أي النجش) كالعيب، والمشتري بالخيار إن شاء أن يرد رد وان شاء أن يمسك أمسك».

وانظر: الدردير - الشرح الصغير: ٢ / ١٠٦. والصاوي - حاشيته على الشرح الصغير: ٣ / ١٠٦ والخرشي - شرح مختصر خليل: ٥ / ٨٣ والدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ٣ / ٦١.

وقول في الفقه الشافعي ذكره الشيرازي في (المهذب: ١ / ٢٩١) بقوله: «وإن كان النجش بمواطأة من البائع ففيه قولان: أحدهما - أن له الخيار بين الإمساك والرد لأنه دلس عليه فيثبت له الرد».

وابن قدامة في (المغني: ٤ / ١٩٠-١٩١) يرى «أن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله فللمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء».

ويقول ابن المرتضى في (البحر الزخار: ٤ / ٢٩٦): «ولا خيار للمشتري هنا إلا إذا حصلت مواطأة من البائع على النجش فيكون مدلساً، فيخير المشتري للفر».

(٤) انظر: المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢ / ٢٠ والعلامة الحلي - القواعد / متاجر: ١٠٦ متن مفتاح الكرامة.

الذي يغرر بالمتعاقدين فيوهمه ويغشه في إجراء تعاقد يحسبه في صالحه والحقيقة أنه خلاف ذلك. كان يقول البائع للمشتري أنه قد عرض عليّ ثمن أكثر من هذا ولكن آثرتك به مع قلة ما تدفعه، أو أن هذا الشيء ندر في الأسواق، ولن تجده بعد اليوم، فمتى كان الكذب من شأنه التفرير بالمتعاقدين، ودفعه الي إجراء التعاقد والحقاق الغبن الفاحش به كان هذا تدليساً.

ولكن هل مجرد الكذب يعيب العقد؟

ويثور التساؤل حول ما اذا كان مجرد الكذب يرتقي الى مستوى التدليس فيؤدي بالضرورة الى تعيب الارادة فيجعلها غير منورة.

وجمهور الفقهاء اعتبروا «بيع المراهبة مبني على الأمانة لاعتماد المشتري بنظر البائع واستقصائه وما رضىه لنفسه... فيجب على البائع حفظ الأمانة بالصدق في الاخبار عما اشترى به وعما قام به عليه»^(١).

ولهذا عمد الفقهاء - ونتيجة لهذا التدليس على المشتري - الى منح البائع حق تلافي ذلك الضرر بالرد أو الامساك، أو الحط من الزيادة، على خلاف في ذلك كما سيمر علينا الجزاء المترتب على هذه البيوع^(٢). ولم يشذ عنهم إلا ابن حزم الظاهري الذي اعتبر البيع صحيحاً، «والكاذب آثم في كذبه فقط»^(٣).

والقانون المدني العراقي أخذ هذه الناحية بنظر الاعتبار بشأن هذه البيوع فقد نص في المادة (١٢١ / ٢) على ما يلي:

«ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المراهبة، والتولية، والاشراك والضبيعة».

(١) العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٧ / ٤٤٥

(٢) راجع المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢ / ٤١ والبهوتي - كشف القناع: ٢ / ٢١٣، والكاساني - بدائع الصنائع: ٥ / ٢٢٥-٢٢٦، والرملي - نهاية المحتاج: ٤ / ١١٣، وابن جزي - القوانين الفقهية: ٢٦٣-٢٦٤، وابن المرتضى - البحر الزخار: ٤ / ٣٧٩.

(٣) ابن حزم - المحلى: ٩ / ١٧.

وهذا النص يوضح أن القانون المدني العراقي رأى أن الكذب يصلح لتحقيق التفرير، فلو كذب العاقد في الثمن الذي اشترى به المعقود عليه كان هذا منه خيانه، وهي ضرب من التفرير، ويستوي في ذلك ان يلجأ البائع لتأييد كذبه الى طرق احتيالية، أو لم يلجأ الى شيء من ذلك^(١).

والى هذا ذهب المدني الكويتي في المادة (١٢٥) ونصها:

«يعتبر بمثابة الحيل المكونة للتدليس الكذب في الادلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملابساته والسكوت عن ذكرها، اذا كان ذلك اخلاقاً بواجب في الصدق، أو المصارحة يفرضه القانون، أو الاتفاق، أو طبيعة المعاملة، أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن يجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرر به».

في حين اكتفى القانون المصري في المادة (١٢٥ / ١) بالاشارة الى أن التدليس القائم على الحيل التي يلجأ اليها أحد المتعاقدين يكفي في تحقيق التدليس وترتب الأثر عليه^(٢).

وهنا نتساءل عن موقف القانون المعاصر بصورة عامة بالنسبة لمجرد الكذب فما مدى أثره على العقد؟

والقاعدة في القانون المعاصر أن الكذب العادي - أي المجرد من الظروف التي تقتضي بصفة خاصة تجنبه - لا يعتبر تدليساً يشوب الرضا^(٣). بل العبرة أن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق، فحملة على التعاقد، واختار في ذلك الطريق الذي يصلح لهذا الغرض بالنسبة لهذا المتعاقد. فمن الناس من يصعب التدليس عليه، فتنصب له حبال معقدة، ومنهم من يسهل غشه، فيكتفى بالتدليس عليه بمجرد الكذب، وإيهامه بتأكيدات غير صحيحة^(٤). فالمسألة ترجع الى حالة

(١) د. غني طه - الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١ / ٢٠١.

(٢) نصت المادة (١٢٥ / ١) من القانون المدني المصري على الآتي: «يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد» وتطابقها المادة (١٢٢) التجارة الكويتي. والمدني لم يشير إلى هذا الشرط. راجع المواد ١٥١-١٥٥ مدني كويتي، المتعلقة بالتدليس.

(٣) د. عبدالفتاح - مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي: ١ / ١٨٩.

(٤) السنهوري - نظرية العقد: ٢٩٥.

المتعاقد الذي يرد التدليس عليه»^(١).

إذاً فالكذب هو أساس واقعة التدليس القولي، وهو قول غير الحقيقة ويمكن تصور حالتين للكذب رئيسيتين، تدخل صورها في تعيب ارادة المتعاقد، وهما: إما الكذب في الثمن الأصلي أو المثلث، أو الكذب في سعر السوق.

الصورة الأولى

الكذب في الثمن الأصلي أو المثلث

إن بيان الثمن الأصلي الذي اشترى به البائع السلعة له أهمية كبيرة في التعاقد، فهو الذي تقوم عليه الصفقة، ويطمئن اليه المشتري، وترتكز عليه ارادته، ويتوفر بذلك الرضا الذي هو مدار صحة التعامل. فالنزاهة والامانة من مقومات العقد، فإن اختل ذلك، اختل العقد. «لذلك يكون مجرد كذب البائع في الافضاء بهذا البيان الجوهرى

(١) قال السنهوري في (نظرية العقد: ٢٩٤-٢٩٥) هل مجرد الكذب يكفي للتدليس؟ «لا يشترط في التدليس المدني أن تكون الطرق الاحتيالية مستقلة عن الكذب قائمة بذاتها، كما يشترط ذلك في النصب الجنائي - ففي بعض الأحوال يكفي الكذب ذاته طريقاً احتيالية في التدليس، وتقضي المحاكم بأن التأكيدات غير صحيحة التي تصدر من أحد المتعاقدين ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذي يحمله على قبول التعاقد من شأنها أن تجعله باطلاً متى ثبت أنه لولا هذه التأكيدات لما حصل الرضاء، ويراعى في ذلك حالة المتعاقدين لمعرفة ما إذا كان من وقع عليه التأثير من السهل إيهامه والحصول على رضاء غير صحيح منه أم لا، وتقضي كذلك بأن الكذب للتحايل للحصول على عمل بإعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاية الطالب وخدماته السابقة من شأنه أن يؤثر التأثير الكافي في رضاء من تم التعاقد معه على العمل، وبذلك يكون العقد باطلاً لاستناده إلى غلط مفسد للرضا». ويقول السنهوري في (الوسيط: ٢٢١/١): «الطرق الاحتيالية تنطوي على جانبين: جانب مادي. هو الطرق المادية التي تستعمل للتأثير في إرادة الغير، وجانب معنوي. هو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع فالطرق المادية لا تقتصر عادة على مجرد الكذب بل كثيراً ما يصحب الكذب أعمال مادية تدعمه لاختفاء الحقيقة عن المتعاقد، فالمعيار ذاتي». وانظر: د. عبدالفتاح - مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي: ١٨٩. ود. عبدالحى - النظرية العامة للالتزام: ١/٣٥٦، ونقل في هامش (١) ذاتها عن بلانيول الفقيه الفرنسى: «بأن الكذب وحده يكفي لتكوين التدليس متى أفلح في إيقاع المتعاقد في الغلط». وأبو ستيت - نظرية الالتزام: ١/١٦٠، ود. اسماعيل غانم - في النظرية العامة للالتزام: ٢١١.

خيانةً وغشاً وتدليساً يزعزع التعامل في أساسه»^(١).
وكذلك أمر المثلث ولعل من أبرز مظاهر هذا القسم هو:

بيوع الأمانة

وقد ذكر الفقهاء بأن البيع باعتبار الثمن، إما أن يكون «مرابحة» أو «تولية» أو «مواضعة» وسنكمل الحديث عنها بما يلزم بها.

أولاً - حقيقة هذه البيوع:

١- في اللغة والفقه

١- المrabحة:

عرف اللغويون: الربح - بالكسر والتحريك :- اسم ما ربحه، وتجارة رابحة يربح فيها، وأرباحه على سلعته أعطاه ربحاً. وباع الشيء مرابحة. أعطاه مالاً مرابحة^(٢). وعرفه الفقهاء: «البيع برأس المال، وربح معلوم»^(٣).

(١) السنهوري - مصادر الحق: ٢ / ١٥٥.

(٢) راجع: الفيروز آبادي - القاموس المحيط، والرازي - مختار الصحاح - مادة (ربح).

(٣) انظر: ابن قدامة - المغني: ٤ / ١٦١ وعلي بن الحسين السفدي - الننف في الفتاوى: ١ / ١٨٦.

كما عرف المrabحة د. محمضاني في (الموجبات والعقود: ٤٢٧) بقوله: «بيع الشيء برأس المال مع ضم ربح معين متفق عليه».

ب - المواضعة:

في اللغة: وضع في تجارته ضعة ووضيعة - خسر. وأوضع بالضم - أي خسر فيها: يقال: وضع في تجارته^(١).

وفي الفقه: عرفت المواضعية: «أن يخبر برأس المال، ثم يقول: بعثك به ووضيعة كذا»^(٢).

كما عرفت بها بعض المصادر بأنها: «بيع بالثمن الذي صار الشيء به على البائع مع نقصان معلوم»^(٣).

ج - التولية:

لغة: التولية في البيع - نقل ما ملكه بالعقد الأول، وبالثمن الأول من غير زيادة^(٤). فقهاً: «أن يخبر برأس المال، ويبيعه به من غير زيادة ولا نقصان»^(٥).

٢- في القانون الوضعي

ولقد انفرد القانون المدني العراقي بتعريف هذه البيوع فقد نصت المادة (٣٥٠) على الآتي:

- (١) يجوز البيع مرابحة، أو تولية، أو إشراكاً، أو وضعية.
- (٢) والمرابحة: بيع بمثل الثمن الأول، الذي اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم.

(١) انظر - الفيروز آبادي - القاموس، والرازي - مختار الصحاح: مادة (وضع).

(٢) العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٧ / ٤٦٢.

(٣) د. محمضاني - المصدر المتقدم: ٤٢٧.

(٤) انظر: الفيروز آبادي - القاموس المحيط، والرازي - مختار الصحاح: مادة (ولي).

(٥) العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٧ / ٤٦١، وانظر ابن قدامة - المغني ٤ / ١٦٨ ود. محمضاني - الموجبات والعقود: ٤٢٧.

والتولية: بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص - والاشراك: تولية بعض المبيع ببعض الثمن والوضيعة: بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه. (٣) ويلزم في هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوماً تحرزاً عن الخيانة والتهمة».

إن حقيقة بيع المrabحة، والتولية، والمواضعة ببيع أمانة، وتقتضي أن يكون المتعاقد فيها أميناً مع تعامله مع الطرف الآخر، فلا يعمد إلى الغش والخديعة والتدليس في إخفاء حقيقة الثمن، أو المثلث، لأن أي تغرير بالمشتري عن طريق الكذب في عدم إظهار الواقع، أو عدم كشف حقيقة ثمن المعقود عليه - مثلاً - يعتبر تدليساً، وغشاً، وخديعة، وخيانة.

ولهذا فإن السغدّي^(١) - من فقهاء الحنفية - أطلق على هذه البيوع «خيار الخيانة» يقول السغدّي: «خيار الخيانة، وهو على ثلاثة أوجه: أحدها - أن البيع شيئاً على أنه تولية، أو مرابحة، أو مخاسرة، فوجده (المشتري) بخلاف ذلك فهو بالخيار إن شاء رده وإن شاء إمسك»^(٢).

إذاً فهذه الصور من البيوع قائمة على تحديد الثمن بصدق، فلا يجوز للبائع أن يكتم السعر الأصلي للسلعة، وعليه أن يذكر عند التعاقد مفصلاً عن الثمن وعن جميع ما يتعلق بالسلعة، كي لا تتسرب الشبهة لذلك، ومن أهم عوامل بعث الاطمئنان في نفس المتعاقد هو توفير الثقة في نفس المشتري ليقدّم على إجراء العقد بإرادة منورة.

يقول الكاساني: «إن بيع المrabحة والتولية بيع أمانة، لأن المشتري ائتمن في إخباره عن الثمن الأول من غير بينة، ولا استحلاف. فتجب صيانتها عن الخيانة وعن

(١) علي بن الحسين بن محمد السغدّي، أبو الحسن، فقيه حنفي، أصله من السغد بنواحي سمرقند. سكن بخارى، وولي بها القضاء، وانتهت إليه رئاسة الحنفية، ومات في بخارى عام ٤٦١ هـ من مؤلفاته: «النتف في الفتاوى» و«شرح الجامع الكبير» في الفقه الحنفي. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٩٠ / ٥.

(٢) السغدّي - النتف في الفتاوى: ١ / ٤٥٥ و ٢ / ٨٩٠.

سبب الخيانة والتهمة، لأن التحرز عن ذلك كله واجب ما أمكن، قال الله تعالى عز شأنه: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم، وأنتم تعلمون﴾^(١). وقال عليه الصلاة والسلام: «ليس منا من غشنا». وقال عليه الصلاة والسلام لأحد الصحابة: «الحلال بين، والحرام بين، وبينهما أمور متشابها، فدع ما يريبك إلى ما لا يريبك»^(٢). وقال عليه الصلاة والسلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر يقف مواقف المتهم»^(٣). والاحتراز عن الخيانة، وشبهة الخيانة، والتهمة إنما يحصل ببيان ما يجب بيانه»^(٤).

ونظراً إلى كون هذه البيوع موصوفة «ببيوع الأمانة» فإن مجرد الكذب من البائع، وعدم الافضاء بالحقيقة في ما يتعلق بالثمن، أو المثلث يعتبر خيانةً وغشاً وتدليساً بحيث يزعزع التعامل، ويدعو إلى عدم استقرار العقد.

(١) سورة الانفال - آية: ٢٧.

(٢) لم أعثر على النص المذكور في المصادر المتوفرة لدي، إنما جاء في وسائل الشيعة - كتاب القضاء مجلد ١٨ / ج ١٨ ص ١١٤ حديث رقم ٢٨ / باب وجوب التوقف والاحتياط عن الفضل بن الحسن الطبرسي أنه ذكر في تفسير الصغير الحديث «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك».

وجاء في المصدر المتقدم نفسه: ١٨ / ١٢٧ حديث رقم ٥٦ أن محمد بن مكي الشهيد الأول ذكر في كتابه الذكرى أن النبي (ص) قال: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك». وقال (ص): «من اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه». كما جاء في المصدر المذكور أعلاه: ١٨ / ١١٤ رقم الحديث ١٢ عن الامام أبي عبد الله الصادق عليه السلام قال رسول الله (ص): «حلال بين، وحرام بين، وشبهات بين ذلك، فمن ترك الشبهات نجا من المحرمات، ومن أخذ بالشبهات ارتكب المحرمات، وهلك من حيث لا يعلم...».

ثم قال في آخر الحديث: «فإن الوقوف عند الشبهات خير من الاقتحام في الهلكات».

وراجع: الكليني - الكافي: ١ / ٦٧ حديث ١٠. والطوسي - التهذيب: ٦ / ٢٠١ والصدوق - ما لا يحضره الفقيه: ٢ / ٥ والمجلسي - البحار: ٢ / ٢٥٩.

وروى البخاري في كتاب الايمان - باب (فضل من استبرأ لدينه: ١ / ١٩) القسم الأول من هذا الحديث: ولم يذكر القسم الأخير وهو «ما يريبك إلى ما لا يريبك» وروى الحاكم في المستدرک - كتاب البيوع: ٢ / ١٢ هذا القسم كحديث مستقل ونصه «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك، فإن الشر ريبة، والخير طمأنينة».

(٣) أورد هذا الحديث الكاساني - بدائع الصنائع: ٥ / ٢٢٣، ولم أعثر عليه في حدود تتبعي في المصادر المختصة بهذا النص.

(٤) الكاساني - بدائع الصنائع: ٥ / ٢٢٣.

الحقيقة الأولى - ما يتعلق بالثمن:

فعلى البائع أن يبين ما أحاط الثمن من ملابسات، وما اقترن به من أوصاف^(١).

الحقيقة الثانية - ما يتعلق بالمثمن:

كما عليه أن يذكر إن كانت السلعة قد بقيت على حالها عنده بعد انتقالها له بالشراء أو تعيبت، وإذا كانت قد تعيبت، فهل حدث ذلك قضاءً وقدرًا أو بحادث ما؟ بفعل من كانت بيده، أو بفعل غيره^(٢)؟

ثانياً - حكم هذه البيوع شرعاً:

من العقود التي عرفها المجتمع هذه البيوع الثلاث: المرابحة، والتولية، والمواضعة.

فلو تم التعاقد فيها، فما هو الحكم الشرعي لها؟
اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

(١) راجع: ابن قدامة - المغني: ١٦٢/٤، والبهوتي - كشف القناع: ٢٢٩-٢٣٠/٣، والمرداوي - الانصاف: ٤٤٢-٤٣٨/٤، والكاساني - بدائع الصنائع: ٢٢٤-٢٢٦/٥، والمرغيناني - الهداية: ٢٥٢-٢٥٨/٥، وابن مودود الموصلي - الاختيار: ٢٨-٢٩/٢، والسمرقندي - تحفة الفقهاء: ١٣٥/٢، والشافعي - الأم: ٩٣/٣، والشيرازي - المهذب: ٢٨٩/١، والشربيني - مغني المحتاج: ٧٨-٧٩/٢، والشهيدان - الروضة البهية: ٤٢٨-٤٢٩/٣، والعلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٤٤٤-٤٤٨/٧، والعاملي - مفتاح الكرامة / المتاجر: ٤٨٦-٤٨٩، والخطاب - المواهب الجليل: ٤٩١-٤٩٢/٤، والمواق - التاج والاكلیل: ٤٩١-٤٩٢، والدردير - على الشرح الكبير: ١٤٣/٣ - ١٤٦، والدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ١٤٤-١٤٩/٣، وابن المرتضى - البحر الزخار: ٣٧٧-٣٧٨/٤.

(٢) راجع: الكاساني - بدائع الصنائع: ٢٢٣/٥ والبهوتي - كشف القناع: ٢٢٣-٢٢٤/٣، والشهيدان - الروضة البهية: ٤٣٠/٣، والشربيني - مغني المحتاج: ٧٩/٢، والآبي - جواهر الاكلیل: ٥٧-٥٨/٢.

الأول - ذهب جمهور الفقهاء إلى جوازها^(١)، واستدلوا على قولهم بالآتي:

١- لشمولها بعموم قوله تعالى: ﴿ وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(٢).

٢- وما روي عن رسول الله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»^(٣).

٣- ولقد أجاز الامام الصادق بيع المرابحة عندما سأل أحد أصحابه «عن رجل يبتاع ثوباً فيطلب منه مرابحة، ترى في بيع المرابحة بأساً إذا صدق في المرابحة، وسمي ربحاً دانقين أو نصف درهم؟ فقال الامام: لا بأس»^(٤).

٤- وروي عن ابن مسعود أنه كان لا يرى بأساً به^(٥).

٥- ولأنها عقود مشروعة لتوفر شروط البيع فيها^(٦).

(١) قال العلامة الحلي في (تذكرة الفقهاء: ٧ / ٤٤١): «المواضعة والمرابحة والتولية جائز عندنا اجماعاً، إذ لا يجب على البائع ذكر رأس ماله، بل له أن يبيع بأزيد مما اشتراه اضعافاً مضاعفة، أو أقل، ولا نعلم فيه خلافاً. ويقول ابن قدامة في (المغني: ٤ / ١٦١): «بيع المرابحة: جائز لا خلاف في صحته، ولا نعلم عند أحد كراهته». ويرى ابن مودود الموصلي في (الاختيار: ٢ / ٢٩): أن «التولية بيع بالثمن الأول، والمرابحة بزيادة والوضيعة بنقيصة... عقود مشروعة لوجود شرائطها».

وقال ابن المرتضى في (البحر الزخار: ٤ / ٣٧٧): «المرابحة نقل المبيع بالثمن الاول وزيادة، ولو من غير جنسه، أو بعضه، وزيادة بلفظها أو بلفظ البيع، وهي عند العترة مشروعة». وصرح الشربيني في (مغنى المحتاج: ٢ / ٧٧) قائلاً: «ويصح بيع المرابحة من غير كراهة». ونقل المواق في (التاج والاكلیل: ٤ / ٤٨٨) عن ابن عرفة أنه قال: «المذهب جواز بيع المرابحة» ومع هذا فقد نقل المواق في (المصدر ذاته والصفحة) أن «الأحب خلافة» كما في المتن لمختصر خليل.

(٢) انظر: الشربيني - مغنى المحتاج: ٢ / ٧٧ وابن المرتضى - البحر الزخار: ٤ / ٣٧٧.

(٣) الشيرازي - المذهب: ١ / ٢٨٨. وذكر الحر العاملي في (وسائل الشيعة: مجلد ١٢ / ج ٦ / ٤٤٠ كتاب التجارة، باب (حكم الدقيق والسويق) حديث رقم ٩ عن الامام ابي جعفر الباقر عليه السلام انه قال: «إذا اختلف الشيطان فلا بأس مثلين بمثل يداً بيد» وراجع باب (جواز بيع المختلفين) حديث رقم ١٢ المصدر المتقدم: ٦ / ٤٤٢ بزيادة «فلا بأس به، مثلين...».

(٤) العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٧ / ٤٤١-٤٤٢.

(٥) الشيرازي - المصدر المتقدم والصفحة.

(٦) ابن مودود - الاختيار: ٢ / ٢٩.

٦- تعامل الناس بمثل هذا البيع منذ الصدر الأول إلى يومنا هذا^(١).
وينتهي القائلون بالجواز إلى أنه لا يجب على البائع ذكر رأس ماله، له أن يبيع بأزيد مما اشتراه أضعافاً مضاعفة، أو أقل من ذلك^(٢).
الثاني - وذهب بعض الفقهاء إلى القول بكراهة هذا البيع^(٣)، أو عدم جوازه^(٤).
ومنشأ هذا القول، هو احتمال جهالة قدر الثمن في حال العقد^(٥)، أو لما فيها من مشابهة الربا^(٦).

الرأي المختار:

ولنا أن نختار القول بالصحة لما يلي:

١- ففي شبهة الكراهة عن هذه البيوع أن مدعي الكراهة يرى أن الثمن مجهول حال العقد، وقد يحتاج في معرفته إلى الحساب، وهذا مردود.

(١) ابن مودود - المصدر المشار اليه والصفحة.

(٢) العلامة الحلي - المصدر السالف الذكر: ٧ / ٤٤١. وانظر: ابن قدامة المصدر السابق: ٤ / ١٦١.

(٣) قال ابن قدامة في (المغني: ٤ / ١٦١): «وقد رويت كراهته عن ابن عمر وابن عباس، ومسروق، والحسن، وعكرمة، وسعيد بن جبير، وعطاء بن يسار». ونقل الحطاب في (المواهب الجليل: ٤ / ١٨٩): «أن ابن عبد السلام انما حكى عن لقي من شيوخه انه يكره للعامة الاكثار منه، ويحتمل أن يكون أراد به قول ابن رشد: البيع علي المكايسة والمحاكاة أحب الى أهل العلم وأحسن عنده».

(٤) وذكر ابن قدامة في (المغني: ٤ / ١٦١) انه «قال اسحاق بن راهوته: لا يجوز لأن الثمن مجهول حال العقد فلم يجز، كما لو باعه بما يخرج به في الحساب». ونسب الشربيني في (مغني المحتاج - ٢ / ٧٧) القول عن عكرمة انه حرام. وقال المواق في (التاج والاكلیل: ٤ / ٤٨٨): «مال المازري لمنعه إن افترقت جملة اجزاء الربح لفكرة حسابية».

(٥) قال ابن قدامة في (المصدر المتقدم: ٤ / ١٦٢): «وجه الكراهة: أن ابن عمر وابن عباس كرها، ولم نعلم لهما في الصحابة مخالفاً، ولأن فيه نوعاً من الجهالة، والتحرز عنها أولى». ويقول العلامة الحلي في تذكرة الفقهاء: (٧ / ٤٤٢): «وجملوا ما رووا عن ابن عباس وابن عمر بأن الكراهية لما فيه من اداء الامانة وتحملها».

(٦) قال العلامة الحلي في (المصدر المتقدم: ٧ / ٤٤١): «وبيع المرابحة أغنى نسبة الربح الى الثمن هو جائز على كراهية ... لما فيه من مشابهة الربا».

أ- إن رأس المال معلوم، والربح معلوم، فوجب أن يجوز، كما لو قال: بعثك بمائة وربح عشرة دراهم^(١).

ب- وأنه منقوض بما إذا قال: بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، وهي مجهولة (أي مجهول مقدار الصبرة كم قفيز هي) فإنه يجوز عند المدعي لما كانت مجهولة الجملة معلومة عند التفصيل (أي بعد أن يوزع الصبرة في القفيز يظهر مقدار الصبرة) بخلاف ما يخرج به الحساب لأنه مجهول في الجملة والتفصيل معاً^(٢). وقال عامة الفقهاء ليس بمكروه للعلم برأس المال، وقدر الربح فكان جائزاً^(٣).

٢- أما دعوى المشابهة بالربا فيمكن مناقشتها بالآتي:

أ- الامام الصادق قد رد على سؤال أحدهم بأن الرجل يبتاع ثوباً فيطلب منه مرابحة ترى في بيع المrabحة بأساً إذا صدق في المrabحة، وسمي ربحاً دانقين أو نصف درهم؟ «فقال: لا بأس»^(٤).

ب- إن قسماً من الفقهاء نقلوا القول بجواز هذه البيوع ولم يعرف في ذلك خلاف^(٥).

ج- إن هذه العقود مشروعة وتوفرت فيها شروط البيع فصحت، وإذا شككنا بأنها مشابهة للربا فالاصل الصحة^(٦).

هذا بالاضافة إلى قوة أدلة القائلين بالصحة - والتي تقدم ذكرها - يترجح لنا القول بجواز هذه البيوع، خاصة إذا أخذنا بنظر الاعتبار أن المقصود بهذه الكراهة «كراهة تنزيه»^(٧).

(١) انظر: العلامة الحلي - المصدر السابق: ٤٤٢/٧ وابن قدامة - المصدر سالف الذكر: ٤/١٦٢ والشيرازي - المهذب: ١/٢٨٨.

(٢) وتوضيحاً لهذا الفقرة أنه يقول: أما ما يحتاج اجزاء الربح الى حساب فإنه مجهول جملة وتفصيلاً.

(٣) العلامة الحلي - في المصدر المتقدم والصفحة. وابن قدامة في المصدر سالف الذكر والصفحة.

(٤) العلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٧/٤٤١-٤٤٢.

(٥) العلامة الحلي - المصدر المتقدم: ٧/٤٤٢ وابن قدامة - المغني: ٤/١٦١.

(٦) العلامة الحلي - المصدر المتقدم والصفحة.

(٧) ابن قدامة - المرجع المشار إليه: ٤/١٦٢.

كما أنه من الممكن أن «تزول الكراهية بنسبة الربح إلى السلعة، بأن يقول: هذه السلعة عليّ بعشرة، وبعثتها بأحد عشر، أو اثني عشر، فإنه جائز إجماعاً، لما تقدم من الأخبار^(١)، وزوال مقتضي الكراهية من تطرق الجهل، ومن مشابهة الربا»^(٢).

ثالثاً - الجزاء المترتب على هذه البيوع:

فلو ظهر في بيع المرابحة إبهام، أو كذب، بحيث أدى إلى خيانة وتدليس بما يضر الطرف الآخر فقد منحه الفقهاء حق تلافي ما حصل له من الضرر، نظراً إلى أنه ارتبط بهذه المعاملة بإرادة غير منورة، أما الجزاء فيمكن تلخيصه بما يلي:

١- ذهب الفقه الامامي إلى أن للمشتري حق الخيار بين الرد والامساك في حالة كذب البائع عليه، وعدم اطلاعه على حقيقة الثمن والربح، فيكون بذلك قد دلس عليه وغرر به، فلو حط البائع الزيادة من قيمة الثمن الأصلية سقط الخيار، ولا فرق بين أن يظهر الكذب في قدر الثمن، أو جنسه أو وصفه أو حلوله، أو قلة أجله^(٣).

٢- وفي الفقه الحنبلي، فالذي عليه المذهب أن للمشتري في حالة الكذب عليه بحقيقة الثمن حط الزيادة، ولا خيار^(٤).

(١) ذكر العلامة الحلي في (المصدر المتقدم: ٧ / ٤٤١) بعض الأخبار في هذا الصدد عن الامام الصادق عليه السلام.

(٢) العلامة الحلي في (المصدر المتقدم: ٤ / ٤٤٢).

ونقل مثله العاملي في (مفتاح الكرامة / المتاجر: ٤٤٢) عن ابن ابريس في السرائر أنه قال: «ولا بأس بأن يكون محمولاً على المتاع. ومثال ذلك أن يقول: هذا المبيع اشتريته بمائة دينار، ويذكر نقدها، وبعثك اياه بمائة وعشرة دنانير فهذا لا مكروه، ولا محذور على القولين معاً».

ولقد ذكر ابن قدامة في (المصدر المذكور: ٤ / ١٦١-١٦٢): «ورخص في (أي في هذا البيع) سعيد بن المسيب، وابن سيرين، وشريح، والنخعي، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي، وابن المنذر».

(٣) انظر: المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢ / ٤١، والعلامة الحلي - تذكرة الفقهاء: ٧ / ٤٥٣.

(٤) راجع: الخرقى - المختصر - مطبوع في متن المغني لابن قدامة: ٤ / ١٦١ والبهوتي - كشف القناع: ٣ / ٢٣١

والمرداوي - الانصاف: ٤ / ٤٣٩ وابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير على متن المقنع: ٤ / ١٠٠-١٠٣ وابن

النجار - منتهى الارادات: ١ / ٢٦٧.

وهناك قول روي عن أحمد بن حنبل بأن للمشتري حق الخيار، بين أخذ المبيع برأس ماله، وحصلته من الربح، وبين تركه^(١).

٣- واختلف أعلام الفقه الحنفي الثلاثة في الجزاء المترتب على هذه البيوع فيرى أبو حنيفة في التولية أن العبرة بالثمن الأول، لأن التولية لا تكون إذا اشترى المبتاع بثمان يزيد أو ينقص، فإن ظهرت خيانة تعين حطها. أما في المراجعة فالعبرة بالثمن المسمى الذي اشترى به المبتاع، إذ الخيانة في المراجعة لا تغير من وصفها، بل تبقى مراجعة، ولكن بربح أكبر، فإن ظهرت خيانة كان هذا فواتاً لو صف مرغوب فيه فيتخير المشتري، فإن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده.

أما أبو يوسف، فالعبرة عنده في المراجعة والتولية بالثمن الأول، فهو الذي انبنى عليه العقد فإن اطلع المشتري على خيانة حطها من الثمن الذي اشترى به. والعبرة عند محمد بالثمن المسمى الذي اشترى به المبتاع وقد قام العقد عليه فإن ظهرت خيانة تخير المشتري فيهما^(٢).

٤- ويذهب الفقه الزيدي - كما نقل ابن المرتضى^(٣) - إلى الخيار للمشتري عندما تحدث خيانة في الثمن أو المبيع فيما إذا كانت السلعة باقية، والارض لو تلفت^(٤).
٥- وفي الفقه الشافعي قولان: الحط من الزيادة، والخيار للمشتري وإن كان الأظهر عند بعض فقهاءهم هو حط الزيادة^(٥).

(١) انظر: ابن قدامة - المغني: ٤ / ١٦٢ والبهوتي - كشف القناع: ٣ / ٢٣١.

(٢) انظر الكاساني - بدائع الصنائع: ٥ / ٢٢٥-٢٢٦، والمرغيناني - الهداية: ٥ / ٢٥٦-٢٥٧ وابن مودود الموصلي -

الاختيار: ٢ / ٣٠ والسفدي - النتف في الفتاوى: ١ / ٤٥٥ و ٨٩٠ والسمرقندي - تحفة الفقهاء: ٢ / ١٣٧-١٣٨.

(٣) أحمد بن يحيى بن المرتضى بن مفضل بن منصور الحسيني من أئمة الزيدية باليمن، ولد في ذمار عام ٧٧٥هـ وبويع بالامامة بعد موت الناصر سنة ٧٩٣هـ في صنعاء، ولقب بالمهدي لدين الله. عالماً بالدين والآداب، عكف على التصنيف الى حين وفاته عام ٨٤٠هـ في جبل حجة غربي صنعاء من مؤلفاته «البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار» و «الازهار في فقه الأئمة الأخيار» في الفقه. ترجمه الزركلي - الاعلام: ١ / ٢٥٥.

(٤) ابن المرتضى - البحر الزخار: ٤ / ٣٧٩.

(٥) انظر: الشافعي - الأم: ٣ / ٩٢ والرمل - مغني المحتاج: ٤ / ١١٣.

ولكن في حالة ابتياعه السلعة بثمن مؤجل لم يخير بثمن مطلق، فإن باعه مرابحة، ولم يخير المشتري بالأجل، ثم علم المشتري بذلك ثبت له الخيار للتدليس^(١).

٦. ولم يختلف الفقه المالكي عن الرأي الذي يؤكد على الخيار، فيما إذا كذب البائع في التعريف بالثمن، فإذا اطلع المشتري على الزيادة في الثمن، كان له الخيار في أن يمسك بجميع الثمن أو أن يرده رده، إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة، وما يلحقها من الربح، فيلزمه المشتري^(٢).

٧. والفقه الظاهري لا يأخذ بنظر الاعتبار كذب البائع في حقيقة السلعة ولا يؤثر ذلك في صحة البيع، وإذا كان هناك من أثر في صحة البيع فيعود إلى وجود العيب الذي يمنح المشتري حق الخيار، وذلك لتوفر الخديعة في المعاملة^(٣).

ونستخلص من مجموع ما تقدم بشأن هذه البيوع الثلاثة مبدأين بشأن الجزاء المترتب على مخالفة شروطها، وهما:

١. القول بالخيار بين الرد والامساك، وإليه ذهب فقهاء الامامية، والمالكية، والزيدية، وأبو حنيفة في خصوص المرابحة، ومحمد بن الحسن في المرابحة والتولية، وهو قول للحنابلة غير مشهور، وقول للشافعية.

٢. القول الحط من الزيادة، ولا خيار، وبه أخذ المذهب الحنبلي، وهو الأظهر عندهم، وأبو حنيفة في التولية، وأبو يوسف في المرابحة والتولية.

هذا هو رأي الشريعة الاسلامية في هذه البيوع الثلاثة، والتي تعتبر أبرز مظهر للكذب في الثمن الأصلي، وهو القسم الأول من التدليس القولي.

أما موقف القانون الوضعي من الجزاء المترتب على هذه البيوع الثلاثة، فقد نص القانون المدني العراقي في مادته (١٢١) بما يلي:

(١) الشيرازي - المذهب: ٨٩ / ١.

(٢) راجع: ابن جزي - القوانين الفقهية: ٢٦٣-٢٦٤. والمواق - التاج والاكلیل: ٤ / ٤٩١، والآبي - جواهر الاكلیل:

٥٨ / ٢، والدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ١٤٨ / ٣.

(٣) ابن حزم - المحلى: ١٧ / ٩.

« ١- إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر، وتحقق أن في العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون، فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنقل دعوى التغيرير لوارثه.

٢- ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المراهبة، والتولية، والاشراك والوضيعة».

وترى بعض المصادر القانونية أن القانون المدني العراقي قد وفق بين نظرية التدليس في القانون المصري، وأحكام الفقه الاسلامي في هذا الشأن^(١).

الصورة الثانية

الكذب في سعر السوق

وكما يكون الكذب في الثمن الأصلي سبباً في تحقيق أو قيام واقعة التدليس وتأثيرها على تعيب الارادة، فكذلك الكذب في سعر السوق له آثاره على إرادة البائع الذي يقصد البلد من أجل بيع بضاعته وبيعها في السوق المعد لها ليطمئن إلى السعر الواقعي لها. لكن المشتري بدل أن يصدق معه - وهو يستغل عدم معرفته بالسوق المحلية - يشتري منه بضاعته، بعد أن يخدعه في السعر، ويغشه، ويغبنه.

ويعرض الفقهاء هذه المسألة في حالتين من البيوع هما:

(١) د. الصده - محاضرات في الفقه المدني: ١ / ١٨٧.

أولاً: تلقي الركبان:

١- حقيقته

بيع «تلقى الركبان» واحد من عدة بيوع نهى عنها الرسول الأعظم (ص) وقد عرفه الفقهاء:

«بأن يتلقى شخص طائفة يحملون متاعاً - طعاماً أو غيره - إلى البلد، فيشتريه منهم قبل قدومهم البلد، ومعرفتهم بالسعر»^(١).

وقد يسمى هذا البيع بـ «تلقى الجلب»^(٢)، أو «تلقى السلع»^(٣) أو «تلقى البيوع»^(٤).

٢- حكمه الشرعي

ولقد وردت عدة روايات عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مفادها النهي عن هذا البيع، منها «قال رسول الله عليه الصلاة والسلام: لا تلقوا الركبان»^(٥). وما روي

(١) الشربيني - مغني المحتاج: ٢ / ٢٦ وبهذا المعنى قال كل من العاملي - مفتاح الكرامة: ٤ / ١٠٢، والكاساني - بدائع الصنائع: ٥ / ٢٣٢ والخطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٢٧٩ وابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير: ٤ / ٧٨.

(٢) الشوكاني - نيل الأوطار: ٥ / ١٨٨.

(٣) انظر: الخطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٢٧٨ - وابن جزي - القوانين الفقهية: ٢٨٥ وبهاء الدين المقدسي - العدة في شرح العمدة: ٢١٩.

(٤) الشوكاني - المصدر المتقدم والصفحة.

(٥) صحيح البخاري - كتاب البيوع / باب النهي للبائع أن لا يحفل الابل والبقر، والغنم، وكل محفلة: ٢ / ١٨.

عن ابن مسعود انه قال: نهى رسول الله عليه أفضل الصلاة والسلام عن تلقي البيوع^(١). وروى الامام جعفر بن محمد عن جده رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: «لا يتلقى أحدكم تجارة خارجاً من المصر»^(٢). إلى غير ذلك من الروايات^(٣).

وقد اختلف الفقهاء في مفاد هذا النهي النبوي، فهل هو للحرمة أو للكره؟
أ- الحرمة: فقد ذهب إلى هذا القول جمع من فقهاء المسلمين، إذ النهي - على حد رأيهم - يفيد الحرمة، وهو لا يرجع لمعنى في البيع، إنما هو لضرب من الخديعة^(٤).

-
- (١) صحيح البخاري - كتاب البيوع / باب النهي للبائع أن لا يحفل الابل والبقر، والغنم، وكل محفلة: ١٨ / ٢.
- (٢) الحر العاملي - وسائل الشيعة: ١٢ / ٢٢٦ ورواه ابو حنيفة المغربي - دعائم الاسلام: ٢٩ / ٢.
- (٣) انظر البخاري - المصدر المتقدم والكتاب والباب، وصحيح مسلم في كتاب البيوع / باب تحريم الرجل على بيع أخيه وباب (تحريم تلقي الجلب).
- (٤) نقل العاملي في (مفتاح الكرامة: ١٠٢ / ٤) ان القائلين بالحرمة من الامامية هم: «التقي، والفاضل على ما نقل عنهما، وابن ادریس، والمصنف (العلامة الحلي) في المنتهى، على ما حكى عنه، والشهيد في الدروس والمحقق الثاني في حواشيه الثلاث، وقد حكاها في الرياض عن مظاهر الدروس». وقال البهوتي في (كشاف القناع: ٢ / ٢١١): «وقيل يحرم (تلقي الركبان) وهو أولى». ويقول الشيرازي في المذهب: ١ / ٢٩٢: «ويحرم تلقي الركبان، وهو أن يتلقى القافلة، ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم». ونقل ابن رشد في (بداية المجتهد: ١٦٥ / ٢): «ورأى (مالك) أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق». وذكر الصاوي في (حاشيته على الشرح الصغير: ١٠٨ / ٢): «وقيل: إن النهي اذا كان التلقي على مسافة فرسخ - أي ثلاثة أميال - فلا يحرم اذا كان على أكثر منه، وقيل: اذا كان على ميل فإن كان على أزيد فلا يحرم، والأول أرجحها». وانظر الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير: ٢ / ٧٦٢.
- وصرح الكاساني في بدائع الصنائع: ٥ / ٢٢٢ بالكرهية. وقد تقدمت الإشارة إلى أن الكراهية عند الحنفية تفيد التحريم. يراجع (الخضري - أصول الفقه: ٤٤ طبع دار السعادة - القاهرة ١٩٦٤).
- ويستفيد الشوكاني في (نيل الأوطار: ٥ / ١٨٨) من الأحاديث الناهية عن النبي عليه الصلاة والسلام أن «فيه دليل على أن التلقي محرم» أما ابن حزم في (المحلي: ٨ / ٥٢٠) فيقول: «ولا يحل لأحد تلقي الجلب، سواء خرج لذلك أو كان ساكناً على طريق الجلاب، وسواء بعد موضع تلقيه أم قرب، ولو أنه على السوق على ذراع فصاعداً».

ب- الكراهة: وقد ذهب إلى القول بها كثير من الفقهاء^(١)، على أساس أن الأصل في التصرف الصحة، إلا أن يرد عليه أمر بالحرمة، والأمر منتف في هذا الشأن والكراهة هنا للنهي النبوي.

٣- شروط تحقق بيع التلقي

وقد ذكر الفقهاء شروطاً لتحقيق واقعة بيع تلقي الركبان وأهمها:

الأول- علم الطرف المتلقي بالنهي النبوي^(٢).

الثاني- أن يكون المتلقي قاصداً القافلة لغرض استغلال أصحاب المؤن، والاستفادة منهم بالشراء^(٣).

(١) القول بالكراهة رأي جمهرة من الفقهاء، منهم الشيخ الطوسي في (النهاية: ٢٧٥) يقول: «واما التلقي فهو أن يستقبل الانسان الامتعة والمتاجر على اختلاف أجناسها خارج البلد، فيشتريها من أربابها ولا يعلمون هم بسعر البلد، فمن فعل ذلك، فقد ارتكب مكروهاً، لما في ذلك من المغالطات والمغابنات» ومثله عن المحقق الحلي في (شرائع الاسلام: ٢٠ / ٢) ونقل العاملي في (مفتاح الكرامة: ١٠١ / ٤) الكراهة عن الشيخ المفيد في المقنعة، وسار في المراسم، وابن حمزة الطوسي في الوسيلة، والمحقق الحلي في المختصر النافع، والعلامة الحلي في تذكرة الفقهاء، والمنتهى، والمختلف، والتحرير والارشاد، وولده فخر المحققين في ايضاح الفوائد، والشهيد الأول في اللمعة والفاضل المقداد في التنقيح، والشهيد الثاني في الروضة البهية، ومسالك الافهام، والمقدس الاردبيلي في مجمع البرهان».

ونقل البهوتي في (كشاف القناع: ٢١١ / ٣) عن صاحب الرعاية انه قال «يكراه تلقي الركبان» وذكر ابن قدامة في (المغني: ١٩٦ / ٤): «وكراهه أكثر أهل العلم منهم عمر بن عبدالعزيز، ومالك، والليث، والاوزاعي والشافعي واسحاق».

وقال الشبرايملي في (حاشيته على شرح المنهاج: ٤٥٠ / ٣) في معرض حديثه عن تلقي الركبان: «أقول: ولو قيل: بعدم الحرمة في هذه الصورة (أي صورة تلقي الركبان) لم يكن بعيداً، سيما اذا كان المشتري أو البائع محتاجاً الى ذلك».

وجاء عن الأوزاعي في حكم تلقي الركبان «أن ذلك مكروه، لثلا ينفرد المتلقي بالسلعة دون أهل السوق ... وبه قال جمهور العلماء. وإليه ذهب مالك والشافعي، وأحمد في رواية عنه» انظر: فقه الامام الأوزاعي: ١٨١ / ٢.

(٢) العاملي في (مفتاح الكرامة: ١٠٢ / ٤): «ويشترط علم المتلقي بالنهي» كما قال ابن دقيق العيد في (المنتقى من أحكام الأحكام: ١٤٥): «فإن كان (القاصد) عالماً بالنهي قاصداً للتلقي فهو حرام». وقال الحيمي في (الروض النضير: ٣٠٤ / ٣) «ولا أن يكون المتلقي عالماً بالنهي عن التلقي».

(٣) قال العاملي في (مفتاح الكرامة: ١٠٢ / ٤-١٠٣): «ومنها (أي من الشروط) كون الخروج بقصد ذلك (أي الشراء)

←

الثالث - عدم إخبار المشتري أصحاب المؤن بأسعار السوق الحقيقية، ومحاولة تضليلهم وخداعهم عن الوصول إلى حقيقة السعر^(١).

وهذه هي أهم الشروط التي لا بد من توفرها في واقعة هذا البيع^(٢). أما ما ذهب إليه بعض الفقهاء من تحديد مسافة معينة لتحقيق معنى التلقي والتي يدور حولها المنع واختلفوا في مقدارها، فمنهم من حددها بميل واحد^(٣) وآخر بفرسخ - وهو ثلاثة أميال^(٤)، وقسم ستة أميال^(٥) وهكذا. فلا أرى ضرورة له، إنما للعرف دوره في تحديد المسافة فإذا كان قصد المتلقي هو استغلال جهالة البائع، والاستفادة من عدم

→

فلو خرج لا لذلك لم يكره ولا يكره لو وقع اتفاقاً، ولا إذا كان الخروج لغير المعاملة لعدم صدق المتلقي وقد نص على ذلك جمع غفير. وكذا لو تلقى ولم يعامل أو خرج قاصداً ثم ندم وعزم على العدم ثم عامل وكذا لو خرج لا للمعاملة، لكن الباعة إلتمسوا منه الشراء علماً منهم بسعر البلد وبدونه».

وفي رأي الشافعية يقول الشيرازي في المذهب: ١ / ٢٩٢): «وإن خرج الى خارج البلد لحاجة غير التلقي فرأى القافلة، فهل يجوز أن يبتاع منهم؟ فيه وجهان: أحدهما: يجوز، لأنه لم يقصد التلقي. والثاني: لا يجوز، لأن المنع من التلقي للبيع، وهذا المعنى موجود، وإن لم يقصد التلقي فلم يجز».

وذكر المواق في (التاج والاكلیل: ٤ / ٢٧٩): «وروى محمد إن خرج قوم لغزو، أو تجر، فلقوا سلعاً جاز شراؤهم لأكلهم، لا لتجر».

ويقول الشوكاني في (نيل الاوطار: ٥ / ١٨٩): «ولا يجوز تلقّيهم للبيع منهم كما لا يجوز للشراء منهم، لأن العلة التي هي مراعاة الجالب، أو أهل السوق أو الجميع حاصلة في ذلك». واشترط الحيمي في (الروض النضير: ٣ / ٣٠٤): «وإن يخرج قاصداً له، فإن خرج لشغل آخر فرأهم مقبلين فاشترى، ففيه تردد، إذ صيغة التلقي تشعر بالتكلف لفعله والقصد اليه كما يقال - تأمل وتفتن - وعلة النهي تشمل جميع الصور، وهي إزالة الضرر عن الجالب وصيانته ممن يخدعه». وفي رأي ابن حزم في (المحلى: ٨ / ٥٢٠): «ولا يحل لأحد تلقي الجلب سواء خرج لذلك أو كان ساكناً على طريق الجلاب، وسواء بعد موضع تلقية أم قرب، ولو أنه على السوق على ذراع فصاعداً، لا لأضحية، ولا لقوت، ولا لغير ذلك، أضر ذلك بالناس أو لم يضر».

(١) الشوكاني - نيل الأوطار: ٥ / ١٨٩ قال: «وشرط الجويني في النهي أن يكذب المتلقى في سعر البلد ويشترى منهم بأقل من ثمن المثل».

(٢) وذكر الشوكاني شروطاً أخرى ذكرها بعض الفقهاء، يقول: «وشرط المتولي من اصحاب الشافعية أن يخبرهم بكثرة المؤنة عليهم في الدخول. وشرط ابو اسحاق الشيرازي أن يخبرهم بكساد ما معهم. (يقول الشوكاني) والكل من هذه الشروط لا دليل عليه».

(٣) ابن جزي - القوانين الفقهية: ٢٨٥.

(٤) الدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ٣ / ٦٢.

(٥) العاملي - مفتاح الكرامة: ٤ / ١٠٥.

معرفته، وأنه بلغ مسافة لا يمكنه فيها معرفة سعر السوق المحلية، فإن تحقيق المعنى يتوفر سواء أكانت المسافة قصيرة أم طويلة، لأن العلة قد تحققت للمتلقي، وهو خداع البائع وغشه وتضليله فأقدم على عقد الصفقة بإرادة غير منورة.

نعم المهم أن لا يكون البائع مقصراً في معرفة سعر السوق، فلو كان - مثلاً - على مقربة من السوق، كان عليه أن يتفحص ويتعرف على السعر، كما صرح بذلك بعض الفقهاء: «سواء بعد موضع تلقية أو قرب، ولو أنه عن السوق على ذراع فصاعداً^(١)». ويقول الآخر: «وظاهر إطلاق التلقي يعم المسافة القريبة والبعيدة، ويكون ابتداءه من خارج السوق الذي يباع فيه المجلوب»^(٢).

٤- الجزاء المترتب على هذا البيع

وكما اختلف الفقهاء في حكمه من حيث الحرمة والكراهة، كذلك اختلفوا في الجزاء المترتب عليه من حيث الصحة والبطالان فيما لو فرضنا أن البائع رغم النهي بتلقي الركبان اشترى منهم فهل يقع العقد صحيحاً أم باطلاً؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:

الأول - البطلان: وهو قول للحنابلة^(٣)، ورأي عند المالكية^(٤)، مستدلين بأن مفاد

(١) ابن حزم - المحلى: ٨ / ٥٢٠.

(٢) الحيمي - الروض النضير: ٣ / ٣٠٤.

(٣) قال ابن قدامة في (المغني: ٤ / ١٩٦): «وحكي عن أحمد رواية أخرى: إن البيع فاسد لظاهر النهي» ونسب المرداوي في (الانصاف: ٤ / ٣٩٤) إلى أبي بكر أحمد بن محمد الدينوري من أئمة المذهب الحنبلي القول باختياره البطلان.

(٤) قال الباجي في (المنتقى: ٥ / ١٠٢): «إذا ثبت ذلك فإن وقع التلقي من إنسان فلمالك قولان في الموازية. روى ابن وهب عنه ينزع منه ما ابتاع فتباع لأهل السوق، واختار ابن المواز أن يرد شراؤه، وترد على بائعها... ووجه قول ابن المواز ما احتج به من أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عنه، وما نهى عنه فهو مردود، وهذا قد قال به قوم من أصحابنا إن النهي يقتضي فساد المنهي عنه».

النهي الوارد في الأحاديث الشريفة يقتضي الفساد^(١) وأن هذا البيع انبني على الخداع، وصاحبه آثم إذا كان عالماً به^(٢).

الثاني - صحة العقد: وإلى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء واستدلوا على رأيهم بالآتي:

أ - إن النهي الوارد في الأحاديث الشريفة لم ينصب على نفس العقد، بل يعود على وصف ملازم له، وهو الخديعة، فلا يقتضي النهي الفساد، إنما هو لأجل الأضرار بالركبان، وهذا لا يخل في أصل البيع^(٣).

ب - ما ثبت بالحديث الشريف من أن للبائع الخيار، والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح^(٤).

٥- الرأي المختار في حكم هذا البيع وجزائه

وبعد أن عرضنا رأي الفقهاء في حكم بيع «تلقى الركبان» سواء القول بالحرمة أو الكراهة ثم أقوالهم - أيضاً - في الجزاء المترتب عليه من حيث الصحة والبطالان ومجمل أدلتهم في الأمرين، لنا أن نختار القول بصحة البيع رغم كراهته، للأسباب التالية:

الأول: إن النهي النبوي ورد لا لمعنى في البيع، بل يعود إلى ما ينطوي عليه من الخداع والغش^(٥).

(١) الباجي - المنتقى: ١٠٢/ ٥ وانظر: المواق - التاج والاكلیل: ٣٧٩/ ٤ وابن قدامة - المغني: ١٩٦/ ٤.

(٢) الصنعاني - العمدة على عمدة الأحكام: ٣٢/ ٤ المطبعة السلفية القاهرة ١٣٧٩ هـ في هامش أحكام الأحكام لابن دقيق العيد.

(٣) ابن قدامة - المغني: ١٩٦/ ٤.

(٤) الشوكاني - نيل الأوطار: ١٨٨/ ٥.

(٥) قال ابن قدامة في (المغني: ١٠٣/ ٤): «لأن النهي لا لمعنى في البيع بل يعود الى ضرب من الخديعة».

الثاني - إن النهي الوارد لا يفيد أكثر من أمر إرشادي، وهذا لا يرقى إلى الحرمة، لكنه غير مرغوب فيه، فهذا مفاد الكراهة.

الثالث - إن البيع تم مستوفياً لشروطه، والخداع والغش السابقان لا يوقفان صحة البيع، رغم كراهته.

الرابع - إن بعض الروايات ورد فيها: «فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق» ومقتضى ذلك نفاذ البيع وترتب الجزاء أثر من آثار البيع الصحيح، ولو كان فاسداً لما انعقد البيع، ولما كان فيه مجال للخيار.

الخامس - إن استقرار التعامل يقتضي عدم زعزعته بإبطال العقود بأقل خلل يحصل فيها إذا أمكن تصحيحه ل يتم التعامل، ويستقر العقد.

٦- منح المتضرر بهذا البيع خيار الفسخ

والفقهاء الذين ذهبوا إلى صحة العقد، منحوا المتضرر حق خيار الفسخ إن شاء، نتيجة تضرره بالعقد، واختلفوا في أساس هذا الخيار من حيث كونه جاء نتيجة الغبن الفاحش الذي ناله من جراء هذه المعاملة أم نتيجة للتدليس والغش:

أ- إن قسماً من الفقهاء يرون أن خيار الفسخ للمدلس عليه في بيع تلقي الركبان كان نتيجة الغبن الفاحش الذي لحقه^(١).

ب - والقسم الآخر يرى أن ذلك نتج عن الضرر الذي أصاب البائع من خداع المتلقي، وصيانة له سواء كان هناك غبن فاحش أو لم يكن^(٢).

(١) العلامة الحلي - القواعد: ١٠٣/ ٤، والعاملي - مفتاح الكرامة: ١٠٣/ ٤ - ونسبه إلى عدد من فقهاء الإمامية، وابن قدامة - المغني: ١٩٦/ ٤ والشربيني - مغني المحتاج: ٣٦/ ٢.

(٢) المرداوي - الانصاف: ٣٩٤/ ٤، والشوكاني - نيل الأوطار: ٨٨/ ٥. ونقل العاملي في (مفتاح الكرامة: ١٠٤/ ٤) أن في «الخلافة» (للشيخ الطوسي) والغنية (لابن زهرة الحلي) والسرائر (لابن إدريس) والدروس (لشهاد الأول) الاقتصار على أن الخيار للبائع من دون تقييد بغبن.

والذي اختاره هو القول الثاني بأن الخداع والتدليس له اثره على البائع بحيث قدم على بيع صفقته على غير هدى وبينه من أمره، واستغلال جهالته، وعدم معرفته بسعر السوق المحلية.

ثانياً: بيع المسترسل:

١- حقيقة

المسترسل: اسم فاعل من استرسل، إذا اطمأن واستأنس. والمقصود به فقهاً: «الجاهل بالقيمة، من بائع ومشتري، ولا يحسن يماكس»^(١) وعرف ابن حنبل المسترسل بأنه: «الذي لا يحسن أن يماكس»^(٢) - أي لا يعرف أن ينقص بالثمن^(٣) - فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسه ولا معرفة بغبنه^(٤). إن هذا النوع من البيع قائم على أن أحد طرفي الالتزام يأتي إلى الطرف الآخر، ويكشف له عن عدم معرفته بالسعر، أو نوعية البضاعة، فيستنصحه في ما هو بصده من بيع أو شراء، ويسترسل إلى نصحه، ويستأمن بقوله ويطلب منه الصديق في معاملته، وأن يعامله كما يعامل سائر الناس، فيبيعه أو يشتري منه كما يبيع ويشتري به الناس عادة، ولذا لا بد أن يكون المستأمن صادقاً مع هذا الشخص يكشف له حقيقة سعر السوق، ونوعية البضاعة. فلو كذب عليه فقد خان غشه، وخلبه وغبنه.

(١) البهوتي - كشف القناع: ٢١٢ / ٣.

(٢) ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير: ٧٩ / ٤.

(٣) مكس في البيع مكساً - أنقص الثمن. وماكس مماكسة، ومكاساً مثله. انظر: الفيومي - المصباح المنير: مادة (مكس).

(٤) ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير: ٧٩ / ٤.

٢- موارد الإختلاف بين الإسترسال وبيع الأمانة

وقد يكون هذا البيع شبيهاً - كما قد يبدو لأول وهلة - من بيع الأمانة - الذي سبق أن تحدثنا عنه - ولكن عند التدقيق نجد أنه يختلف عنه من وجوه:

أ - إن بيع الأمانة - المرابحة، والتولية، والوضيعة، والاشراك - تقوم في أساسها على معرفة الثمن الأصلي الذي قام على البائع، أما بيع الاسترسال فيقوم على معرفة سعر السوق.

ب - إن البيان يصدر في بيوع الأمانة من البائع، في حين يصدر في بيع الاسترسال من البائع أو المشتري.

فإذا كذب المتعاقد وخان الثقة التي وضعها فيه المتعاقد الآخر، ولم يعامله كما يعامل الناس في السوق وغبنه كان ذلك منه غشاً وتغريباً.

٣- اختصاص الفقه الحنبلي والمالكي بهذا البيع

وقد اختص الفقه الحنبلي والمالكي بهذا البيع، في حين أعرض عنه بقية الفقهاء، ولعل اعراضهم عنه لاعتقادهم بانطوائه تحت حكم الغبن، كما ذكر العاملي ذلك^(١).

وتوسع الفقه المالكي في تصوره لهذا البيع، فقال عنه: إنه نوعان:

الأول - ما أسماه «بيع الاستئمان»: ووضح الخطاب المراد منه بقوله: «هو أن يقول الرجل: اشتر مني سلعتي، كما اشترى من الناس، فإني لا أعلم القيمة، فيشتري منه بما يعطيه من الثمن»^(٢).

(١) العاملي - مفتاح الكرامة: ٤ / ٥٧٠.

(٢) الخطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٤٧٠.

الثاني - ما أسماه «بيع الاستسلام»: ووضح الدردير المراد منه بقوله: «بأن يقول المشتري للبائع بعني كما تباع للناس، فإني لا أعلم القيمة»^(١). وأرى أن النوعين - الاستثمان والاستسلام - ينتهيان إلى شيء واحد هو الجهل بالقيمة، وقد عالج التعريف الذي ذكره البهوتي هذين النوعين بقوله: «تجاهل بالقيمة من بائع أو مشتري».

٤- حكمه الشرعي

وقد نهى عنه النبي عليه الصلاة والسلام بقوله: «غبن المسترسل ظلم»^(٢). كما أن بعض الفقهاء يرى أن «الاسترسال يكون بقول أحد العاقلين للآخر: لا خلافة، أي لا خداع ولا غش بيننا»^(٣). واستفاد الفقهاء فكرة الخلافة من حديث الرسول صلى الله عليه وآله وسلم إلى أحد الأنصار^(٤). وقد شكاه بأنه يغبن في المبايعات فقال له عليه الصلاة والسلام: «إذا بايعت، فقل: لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام»^(٥). وإن الحديث الشريف ذو دلالة واضحة على منع الخلافة - أي الخديعة في التعامل - ويتخذ الفقهاء منه دليلاً على أن كل خديعة يلجأ إليها أحد المتبايعين تجاه الآخر، ويترتب عليها زيادة في التزامات المخدوع، أو غمط حقه يمنح المتضرر حق الخيار.

(١) الدردير - الشرح الكبير: ١٢٦/٢.

(٢) انظر: الخطاب - المواهب الجليل: ٤٧٠/٤ والتسولي - البهجة شرح التحفة: ١٠٧/٢ وفي رواية أخرى «غبن المسترسل سحت» ذكرها الحر العاملي في (وسائل الشيعة: ١٢/٢٦٣ رقم الحديث ١١ باب ثبوت خيار الغبن مروي عن الإمام الصادق).

(٣) زهير الزبيدي - الغبن والاستغلال: ٢١٠ / طبعة دار السلام بغداد ١٩٧٣.

(٤) وهو: حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري.

(٥) الشوكاني - نيل الأوطار: ٢٠٦/٥.

٥- شروط تحقق بيع الاسترسال

ونستطيع أن نستخلص من كلمات الفقهاء شروطاً أساسية لتقوم واقعة بيع الاسترسال، وهي:

أولاً: جهل أحد المتعاقدين بسعر السوق، فلو كان بصيراً بالقيمة فلا أثر للواقعة^(١).

ثانياً: عدم الصدق من الطرف الآخر في كشف سعر السوق الحقيقي للطرف الآخر^(٢).

ثالثاً: أن لا يحسن العاقد الجاهل بسعر السوق المماكسة، أو المبايعة^(٣).

٦- الجزاء المترتب على هذا البيع

فإذا توفرت هذه الشروط في واقعة الاسترسال كان للطرف المدلس عليه حق الخيار في الرد، أو البقاء، حماية له، لأن إرادته في هذه المعاملة كانت غير منورة، إذا اطمأن إلى الطرف الآخر. فخانه، وخلبه، وغرر به، ولكن بشرط أن يقع تحت طائلة غبن. وقد سبق منا بيان حساب هذا الغبن ومقداره.

فالمشهور في الفقه الحنبلي أن الخيار يثبت للطرف المغرر إذا غبن غبناً يخرج عما جرت به العادة، لأنه غبن حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار بين الفسخ والامضاء^(٤).

(١) انظر: ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير: ٧٩ / ٤، والدردير - الشرح الكبير: ١٢٦ / ٣.

(٢) انظر: الدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ١٢٦ / ٣ حيث قال: «إن موجب الرد جهل البائع أو المشتري. وكذب الآخر عليه، فمتى كان هناك جهل من أحدهما وكذب عليه الآخر فله الرد».

(٣) انظر: ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير: ٧٩ / ٤ والدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ١٢٦ / ٣ يقول «واما لو وقع البيع على وجه المكايسة فلا رد».

(٤) البهوتي - كشف القناع: ٢١٢ / ٣.

في حين يرى ابن أبي موسى^(١) - من علماء الحنابلة - لزوم البيع ، ولا فسخ له ، وادعى أنه مذهب أبي حنيفة ، والشافعي^(٢) ، لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع من لزوم العقد ، كغير المسترسل^(٣) .

أما بالنسبة للفقهاء المالكي فالغبن من غير استسلام أحد المتبايعين لصاحبه - بأن يخبره بجهله - ففي الرد خلاف ، وإذا كان جاهلاً مستسلماً فالرد متفق عليه ، وإذا كان المغبون عارفاً بالقيمة فلا رد اتفاقاً^(٤) .

وأرى أن المسترسل - بائعاً كان أم مشترياً - وإن لم يكن مغبوناً غبناً فاحشاً إذا استسلم للطرف الآخر في العقد ، ووثق به ، وأخبره بجهله في سعر السوق واستأمنه

(١) محمد بن أحمد بن أبي موسى الهاشمي ، أبو علي ، قاض ، من علماء الحنابلة من أهل بغداد ، ولد فيها عام ٣٤٥ هـ وكان أثيراً عند القادر بالله ، والقائم بأمر الله العباسيين ، توفي ببغداد عام ٤٢٨ هـ ، كانت له حلقة درس في جامع المنصور وصنف كتباً منها «الارشاد» في الفقه و«شرح كتاب الخرقى» ترجمه الزركلي - الاعلام: ٦ / ٢٠٥ .

(٢) إن الفقه الحنفي لا يرى الرد بغبن فاحش ، ما لم يكن مقروناً بتغريب ، قال السمرقندي في (تحفه الفقهاء: ٢ / ١٣٦) : «وأصحابنا يفتون في المغبون أنه لا يرد ، ولكن هذا في مغبون لم يغر . أما في مغبون غر فيكون له حق الرد» . وقال الانصاري - من فقهاء الشافعية - في (الغرر البهية شرح البهجة الوردية: ٢ / ٤٥٥ المطبعة الميمنية - مصر) : «ولا يجيزون الرد بغبن وإن فحش» وانظر: الشهيد الثاني - الروضة البهية: ٢ / ٤٦٣-٤٦٤ والشوكاني - نيل الأوطار: ٥ / ٢٠٧ والحصكفي - الدر المختار: ٤ / ١٥٩ والشيرازي - المهذب: ١ / ٢٩٢ ، وابن حزم - المحلى: ٨ / ٥١٠ .

(٣) قال ابن قدامة المقدسي في (الشرح الكبير: ٤ / ٧٩) الصورة الثالثة:

«المسترسل إذا غبن الغبن المذكور ، يعني إذا غبن غبناً يخرج عن العادة: - كما ذكرنا في تلقي الركبان والنجش - يثبت له الخيار بين الفسخ والامضاء وبه قال مالك ، قال ابن أبي موسى: وقيل قد لزمه البيع ولا فسخ له ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كغير المسترسل وكالغبن اليسير . ولنا: انه غبن حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار ، كالغبن في تلقي الركبان . فأما غير المسترسل فإنه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعالم بالعيب ، وكذا لو استعجل فجهل ما لو تثبت لعلمه لم يكن له خيار لأنه انبنى على تفريطه وتقصيره» .

(٤) وقال الدررير في (الشرح الصغير: ٣ / ١٩٠-١٩١) : «ولا رد بغبن ولو خالف يستسلم إلا أن العادة ، يستلم أحد المتبايعين لصاحبه ، بل يخبره بجهله كأن يقول المشتري: أنا لا أعلم قيمة هذه السلعة فبعني كما تباع الناس فقال البائع: هي في العرف بعشرة فإذا هي بأقل ، أو يقول البائع: أنا لا أعلم قيمتها فاشتر مني كما تشتري من الناس ، فقال: هي في عرفهم بعشرة فإذا هي بأكثر ، فللمغبون الرد على المعتمد . بل باتفاق . وذكر الشيخ فيه التردد معترضاً لأنه لم يخالف فيه أحد . وإنما الخلاف في الغبن من غير استسلام إذا كان المغبون جاهلاً . فإذا كان عارفاً فلا قيام له اتفاقاً ، فإن استسلم الجاهل فالرد المتفق عليه بل حكى ابن رشد عليه الاجماع فحكاية الشيخ فيه التردد من السهو البين» .

في تعامله، فخانه وخبه، كان له الرد، لأن جهل البائع أو المشتري، وكذب الآخر يكفي في تحقق واقعة التدليس^(١).

ثالثاً: التدليس عن طريق الكتمان

(حقيقته)

كما أن الأقوال الكاذبة تنهض - في بعض الأحوال - تدليساً إذا قصد بها الخديعة والتضليل، فذلك الكتمان يصلح تغريراً - في بعض الأحيان - كما إذا كتم البائع عن المشتري عيباً في المبيع^(٢).

وقد سبق أن رأينا في «بيوعات الأمانة» كيف يجب على البائع أن لا يكتُم شيئاً عن المشتري في ما يتعلق بالسلعة التي يروم التعاقد عليها، وأن أي تكتُم منه في ذلك يعتبر تغريراً منه، ويترتب عليه إعطاء المشتري حق الفسخ، أو حق طلب الزيادة، وذلك تبعاً لرأي فقهاء الشريعة؟

ثم من الممكن تصور التدليس عن طريق محض الكتمان بصورة أوضح في:

«تدليس العيب»

وعرف بأنه: «كتمان أحد المتعاقدين عيباً خفياً يعلمه في محل العقد عن المتعاقد الآخر في عقود المعاوضة. كالبيع، والاجارة»^(٣).

(١) الدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ١٦/٣.

(٢) د. عبدالفتاح - مصادر الالتزام: ١٩٦/١.

(٣) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١٢/١.

والأصل في البيع السلامة من العيوب، فلا محل لانسان أن يبيع المعيب حتى يبين عيبه لقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلم أخو المسلم، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له، ولا يحل لغيره إن علم ذلك العيب أن يكتمه عن المشتري إذا رآه أنه اشتراه، ولم يعلم به»^(١).

ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «من غشنا فليس منا» وكتمان البائع عيب ما باعه غش^(٢).

لذا فإن الشارع يحذر في أحاديث كثيرة من الغش والخداع، ويرشد المتعاملين إلى أن يكشفوا عن حقيقة سلعتهم، وما إذا كان فيها عيب حتى لا يلحقوا الأضرار بالغير. كما وإن «مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كي لا يتضرر بلزوم ما لا يرضي به»^(٣) وأكد هذا المعنى العاملي بقوله: «وإن اطلاق العقد يقتضي السلامة، لأن الأصل في المبيع من الأعيان والأشخاص السلامة من العيوب، فإذا أقدم المشتري على ما بذل ماله في مقابلة تلك العين، فإنما بنى أقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصالة السلامة، فإذا ظهر عيب سابق على العقد وجب أن يتمكن من التدارك، وذلك بثبوت الخيار»^(٤).

ولقد اشترط الفقهاء لتحقيق تدليس العيب ما يلي:

- ١- أن يكون البائع عالماً بالعيب، وكتمه عن المشتري.
- ٢- وأن يكون المشتري جاهلاً بالعيب، وبعد انكشافه له يبادر إلى إعلان عدم رضاه.

- ٣- وأن يكون العيب سابقاً على العقد أو قبل القبض.

(١) انظر أبو حنيفة المغربي - دعائم الاسلام: ٤٥ / ٢. والشوكاني - نيل الاوطار: ٢٣٩ / ٥، واستشهد به الشيرازي - المذهب: ٢٨٢ / ١. وروى ابن ماجه في كتاب التجارات (باب من باع عيباً فليبينه: ٧٥٥ / ٢) بالنص التالي «المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه له» ورواه الحاكم في المستدرک: ٨ / ٢.

(٢) أبو حنيفة المغربي - دعائم الاسلام: ٤٥ / ٢.

(٣) ابن نجيم - البحر الرائق: ٣٩ / ٦.

(٤) العاملي - مفناح الكرامة: ٦٢٣ / ٤.

فإذا تحققت هذه الشروط في واقعة تدليس العيب ترتب الأثر الشرعي عليه، وهو ثبوت الخيار للمتضرر في الفسخ أو الامضاء^(١).

ويظهر الفرق بين تدليس العيب وغيره، بأن البائع أو من في حكمه إذا كان عالماً بالعيب فكتمه كان مدلساً للعيب، وداخلاً تحت حكم الخلابة، أما إذا لم يكن عالماً بالعيب، فهو ليس بمدلس إنما يضمن الضرر بمقتضي خيار العيب.

كما تتبين فائدة الفرق بين تدليس العيب وعدمه في طابع الجزاء، وليس في ضمان العيب فإن ضمانه مشترك في الحالين، فلو شرط البائع في عقد البيع براءة من ضمان العيب، وعدم مسؤوليته عما يمكن أن يظهر من عيوب في المبيع، فرضي المشتري بهذا الشرط اعتماداً على السلامة الظاهرة، ثم ظهر في المبيع عيب سابق على العقد أو قبل القبض، ففي هذا الحال:

أ - فإن كان البائع جاهلاً بوجود العيب في مبيعه، وشرط هذا الشرط للاحتياط فشرطه هذا صحيح، ومسقط للضمان ويتحمل المشتري تبعه قوله لهذا الشرط.

ب - أما إذا كان البائع عالماً بالعيب فكتمه عن المشتري واشترط البراءة من ضمان العيب فلا يصح هذا الشرط، ويبقى البائع خاضعاً للضمان، لأن شرطه هذا للاحتيال، لا للاحتياط، فهو سيء النية بشرطه هذا^(٢).

والفقه القانوني اعتدّ بالسكوت أو الكتمان، والأصل أن يكون الكتمان تدليساً، وليس المتعاقد ملزماً بأن يخبر المتعاقد الآخر بكل أمر يعرفه عن شؤون التعاقد فهناك الحيلة والحذر يأخذ بها المتعاقد لو علم به، ففي مثل هذه الأحوال يلتزم المتعاقد الذي يعلم الأمر بالافضاء به، ويعد تدليساً منه أن يكتمه.

وتارة يكون الالتزام بالافضاء مصدره نصاً في القانون. وطوراً يكون مصدره

(١) راجع: ابن حزم - المحلى: ٨١/٩ - ٨٠، والشيرازي - المذهب: ١/ ٢٨٣-٢٨٤ وابن قدامة - المغني: ٤/ ١٣٦،

والعلامة الحلي - القواعد: ٤/ ٦٢٣، وابن المرتضى - البحر الزخار: ٤/ ٣٥٥، والدردير - الشرح الصغير:

٢/ ١٦٣-١٦٤، وابن نجيم - البحر الرائق: ٦/ ٢٩، والعاملي - مفتاح الكرامة: ٤/ ٦٣٩.

(٢) ابن رشد - بداية المجتهد: ٢/ ١٨٣. وانظر الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١/ ٤١٤-٤١٥.

الاتفاق الصريح. ولكن في كثير من الأحيان يكون المصدر هو هذه القاعدة القانونية العامة التي تقضي بعدم جواز الغش، وذلك بأن يستخلص من الظروف أن أمراً هاماً يؤثر في التعاقد إلى درجة كبيرة، ويدرك أحد المتعاقدين خطره، ويعرف أن المتعاقد الآخر يجهله ومع ذلك يكتمه عنه فيحمله على التعاقد. وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة (١٢٥) من القانون المدني المصري، إذ قضت بأن «يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة»^(١).

ومن ذلك يلاحظ أن الكتمان يكون تدليساً إذا توافرت الشروط الآتية في الأمر الذي بقي مكتوماً:

- أ- أن يكون الأمر خطيراً بحيث يؤثر في إرادة المتعاقد الذي يجهله تأثيراً جوهرياً.
- ب- أن يعرفه المتعاقد الآخر ويعرف خطره.
- ج- أن يتعمد كتمه عن المتعاقد الأول.
- د- ألا يعرفه المتعاقد الأول، أو لا يستطيع أن يعرفه من طريق آخر^(٢).

(١) ويطابقها الفقرة الثانية من المادة ١٢٢ من قانون التجارة الكويتي. أما المدني الكويتي فقد أشار إلى «السكوت» بالمادة (١٢٥) ونصها:

«يعتبر بمثابة الحيل المكونة للتدليس الكذب في الادلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملابساته، أو السكوت عن ذكرها، إذا كان ذلك إخلالاً بواجب في لصدق، أو المصارحة...».

(٢) السنهوري - الوسيط: ١ / ٤٢٢-٤٢٤ ونظرية العقد: ٢٩٦-٣٩٨. وانظر د. أبوستيت - نظرية الالتزام: ١ / ١٦١-

١٦٢، ود. إسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام: ٢١٢-٢١٤، ود. عبدالحى - النظرية العامة للالتزام: ١ / ٣٥٧،

ود. الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام: ١ / ١٣٢، ود. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٣٠٢-٣٠٦.

والقانون التجاري الفرنسي في مادته (٢٤٨) يقضي بأن كل كتمان أو بيان غير صحيح من جانب المؤمن له يكون سبباً لإبطال العقد. وقد طبق القضاء الفرنسي هذا النص على جميع عقود التأمين برياً أو بحرياً. انظر: السنهوري - نظرية العقد: ٣٩٦.

وقد يكون مصدر الوجوب اتفاق المتعاقدين الصريح، وهذا ما يجري عادة في عقود التأمين، حيث تضع شركات التأمين أسئلة معينة تطلب من المؤمن له أن يجيب عليها فإذا كتم أمراً عد هذا تدليساً منه، فقد نصت (الفقرة -

رابعاً: التدليس الصادر من الغير

(حقيقته)

وكما يكون التدليس صادراً من أحد المتعاقدين للتأثير على المتعاقد فكذلك يكون من الممكن أن يكون التدليس صادراً من شخص ثالث له صلة بأحد المتعاقدين ليغري بالسلعة ويؤثر على العقد فيتم التعاقد بتأثير ذلك الشخص لمصلحة أحد المتعاقدين، وإضراراً بالمتعاقد الآخر.

→

ب / مادة ٩٨٦ من القانون المدني العراقي) على الآتي:

«أن يقرر وقت إبرام العقد كل الظروف المعلومة لديه والتي يهتم المؤمن معرفتها ليتمكن من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه، ويعتبر مهماً في هذا الشأن الوقائع التي جعلها المؤمن محل أسئلة مكتوبة»، وكذلك تنص المادة (٩٨٧ - مدني عراقي) على الآتي:

١- يجوز للمؤمن أن يطلب فسخ العقد إذا تعمد المؤمن له كتمان امر أو قدم عن عمد بياناً كاذباً وكان من وراء ذلك أن يتغير موضوع الحظر أو تقل أهميته في نظر المؤمن...
٢- وتسري أحكام الفقرة السابقة في كل الحالات التي يخل فيها المؤمن له بتعهداته عن غش أما إذا كان المؤمن له حسن النية فانه يترتب على الفسخ أن يرد المؤمن الاقساط المدفوعة أو يرد منها القدر الذي لم يتحمل في مقابله خطراً ما».

وتنص المادة (٧٦٤) من القانون المصري على الآتي:

١- لا يترتب على البيانات الخاطئة، ولا على الغلط في سن الشخص الذي عقد التأمين على حياته بطلان التأمين، إلا إذا كانت السن الحقيقية للمؤمن عليه تجاوز الحد المعين الذي نصت عليه تعريفه التأمين.
٢- وفي غير ذلك من الأحوال، إذا ترتب على البيانات الخاطئة أو الغلط، أن القسط المتفق عليه أقل من القسط الذي كان يجب أدائه وجب تخفيض مبلغ التأمين بما يتعادل مع النسبة بين القسط المتفق عليه، والقسط الواجب أدائه على أساس السن الحقيقية.
٣- أما إذا كان القسط المتفق على دفعه أكبر مما كان يجب دفعه على أساس السن الحقيقية للمؤمن على حياته، وجب على المؤمن أن يرد دون فوائد الزيادة التي حصل عليها، وأن يخفض الاقساط التالية إلى الحد الذي يتناسب مع السن الحقيقية للمؤمن عليه».

١- في الشريعة الاسلامية:

ويمكن أن تكون صورة التناجش من أبرز مظاهر التدليس الصادر من الغير. حيث يتواطأ رجل مع صاحب سلعة يبيعها في المزايدة ليغالي في السلعة حتى يبلغها أكثر من قيمتها، فالمشتري الذي اشترى السلعة بأكثر من قيمتها يكون بذلك قد دلس عليه. والمدلس ليس هو البائع، بل هو أجنبي متواطئ مع البائع، وهو الناجش، وقد تقدم الحديث عنه.

وهناك شكل آخر من التدليس الصادر من الغير، تطرق إليه بعض فقهاء الحنفية، وهو:

«تدليس الدلال»

والدلال: هو الوسيط بين البائع والمشتري، والدليل المرشد. وللدلال أثر في عقد الصفقة ومقدرته على ذلك، ويرى الحصكفي الفقيه الحنفي أنه يستوجب الرد^(١). ويوضح المسألة ابن عابدين بقوله: «قال رجل لغزال لا معرفة لي بالغزل فاتني بغزل اشتريه فأتى رجل بغزل لهذا الغزال، ولم يعلم به المشتري، فجعل نفسه دلالاً بينهما، واشترى ذلك الغزل له بأزيد من ثمن المثل، وصرف المشتري بعضه إلى حاجته ثم علم بالغبن وبما صنع الغزال فله ان يرد الباقي بحصته من الثمن»^(٢). والذي يلاحظ أن الغزال دفع غزله لرجل آخر ووضع نفسه موضع الدلال يتوسط بين المشتري والرجل المتظاهر بأنه صاحب الغزل، وأتم العقد بينهما على هذه الصورة في صفقه الغزل «وأنه فعل ذلك تغريراً للطالب»^(٣).

(١) الحصكفي - الدر المختار: ٤ / ١٥٩.

(٢) ابن عابدين - المرجع المشار إليه: ٤ / ١٥٩.

(٣) الحصكفي - المصدر المذكور والصفحة.

والحقيقة أن التغيرير هنا للعائد صاحب الغزل، وما الرجل المتعاقد إلا صورة ظاهرة ولا أحسب معنى الدلال قد جاء مطابقاً للحقيقة في هذه الصورة، ولكن عدم انطباق الصورة لم يغير من الرأي الفقهي في الواقعة شيئاً كما أشار الحصكفي لو «غر المشتري البائع أو بالعكس أو غره الدلال فله الرد وإلا لا وبه أفتى صدر الاسلام وغيره»^(١).

وحيث إن هذا النوع من التدليس ممنوع شرعاً فالجزاء المترتب عليه كما يرى الحصكفي بأنه سيتوجب الرد^(٢)، بينما يرى ابن عابدين أن للمتضرر أن يرد الباقي بحصته من الثمن^(٣).

ويرى المرحوم كاشف الغطاء^(٤) أن المدلس عليه - رغم أنه قد تصرف بإرادة غير منورة - لكن له أن يرجع على الدلال بالتفاوت على أساس القاعدة المشهورة «المغرور على من غره»^(٥).

ومن صور هذا النوع من التدليس ما ذكره بعض الفقهاء: «في رجل جاء بعبد إلى السوق، وقال: هذا عبدي أذنت له بالتجارة فبايعوه. فبايعه أهل السوق، فلاحقه الدين، ثم استحق... فبالنسبة إلى وجوب أصل الضمان عليه، فلأنه غرهم بقوله هذا عبدي فبايعوه حيث أضاف العبد إلى نفسه وأمرهم بمبايعته فيلزمه ضمان الغرور»^(٦).

(١) الحصكفي - المرجع المشار إليه والصفحة. وانظر المادة ٥٤٥ من مرشد الحيران.

(٢) الحصكفي - المصدر المتقدم والصفحة.

(٣) ابن عابدين - المرجع سالف الذكر والصفحة.

(٤) محمد الحسين بن علي بن محمد رضا بن موسى بن جعفر كاشف الغطاء، من فقهاء النجف وزعمائها الدينيين المعاصرين ولد عام ١٢٩٤هـ له عدة مؤلفات، منها «تحرير المجلة» في الفقه، و«الدين والاسلام» توفي بإيران عام ١٢٧٣هـ حيث ذهب للاستشفاء، ونقل إلى النجف، حيث دفن فيها. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢٣٩/٦.

(٥) كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ١٠٢/٢.

(٦) الكاساني - بدائه الصنائع: ٢٠١/٧.

إن هذا دلس على القوم بإضافة هذا الشخص إليه، وهو بذلك تحمل ضمان تصرفه، فيرجع المغرور عليه تبعاً للقاعدة المعروفة «المغرور على من غره». كما وأن التغيرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يحصل سبباً للضمان دفعاً للمغرر بقدر الامكان، فكان بتغيريره ضامناً لدرك ثمن ما غرر به عند تعذر رجوعه على البائع، كالمولى إذا قال لأهل السوق: بايعوا عبدي فإني أذنت له، ثم ظهر استحقاق على العبد، فإنهم يرجعون على المولى بقيمة العبد ويجعل المولى بذلك ضامناً لدرك ما ذهب عليه دفعاً للمغرور عن الناس^(١).

ولكن من الممكن أن تكون هذه الصورة من صور الضمان الشخصي، وليس فيها تغرير.

٢- في القانون الوضعي:

والقانون الوضعي^(٢) عالج التدليس الصادر من الغير، فالقانون المدني المصري قد أشار في المادة (١٢٦) منه إلى هذا الموضوع ونص على:

(١) السنهاوري - مصادر الحق: ٢ / ١٦٧.

(٢) القانون المدني الفرنسي اشترط بمادته (١١١٦) - لتحقيق التدليس - أن تصدر الحيل والوسائل المستعملة فيه من أحد المتعاقدين ضد الآخر فإذا صدرت من شخص ثالث فلا يكون لها أثر في صحة العقد. وقد خالف المشرع الفرنسي في هذا الباب القاعدة التي اتبعها بالنسبة للاكراه، إذ لم يشترط لتحقيق الاكراه أن يصدر من أحد المتعاقدين ضد الآخر. وهذا المسلك لا يمكن تبريره إلا بتأثر القانون الفرنسي بالقانون الروماني. فقد كان التدليس في هذا القانون جريمة معاقباً عليها. ولما كانت العقوبة لا توقع إلا على مرتكب الجريمة وفقاً لمبدأ شخصية العقوبة فلم يكن بالامكان إقامة الدعوى إلا ضد من قام بالتدليس. ولما انتقل التدليس إلى نطاق القانون المدني كعيب من عيوب الرضا، بقي محافظاً على الصفة الشخصية للجزاء المترتب عليه، ولذلك لم يمنح القاضي الروماني دعوى التدليس إلا ضد مرتكبه.

وذهب بعض الفقهاء إلى أن التدليس إذا كان صارماً من الغير وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا التدليس ولم ينبه صاحبه المتعاقد الآخر إليه اعتبر هذا مشتركاً.

كما ذهب فقهاء آخرون إلى أبعد من ذلك، إذ يكفي عندهم أن المتعاقد الآخر كان في استطاعته أن يعلم بصور

«إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس».

ونص المدني الكويتي في المادة (١٥٣ ف ٢) على الآتي:

« ٢. فإن صدرت الحيل من الغير فليس لمن انخدع بها أن يتمسك بالابطال، إلا إذا كان المتعاقد الآخر عند إبرام العقد يعلم بتلك الحيل، أو كان في استطاعته أن يعلم بها».

أما القانون المدني العراقي فقد عالج الموضوع بمادته (١٢٢) والتي تنص على الآتي: «إذا صدر التغيرير من المتعاقدين فلا يتوقف العقد إلا إذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغيرير وقت إبرام العقد».

→

التدليس من الغير ولو لم يعلم بذلك فعلاً. وهذا الرأي يتفق مع ما أخذت به القوانين الحديثة في هذه المسألة. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٢٣) من القانون الألماني على أنه إذا كان الغير هو صاحب الطرق الاحتيالية المقصود بها الغش، وكان إعلان الإرادة موجهاً إلى شخص آخر. فإن إعلان الإرادة لا يكون قابلاً للبطلان إلا إذا علم هذا الشخص الآخر، أو كان يجب حتماً أن يعلم بهذه الطرق الاحتيالية.

ونصت الفقرة الثانية من المادة (٢٨) من قانون الالتزامات السويسري على أن المتعاقد الذي وقع في تدليس صادر من الغير يبقى ملزماً ما لم يكن المتعاقد الآخر قد علم، أو كان يجب أن يعلم بالتدليس عند إبرام العقد. ونصت المادة (٢١) من المشروع الفرنسي الإيطالي على أن التدليس يكون سبباً في إبطال العقد إذا كانت الحيل المستعملة من أحد المتعاقدين أو من شخص ثالث، ويعلم من أحد العاقدين حيل جسمية بحيث لولا هذه الحيل لما أقدم المتعاقد الآخر على التعاقد.

ونرى من النصوص المتقدمة أن القوانين الحديثة لا تزال تستبقى التمييز بين التدليس الصادر من أحد المتعاقدين، والتدليس الصادر من الغير ولكنها تضعف من هذا التمييز إلى حد كبير باعتبارها التدليس الصادر من الغير سبباً في إبطال العقد إذا علم المتعاقد الآخر، أو كان يجب أن يعلم به. راجع: د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٣١٢-٣١٥ مع الهوامش.

ولزيادة الاطلاع والتفصيل يراجع: السنهوري - نظرية العقد: ٤٠٨-٤١٤ مع هوامش الصفحات المشار إليها.

المطلب الرابع:

الجزاء المترتب على التدليس

مما تقدم يتضح جيداً أن عناصر التدليس التي يقررها الفقه القانوني قد برزت بوضوح في الفقه الاسلامي، فكما يعتدّ الفقه الوضعي باستعمال طرق احتيالية لتضليل المتعاقد فإن التدليس الفعلي في الشريعة ينبني على استعمال الطرق الاحتيالية للتأثير على المتعاقد الآخر. وكذلك التدليس القولي ينطوي على طرق احتيالية، إذ يكفي أن يكون مجرد الكذب أو الكتمان قد دفعا إلى المتعاقد غشاً وتضليلاً وأن هذا العنصر الموضوعي يحمل على التعاقد، ليكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد ويستوي أن يكون التدليس صادراً من أحد العاقدين، أو صادراً من الغير، فإذا صدر التدليس من الغير فليس للعاقد المدلس عليه أن يطلب التخلّص من العقد إلا إذا ثبت أن العاقد الآخر كان يعلم بهذا التدليس^(١).

وإن الفقه الاسلامي قد بنى التدليس المؤثر على العقد على العنصرين الأساسيين الموضوعي، والنفسي «كما هو الحال تماماً في القانون المعاصر»^(٢). وهو أنه يقوم على أفعال أو أقوال تستهدف تضليل المتعاقد وخديعته وجره بذلك إلى التعاقد.

(١) قال د. عبدالفتاح في (مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي: ١ / ١٨٨): «لكي ينتج التدليس أثره القانوني، من حيث إنه يشوب الرضاء، ويجعل العقد قابلاً للإبطال، يلزم أن تتوافر فيه الشروط الثلاثة الآتية:

١- استعمال طرق احتيالية تؤدي إلى تضليل أحد المتعاقدين.
٢- أن يحصل استعمال الطرق الاحتيالية من المتعاقد الآخر، أو أن يكون هذا في الأقل، عالماً باستعمالها أو مفروضاً فيه حتماً أن يعلم به.

٣- أن يكون التدليس هو الداع إلى التعاقد». انظر: السنهاوري - نظرية العقد: ٣٩٢-٤٠٧ والوسيط: ١ / ٣١٩-٣٢١، ود. أبوستيت - نظرية الالتزام: ١ / ١٦٠-١٦٥، ود. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٢٩٨-٣١٥، ود. غني طه - الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١ / ١٩٣-١٩٨، ود. الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام: ١ / ١٣١-١٣٦.

(٢) د. عبدالفتاح - المصدر المتقدم: ١٩٦.

الجزاء في الفقه الاسلامي:

وفي صدد الجزاء فقد رأينا الفقه الاسلامي يقرر:

أولاً - في التدليس الفعلي في قسميه: ما يتعلق باستعمال الحيل في نفس المعقود عليه كواقعة «الشاة المصرة» أو ما يكون التدليس خارجاً عن المعقود عليه كواقعة «التناجش» فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى منح المتضرر من المتعاقدين حق الخيار بين الفسخ والامضاء. وقد خالفهم أبو حنيفة وصاحبه محمد بن الحسن بعدم الرد في «الشاة المصرة» بل الرجوع بفرق الثمن ليس إلا.

ثانياً - وفي التدليس القولي، فكذلك في القسمين سواء في الكذب في الثمن الأصلي كـ «بيوع الامانات» أو الكذب في سعر السوق كواقعتي «تلقي الركبان» و «بيع المسترسل» فإن جمهور الفقهاء ذهب إلى منح المتضرر من المتعاقدين حق خيار الفسخ أو الامضاء. ويقابله الرأي المشهور لفقهاء الحنابلة والشافعية في جزاء المراجعة، فيمنح المتضرر حق الزيادة عن الثمن الأصلي، ولا خيار ويشاركهم بهذا القول أبو يوسف من فقهاء الحنيفة.

واختص أبو حنيفة وشاركه أبو يوسف بالقول في حط الزيادة في «بيع التولية» من بيوع الأمانة.

ثالثاً - في التدليس بمحض الكتمان، كواقعة «تدليس العيب» فقد ذهب الفقهاء إلى أن اخفاء العيب يثبت للمشتري خيار التدليس.

رابعاً - وبالنسبة للتدليس الصادر من الغير فالصور التي عرضناها لعمل النجش من أبرزها وقد مر علينا حكمه، وكواقعة «الدلال» والتي تستوجب الرد.

ومن هذا كله يظهر لنا أن الجزاء في واقعة التدليس في الشريعة هو الخيار على رأي جمهور الفقهاء. فإن شاء رد، وإن شاء أمسك.

الجزء في القانون الوضعي:

فإن القانون المدني العراقي هو أقرب القوانين العربية في اقتفائه أثر الشريعة في التدليس فقد عالجها في مواده: (١٢١- ١٢٣)^(١).

ولم يختلف في الجزء مع جمهور فقهاء الشريعة فقد نص على أنه «إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر، وتحقق أن في العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون». ولا يغرب عن بالنا أن القانون المدني العراقي عالج موضوع التدليس باسم «التغريب مع الغبن» وهو ما أخذ به الفقه الحنفي، وقد أشرنا إلى هذا في ما سبق.

أما القانون المصري فقد ذكر التدليس في مادتين (١٢٥- ١٢٦)^(٢). وقرر في المادة (١٢٥) الجزء هو الإبطال، ومثله القانون المدني الكويتي فقد عالج التدليس في المواد (١٥١ و ١٥٣)^(٣) وهو مطابق للقانون المصري.

(١) تنص المادة (١٢١ مدني عراقي) على الآتي:

« ١- إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر، وتحقق أن في العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون. فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغريب لوارثه.

٢- ويعتبر تغريباً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المراجعة والتولية والاشراك والوضيعة».

وتنص المادة (١٢٢- مدني عراقي) على الآتي:

«إذا صدر التغريب من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد إلا إذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم، أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغريب وقت إبرام العقد».

وتنص المادة (١٢٣- مدني عراقي) على الآتي:

«يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير أو إصابه غبن فاحش وكان التغريب لا يعلم به العاقد الآخر، ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهري ويكون نافذاً في جميع هذه الأحوال».

(٢) تنص المادة (١٢٥ مدني مصري) على الآتي:

« ١- يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

٢- ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة، أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك

ويمكن أن نلاحظ الفرق بين جزاء القانونين المدني العراقي والمصري - ومثله الكويتي - في خصوص التدليس من ناحيتين:

أولاً - إن العقد الموقوف في التقنين العراقي قسم من أقسام العقد الصحيح وليس عقداً باطلاً، بينما العقد القابل للإبطال في القانون المدني المصري، والكويتي قسم من أقسام العقد غير الصحيح^(١).

ثانياً - إن حق المتعاقد المتضرر، لو توفي أثناء مطالبته بحقه ففي القانون المدني العراقي تنتقل دعوى التغيرير إلى ورثته، كما تنص المادة (١٢١) منه في شطرها الأخير

→ الواقعة، أو هذه الملايسة».

وتنص المادة (١٢٦ مدني مصري) على الآتي:

«إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس».

(٢) تنص المادة (١٥١ مدني كويتي) على الآتي:

«يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جاء رضاه نتيجة حيل وجهت إليه بقصد تغريبه ودفعه بذلك إلى التعاقد، إذا أثبت أنه ما كان يرتضي العقد، على نحو ارتضاه عليه، لولا خديعته بتلك الحيل، وذلك مع مراعاة ما تقضي به المادتان ١٥٣ و ١٥٤».

وتنص المادة (١٥٣ مدني كويتي) على مايلي:

«١ - يلزم لإبطال العقد على أساس التدليس أن تكون الحيل قد صدرت من المتعاقد الآخر، أو من نائبه، أو من أحد أتباعه، أو ممن وسطه في إبرام العقد أو ممن يبرم العقد لمصلحته.

٢ - فإن صدرت الحيل من الغير، فليس لمن انخدع بها أن يتمسك بالإبطال، إلا إذا كان المتعاقد الآخر، عند إبرام العقد يعلم بتلك الحيل، أو كان في استطاعته أن يعلم بها».

وتنص المادة (١٥٤ مدني كويتي) على التالي:

«استثناء مما تقضي به المادة السابقة يجوز في عقود التبرع، طلب إبطال العقد إذا جاء الرضا بنتيجة التدليس دون اعتبار لمن صدرت الحيل منه».

(١) اعتبر القانون المدني العراقي العقد الموقوف قسماً من أقسام العقد الصحيح وليس عقداً باطلاً، فقد نصت الفقرة

الثانية من المادة (١٢٣) منه على أنه: «إذا لم يكن العقد الصحيح موقوفاً أفاد الحكم في الحال» وفي هذه إشارة إلى أن العقد الصحيح منه النافذ، ومنه غير النافذ، أي الموقوف».

أما القانون المدني المصري فقد قسم العقد إلى قسمين: صحيح وباطل وقسم العقد الباطل إلى عقد بطلاً مطلقاً وعقد باطل بطلاً نسبياً، أو قابل للإبطال. وعلى هذا يكون العقد القابل للإبطال قسماً من أقسام غير الصحيح.

انظر المواد: (١٢٨ - ١٤٤ مدني مصري). كما راجع المواد: (١٧٩ - ١٨٦ مدني كويتي) وسنتكلم عن هذا بشيء من التفصيل في خاتمة البحث.

بقولها «... فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التفرير لوارثه». لأنه عقد صحيح تترتب عليه كل الآثار أما في القانون المدني المصري والكويتي فلا حق له في ذلك، لأنه عقد غير صحيح فلا تترتب الآثار عليه.

بالإضافة إلى أن جزاء التدليس في القانون العراقي مستمد من الشريعة الإسلامية، بينما نظرية الإبطال في القانون المصري مستقاه من القانون المدني الفرنسي^(١). وأن رعاية المتعاقد المتضرر تقتضي أن يكون العقد موقوفاً لمصلحته.

أما حق انتقال دعوى التفرير للورثة فإن المجلة منعت ذلك فقد نصت المادة (٣٥٨) على الآتي:

«إذا مات من أغر بغبن فاحش، فلا تنتقل دعوى التفرير إلى وارثه»^(٢).
ولكن المرحوم كاشف الغطاء - من فقهاء الإمامية المتأخرين - يقول: «بل تنتقل الدعوى للورثة على الأصح»^(٣).

(١) قال السنهوري في (نظرية العقد: ٤٠٤) «المعروف ان القانون المصري نقل في أكثر مواضعه من القانون الفرنسي وانه وضع في أول الأمر باللغة الفرنسية».

(٢) ويعلق شراح المجلة على هذه المادة بأن خيار الغبن والتفرير لا يورث سواء كان المغبون البائع أو المشتري، لأن خيار الغبن والتفرير هو من الحقوق المجردة التي تثبت للبائع والمشتري، ولذلك لا تورث ولا تنتقل.

فإذا أقام المغبون دعوى التفرير وقبل صدور الحكم برد، وإعادة المبيع توفي المدعي فالظاهر أن لا ينتقل إلى ورثته وأما إذا توفي المغر فلا تسقط دعوى التفرير والغبن الفاحش وبه أفتى شيخ الإسلام علي أفندي. انظر:

سليم رستم - شرح المجلة: ١٩٩-٢٠٠ وعلي حيدر - درر الحكام: ١/ ٢١٥.

(٣) كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ٢/ ١٠٢.

الفصل الثاني

العيبُ النَّاشِئُ مِنْ مُغَايِرَةِ الْحَقِيقَةِ

«الْغَلَطُ»

ويضم البحوث التالية:

المبحث الأول - حقيقة الغلط .

المبحث الثاني - تطور نظرية الغلط .

المبحث الثالث - عرض لأنواع الغلط .

المبحث الرابع - رأينا في نظرية الغلط .

المَبْحَثُ الأولُ

حَقِيقَةُ الغَلَطِ

أ- ففي اللغة الغلط - محرّكة - هو أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه. كذا في المحكم، وزاد بعضهم: من غير عمد. وقد غلط - كفرح - يغلط غلطاً في الحساب وغيره. والعرب تقول: غلط في منطقته. وقال الزبيدي^(١): ومما يستدرك عليه أغلظه إغلاطاً أوقعه في الغلط^(٢).

وعرفه الفقهاء المحدثون بأنه: «توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعاً، فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه»^(٣).

وعرفه فقهاء القانون بأنه: «حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع»^(٤).

(١) محمد بن محمد بن محمد بن عبدالرزاق الحسيني الزبيدي، أبو الغيض، الملقب بـ«المرتضى» علامة في اللغة والحديث، والرجال والأنساب، أصله من واسط العراق ولد بالهند عام ١١٤٥هـ ونشأ في زبيد اليمن، وأقام بمصر وتوفي فيها عام ١٢٠٥هـ من مؤلفاته «تاج العروس في شرح القاموس» في اللغة. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢٩٧/٧.

(٢) انظر: الزبيدي - تاج العروس، الرازي - مختار الصحاح: مادة (غلط).

(٣) الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١/٤٢١.

وعرفه الشيخ أبو زهرة في (الملكية ونظرية العقد: ٤٥٩) بقوله: «الغلط معناه هنا أن يذكر محل العقد المعين موصوفاً بوصف، ثم تبين أن هذا الوصف غير متحقق فيه».

ويقول الأستاذ مذكور في (المدخل للفقهاء الاسلامي: ٦٣): «نقصد هنا بالغلط أن يتصور العاقد محل العقد على هيئة أو وصف غير حقيقته التي هو بها».

(٤) السنهوري - نظرية العقد: ٣٤٩ والوسيط: ١/٣١١. وأضاف على هذا التعريف في مصادر الحق: ٢/١٩٨ «بأن تكون هناك واقعة غير صحيحة يتوهم الانسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها» وراجع د. عبدالحى - النظرية العامة للالتزام: ١/٣٤٥.

ويعرفه د. أبو ستيت في (نظرية الالتزام: ١/١٤٤): «إنه وهم يقوم بذهن العاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته، ويدفعه إلى التعاقد» وراجع د. صوفي أبوطالب في (الوجيز في القانون الروماني: ٢٤٤).

وإن كان بعض فقهاء القانون يرى أن هذا التعريف يشمل الغلط كجنس، أما الغلط كعيب يشوب الارادة في التعاقد فيعرفه بعض الفقهاء بأنه: «قصور الغرض المباشر من التعهد عن إجابة الحافز، أي الباعث الدافع للتعاقد»^(١).

وأرى من الأنسب أن يعرف بأنه: العلم على غير وجه الصواب، كما يعرف الغلط في الواقعة هو: العلم بها على نحو يخالف الحقيقة.

والتعاريف التي ساقها أغلب الفقهاء الشرعيين والقانونيين تظهر أن الغلط قائم على أساس من الوهم، وقد سبق أن رأينا في بحث التدليس أن التوهم قائم أيضاً في الخلافة، إذاً فعنصر التوهم مشترك في كل من الخلافة - التغيرير والتدليس - والغلط، وإذا كان كذلك فهل هناك فرق بينهما؟

الفرق بينهما: إن الوهم الحاصل في الخلافة ناشئ من فعل فاعل مسؤول. أما في الغلط فإن التوهم تلقائي، أي ناشئ في خلد صاحبه من تلقاء نفسه، لا من فعل العاقد الآخر^(٢).

وعلياً ونحن في بداية البحث أن نحدد منطقة الغلط، فالذي يفسد الرضا إنما هو الغلط الذي يقع عند تكون الارادة، وهناك أنواع من الغلط لا أثر لها على الارادة وهي: الغلط في نقل الارادة^(٣) وتفسيرها. والغلط المادي^(٤). ولذا فيجب التمييز بين

→ ود. اسماعيل غانم - في النظرية العامة للالتزام: ١٧٥ ود. عبدالفتاح عبدالباقي - مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي: ١ / ١٦٤. والتعاريف القانونية تكاد تكون متفقة على أن الغلط وهم يقوم في النفس، وبهذا لا يختلف عن تعريف الزرقاء، ولكن الفقيه الفرنسي سالي يعرفه بأنه: «عدم توافق الارادة الحقيقية، أي الارادة الباطنة مع الارادة المعبر عنها، أي الارادة الظاهرة». انظر د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ٢٤٤-٢٤٥. ولعل هذا التعريف أبسطها وأقربها إلى القبول.

(١) د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ٢٤٥ نقلاً عن د. حلمي بهجت بدوي - أصول الالتزامات: ١٧٩.

(٢) الزرقاء: المدخل الفقهي العام: ١ / ٤٢١.

(٣) يعرف هذا النوع من الغلط بأنه لا يقع عند من صدرت عنه الارادة، بل عند من توجه إليه هذه الارادة. ومصدر هذا الغلط إما أن يكون الناقل كالرسول الذي لا يحسن التعبير عن إرادة من أرسله، وكعامل البرق الذي يخطئ في نقل البرقية. وقد يكون مصدر الغلط عدم فهم من وجهت إليه الارادة على حقيقتها. ولا يتعلق الأمر في هذه الاحوال

←

الغلط كعيب من عيوب الارادة من هذه الأنواع من الغلط لاستبعادها من دائرة البحث.

ولما كان الغلط أمراً نفسياً تلقائياً على اساس من التوهم، فانه يتولد ذاتياً وبطريقة تلقائية عفوية، فإنه من الصعب أن يتمشى مع النزعة الموضوعية المادية السائدة في الفقه الاسلامي، فانه أمام عاملين متضادين، كل منهما يجب رعايته.

الأول - احترام إرادة العاقد ويستلزم أن تؤخذ إرادة العاقد الحقيقية والتي ينطوي عليها ضميره (الارادة الباطنة) بنظر الاعتبار. فاذا عبر - مثلاً - غلطاً فقد جاءت إرادته الظاهرة مخالفة لإرادته الباطنة، وعندئذ تعتبر إرادته غير سليمة، وأن يفسح المجال له بأبطال ما اتجهت إليه.

الثاني - إن المصلحة العامة تقتضي استقرار التعامل، وعدم زعزعته، «ومعنى استقرار التعامل أن تكون تصرفات الارادة التي يتعامل فيها الناس بعضهم مع بعض بطريق التعاقد الرضائي ذات نتائج ثابتة غير معرضة للانتقاض بأسباب يجهلها المتعاقد، وليس هو المقصر في اجتنابها وذلك لكي يستطيع أن يبني أموره على نتائج معاملاته، وهو مطمئن إلى استقرارها، وعلى ثقة بثباتها»^(١).

→

بالغلط كعيب يشوب الارادة، بل بعدم توافق الارادة مع وسيلة التعبير عنها. ويدور البحث عندئذ حول الأخذ بالارادة، أو بأثر الوسيلة المعبرة عنها. والفرق بين هذه الأنواع من الغلط وبين الغلط كعيب من عيوب الارادة أن هذا الأخير يقوم في نفس من صدرت منه الارادة، أما الأنواع الأخرى فتقوم في نفس من وجهت إليه الارادة. راجع: د. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ٢٤٦.

(٤) أمثلة الغلط المادي كثيرة. فالغلط في الحساب في الجمع والطرح وأمثال ذلك، وغلط القلم كمن أراد أن يكتب (٦) - مثلاً - فكتب (١٦). وهذا النوع من الغلط ليس عيباً من عيوب الارادة.

وقد تطرق إليه القانون المدني المصري بمادته (١٢٣) ونصها:

«لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب، ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط». وقريب منها المادة (١٥٠) مدني كويتي) فقد نصت على ما يلي:

«ولا يؤثر في صحة العقد مجرد أخطاء الحساب أو زلات القلم».

وكذلك المادة (١٢٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على الآتي: «لا يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب، ولا الغلط المادي وإنما يجب تصحيح هذا الغلط».

(١) الزرقاء - المرجع المشار إليه: ١ / ٤٢٢.

ومقتضى ذلك الاعتماد على الارادة الظاهرة وأن لا يكون لغلط أحد العاقلين تأثيره في قوة هذا التصرف وتحقيق آثاره .

والفقه الاسلامي يغلب الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة عند تعارضهما ومؤدى هذه الفكرة أنه لا يعتدّ في إبرام التصرفات بالغلط بمفهومه العلمي الصحيح، أي باعتباره وهماً يخالف الحقيقة، وبتولد تلقائياً عند صاحبه^(١).

وترجيحاً لمصلحة استقرار التعامل لم يهتم الفقه الاسلامي كثيراً بالغلط في العقد كما اهتم الفقه الوضعي، ولم يفرد فقهاء الاسلام نظرية الغلط ببحث يصوغها مستقلة كما صاغوا نظرية الاكراه، لأن الفقه الاسلامي يعتمد الارادة الظاهرة - الايجاب والقبول - أساساً في بناء العقد ما دامت الارادة الباطنة الحقيقية خفية.

ولذلك استعصى على الغلط - وهو شيء نفسي ذاتي - أن يجد له في الفقه الاسلامي مكاناً موحداً يلم شعثه، ويجمع شتاته، فانتشرت تطبيقات الغلط في جوانب متفرقة. فهناك خيار الوصف، وهناك خيار العيب، ويتقدم ذلك خيار الرؤية. ويبدو لأول وهلة أن هذه مسائل مستقلة بعضها عن بعض، وألاً صلة بينها، مع انها جميعها تربطها أوثق الصلات بنظرية الغلط^(٢).

وكذلك لم يحظ الغلط من الفقه الاسلامي عناية، كما حظي التدليس من الاهتمام فقد أفرد له بحثاً خاصاً بعنوان «خيار التدليس» تضمن كل جوانبه وشؤونه. ولم يبرز الغلط كببحث مستقل في الفقه الحديث إلا بعد أن تصدى له المرحوم السنهاوري فقد حاول أن يبرز للغلط نظرية قائمة، كما هو شأنه في الفقه الغربي كما سيمر علينا.

ب - أركان الغلط: وللغلط أركان - كسائر التصرفات - نستطيع أن نستخلصها من نصوص الفقهاء ويمكن حصرها في ركنين وهما:

(١) انظر: السنهاوري - مصادر الحق: ٢ / ١١٢-١١٣ والزرقاء - المرجع المشار إليه: ١ / ٤٢٢-٤٢٣، ود. الحكيم -

الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٢٤٦-٢٤٧، ود. عبدالفتاح - مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي: ١ / ١٨٠.

(٢) راجع: السنهاوري - مصادر الحق: ٢ / ١٠٤ والزرقاء المرجع المشار إليه: ١ / ٤٢٣.

الأول - طرفا التصرف:

فلا يتحقق نطاق الغلط في التصرف إذا لم يكن له طرفان في ذلك الاجراء .
أحدهما بائع ، والآخر مشتري - مثلاً - فلا يكفي قيام إرادة واحدة في هذا المجال ،
اللهم إلا أن يكون ممثلاً عن نفسه ، أو وكيلاً عن الطرف الآخر وهذا بناء على رأي من
يقول بصحة هذا التصرف .

الثاني - وجود محل الغلط لحظة العقد:

فالذي يقع فيه الغلط لا بد أن يكون موجوداً عند التعاقد ، فلا يتحقق الغلط
إذا تم التعاقد على شيء غير موجود . فالشخص الذي يطلب من البائع أن يبيعه
هذه الياقوته وبنيته أنها ياقوته فتظهر أنها زجاجة فلا بد أنه شاهد الزجاجة ، وإلا
إذا لم تكن موجودة وطلب المشتري من البائع أن يبيعه ياقوته ، فيأتيه بزجاجة لم
يتحقق معنى الغلط ، لأن المشتري لم ير المعقود عليه فيشير إليه باسم يخالف
حقيقته .

ج - شروط الاعتداد بالغلط : كذلك نستخلص شروطاً للاعتداد بالغلط :
وهي :

١- أن لا يستقل أحد العاقلين بالغلط:

فلو وقع أحد العاقلين في غلط ، ولم يكشف عن إرادته الحقيقية للعاقد الآخر
وبقيت مخفية على الطرف الآخر ففي هذه الحالة يكون الغلط مستتراً في نفس العاقد
الذي وقع في الغلط ولم يعرف به الطرف الآخر ، ولهذا لا يعتد بالغلط .

قال الحطاب : «سئل مالك عن باع مصلى ، فقال المشتري : أتدري ما هذا
المصلى ، هي والله خز ؟ فقال البائع : ما علمت أنه خز ، ولو علمت ما بعته بهذا الثمن .

قال مالك: هو للمشتري، ولا شيء للبائع . لو شاء استبرأ قبل بيعه . وكذا لو باع مروياً، ثم قال: لم أعلم أنه مروي، إنما ظننته كذا وكذا أرأيت لو قال مبتاعه ما اشتريته إلا ظناً أنه خزر . وليس بخزر . فهذا مثله»^(١).

وهذا النص يوضح بأن البائع باع سلعته وهو لا يعلم بحقيقة مبيعه . سواء كان المشتري عالماً بحقيقة ما اشتراه، أم ظاناً به فالبيع نافذ رعاية لاستقرار التعامل، ولا ينظر إلى غلط طرف واحد . وهو البائع في هذه الحالة^(٢) . وإعطاؤه حق إبطال العقد عند ثبوت غلطه . وإن كان فيه استنفاذ له، ورعاية لحقه ومصلحته . هو في الوقت نفسه جناية على حق العاقد الآخر ومصلحته دون أن يبدر منه تسبب أو تقصير .

بخلاف ما إذا كان الغلط واضحاً ومعروفاً لدى الطرفين فإن الإرادة الحقيقية لكليهما عندئذ تكون هي أيضاً غير متطابقة مع الواقع . فإعطاء الغلط في هذه الحالة حق الفسخ هو الذي يفرضه مبدأ احترام الإرادة العقدية ولا يخل باستقرار التعامل لأن العاقد الآخر كان على بينة من غلط رفيقه، فلا يكون الفسخ مفاجأة له^(٣).

٢- أن يسمى العاقد الشيء باسم يصلح له:

كما اشترط أن يسمى العاقد الشيء باسم يصلح له ويدل عليه، مثل أن يقول البائع للمشتري: أبيعك هذا الحجر فيشتريه المشتري ويظهر أن الحجر ياقوتة فقد وقع البائع في غلط . ولكنه حيث سمى الشيء باسم يصلح له . إذ سمى الياقوتة حجراً فلم يكشف عن غلطه للطرف الآخر وهو لا يعرف عنه شيئاً فلا يعتد به^(٤).

(١) الخطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٤٦٦.

(٢) السنهوري - مصادر الحق: ٢ / ١٤٤.

(٣) الزرقاء - المصدر سالف الذكر: ٤٢٤-٤٢٥ . ويقول الأستاذ الزرقاء: وهذا ما يشترطه الفقه الأجنبي في اتجاهه

الحديث بنظرية الغلط حيث يشترط علماء القانون لجواز إبطال العقد غلط أحد العاقدين أن يكون العاقد الآخر على

علم بغلط رفيقه . راجع: المدخل الفقهي العام: ١ / ٤٢٥ هامش ١.

(٤) السنهوري - مصادر الحق: ٢ / ١١٥.

ولكن لو سمي أحدهما السلعة باسم غير اسمها، كمن يقول للبائع: اشتر هذه
الياقوته فيقول البائع: بعثك، فيعتد بالغلط، ولا يلزم البيع، لأن أحد العاقلين وقع في
غلط، ولكنه كشف عن غلظه للعاقد الآخر بأن يسمي الشيء بغير اسمه فعلم الآخر
بالغلط.

قال الحطاب: «من قال: اخرج لي ثوباً مروياً بدينار، فأخرج له ثوباً أعطاه إياه، ثم
وجده من أثمان أربعة دنائير هذا يحلف، ويأخذ ثوبه.

(و) قال ابن رشد - في سماع أبي زيد -^(١) خلاف هذا: إن من اشترى ياقوته وهو
يظنها حجراً ولا يعرفها البائع ولا المبتاع فيجدها على ذلك، أو يشتري القرط يظنه
ذهباً فيجده نحاساً. إن البيع يرد في الوجهين».

ثم قال الحطاب: «وهذا الاختلاف إنما هو إذا لم يسم أحدهما الشيء بغير اسمه،
وإنما سماه باسم يصلح له على كل حال»^(٢).

وأما إذا سمي أحدهما الشيء بغير اسمه «مثل أن يقول البائع: أبيعك هذه الياقوته
فيجدها غير ياقوته، أو يقول المشتري: بع مني هذه الزجاجة ثم يعلم البائع أنها
ياقوته فلا خلاف في أن الشراء لا يلزم المشتري، والبيع لا يلزم البائع»^(٣).

وقال الدسوقي: «والحاصل أن البائع إذا جهل ذات المبيع، أي لم يعلم اسمه
الخاص به فإن سماه باسم عام فلا رد. وإن سماه باسم خاص، فإذا هو ليس المسمى
بذلك الاسم الخاص فله الرد سواء كان مسمى باسم خاص آخر أو كان مسمى بالاسم
العام»^(٤).

(١) عبدالله بن عبدالرحمن، أبي زيد النفزاوي القيرواني، أبو محمد، كان امام المالكية في عصره، يلقب بـ«قطب
المذهب» وبـ«مالك الأصغر»، ولد عام ٣١٠ هـ بـقيروان، كما توفي عام ٣٨٦ هـ، من مؤلفاته «مختصر المدونة» ترجمه
الزركلي - الاعلام: ٤ / ٢٣٠.

(٢) الحطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٤٦٦.

(٣) المصدر سالف الذكر والصفحة.

(٤) الحطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٤٦٦. وانظر / الآبي - جواهر الاكليل: ٢ / ٤٩، والخرشي - شرحه على مختصر
خليل: ٣ / ١٤٠.

والنصان يوضحان أن البائع إذا باع ياقوتة وهو يسميها حجراً غير عالم بأنها ياقوتة، فلا يعتدّ بغلطه، لأنه لم يكشف عنه للمشتري. أما إذا باع الثوب المروي بدينار، ولكنه يعطيه ثوباً بقيمة أربعة دنانير فإنه يكون قد كشف عن غلطه، وترتب له الخيار في الرد.

وتبدو هذه التفرقة لأول وهلة غريبة من مالك، لكن الخطاب يوجه ذلك بقوله: «ووجه تفرقة مالك بين الذي يبيع الياقوتة جاهلاً، وبين من قصد اخراج ثوب بدينار، فأخرج ثوباً بأربعة. إن الأول جهل وقصر إذا لم يسأل من يعلم ما هو. والثاني غلط، والغلط لا يمكن التوقي منه فيكون له أن يحلف ويأخذ ثوبه^(١)».

ومن هذا نستفيد أن مالكا يفرق في الجزاء بين الجهل والغلط، ففي الجهل لا يعتد بالغلط، أما في الغلط فيعتد به^(٢).

د - أنواع الغلط: والفقهاء المحدثون ذكروا للغلط أنواعاً، يمكن إجمالها بالآتي:
الأول - الغلط في الشيء: والمقصود به، هو أن يظهر بعد تمام العقد بأن المعقود عليه مخالف لما وقع عليه العقد في الذات والوصف.

الثاني - الغلط في الشخص: والمراد به أن يغلط أحد المتعاقدين مع الآخر فيظن أنه فلان، ويظهر أنه شخص آخر أو يظنه ذا صفة خاصة تميزه فيظهر خلاف ذلك.

الثالث - الغلط في القيمة - وهو الذي ينصب على قيمة الشيء.

الرابع - الغلط في الحكم والقانون - ومفاده جهل المتعاقد بالحكم الشرعي أو القانوني عند التعاقد.

وسوف نتعرض لشرح هذه الأنواع - بصورة موجزة - لنرى مدى علاقتها ببحث عيوب الإرادة.

(١) الدريير - الشرح الكبير: ٢ / ١٤٠.

(٢) الخطاب - المرجع سالف الذكر: ٤ / ٤٦٧.

المَبْحَث الثاني

تَطَوُّرُ نَظَرِيَّةِ الْغَلَطِ

برزت نظرية الغلط في الفقه الغربي بروزاً واضحاً من العصر الروماني، ثم بدأت تتطور حتى أصبحت نظرية قائمة بذاتها في عيوب الارادة، وسبباً لابطال التصرف القانوني وبتفاوت في درجة الإبطال في ميدان القوانين^(١).

(١) في العصر الروماني القديم كانت الشكلية تسود التصرفات القانونية، إذ التصرف يعتبر تاماً في حالة استيفائه الشكلية المطلوبة، فقد كان ينظر إلى الارادة الظاهرة بأنها الأساس في العقود، ولا أثر للارادة الباطنة وتبعاً لذلك كان مجال نظرية الغلط في أقول.

وفقهاء الرومان - حينذاك - لم يضعوا معايير عامة لأثر الغلط في الارادة، وإنما اهتموا بتحليل الوقائع الفردية ووضع الحلول الخاصة لكل منها وعندما عرف القانون الروماني العقود الرضائية، بزغت نظرية الغلط، وذلك في عهد الامبراطور الروماني جستنيان.

وفي العصور الوسطى استمرت فكرة الغلط كما كانت عند فقهاء الرومان بصفة خاصة بالنسبة لتقسيم حالات الغلط: غلط في التعيين، وغلط في المحل، وغلط في المادة.

وفي أواخر العصور الوسطى عرف الفقهاء الغلط في نوع التصرف، وفي محل التصرف، وفي الشخص، وأما الغلط في المادة فقد عومل على أنه غلط في المحل يعتد به، وقد كان لهذا التقسيم دور هام في التقنيات القديمة ثم أخذت فكرة الغلط معنى خاصاً على يد فقهاء القانون الطبيعي، فمع تطور فكرة الوعد، ومن بعده فكرة التصرف القانوني أصبح ينظر إلى الغلط كمسألة عامة تطبق بالنسبة لجميع التصرفات، ونشأت الفكرة التي تفيد بأن الغلط هو اختلاف بين الارادة والاعلان عنها، وبالتالي يعتبر عيباً في واقعة إعلان الارادة، ويؤدي إلى أن يكون إعلان الارادة المصحوب بغلط غير نافذ. ومن جهة أخرى رأى فقهاء القانون الطبيعي وجوب مراعاة مصلحة الطرف الآخر الذي وجه إليه اعلان الارادة، وتوصلوا بذلك إلى وجوب الزام من وقع في غلط بتعويض الطرف الآخر إذا كان الغلط قد حدث نتيجة خطأ من وقع فيه.

وإلى جانب هذا وجد اتجاه آخر لبعض فقهاء القانون الطبيعي في جنوب شرق المانيا وفي النمسا كان يرفض أخذ الغلط بعين الاعتبار، ويوجب أخذ من صدر منه إعلان الارادة بإعلانه مراعاة لمصلحة الطرف الآخر.

لقد احتل القرن السادس الميلادي المكانة الأولى في ما يتعلق بالتطور التاريخي لنظرية الغلط، وذلك بسبب التجديدات التشريعية، والتشديدات الفقهية، وما ترتب عليها من تغيرات في مجال الممارسة للتصرفات القانونية.

أما في الفقه الاسلامي فقد ظهرت نظرية الغلط في بحوث الفقهاء المحدثين^(١).

→

وترواحت القوانين في الأخذ بنظرية الغلط. ففي القوانين التي تأخذ بالارادة الباطنة كالقانون الفرنسي فقد أوجب على القاضي البحث عن هذه الارادة والحكم بمقتضاها يؤدي الى بطلان العمل القانوني.

أما في القوانين التي تأخذ بالارادة الظاهرة، كالقانون الالماني، حيث يعطي الأهمية للتعبير عن الارادة؛ أي للعبارة التي اختارها المتعاقدان للتعبير عن إرادتهما، فقد أوجب على القاضي في الأصل أن يأخذ هذه العبارة كما تعرض أمامه بصرف النظر عن الارادة الحقيقية للمتعاقدين. فإن الغلط لا يؤخذ بنظر الاعتبار إلا إذا وقع في التعبير ذاته، أي في الارادة الظاهرة ذاتها.

وورث الفقه الفرنسي التقليدي عن القانون الفرنسي القديم نظرية تقسيم الغلط من حيث تأثيره في صحة العقد إلى ثلاثة أنواع:

١- غلط يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

٢- غلط يجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة العاقد الذي وقع في الغلط.

٣- غلط لا يؤثر في صحة العقد.

أما القانون الروماني فقد كان الغلط فيه ذا أثر في صحة العقد يجعله باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولم يتدرج من البطلان المطلق إلى البطلان النسبي. وكان الغلط يؤثر في صحة العقد، بل يمنع تكوينه إذا وقع في ماهية العقد، أو في ذاتية الشيء، أو في ذاتية الشخص، ثم وسعت النظرية بعد ذلك إلى الغلط في مادة الشيء أو في مقداره على أن يكون الغلط في كل هذه الأحوال سبباً في البطلان المطلق. ولم يأخذ القضاء في فرنسا ومصر بالنظرية التقليدية، وجارى الفقه الحديث القضاء في ذلك، فالتقسيم الثلاثي للغلط لم تأخذ به النظرية الحديثة إذ استغنت عن النوع الأول، وهو الغلط الذي يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهدمت الحاجز بين النوعين الثاني والثالث.

أما أن النوع الأول من الغلط لا ضرورة له في نظرية الغلط فذلك واضح، لأن الغلط الذي يقع في ماهية العقد، أو ذاتية الشيء أو في سبب الالتزام يمنع تكوين العقد لا الغلط في ذاته. بل لأن إرادتي المتعاقدين لم تتوافقا والعقد لا يكون إلا بتوافق إرادتين. فالنوع الأول لا يدخل إذاً في نظرية الغلط، بل يدخل في نظرية تكوين العقد، فإذا لم تتوافق الإرادتان في ماهية العقد، أو في ذاتية الشيء، أو في سبب الالتزام، فالعقد لا يوجد أو هو باطل بطلاناً مطلقاً، سواء في ذلك أكان هناك غلط أم لم يكن. فلسنا في حاجة إلى نظرية الغلط للقول ببطلان العقد بطلاناً مطلقاً في هذه الأحوال لذلك وجب حذف هذا النوع الأول، والاقتصار في نظرية الغلط على النوعين الآخرين نوع يجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً، ونوع لا يؤثر في صحة العقد. انظر: السنهاوري - نظرية العقد: ٣٤٩ - ٣٧١، والوسيط: ١ / ٢٩٣ - ٢٩٨، ود. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٢٤٧ - ٢٥٢، ود. عبد المجيد محمد الحفناوي -- نظرية الغلط في القانون الروماني: ١٤ - ١٥ و ٢٨٧ طبع مطبعة الوادي - الاسكندرية مصر ١٩٧٤، ود. عبدالودود يحيى - نظرية الغلط في القانون الالماني: ٤ - ٦ طبع مطبعة جامعة القاهرة ١٩٦٩. ود. عبدالفتاح - مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي: ١٦٤ - ١٦٩.

(١) من الفقهاء المحدثين الأساتذة: الزرقاء - المدخل الفقهي العام: ١ / ٤٢١ والشيخ أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد:

٤٥٩ ومحمد مصطفى شلبي - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي: ٣٩١، ود. محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية

العقد في الفقه الاسلامي: ٤٠٠، ومحمد سلام مذكور - المدخل للفقه الاسلامي: ٦٣٠، والشيخ علي الخفيف -

مختصر أحكام المعاملات الشرعية: ١١٧. وأحمد أبو الفتح - مختصر كتاب المعاملات: ٥٤، وعيسى أحمد عيسوي

- المدخل للفقه الاسلامي: ٥٢٥، والسيد هاشم معروف الحسني - نظرية العقد في الفقه الجعفري: ٢٠٨.

وبالأخص اعلام الفقه المقارن^(١). وقد حاولوا جميعاً ربط جذور نظرية الغلط بالفقه الاسلامي وانتهى البعض إلى القول بأنه يقابل هذه النظرية في الفقه الحديث ما يسمى في الشريعة الاسلامية بخيار الوصف، وخيار الرؤية، وخيار العيب. هذه الخيارات الأساس فيها أن العاقد يجد الشيء على غير الوصف الذي ذكر في العقد، سواء كان غائباً أو حاضراً بحيث يفوت على العاقد القصد الذي دفعه إلى التعاقد. ومن هذه الناحية لا يكون ركن الرضا متوافراً فيمن يقع في الغلط^(٢).

وبالعوض الآخر منهم يرى أن الفقهاء قد تعرضوا لبحث الغلط في التعبير في أصول الفقه حيث يبحثونه تحت اسم «الخطأ»^(٣).

وسوف نحدد موقفنا من هذا كله في بحث «رأينا في نظرية الغلط».

واستفاد الفقهاء - الذين قالوا بنظرية الغلط - الحكم الشرعي لهذه النظرية مما ورد في الكتاب الكريم، والسنة النبوية.

فمن الكتاب الكريم، قوله تعالى: ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم﴾^(٥).

ومن الحديث الشريف قوله عليه الصلاة والسلام: «ان الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه».

والخطأ هو نقيض العمد. وقد استعمل - أيضاً - بمعنى الجهل والغلط، لما في

(١) من علماء الفقه المقارن القانوني، المرحوم السنهاوري - مصادر الحق: ٢ / ١٠٤، ود. صبحي المحمصاني - النظريات العامة للموجبات والعقود: ٢ / ٤١٨، ود. عبدالمجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٢٧٦، ود. عبدالفتاح عبد الباقي - مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي: ١ / ١٨٠.

(٢) انظر: السنهاوري - مصادر الحق: ٢ / ١٠٤، والزرعاء - المصدر المذكور: ١ / ٤٢٣، ود. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٢٧٧.

(٣) د. المحمصاني - الموجبات والعقود: ١ / ٤١٩-٤٢٠، ود. سوار - التعبير عن الارادة: ٤١٧.

(٤) سورة البقرة - آية: ٢٨٦.

(٥) سورة الأحزاب - آية: ٥.

جميعها من عدم النية والرضا. أما النسيان: فهو الجهل الطارئ وكلاهما - أي الخطأ والنسيان - في حكم واحد عند الأصولين^(١). والفقهاء وإن لم يدرسوا الغلط بصورة عامة في العقود كعيب في الرضا، إلا أنهم نظروا إليه من ناحية الجهل النافي للنية الحقيقية واعتمدوا سنده الشرعي الكتاب والسنة بما ذكرنا.

وبعد أن تصدى المرحوم السنهوري لأن يجد لنظرية الغلط على ما يقول به فقهاء القانون الغربي صدىً أميناً في الفقه الاسلامي، وقد جذب فكرته بعض الفقهاء، وساروا على رأيه - شرحاً وتلخيصاً - لابرار معالم هذه النظرية، كعيب من عيوب الارادة^(٢) ومن ثم مقارنتها بما كتب عنها بالفقه الغربي، وانتهى بهم الشوط - والمرحوم السنهوري في مقدمتهم - إلى أن الفقه الاسلامي يعرف - شأنه في ذلك شأن الفقه الغربي التقليدي - هذه النظرية في بعض صورها، كما سيمر علينا.

وبعد أن تلمسنا تطور نظرية الغلط في الفقه الوضعي ومحاولة ربط جذورها في الفقه الاسلامي من جانب فريق من فقهاء القانون. نحاول في البحوث التالية تحليل صور الغلط، كما هي في القانون الوضعي، وما يقابلها في الفقه الاسلامي.

(١) الزرقاء - المصدر المشار إليه: ٤١٩.

(٢) د. عبدالفتاح - مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي: ١ / ١٨٠ - ١٨١.

المَبْحَثُ الثَّالِثُ

عَرَضٌ لَأَنْوَاعِ الْغَلَطِ

المطلب الأول:

الغلط في الشيء

والمقصود بالغلط في الشيء هو أن يظهر بعد تمام العقد أن المعقود عليه مخالف لما وقع عليه العقد في الذات أو الوصف^(١). وهذا الغلط على نوعين:

النوع الأول - الغلط في ذات المعقود عليه

والغلط في ذات المعقود عليه يتحقق إما بأن:
أ - يختلف جنس المقصود عليه عن المسمى في العقد بأن يقصد المشتري جنساً معيناً فإذا به يظهر غير ما أراد. مثاله: أن يبيع فصاً على أنه ياقوت أو ماس، فإذا هو زجاج، أو أنه يشتري سجاده على أنها إيرانية الصنع فيظهر أنها كليم، فالغلط وقع هنا على محل العقد^(٢).

(١) عيسوي - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي: ٥٢٥.

(٢) انظر: السنهوري - مصادر الحق: ٢/ ١٠٦-١٠٧ والزرقاء - المدخل الفقهي العام ١/ ٤٢٥.

ب - أو بأن يتحد جنس المعقود عليه مع المسمى في العقد. لكن يظهر بين ما أراد العاقد وبين حقيقة المعقود عليه تفاوت فاحش في المنفعة. مثاله: كمن يشتري ساعة على أنها من صنع «أوميغا» فيظهر أنها من صنع عادي، ولم يكن ليرغب فيها ويقبل على شرائها لو أنه يعلم أنها ليست أوميغا، فالغلط هنا وقع على محل العقد^(١). فهذا النوع من الغلط بقسميه وقع في ذات المعقود عليه، لأن اختلاف الجنس يجعل المحل - المعقود عليه - معدوماً.

ويسمى هذا النوع من الغلط في الفقه الحديث بـ «الغلط المانع» والمقصود بالمانع أنه يمنع من لزوم العقد، سواء كان جنس المعقود عليه مع المسمى متحداً أو مختلفاً حتى مع التفاوت الفاحش في المنفعة^(٢).

حكم هذا الغلط:

ولبيان حكم الغلط في ذات المعقود عليه اختلف الفقهاء فيه إلى ثلاثة أقوال:
الأول - بطلان العقد: لأن البيع وقع على معدوم. وهذا ما ذهب إليه: الحنابلة^(٣) والمالكية^(٤) وجمهور الحنفية^(٥).

(١) انظر السنهوري - المرجع سالف الذكر: ١٠٦-١٠٧، والزرقاء - المصدر المشار إليه: ١/ ٤٢٧.

(٢) راجع السنهوري - المرجع سالف الذكر: ١٠٦/ ٢ الزرقاء - المصدر المشار إليه: ١/ ٤٢٦هـ.

(٣) قال البهوتي في (كشف القناع: ١٦٥/ ٣): «ولو قال البائع: بعتك هذا البغل فقال: المشتري اشتريته. فبان المشار إليه فرساً أو حماراً لم يصح البيع. ومثله: بعتك هذا العبد فبان أمة، أو هذا الجمل فبان ناقة ونحوه، فلا يصح البيع للجهل بالمبيع».

(٤) قال الحطاب (في المواهب الجليل: ٤/ ٤٦٦): «وأما إذ سمي أحدهما الشيء بغير اسمه مثل أن يقول البائع: أبيعك هذه الياقوتة فيجدها غير ياقوتة أو يقول المشتري: بع مني هذه الزجاجة ثم يعلم البائع أنها ياقوتة فلا خلاف في أن الشراء لا يلزم المشتري والبيع لا يلزم البائع».

(٥) قال الكاساني في (بدائع الصنائع: ١٣٩-١٤٠): «ويخرج ما إذا قال: بعتك هذا الياقوت بكذا فإذا هو زجاج أو قال: بعتك هذا الفص على أنه ياقوت بكذا فإذا هو زجاج أو قال: بعتك هذا الثوب الهروي بكذا فإذا هو مروي أو قال: بعتك هذا الثوب على أنه مروي فإذا هو هروي لا ينعقد البيع في هذه المواضع، لأن المبيع معدوم. والأصل في هذا أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في باب البيع في ما يصلح محل البيع ينظر إن كان المشار إليه من خلاف

وهو قول للشافعية^(١) كما يرى ابن حزم أنه الغلط في حقيقة المبيع يوجب البطلان^(٢).

الثاني - فساد العقد: لأنه باع المسمى وأشار إلى غيره فصار كأن باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره، وهو رأي الكرخي وجماعته من الحنفية^(٣). ومعلوم أن العقد الفاسد

→ جنس المسمى فالعبرة للتسمية ويتعلق العقد بالمسمى، وإن كان من جنسه لكن يخالفه في الصفة فإن تفاحش التفاوت بينهما فالعبرة للتسمية - أيضاً - عندنا ويلحقان بمختلف الجنس. وإن قل التفاوت فالعبرة للمشار إليه ويتعلق العقد به.

وأذا عرف فنقول: الياقوت مع الزجاج جنسان مختلفان. وكذا الهروي مع المروي نوعان مختلفان فيتعلق العقد فيه بالمسمى وهو معدوم فيبطل ولا ينعقد... وكذا لو باع داراً على أن بناءها آجر فإذا هو لبن لا ينعقد، لأنهما يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً فكانا كالجنسين المختلفين. وكذا لو باع ثوباً على أنه مصبوغ بعصفر فإذا هو مصبوغ بزعفران لا ينعقد، لأن العصفر مع الزعفران يختلفان في اللون اختلافاً فاحشاً وكذا لو باع حنطة في جولة فإذا هو دقيق، أو شرط الدقيق فإذا هو خبز لا ينعقد، لأن الحنطة مع الدقيق جنسان مختلفان، وكذا الدقيق مع الخبز، ألا ترى من غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حق الملك دل أنها تصير شيئاً آخر. فكان بيع المعدوم فلا ينعقد». وانظر: الكمال بن الهمام - فتح القدير: ٥ / ٢٠٦-٢٠٧، وقاضي خان - الفتاوى الخانية: ٢ / ١٣٤ المطبوع هامش الفتاوى الهندية، ويقول الزيلعي في (تبين الحقائق: ٤ / ٥٣): «ثم إذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس يقع البيع باطلاً عند بعض المشايخ، لأنه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز إلا في السلم».

(١) قال الشيرازي في المذهب: ١ / ٢٨٧: «وإن باعه حيواناً على أنه بغل فوجده حماراً، أو على أنه حمار فوجده بغلاً ففيه وجهان: الثاني: أن البيع باطل، لأن العقد وقع على جنس، فلا ينعقد في جنس آخر... وانظر: السبكي - تكملة المجموع: ١١ / ٥١٣ طبع دار العلوم للطباعة - القاهرة.

(٢) قال ابن حزم في (المحلى: ٩ / ٤٥١ طبع مكتبة الجمهورية العربية - مصر): «من اشترى قطعة يظنها قزديراً فوجدها فضة أو فصاً لا يدري أزجاج هو أم ياقوت. فوجده ياقوتاً فإن الشراء باطل مستدلاً بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ لأنه لا يمكن ببديهة العقل وضرورة الحس رضاً بما لا يعرف، ولا يكون الرضا إلا بمعلوم الماهية، وأنه إن قال: رضيت فإنه لا يرى إذا علم ما هو وقد سمى الله تعالى ما لم يكن عن تراض أكل مال بالباطل، ولأنه غرر، وقد نهى رسول الله عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر». (٣) قال الزيلعي في (تبين الحقائق: ٤ / ٥٣): «ثم إذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس... قال بعضهم: إنه فاسد (أي يقع البيع فاسداً) وهو اختيار الكرخي، لأنه باع المسمى، وأشار إلى غيره فصار كأنه باع شيئاً بشرط أن فاسد يسلم غيره وذلك فاسد».

وقال قاضي خان في (الفتاوى الخانية: ٢ / ١٣٤): «ولو باع شيئاً معيناً وسماه باسم آخر قال: بعثك هذا الثوب على أنه هروي، فإذا هو مروي لا يجوز البيع، لأن الهروي مع المروي جنسان مختلفان لاختلاف الصفة، ثم اختلفوا في أنه باطل أو فاسد قال بعضهم: هو باطل لا يملك بالقبض. وذكر الكرخي - رحمه الله تعالى - أنه فاسد».

- عند الحنيفة - في نفسه غير لازم، بل هو مستحق للفسخ في نفسه رفعاً للفساد^(١).
الثالث - صحة العقد، مع ثبوت الخيار، لتخلف الوصف الخاص، وهو رأي
الامامية^(٢)، وهو قول للشافعية^(٣)، وقول للمالكية^(٤).

(١) الكاساني - المرجع سالف الذكر: ٥ / ٣٠٠ وانظر د. فرج - نظرية العقد الموقوف: ٢٦: ٢٧.

(٢) والفقه الامامي لا يرى اختلاف الجنس أو اتحاد مع التفاوت الفاحش يستوجب بطلان العقد - إذا لم يستلزم
اختلاف الحقيقة العرفية - وإنما يوجب الخيار لتخلف الوصف.

وقد تعرض المرحوم كاشف الغطاء في (تحرير المجلة: ٢ / ١٧٨-١٧٩) عند تعليقه على المادة (٢٠٨) من المجلة
والتي تنص على الآتي: «إذا باع شيئاً وبين جنسه، فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع. فلو باع زجاجاً على
أنه الماس بطل البيع». فقال:

«إن اختلاف الوصف لا يقدر، فلو أشار إلى الفرس الأشهب وقال: بعثك هذا الأدهم صح بيع الأشهب، أما في الغائب
فينقدح، لأن المدار في الحاضر على المشاهدة، بخلاف الغائب فإن المدار فيه على الوصف، إذ لا مشاهدة حتى يعول
عليها هذا في اختلاف الوصف.

أما اختلاف الجنس كما في مثال الزجاج فيظهر من المادة (٢٠٨) المجلة البطلان، ولا يتضح وجه الفرق بين
المقامين فإن المدار إن كان على المشاهدة وأن المقدم عند تعارض الوصف والاشارة هو الاشارة فلازمه اطراد
ذلك حتى مع اختلاف الجنس، فلو أشار إلى الزجاج، وقال: بعثك هذا الالماس، فاللازم التعويل عليه ويبطل الجنس
كما يبطل وصف الأشهب بالأدهم.

هذا إذا كان التعبير بنحو الاشارة أما إذا كان على نحو الشرطية - كما في المادة المشار إليها من المجلة - حيث
باعه الزجاج على أنه الماس: «فالحق وإن كان كما ذكرنا فيها من البطلان، ولكن لا فرق - أيضاً - في قضية
الشرطية بين اختلاف الجنس أو الوصف حتى في الحاضر، فلو قال بعثك هذا الفرس على أنه أشهب وهو أدهم،
فالحكم بالصحة محل نظر المنع، لأن المنع وقع على المقيد وهو عدم قيد فالموجود لم يقع العقد عليه،
وما وقع العقد عليه غير موجود فكيف نحكم بالصحة؟ والتحقيق إن تخلف الوصف يوجب الخيار بخلاف تخلف
الحقيقة فانه باطل» وانظر الانصاري في (المكاسب: ٢٨٨) فهو يرى «أن قوات القيد هنا موجب للخيار، لو كان
المشروط له جاهلاً بالفساد نظير قوات الجزاء والشرط الصحيحين ولا مانع من التزامه. وإن لم يظهر منه أثر في
كلام القائلين بهذا القول».

(٣) قال الشيرازي في (المهذب: ١ / ٢٨٧): «وإن باعه حيواناً على أنه بغل فوجده حماراً (أو بالعكس) ففيه وجهان:
أحدهما - أن البيع صحيح لأن العقد وقع على العين، والعين موجودة فصح البيع، وثبت له الرد لأنه لم يجده على
ما شرط».

(٤) يقول الدردير في (الشرح الكبير: ٣ / ١٢٥-١٢٦): «ولم يرد المبيع بخلط - أي بسبب غلط في ذات المبيع - أي
جهل اسم المبيع الخاص بأن سمي بأسمه العام الذي يشمله وغيره مع العلم بالمعقود عليه بشخصه كأن يشتري
أو يبيع هذا الحجر برخص، ثم يتبين أنه ياقوتة مثلاً لأنه يسمى حجراً فيفوز به المشتري ولا كلام للبائع، وأولى
أن له يسمه أصلاً.. ولا فرق بين حصول الغلط بالمعنى المذكور من المتبايعين، أو من أحدهما مع علم الآخر ...

←

أما بالنسبة للقانون المدني، فلقد أخذ المدني العراقي بالقول المشهور لجمهور الفقهاء وهو ابطال العقد، فقد نصت المادة (١١٧) على الآتي:

« ١- إذا وقع غلط في محل العقد، وكان مسمى ومشاراً إليه فإن اختلف الجنس تعلق بالعقد بالمسمى، ويبطل لانعدامه ...

٢- فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج بطل البيع ...».

والمشرع العراقي حاول بهذا المزج والتوفيق بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي^(١). في حين أهمل القانون المدني المصري، والقانون المدني الكويتي الاشارة إلى فكرة الغلط المانع ولم يقيما لها وزناً. على أساس أن النظرية الحديثة في القانون لم ترق بالغلط المانع إلى مستوى الاعتداد طالما أنها تتعلق بمحل العقد ولا أثر لها على الارادة لتعيبها، مع أنها كانت تحتل مكاناً واسعاً في بحوث عيوب الرضا عند فقهاء القانون القدامى، وأنها كانت تؤدي في منطق النظرية التقليدية إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً^(٢).

→

ومفهوم الشرط أنه لو سماه بغير اسمه كهذه الزجاجة، فإذا هي ياقوتة لتثبت الرد، وهو كذلك. وكذا لو سمي باسم خاص كتسمية الحجر ياقوتة».

وعلق الدسوقي في (حاشيته على الشرح الكبير: ١٢٦/ ٢) على فقرة الدردير: «قوله: كتسمية الحجر ياقوتة: أي فإذا سمي الحجر ياقوتة فوجده المشتري حجراً فله الرد. والحاصل: أن البائع إذا جهل ذات المبيع أي لم يعلم اسمه الخاص به فإن سماه باسم عام فلا رد، وإن سماه باسم خاص فإذا هو ليس المسمى بذلك الاسم الخاص فله الرد سواء كان مسمى باسم خاص أو كان مسمى بالاسم العام».

(١) انظر د. غني طه - الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١ / ١٨٢ ود. الصدة - محاضرات في القانون المدني: ١ / ١٧١-١٧٢.

(٢) اما بالنسبة للفقه الغربي، فقد اشرنا في ما سبق إلى الغلط المانع في بداية الحديث ولكن في صدد مقارنتها يقول السنهوري في (مصادر الحق: ١٠٩ / ٢): «إن الغلط المانع في الشيء في الفقه الاسلامي أوسع منه في الفقه الغربي. فالغلط يكون مانعاً في الفقه الاسلامي حتى لو اتخذ الجنس ولكن تفاحش التفاوت في المنفعة - كما رأينا - أما في الفقه الغربي فقد يتفاحش التفاوت في المنفعة، بل قد يختلف الجنس - (كما) يشتري شيئاً من فضة فإذا به من برونز - ويبقى الغلط مع ذلك غير مانع من تكوين العقد ويقتصر على جعله قابلاً للإبطال».

النوع الثاني - الغلط في وصف المعقود عليه:

وقد يقع الغلط في الشيء - أيضاً - سواء كان متحد الجنس أم مختلفاً، وكان التفاوت في المنفعة دون تفاحش فإن الأمر يقتصر في هذه الحالة على فوات الوصف المرغوب فيه فينعقد البيع صحيحاً نافذاً ولكنه يكون غير لازم، إذ يثبت فيه خيار الوصف كما لو طلب المشتري ياقوتة حمراء فظهر أنها صفراء، أو أنه طلب كتاب الحيوان للجاحظ - مثلاً - فتبين أنه الحيوان للدميري. ففي هذه الحالة قد تخلف الوصف المرغوب فيه عند المشتري^(١).

وحكم هذا الغلط يكاد يكون متفقاً لدى الفقهاء وذلك بأن فوات الوصف المرغوب فيه عند المشتري يمنح له حق الخيار فان شاء فسخ العقد أو أنفذه، وهذا هو مضمون حكم خيار الوصف^(٢).

(١) انظر: السنهاوي - مصادر الحق: ٢ / ١١٠ ود. المحمصاني - الموجبات والعقود: ١ / ٤٢٢.

(٢) قال الكاساني في (بدائع الصنائع: ٥ / ١٤٠): «ولو قال: بعثك هذا الثوب القز فإذا هو ملح ينظر إن كان سداً من القز ولحمته من غيره لا ينعقد. وإن كان لحمته من القز فالبيع جائز، لأن الأصل في الثوب هو اللحم لأنه إنما يصير ثوباً بها، فإذا كانت لحمته من غير القز فقد اختلف الجنس فكانت العبرة للتسمية والمسمى معدوم فلم ينعقد البيع. وإذا كانت من القز فالجنس لم يختلف فتعتبر الإشارة والمشار إليه موجوداً فكان محلاً للبيع إلا أنه يثبت الخيار للمشتري لأنه كونه السدى منه أمر مرغوب فيه وقد فات فوجب الخيار ... ولو قال: بعثك هذا الدار علي أن فيها بناء، فإذا لا بناء فيها فالبيع جائز والمشتري بالخيار إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك. فرق بين هذا وبين ما إذا قال: بعثك هذه الدار على أن بناءها آجر فإذا هو لبن أنه لا ينعقد. ووجه الفرق أن الآجر مع اللبن يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً فالتحقا بمختلفي الجنس».

وانظر: الفتاوى الهندية: ٣ / ١٤٠-١٤١.

ويقول ابن قدامة في (المغنى: ٤ / ١٣٩): «وإذا اشترط المشتري في المبيع صفة مقصودة مما لا يعد فقده عيباً صح اشتراطه وصارت مستحقة يثبت له خيار الفسخ عند عدمها. مثل أن يشترط الأمة بكرًا أو طبخة أو ذات صنعة، فمتى بان خلاف ما اشترطه فله الخيار في الفسخ والرجوع بالثمن والرضا به، ولا شيء له. لا نعلم بينهم في هذا خلافاً لأنه شرط وصفاً مرغوباً فيه فصار بالشرط مستحقاً».

ويرى الشيرازي في (المهذب: ١ / ٢٨٧): «إن اشترى عبداً بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب أو على أنه يحسن

«ولكن ينبغي لذلك أن يكون الجنس والصفات مشروطة في العقد لأنه من القاعدة الكلية: «لا عبرة بالظن البين خطؤه» أن الخطأ يجب أن يكون بيناً ظاهراً، ولا يتحتم أن يكون الشرط أو الوصف في العقد صريحاً، بل يكفي أن يكون، مستنتجاً من دلالة الحال»^(١).

ويرى ابن حزم: أن فوات الوصف المرغوب فيه للمشتري يستوجب فساد البيع^(٢)، كما أن قولاً للشافعية نقلة السبكي^(٣)، ووصفة بالغرابة - مفاده لم يختلف عن

→

صنعة فوجده لا يحسن ثبت له الرد، لأنه أنقص مما شرط فجاز له الرد». والسبكي في (تكملة المجموع ١١ / ٥٠٧ طبعة دار العلوم للطباعة مصر) نسب هذا الرأي بأنه المشهور عند الشافعية وعند جمهور العلماء. وفي الفقه المالكي جاء في (المدونة: ١٠ / ١١٨ مطبعة دار السعادة مصر): «أرأيت إن اشترى شاة على أنها تحلب قسطاً، قال البيع جائز في رأيي وتجرب الشاة فإن كانت تحلب قسطاً وإلا ردها - وقد جاء الحديث عن النبي عليه الصلاة والسلام: رد من الغنم ما لم يشترط فيها أنها تحلب كذا وكذا إذا اشتراها وهي مصراة. فهذه أخرى أن يردها إذا اشترط».

والفقه الامامي لا يبحث «خيار الوصف» بصورة رئيسية، إنما تعرض له في خيار الرؤية عند تخلف الوصف، فيقول المرحوم الحكيم في (منهاج الصالحين: ٢ / ٣٦ بحث خيار الرؤية مسألة: ٤٢ - ٤٤):

«خيار الرؤية - ويتحقق فيما لو رأى شيئاً ثم اشتراه فوجده على خلاف مما رآه أو اشترى موصوفاً غير مشاهد فوجده على خلاف الوصف فللمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء. (و) لا فرق في الوصف الذي يكون تخلفه موجباً للخيار بين وصف الكمال الذي تزيد به المالية لعموم الرغبة فيه وغيره إذا اتفق تعلق غرض للمشتري به سواء أكان على خلاف الرغبة العامة مثل كون العبد أمياً لا كاتباً ولا قارئاً، أم كان مرغوباً فيه عند قوم ومرغوباً عنه عند قوم آخرين. مثل اشتراط كون القماش اصفر لا أسود» وانظر: الاصفهاني - وسيلة النجاة: ٢ / ٤٢-٤٩، والسيد الخوئي - منهاج الصالحين: ٢ / ٤ خيار الرؤية.

(١) د. المحمضاني - الموجبات والعقود: ١ / ٤٢٢.

(٢) قال ابن حزم في (المحلى: ٨ / ٣٩٤): «مسألة: فإن وجد مشتري السلعة الغائبة ما اشترى كما وصف له فالبيع له لازم، وإن وجده بخلاف ذلك فلا بيع بينهما إلا بتحديد صفة أخرى برضاها جميعاً.

برهان ذلك: أنه اشترى شراء صحيحاً إذا وجد الصفة كما اشترى - كما ذكرنا آنفاً - فإن وجد الصفة بخلاف ما عقد الابتياح عليه فبيقين ندري أنه لم يشتر تلك السلعة التي وجد، فالتى وجد غير التي اشترى بلا شك من أحد فإن لم يشترها فليست له.

فإن قيل: فالزموا البائع احضار سلعة بالصفة التي باع. قلنا: لا يحل هذا، لأنه إنما باع عيناً معينة لا صفة مضمونة فلا يجوز الزامه احضار ما لم يبيع، فصح، إذ عقده فاسد، لأنه لم يقع على شيء أصلاً».

(٣) علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام السبكي الانصاري، الخزرجي، أبو الحسن، تقي الدين شيخ الاسلام في عصره، وأحد الحفاظ والمفسرين ولد في سبك من قرى المنوفية بمصر عام ٦٨٢ هـ. وبعد أن نبغ في العلم انتقل الى الشام من القاهرة، وولي فيها القضاء، ثم عاد الى القاهرة، ومات فيها عام ٧٥٦ هـ من مؤلفاته «مجموعة فتاوى» و «الابتهاج في شرح المنهاج» في الفقه. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٥ / ١١٦.

رأي الظاهرية السابق، وهو فوات الخلف في الشرط - أي فوات الوصف المشروط - يقتضي فساد البيع^(١).

أما بالنسبة للقانون المدني: فقد اقتفى القانون المدني العراقي أثر المجلة^(٢) في صياغة المادة (١١٧) منه التي جاء نصها كالآتي:

« ١- ... وإن اتحد الجنس واختلف الوصف. فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار إليه، وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفاً على إجازة العاقد.

٢- ... ولو بيع هذا الفص ليلاً^(٣) على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر، أو بيعت البقرة على أنها حلوب، فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفاً على إجازة المشتري^(٤).
كما نصت الفقرة الأولى من المادة (١١٨) على أنه: «لا عبرة بالظن البين خطؤه. فلا ينفذ العقد:

« ١- إذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية». أما القانون المصري فقد عالج الغلط على ضوء النظرية الحديثة في القانون مستمداً قواعده من القانون الفرنسي وقد مزج بين المعايير الذاتية والموضوعية فنصت المادة (١٢٠) منه على أنه:

«إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرية جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل أن يتبينه».

(١) ذكر السبكي في (تكملة المجموع: ١١ / ٥٠٧ الطبعة سالفة الذكر):

«أن قولاً غريباً حكى أن الخلف في الشرط يوجب الفساد» أي أن فوات الوصف المشروط يستوجب فساد البيع.
(٢) تنص المادة (٣١٠) من المجلة على الآتي: «إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع المثلث المسمى. ويسمى هذا خيار الوصف، مثلاً لو باع بقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيراً، وكذا لو باع بقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيراً، وكذا لو باع فصاً ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر يخير المشتري».

(٣) تقييد المثال بكونه ليلاً غالباً، لا احترازي. فإن المدار في ثبوت الخيار على عدم علم المشتري ليلاً كان الشراء أو نهائياً. انظر: كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ٢ / ٤٩.

(٤) قدرى باشا - مرشد الحيران: مادة ٢٠٧.

وتضمنت المادة (١٢٠) تجارة كويتي هذا النص حرفياً، بينما المدني الكويتي لم يأخذ بمبدأ أن يكون الغلط جوهرياً، واكتفى بأن يكون الغلط دفعه إلى ارتضاء العقد فله طلب إبطال العقد، تقول المادة (١٤٧ - مدني كويتي):

« ١- إذا وقع المتعاقد في غلط دفعه إلى ارتضاء العقد، بحيث انه لولا وقوعه فيه لما صدر عنه الرضا، فإنه يجوز له طلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع معه في نفس الغلط بدون تأثير منه كان من الممكن تداركه، أو علم بوقوعه فيه، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك».

وكذلك المادة (١١٩ مدني عراقي) أيضاً قد أخذت بهذا لكن باختلاف في الجزاء فالمادة العراقية نصت على أنه: «لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده».

والخلاف الأساسي بين القانونين - المصري والعراقي - في هذه المسألة موضوع الجزاء المترتب على الغلط، فالعراقي يذهب إلى صحة العقد ولكنه للخلل الذي حصل له من جراء اختلاف الوصف يبقى موقوفاً على إجازة العاقد المتضرر. أما المصري فقد نص على أن من حق الواقع في الغلط أن يطلب إبطال العقد والفرق كبير، كما سبق أن أشرنا^(١).

ونعود إلى القانون المصري، فنرى المادة (١٢١) ومن قبلها المادة (١٢٠) منه - قد اشترطت أن يكون الغلط جوهرياً، ومن أجل توضيح المقصود بالغلط الجوهري تنص المادة (١٢١) منه على أنه:

« ١- يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حد الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط».

ونجد هذا النص كاملاً في المادة (١٢٠ تجارة كويتي)، لكن المشرع الكويتي عدل عن هذا الشرط في القانون المدني الكويتي^(٢).

(١) سنبحث في خاتمة هذه الرسالة الفرق بين العقد الموقوف والبطلان في الشريعة والقانون.

(٢) وبرر المشرع الكويتي عدم اشتراطه «الجسامة» في القانون المدني بقوله:

ويتضح من هذا أن الغلط يكون جوهرياً متى بلغ في نظر المتعاقد حداً من الجسامة بحيث لولاه لما تعاقد، فهو إذا وقع في صفة للشيء وجب أن تكون الصفة جوهريّة في اعتبار المتعاقدين، وإذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته وجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد^(١).

والمشرع القانوني لم يقتصر على المعيار الذاتي في تقدير الصفة الجوهرية للشيء فقط، نظراً إلى أن هذا المعيار متعلقاً بحالة نفسية قد يدق الكشف عنها في بعض الأحيان إنما اعتدّ بضابط موضوعي كذلك، إذ أن اعتبار الصفة الجوهرية لا يكون كذلك في نظر المتعاقدين فحسب، بل أيضاً متى وجب اعتبارها كذلك نظراً للظروف التي تم فيها العقد، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية^(٢).

نصت الفقرة الثانية من المادة (١٢١ مدني مصري) على الآتي: « ٢- ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص:

(أ)- إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهريّة في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس

→ «وقد حرص المشروع على أن يتجنب اشتراط أن تبلغ الحيل قدراً من الجسامة بحيث تدفع المتعاقد إلى التعاقد، كما فعل القانون المصري، والقوانين العربية الأخرى التي استوحته ومن بينها قانون التجارة الكويتي. فالعبرة ليست بمدى ما تتسم به الحيلة من جسامة، وإنما بأثر لقاء على المتعاقد بالنسبة إلى تضليله وجره بذلك إلى التعاقد. فالمعيار هنا هو معيار شخصي قوامه المتعاقد ذاته من حيث ما إذا كانت الحيلة أفلحت في تضليله أم لم تفلح، وليس معياراً مادياً على قدر ما تتسم به الحيلة في ذاتها من جسامة. على أن الأمر لا يصل - بطبيعة الحال - إلى مستوى الحيلة، إلا إذا انطوى على قدر معقول من الخداع والغش. فإن لم يكن كذلك فإنه لا يعتبر حيلة أصلاً، ولا يصلح بالتالي تدليساً من شأنه أن يصلح أساساً لإبطال العقد، حتى لو ثبت أن المتعاقد قد إنخدع به بالفعل. فمن ينخدع بالبسيط من الأمور هو في العادة من المفرطين في السذاجة. ولا يدخل في دور نظام التدليس أن يحمي أمثال هؤلاء، وإنما قد يمكن لهم أن يجدوا الحماية في نظام الحجر للغفلة. كما قد يمكن لهم أن يجدوا تلك الحماية في نظام الاستغلال».

انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ المنشورة في جريدة «الكويت اليوم» بتاريخ ١٠ / ١ / ١٩٨١ عدد ١٣٣٥.

(١) السنهاوري - الوسيط: ١ / ٢٩٧-٢٩٨. ود. أبوستيت - نظرية الالتزام: ١ / ١٥١-١٥٢.

(٢) انظر: السنهاوري - الوسيط: ١ / ٢٩٨. ود. الصدة - محاضرات في القانون المدني: ١ / ١٧٤-١٧٥. ود. غني -

الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١ / ١٨٦. ود. الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام: ١ / ١١٥-١١٧.

العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية»، ولم يختلف القانون المدني الكويتي عن المصري في هذا الرأي والاتجاه، فقد نصت المادة (١٤٩) منه على ذلك إنما باختلاف بسيط في التعبير^(١). وكذلك القانون المدني العراقي، فقد نصت المادة (١١٨) منه على الآتي: «لا عبرة بالظن البين خطؤه، فلا ينفذ العقد:

١- إذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية». وعند المقارنة بين الشريعة والقانون في معالجة الغلط في الشيء بنوعيه نرى: أولاً - بين اختلاف الجنس في الشريعة والغلط في الشيء في القانون: نجد اختلاف الجنس، وكذلك اتحاد الجنس مع التفاوت الفاحش بين حقيقة المعقود عليه وما أراده العاقد بالنسبة لبعض الفقهاء أبلغ أثراً من الغلط في الشيء. فاختلاف الجنس في القفه الاسلامي يجعل العقد باطلاً، أي أنه يكون غلطاً مانعاً، أو فاسداً بالنسبة لبعض الفقهاء. أما في الفقه الغربي فاختلاف الجنس، أو اتحاده مع التفاوت الفاحش فقد لا يكون أكثر من غلط في صفة جوهرية فيقتصر على جعل العقد قابلاً للإبطال.

ثانياً - بين الوصف المرغوب فيه في الفقه الاسلامي والصفة الجوهرية في الفقه القانوني: نجد الصفة الجوهرية أوسع من الوصف المرغوب فيه، فكل وصف مرغوب فيه يمكن أن يندرج تحت الصفة الجوهرية وهي تستغرقه وتمتد في بعض تطبيقاتها الى منطقة الغلط المانع الذي يؤدي الى بطلان العقد. أما الوصف المرغوب فيه فإن فواته لا يؤدي الى أكثر من جعل العقد موقوفاً^(٢).

(١) تنص المادة: (١٤٩ - مدني كويتي) على الآتي:

«لا يجوز لمن صدر رضائه عن غلط أن يتمسك بغلطه على نحو يتعارض مع مقتضيات حسن النية. ويكون للطرف الآخر على الأخص أن يتمسك في مواجهته بأن يتم العقد على نحو يتمشى مع حقيقة ما اعتقده بدون ضرر كبير يناله».

(٢) انظر: السنهوري - مصادر الحق: ١١٢/٢ ود. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد. ٢٨١/١.

المطلب الثاني:

الغلط في الشخص

قد يغلط أحد المتعاقدين في شخص الطرف الآخر. فيظنه فلاناً ويظهر أنه غيره، أو يظنه ذا صفة خاصة من قرابة أو كفاءة أو غيرهما فيظهر بخلاف ذلك^(١).

وتظهر أهمية الغلط في شخص العاقد عندما يكون لشخص العاقد اعتبار خاص في مبنى العقد بحيث يكون لصفة العاقد ارتباط بموضوع التعاقد. ويمكن تصور ذلك في عدة مواضع، منها:

أ- الشفعة:

لقد أجازت الشريعة للجار، أو الشريك أن يشفع بما يجاوره من ملك أو نصيب شريك تفادياً لأذى الجوار أو الشركة، فإذا غلط الشفيع في شخص المشتري، أو توهمه شخصاً معيناً فتنازل له في الشفعة ثم تبين أنه شخص آخر لا يرضى به جاراً كان تنازله عن الشفعة مشوباً بغلط في ذاتية الشخص^(٢).

ويلاحظ هنا أن رضا الشفيع بالمشتري ليس عقداً، بل هو تصرف من تصرفات الإرادة مسقط للحق وقد أثر فيه الغلط في الشخص كتأثيره في العقود^(٣).

والبائع هنا لا يتأثر بهذا الغلط، لأن هدفه هو إبرام العقد وتسلم الثمن من المشتري أياً كان.

وفي حكم هذا الغلط قال السرخسي: «ولو أخبر الشفيع أن المشتري فلان فقال:

(١) الزرقاء - المصدر سالف الذكر: ١ / ٤٣٥.

(٢) السنهوري - مصادر الحق: ٢ / ١٢٨.

(٣) الزرقاء - المرجع سالف الذكر: ١ / ٤٣٧ هامش ١.

قد سلمت له، فاذا المشتري غيره فهو على شفيعته، لما بينا أن الناس يتفاوتون في المجاورة، فرضاه بمجاورة انسان لا يكون رضاً منه بمجاورة غيره، وهذا التقييد منه مفيد كأنه قال: إن المشتري فلاناً فقد سلمت الشفعة، فاذا تبين أن المشتري غيره فهو على حقه»^(١).

وقال الدسوقي: «أو أسقط (الشفيع شفيعته) لكذب في الشخص - المشتري - بأن قيل له بأن شريكك باع حصته لزيد صاحبك فأسقط شفيعته فتبين أنه باعها لعمرو عدوه .. أو أسقط لكذب في انفراده كما لو قيل له: إن شريكك باع حصته لفلان وحده فأسقط شفيعته فتبين أنه باعها لجماعة فلان وغيره»^(٢).

ففي هاتين الصورتين نرى أن الشفيع له الأخذ بشفيعته وعدم اسقاطها لوجود الغلط في ذاتية الشخص.

ب - استئجار المرضعة (الظئر):

ومن المتعارف أن يستأجر أحد الأبوين مرضعة لولدهما، وذلك لتعذر قيام الأم برضاع طفلها لسبب ما - لمدة من الزمن - فلو ظهر بعد ذلك أن هذه المرضعة لم تتوفر فيها بعض الصفات الجوهرية التي تتعلق بأمر الاستئجار كما لو كانت ناقصة اللبن، أو مصابة بمرض يخشى على الطفل منه، أو أي شيء يضر بمصلحة الطفل، ففوات أي وصف معتبر للمرضعة يخص شؤون الطفل يعتبر غلطاً جوهرياً في شخص المتعاقد معها ويصح، للطرف الآخر أن يتحلل من إلتزامه.

(١) السرخسي - المبسوط ١٤ / ١٠٥ وانظر البحر الرائق لابن نجيم: ٨ / ١٤٢ وقدرى باشا - مرشد الحيران مادة (١٤٥) ونصها: «إذا علم باسم المشتري فسلم في الشفعة، ثم بان له أن المشتري هو غير من سمى فله حق الشفعة».

(٢) الدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير: ٢ / ٤٢٦ والدردير - الشرح الكبير: ٢ / ٤٢٦، والخرشي - شرح مختصر خليل: ٦ / ١٧٣.

يقول المرحوم الحكيم: «إذا استأجره على عمل مقيد بقيد خاص من زمان أو مكان أو آلة أو وصف فجاء به على خلاف القيد بطلت الاجارة ولم يستحق شيئاً»^(١).

وفي رأي يخير المستأجر بين الفسخ أو مطالبة الأجير بأجرة المثل^(٢). ويخص السرخسي موضوع «الظئر» بشيء من التوضيح، فيقول: «واذا أراد أهل الصبي أن يخرجوا الظئر قبل الأجل فليس لهم ذلك إلا من عذر، لأن العقد لازم من الجانبين، إلا أن الاجارة تنفسخ بالعذر عندنا ... ثم العذر لهم في ذلك ألا يأخذ الصبي من لبنها فيفوت به ما هو المقصود ولا عذر أبين من ذلك، وكذلك إذا تقياً لبنها، لأن ذلك يضر بالصبي عادة فالحاجة الى دفع الضرر عنه عذر في فسخ الاجارة ... وكذلك إن كانت سارقة فإنهم يخافون على متاعهم إن كانت في بيتهم، وعلى متاع الصبي وحليته إذا كان معها. وكذلك إن كانت فاجرة بيناً فجورها فيخافون على أنفسهم، فهذا عذر لأنها تشتغل بالفجور وسببه ينقص من قيامها بمصالح الصبي، وربما تحمل من الفجور فيفسد من ذلك لبنها»^(٣).

ونستطيع أن نستخلص من النصين المذكورين أن الغلط في الشخص يختلف في الجزاء تبعاً لاختلاف موضوعه فمثلاً في الشفعة - كما رأينا - للشفيع أن يأخذ شفعته، أو يسقطها في حين أن الاجارة والغلط بمسألة الظئر تبطل الاجارة والغلط جوهري في المقامين.

ج- صور أخرى للغلط في الشخص:

والفقهاء يذكرون صوراً للغلط في الشخص، من ذلك في عقد الزواج وهو أن

(١) الحكيم - منهاج الصالحين: ٢ / ٧٧ الاجارة مسألة ٨.

(٢) قال السيد الخوئي في (منهاج الصالحين: ٢ / ٨٦ الاجارة مسألة ٢٨٠)

«تخير المستأجر بين فسخ الاجارة وبين مطالبة الأجير بأجره المثل للعمل المستأجر عليه».

(٣) السرخسي المبسوط: ٥ / ١١٩-١٢١ و ١٢٢.

يكون لشخصية الزوج اعتبار جوهري من حيث كفاءته للزوجة. ومن حيث خلوه من بعض الأمراض السارية الخطيرة^(١).

وكذلك في عقود التبرع. فمن تبرع بهبة أو وقف أو وصية لشخص على أنه قريبه، ثم ظهر خلاف ذلك جاز له أن يرجع في تبرعه^(٢)، وأمثال ذلك مما ذكره الفقهاء في أبواب مختلفة في كتب الفقه.

وقد أخذ القانون المدني العراقي بما يقرره الفقهاء من عدم نفاذ العقد للغلط في شخص المتعاقد، أو في صفة جوهريّة إذا كانت شخصيته أو الصفة الجوهرية فيه هي الباعث الدافع الى التعاقد. فقد جاء في الفرع الثاني من الفقرة الثانية من المادة (١١٨) مدني مصري) بأن العقد لا ينفذ «إذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو الرئيسي الى التعاقد». ولم يختلف المدني المصري في معالجته للغلط في الشخص عن المادة المشار اليها في المدني العراقي فقد نص الفرع الثاني من الفقرة الثانية من المادة (١٢١) - مدني عراقي) على اعتبار الغلط جوهرياً على الأخص: «إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات، أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد» تطابقها الفقرة الثانية من المادة (١٢٠) تجارة كويتي، ولم يشر القانون المدني الكويتي الى ذلك.

وقد رأينا من الأمثلة التي سقناها من الشريعة للغلط في الشخص أنه مرة يتعلق في ذاتية المتعاقد كما هو الحال في الشفعة والشفيع وأخرى في صفة رئيسية في

(١) انظر بالنسبة للكفاءة الزوجية في الفقه الامامي: المحقق الحلي - شرائع الاسلام: ٢ / ٢٩٩ حيث يقول: «الكفاءة شرط في النكاح وهي التساوي في الاسلام، وهل يشترط التساوي في الايمان؟ فيه روايتان أظهرهما الاكتفاء بالاسلام» وراجع: د. غندور - الأحوال الشخصية ١٤٩-١٦٠ بالنسبة للمذاهب الأخرى.

أما بالنسبة للأمراض المقتضية للفسخ فراجع: المحقق الحلي - المصدر سالف الذكر: ٢ / ٣١٨-٣٢١ ود. غندور - المصدر سالف الذكر: ٤٤٧-٤٥٨.

(٢) انظر: ابن مودود - الاختيار: ٣ / ٥١-٥٣ والشيرازي - المهذب ١ / ٤٤٧ والحكيم - منهاج الصالحين: ٢ / ١٣١ بحث الهبة.

التعاقد مثل الظئر المستأجرة لارضاع الطفل والتي وقع الغلط في صفة من صفاتها التي هي محل اعتبار لتعلقها بمصلحة الطفل وشؤونه ولم نجد خلافاً بهذا الخصوص بين نصوص القانون الوضعي واحكام الشريعة الاسلامية.

المطلب الثالث:

الغلط في القيمة

ويصور الفقهاء المحدثون هذا النوع من الغلط بأنه «يؤدي عادة الى الغبن ولكن الغبن هنا يكون مصحوباً بجهل لقيمة الشيء بحيث لو تبين التعاقد هذه القيمة على حقيقتها لما أقدم على التعاقد ولما رضي بهذا الغبن»^(١).

وتذهب بعض المصادر الى محاولة التمييز بين ناحيتين في الغبن، ومن خلال هذا التمييز نتبين علاقة الغلط بالغبن. فللغبن ناحيتان: نفسية ومادية: فالناحية النفسية: هي جهل المتعاقد بقيمة الشيء بحيث لو تبين هذه القيمة على حقيقتها لما أقدم على التعاقد.

والناحية المادية، أو الموضوعية، فهي وجود فرق بين قيمة الشيء وبين الثمن الذي دفعه المتعاقد، وهو على بينة من هذا الفرق، أو بعبارة أخرى: وجود اختلال في التوازن الاقتصادي الذي يجب ان يحققه العقد، فقد يدفع شخص في حاجة ما أكثر من قيمتها الحقيقية، وهو مقتنع راض بهذه الزيادة لما لها من قيمة خاصة عنده. وهذا النوع لا يعتبر غبناً اطلاقاً، لأن التعادل قائم بين ما أخذ وما أعطى باعتبار النزوع النفسي لرغبة تملك الشيء قبلاً وإن تفاوتت القيمة المادية للشيء في ذاته من حيث هو مادة مثلية لا من حيث كونه مادة قيمة.

والنوع الأول وهو الغبن المصحوب بالغلط هو الذي يعيب الارادة، أما النوع

(١) السنهوري - مصادر الحق: ٢ / ١٢٢.

الثاني فهو عيب في العقد، لا في الارادة والى هذا أشار الفقه المالكي، فقد قال المواق: «حكى ابن القصار^(١) أن مذهب مالك للمغبون الرد إذا كان فاحشاً، وهذا اذا كان المغبون جاهلاً بالقيم»^(٢).

أما القانون المدني، فبالنسبة الى العراقي منه فقد يكون الغلط في القيمة جوهرياً فيجعل العقد موقوفاً على اجازة المتعاقد الذي وقع في الغلط^(٣). وعلى هذا ينبغي أن يكون الغلط في القيمة جوهرياً بمعنى أن يكون هذا الغلط دافعاً الى التعاقد. وعلى ذلك فاذا باع شخص شيئاً دون قيمته التي يجهلها جاز له أن يطلب نقض العقد بسبب الغلط^(٤).

(١) حمدون بن أحمد عمارة القصار النيسابوري، أبوصالح، صوفي، كان شيخ اهل الملامة بنيسابور ومنه انتشر مذهب الملامة، وهو خوف القدرية، ورجاء المرجئة. كان فقيهاً، وله طريقة اختص بها ذهب مذهب الثوري، مات عام: ٢١٧هـ. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٢ / ٣٠٥.

(٢) عرض المواق رأي الفقه المالكي في هذه المسألة بقوله: في (التاج والاكليد: ٤ / ٤٦٨): ان «الغبن في البيع إن كان بسبب الجهل بقيمة المبيع ففيه طرق: ابن رشد لا يعذر أحد المتعاقدين فيه إن كان في بيع مكايسة (أي مساومة) هذا ظاهر المذهب. وقال ابن عمر: الغبن في بيع المستسلم المستنصح يوجب المغبون الخيار فيه وبيع غيره المالك من نفسه لا أعلم في لزومه خلافاً، ولو كان بأضعاف القيمة، وقال اللخمي: اختلف اذا تباع الرجلان السلعة وأحدهما يعرف سوقها دون الآخر هل لمن جهل السوق منهما على من علمه مقال؟ وقال المتيطي: تنازع البغداييون في هذا. وقال بعضهم: إن زاد المشتري في المبيع على قيمة الثلث فاكثر فسخ البيع. وكذلك ان باع بنقصان الثلث من قيمته على ما قاله القاضي ابومحمد وغيره. قال: والأصل في هذا أن ينظر الى مدعي الجهل فإن كان معروفاً بذلك اجتهد له الحاكم ... قال حكى ابن القصار: أن مذهب مالك للمغبون الرد اذا كان فاحشاً، وهذا اذا كان جاهلاً بالقيمة» وانظر: الحطاب - المواهب الجليل ٤ / ٤٧١-٤٧٢، وابن جزى - القوانين الفقهية: ٢٦٨ والدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٢ / ١٢٦.

(٣) انظر المادة (١١٨ ف ١ مدني عراقي).

(٤) وقال د. غني طه في (الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١ / ١٨٨):

على أن بعض شراح القانون المدني العراقي يرون بأن صرف حكم النص المذكور (يكون الغلط في القيمة جوهرياً فيجعل العقد موقوفاً على اجازة المتعاقد الذي وقع في الغلط) الى الغلط في قيمة الشيء على وجه الاطلاق مسألة بحاجة الى شيء من التحديد، إذ من المتفق عليه أن الغلط في قيمة المعقود عليه هو الغبن في معظم صورته، ومن المعلوم أن القانون المدني العراقي لا يعتد بالغبن إلا في أحوال معينة. ولذلك فإنهم يذهبون إلى القول بأن الغلط في قيمة شيء لا يكون سبباً لتوقف العقد إلا اذا اتصل بصفة جوهريه في الشيء كما لو كان المشتري أحد المتاجر قد وقع في غلط يتعلق بمقدار الارباح التي كان يجنبها البائع من استغلال متجره، فالمسألة بهذا الاعتبار لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق من تطبيقات الغلط في صفة جوهريه للشيء الذي نصت عليه الفقرة الاولى من المادة ١١٨ «وانظر: د. شريف - شرح القانون المدني العراقي: ف-١٨٨».

وكذلك المدني المصري الجديد فقد أخذ بهذا المعيار^(١) يقول السنهوري: «إذا سايرنا النظرية الحديثة وهي التي أخذ بها القانون المصري، وطبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط في القيمة وجب ان نقول ان الغلط في قيمة الشيء اذا كان هو الدافع^(٢) الرئيسي الى التعاقد يجعل العقد قابلاً للإبطال. فاذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة كان له أن يطلب ابطال البيع للغلط في قيمة الشيء الذي باعه»^(٣) وحوى قانون التجارة الكويتي هذا الرأي في المادة (١٢٠ / ف ١) منه، وأعرض عنه القانون المدني.

المطلب الرابع:

الغلط في الحكم الشرعي^(٤)

ذكر الفقهاء أن الجهل بالحكم الشرعي لا يعتبر عذراً اذا كان مقترناً بتقصير، فاذا

(١) انظر المادة ١٢١ / ف٢-أ مدني مصري.

(٢) الغلط الباعث (الدافع) هو الذي لا يؤثر في صحة العقد طبقاً للنظرية التقليدية في القانون فلقد ميز بين الغلط في السبب والغلط في الباعث فجعل الأول منه يبطل العقد بطلاناً مطلقاً، وجعل الثاني لا أثر له في صحة العقد. وكمثل على ذلك لو اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته القديمة قد كسرت في حادث اصطدام ثم يتضح عدم صحة ذلك، كان هذا غلطاً في الباعث، وينبغي ألا يؤثر في صحة العقد ولا تعرض التعامل لخطر التزعزع وعدم الاستقرار. ولكن هذه النظرة الأولى غير دقيقة فإن الذي يعرض التعامل لخطر التزعزع في مثل هذه الحالة ليس هو أن الغلط في الباعث يكون غلطاً جوهرياً، بل أن المتعاقد الآخر لا يكون له اتصال بهذا الغلط، ولذا فإن القانون المدني المصري في ضوء النظرية الحديثة قد جمع بين الغلط في كل من السبب والباعث من شأنه أن يجعل قابلاً للإبطال. انظر: السنهوري - الوسيط: ١ / ٣٠٢-٣٠٥.

ويرى د. الحكيم في (الوسيط في نظرية العقد: ١ / ٢٩٦): أن المشرع العراقي استحدث نصاً عاماً في المادة (١١٨) من القانون المدني العراقي شمل الغلط في القيمة والغلط في الدافع. فقد جاء في الفرع الثالث من الفقرة الثانية من المادة المشار إليها ما نصه: «... فلا ينفذ العقد: ٢- اذا وقع غلط في أمور تبیح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد».

(٣) السنهوري - الوسيط: ١ / ٣٠١.

(٤) هذا العنوان «الغلط في الحكم الشرعي» اختاره الأستاذ الزرقاء في المدخل الفقهي العام: ١ / ٤٣٨ وسماه المرحوم

انتفى التقصير اعتبر عذراً، لأن الأصل في الشريعة عدم اعتبار الجهل عذراً مانعاً عن ترتب الاحكام الشرعية الجزائية على ذلك العمل. فلو اعتبر الجهل عنه مانعاً من تنفيذ الاحكام لكان ذلك منفذاً للتهرب من تنفيذ الحكم على التصرفات المخالفة للشريعة بحجة الجهل بالحكم الشرعي. فمن اقترف جناية طبق عليه ما ترتب عليها من عقوبة، ومن أبرم عقداً نفذت في حقه أحكامه ولو كان يجهلها^(١).

يقول القرافي: «اعلم أن صاحب الشرع قد تسامح في جهالات في الشريعة فعفا عن مرتكبها وأخذ بجهالات فلم يعف عن مرتكبها. وضابط ما يعفى عنه من الجهالات: الجهل الذي يتعذر الاحتراز عنه عادة، وما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق لم يعف عنه»^(٢).

كما أكد هذه الحقيقة السيوطي من فقهاء الشافعية بقوله: «قاعدة: كل من علم تحريم وجهل ما يترتب عليه لم يفده ذلك كمن علم تحريم الزنا والخمر وجهل وجوب الحد يحد بالاتفاق، لأنه كان حقه الامتناع ... أو علم تحريم الكلام وجهل كونه مبطلاً يبطل ...»^(٣).

→ السنهاوري في مصادر الحق: ١٤٣/٢ الغلط في القانون تبعاً لعلماء الفقه الغربي، واخترنا مصطلح الزرقاء لأنه ألصق ببحثنا.

(١) السنهاوري - مصادر الحق: ١٤٣/٢ والزرقاء - المصدر سالف الذكر ١/٤٢٨-٤٢٩.

(٢) القرافي - الفروق: ١٥٠/٢ الفرق الرابع والتسعون.

(٣) السيوطي - الأشباه والنظائر: ٢٢٠-٢٢١ طبعة دار احياء الكتب العربية القاهرة، وانظر: السبكي - تكملة المجموع: ١٠/١٧.

ويوضح السيوطي دعوى الجهل في (الأشباه والنظائر ٢٢٠-٢٢١ طبعة دار احياء الكتب العربية القاهرة) بقوله: «كل من جهل تحريم شيء مما يشترك فيه غالب الناس لم يقبل إلا أن يكون قريب عهد بالاسلام او نشأ ببادية بعيدة عن العلماء، ويخفى فيها مثل ذلك كتحريم الزنا والقتل والسرقه والخمر والكلام في الصلاة والأكل في الصوم، والقتل بالشهادة اذا رجعا وقالا تعمدنا، ولم نعلم أنه يقتل بشهادتنا، ووطء المغصوبة والمرهونة بدون إذن الراهن فإن كان ياذنه قبل مطلقاً، لأن ذلك يخفى على العوام ... ولا يقبل دعوى الجهل بثبوت الرد بالعيب، والأخذ بالشفعة من قديم الاسلام لاشتهاره، وتقبل دعوى الجهل في ثبوت خيار الشرط.

فرع - علم ثبوت الخيار، وقال: لم أعلم أنه على الفور، قالوا في الرد بالعيب والأخذ بالشفعة يقبل، لأن ذلك مما يخفى، كذا أطلقه الرافعي واستدركه النووي، فقال: شرطه أن يكون مثله مما يخفى عليه ... وفي نفي الولد سوى

←

من هذا يتضح أن الجهل بالحكم الشرعي لا ينهض عذراً مبرراً يمنع ترتب الجزاء على مخالفته للحكم الشرعي. ومع هذا فقد تشد هذه القاعدة ويصبح الجهل - أي الغلط - عذراً مبرراً في عدم ترتب العقوبة عليه.

من ذلك ما نقله ابن نجيم بأن «من هذا القبيل حربي دخل دارنا فأسلم فشرب الخمر جاهلاً بالحرمة لا يحد. بخلاف ما اذا زنى لجهله بحرمة الزنا لا يكون شبهة، لأن الزنا حرام في جميع الأديان، فلا يكون جهله عذراً بخلاف الخمر. فما في المحيط وغيره شرط الحد ألا يظن الزنا حلالاً. بخلاف الذمي إذا أسلم فشرب يحد، لظهور الحكم في دار الاسلام، فجهله بتقصير»^(١).

فلاعتداد بالغلط في الاحكام يمكن أن يؤخذ بنظر الاعتبار اذا كان عذراً مشروعاً لا يدفع الى الاتهام بالتقصير من قبل الجاهل الغالط: «كمن اشترى منقولاً، فطلب جاره الشفعة، فظن المشتري أن له شفعة فسلم اليه، ثم أراد أحدهما أن ينقض ذلك من غير رضا الآخر لم يكن له ذلك، لأنه لما سلم له صار ذلك بيعاً بينهما»^(٢).

فالمشتري هنا ظن خطأ أن الشفعة تجوز في المنقول، وهذا جهل لا يعتبر عذراً، لأنه ينطوي على تقصير في جانب المشتري لوضوح الحكم. فلا يجوز له الرجوع في البيع الذي اندفع اليه بسبب الجهل ويكون البيع لازماً^(٣).

ونستنتج مما تقدم أن الجهل بالاحكام لا يكون عذراً على عدم ترتب الجزاء إلا في دائرة ضيقة، لأن الواجب على كل متعامل أن يعرف ما عينه الله وشرعه في البيع والاجاره، وأي عقد آخر يماثلهما^(٤).

→ في التنبيه بينه وبين دعوى الجهل بأصل الخيار فينفصل فيه بين قديم الاسلام وقريبه. واقره النووي في التصحيح، ولا ذكر للمسألة في الروضة وأصلها «هذه صورة ساقها السيوطي في اعتبار الجهل بالاحكام الشرعية عذراً في عدم ترتب الجزاء على مخالفته وعدم اعتباره.

(١) ابن نجيم - فتح الفناير بشرح المنار: ١٠٥-١٠٦ نقله السنهوري في مصادر الحق: ٢/ ١٤٣.

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع: ٥/ ١٥١.

(٣) السنهوري - مصادر الحق: ٢/ ١٤٣.

(٤) القرافي - الفروق: ٢/ ١٤٨ وانظر: مذكور - نظرية الاباحة عند الأصوليين والفقهاء: ٤٦١-٤٦٢ طبع العالمية -

القاهرة ١٩٦٣.

وفي صدد القانون المدني، فقد نصت المادة (١٢٢ مدني مصري) على الآتي: «يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون، اذا توافرت فيه الشروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين (١٢٠ - ١٢١) هذا ما لم يقض القانون بغيره» ولم يتناول القانون المدني العراقي هذا النوع من الغلط. ولكن بعض شراح القانون المدني العراقي يرى: أن من المسلم به في الفقه الحديث، وعند شراح القانون المدني العراقي بأن الغلط في القانون كالغلط في الواقع^(١) يعيب الرضا إذا توافر فيه الشرطان السابقان أي أن يكون جوهرياً، وأن يتصل به المتعاقد الآخر^(٢). كما وأن القانون المدني الكويتي لم يتناول هذا النوع من الغلط أيضاً.

(١) الغلط في الواقع، أو في الوقائع، هو ذاك الذي ينصب على أمر من أمور التعاقد في ذاتها كمادة الشيء محل التعاقد أو صفاته وكشخصية المتعاقد - وكل الأمثلة التي ذكرت في ما سبق في الغلط في الشيء أو في صفة من صفاته الجوهرية، أو في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكذلك الغلط في الشخص - كلها تدخل في هذا النوع من الغلط. انظر: عبدالفتاح - مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي: ١٧٦.

(٢) د. غني طه: الوجيز في النظرية العامة للالتزام: ١/ ١٩٢.

المَبْحَثُ الرَّابِعُ

رَأْيُنَا فِي نَظَرِيَّةِ الْغَلَطِ

لقد عرضنا نظرية الغلط بشكلها الذي صورته لنا الفقهاء المحدثون، وفي مقدمتهم الأستاذ المرحوم السنهوري، والأستاذ مصطفى الزرقاء، وغيرهما ممن كتبوا في عيوب الإرادة وتطرقوا لها - تفصيلاً أو إيجازاً - وحاول كل منهم أن يثبت أن الفقه الإسلامي تناول هذه النظرية شأنه شأن الفقه الغربي في معالجته لهذه النظرية. في حين نجد أن قسماً آخر من فقهاء القانون الوضعي قد نعى على الفقه الإسلامي خلوه من هذه النظرية.

وقبل مناقشة الفريقين، نبادر إلى القول بأن نظرية الغلط - كغيرها من النظريات القانونية أو الفلسفية - تعتمد خارج الهيكل التنظيري - كما هو مسلك المدرسة اللاتينية - على صور تطبيقية لتحقيق الغرض منها، وإذا ما وصلنا في النهاية إلى انطباق الأحكام بالنسبة لتطبيقات الفروض المعروضة سواء في هذا النظام أو ذاك فلا يختلف عندنا سوى الاصطلاح، ولا مشاحة في الاصطلاح ما دام الهدف المتوخى تحقيقه متوافراً.

كما نبادر إلى القول ثانياً بأن لكل نظام قانوني مسلكه في معالجة المشكلات الناجمة عن ترابط العلاقات بين الناس. فالنظام الانجلو أمريكي يعتمد السابقة القانونية، والنظام اللاتيني يعتمد التنظير، والنظام الإسلامي يعتمد أحكام الوقائع المحددة، ولكل نظام ميزاته. ولسنا هنا بصدد نقد هذه النظم وبيان ما يتميز به أي منها عن غيره. ولكننا نحدد منطقة البحث بـ «هل أن الشريعة الإسلامية تعرف نظرية الغلط أم لا؟».

فنقول: بأن الجهد الكريم - مسعى وغاية - الذي قام به بعض فقهاء القانون الوضعي لربط جذور نظرية الغلط بالفقه الاسلامي نسجل عليه الآتي:

أولاً - إنهم حاولوا ربط جذور الغلط من وجهة نظر إسلامية بخيار العيب، وخيار الوصف، وخيار الرؤية، ولم إعثر على من يشير منهم إلى أن الفقه المالكي الذي عد من جملة الخيارات «خيار الغلط». وأشار إليها الفقيه المالكي خليل بن اسحاق^(١) بقوله: «ولم يرد بغلط إن سمي باسمه»^(٢).

ويشرح الحطاب هذا النص، فيرى أن أحد المتعاقدين:

أ - إما أن يسمى الشيء باسم يصلح له. كما لو قال البائع: أبيعك هذا الحجر، أو قال المشتري: بع مني هذا الحجر فيشتريه، وهو يظنه ياقوته فيجدها غير ياقوته، أو يبيع البائع يظن أنها ياقوته، فإذا هو غير ياقوته فيلزم المشتري - وإن علم البائع أنها غير ياقوته - والبائع البيع.

ب - وإما أن يسمى الشيء بغير اسمه، مثل أن يقول البائع: أبيعك هذه الياقوته، فيجدها غير ياقوته، أو يقول المشتري: بع مني هذه الزجاجة، ثم يعلم البائع أنها ياقوته فلا خلاف في أن الشراء لا يلزم المشتري والبيع لا يلزم البائع^(٣).

ففي الصورة الأولى لا يعتد بالغلط كعيب في الارادة، لأنه وقع الغلط في محل العقد. أما في الصورة الثانية فيعتد بالغلط، لأنه وقع في الصفة الجوهرية للمعقود عليه.

ثانياً - بالنسبة إلى الغلط في الشيء أو «المانع» - كما يسميه فقهاء القانون - ففي حالة اختلاف الجنس، والتفاوت الفاحش لم يلجأ فقهاء المسلمين إلى فكرة الغلط لإبطال العقد، بل إنهم لم يلجأوا إلى التراضي سبباً لإبطاله، كما يفعل اليوم فقهاء

(١) خليل بن اسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي، فقيه مالكي، مصري تعلم في القاهرة، وولي الافتاء فيها على مذهب مالك من فقهاء القرن الثامن الهجري، من مؤلفاته «المختصر» في الفقه المالكي. ترجمه الزركلي - الاعلام: ٣٦٤/٢.

(٢) خليل بن اسحاق - المختصر: ٢٠٧ طبع دار احياء الكتب العربية البابي الحلبي - القاهرة.

(٣) الحطاب - المواهب الجليل: ٤٦٦/٤ وانظر: المواق - التاج والاكليل: ٤٦٦/٤.

القانون المعاصر بصدد الغلط المانع^(١)، لكنهم أبطلوا العقد تأسيساً على انعدام محل الالتزام أو ما يسمى عندهم المعقود عليه. وهم في ذلك يقولون: إنه إذا اختلف الجنس - كما إذا قال: بعثك هذا الياقوت، فإذا هو زجاج. أو وقع التفاوت الفاحش في الوصف - كما إذا قال: بعثك هذه الدار المبنية من الآجر، فإذا بها من لبن - فإن العقد لا ينعقد أصلاً، لأن العقد قصد شيئاً في حين أن هذا الشيء غير موجود في الحقيقة. فالعقد في مثل هذا المورد يبطل، لأن المعقود عليه معدوم، والمعدوم لا يصح أن يكون محلاً للتعاقد في الفقه الاسلامي كأصل عام، وهكذا فبطلان العقد وفق منطق الفقه الاسلامي لا يقع تأسيساً على انعدام الرضا ولكن تأسيساً على انعدام المحل^(٢) وكما هو ظاهر بوضوح من كتابات بعض فقهاء الشريعة^(٣).

ثالثاً. وفي حالة اختلاف الوصف دون تفاوت فاحش كما إذا باع ياقوتاً أحمرأ فإذا به أصفر أو بقره فإذا بها ثور يخول الفقه الاسلامي للعاقد إما الابقاء على العقد كما هو،

(١) ففي الفرق بين الغلط الذي يعيب الارادة والغلط المانع يقول د. عبدالحى حجازي في (النظرية العامة للالتزام: ١ / ٣٤٥): «فالغلط الذي هو عيب الارادة إنما ينصب على نفس تكوين الارادة وذلك عن طريق تصور الحقيقة على غير ما هي عليه، ومن ثم لا يترتب على هذا النوع من الغلط فرق بين الارادة الحقيقية والتعبير عن هذه الارادة، فالارادة الحقيقية المعيبة بعيب الغلط هي نفسها التي حصل التعبير عنها. وجاء التعبير موافقاً لها. أما الغلط المانع فليس تصويراً للحقيقة على غير ما هي عليه فهو لا ينصب على تكوين الارادة، إذ الفرض أن الارادة قد تكونت تكويناً صحيحاً وإنما ينصب على التعبير عنها، أي أن التعبير الصادر لا يدل على الارادة الحقيقية وإنما يدل على إرادة أخرى غير موجودة. ومثاله أن شخصاً لم يقرأ المحرر المقدم له لتوقيعه، فوقع عقد بيع، وكان يريد أن يوقع عقد تفويض.

ويترتب على الغلط الذي يعيب الارادة أن يكون العقد قابلاً للإبطال. أما الغلط المانع في التعبير فيكون العقد بسببه باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم تكوين الرضا، أو بالأحرى يكون العقد غير موجود ولا يسع القاضي إلا أن يحكم بأن العقد لم ينعقد».

(٢) انظر د. أبوستيت - المرجع المشار إليه: ١ / ١٤٩) ود. الحكيم - المصدر المتقدم: ١ / ٢٤٨-٢٤٩.

(٣) قال الزيلعي في (تبين الحقائق: ٤ / ٥٣): «ثم إذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس، يقع البيع باطلاً... لأنه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز إلا في السلم» وانظر: الكاساني - بدائع الصنائع: ٥ / ١٣٩-١٤٠ والفتاوى الهندية: ٢ / ١٣٤، والشيرازي - المذهب: ١ / ٢٨٧، وابن حزم - المحلى: ٩ / ٤٥١، والخطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٤٦٦، والانصاري - المكاسب: ١ / ٢٨٨، وكاشف الغطاء - تحرير المجلة: ٢ / ١٧٨-١٧٩.

أو فسخه، وقد أرجع السنهاوري ذلك إلى فكرة الغلط المؤثر^(١) وهذا لا يتسق إطلاقاً مع ما جاء في كتابات فقهاء الشريعة والتي أوردها الأستاذ نفسه والتي يثبت فيها خيار الفسخ لا تخرج عن حالات ثلاث:

١- إما أن يكون الوصف المرغوب فيه مسبوقاً بعبارة: «على أنه كما هو الشأن في المثل السائد الذي يقول: «إذا باع ليلاً فصاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر» أو المثل الآخر «لو اشترى كتاباً على أنه من تأليف محمد بن الحسن، فظهر أنه كتاب غيره».

٢- وإما أن يكون الوصف المرغوب فيه مسمى في العقد، كما إذا قال: «بعثك هذا الفص من الياقوت الأحمر فظهر أصفر».

٣- وإما أن يكون الوصف المرغوب فيه مستخلصاً دلالة من ظروف التعاقد كما إذا اشترى شخص عبداً شهرته أنه خباز، أو أنه كاتب فظهر غير ذلك.

ومن هذه الأمثلة يظهر أن خيار الوصف لا يثبت إلا إذا كان الوصف المرغوب مشروطاً في العقد إما: صراحة، أو إشارة، أو دلالة وهكذا. فمرد خيار الفسخ هنا لا يرجع إلى فكرة الغلط - كما يرى السنهاوري وغيره ممن تابعوه في رأيه - ولكن إلى الإخلال بشرط تضمنه العقد إن صراحة، أو إشارة، أو دلالة، بفوات وصف مرغوب فيه تضمنه هذا الشرط^(٢). وهذا لا يقدر في ما وصل إليه الفقه الإسلامي ما دام مراد نظرية الغلط قد تحقق ولكن باصطلاح آخر. وخيار فوات الوصف ذكره ابن نجيم في جملة الخيارات التي عدها^(٣) فهو خيار قائم بذاته وأنه يستند إلى شرط ضمني، فلو باع شخص مصلى غير عالم بأنها خز، أو أن يبيع ثوباً مروباً معتقداً أنه غير ذلك، وكذلك إذا قال البائع: «أبيعك هذا الحجر، فإذا هو ياقوتة»، ففي كل هذه الأمثلة البيع يقع لازماً، ولا يثبت الخيار برغم أنه وقع في غلط جوهرى، حتى لو كان المشتري يعلم بحقيقة المبيع^(٤).

(١) السنهاوري - مصادر الحق: ٢ / ١٠٧.

(٢) د. عبدالفتاح - المرجع سالف الذكر: ١ / ١٨٤-١٨٥.

(٣) ابن نجيم - الأشباه والنظائر: ٢٢٨ طبعة سجل العرب - مصر ١٩٦٨.

(٤) قال الحطاب في (المواهب الجليل: ٤ / ٤٦٦): «سئل مالك عن باع مصلى، فقال المشتري: أتدري ما هذا المصلى؟

رابعاً- وفي صدد الغلط في الشخص، فقد تقدم أن الفقهاء الذين اعتدوا بالغلط يرون أن الشريعة تقر الغلط في الشخص إذا كان محل اعتبار في العقد، ولكن عند التدقيق نرى أن الغلط لا يلعب دوراً في الأمثلة التي ذكرت كدليل على قولهم، وإنما ثبوت الخيار يرجع إلى اعتبارات أخرى تختلف باختلاف كل حالة كما سنرى:

أ- فبالنسبة للشفعة: فإن الشفيع لو غلط فتنازل عن شفيعته للمشتري اعتقاداً منه أنه فلان وظهر بعد ذلك أنه شخص آخر فحقه في الشفعة لم يسقط . ويلاحظ أن الغلط هنا لا يلعب دوراً في الوصول إلى عدم إسقاط الشفعة. إنما لحكم الشفعة ذاتها أثر في ذلك، لأن الشارع وضع هذا الحكم رعاية للشفيع لا حقيقته بالاستفادة من غيره في الشيء المشفوع فيه، أو من أجل دفع أذى المشتري، وهذا هو السبب الذي قضى بأن لا يكون التنازل عن الشفعة صحيحاً إلا بالنسبة إلى الشخص الذي يقع من أجله. ولا يمكن أن يستفيد من التنازل شخص آخر إلا بموافقة الشفيع ذاته.

ب- وكذلك في اجارة الطئر: فإن المرضعة التي تستأجر لرعاية الطفل يشترط فيها ضمناً أن يكون لبنها صالحاً للرضاع وأن تكون سليمة من الأمراض المعدية. وهكذا لو استأجرت لتربية الطفل فلا بد أن تكون متصفة بصفات خلقية ليكتسب الطفل منها ذلك فإذا انعدمت فيها تلك الصفات، أو كان حليبها غير صالح للرضاع وأمثال ذلك من الصفات الجوهرية، فقد تخلف الوصف المرغوب فيه لديها لقيام العقد عليه صراحة أو دلالة وعندها يثبت للمستأجر خيار الفسخ لا للغلط، وإنما لتخلف واحد، أو أكثر من الشروط الضمنية.

→

هي والله خز. فقال البائع: ما علمت أنه خز، ولو علمته ما بعته بهذا الثمن. قال مالك: هو للمشتري ولا شيء للبائع...

وكذا لو باعه مروباً ثم قال: لم أعلم أنه مروي، إنما ظننته كذا، وكذا فهو للمشتري ولا شيء للبائع. أرايت لو قال مبتاعه: ما اشتريته إلا ظناً أنه خز وليس بخز. فهذا مثله.

وكذا من باع حجراً بثمن يسير ثم هو ياقوته أو زبرجدة تبلغ مالاً كثيراً لو شاء استبراه قبل البيع... ثم قول البائع أبيعك هذا الحجر، أو قول المشتري: بع مني هذا الحجر فيشتريه وهو يظنه ياقوته، فيجده غير ياقوته أو يبيع البائع بظن أنها ياقوته، فإذا هو غير ياقوته، فيلزم المشتري، وإن علم البائع أنها غير ياقوته والبائع البيع».

جـ - وفي صدد الزواج: فخير الفسخ عند انتفاء الكفاءة لا يعود إلى الغلط إنما الشريعة أقرت هذا المبدأ رعاية للمستوى الخلقي والاجتماعي الذي يجب أن يسود الحياة الزوجية. وفي حالة وجود المرض قبل العقد، وعدم إخبار الطرف الثاني به يثبت له الحق في الفسخ استناداً إلى التدليس، لا الغلط، ولأن المرء مطالب بأن يحافظ على نفسه، ويبعد عنها الخطر^(١). ولأن ذلك من الضروريات الخمس، وهنا أيضاً فإن الغاية من نظرية الغلط - في صورة الغلط في الشخص - قد تحقق حكمها وإن اختلف المصطلح الشرعي وصولاً إلى ذلك.

خامساً - الغلط في القيمة: وهذا النوع من الغلط يؤدي عادة - كما أشرنا في ما تقدم - إلى الغبن، لكن الغبن هنا يكون مصحوباً بجهل لقيمة الشيء، وقد تقدم بأن الغبن عيب في محل العقد، وليس عيباً في الإرادة، لأنه قائم على خلل بالتوازن بين البدلين، بما يؤدي إلى عدم الرضا، وليس للغلط أي دور في ثبوت الحكم المترتب على الغبن، وهو خيار الفسخ إنما هو في الحقيقة حكم للغبن. وهنا أيضاً اتحد الحكم وإن اختلف سبيل الوصول إليه.

سادساً - الغلط في الأحكام: فالفقهاء الشرعيون الذين اهتموا بهذا النوع من الغلط يرون أن الشريعة تتشدد في جعل الجهل بالحكم الشرعي عذراً يمنع من ترتب الجزاء على ذلك، فالأصل أن الجهل ليس بعذر إلا إذا قامت قرينة كافية تنفي تهمة التقصير عن المكلف للعلم بالحكم الشرعي.

ولما كان فقهاء المسلمين لم يعالجوا الغلط تحت عنوان الغلط، بل هم يتكلمون عن الخطأ والجهل. وهم وإن لم يعالجوا الغلط بصورة عامة كعيب من عيوب الرضا إلا أنهم نظروا إليه من ناحية الجهل النافي للنية الحقيقية، واعتبروه سبباً لإبطال التصرفات في كثير من الأحوال والمسائل^(٢).

(١) د. عبدالفتاح - المرجع سالف الذكر: ١ / ١٨٥ - ١٨٦.

(٢) د. الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي - مصادر الالتزام:

١ / ٢١ طبع شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد ١٩٦٢.

ودور الغلط في الأحكام أنه يمثل الجهل والجاهل بالحكم بعذر مشروع ، ومن غير تقصير يمنع ترتب إجراء المخالفة للحكم الشرعي عليه^(١).

لكننا عند التدقيق نرى أن هناك فرقاً بين الغلط والجهل ، فالجهل: عدم العلم والمعرفة. في حين نجد الغلط: هو العلم على خلاف الحقيقة. وعلى هذا فالجهل حالة «عدمية» بينما الغلط حالة «وجودية» فلا يمكن تفسير الغلط بالجهل ، ويكون مرد عدم ترتب الجزاء هو الجهل لا الغلط . وهنا نجد الفقه الاسلامي أكثر دقة من الفقه القانوني ، ولهذا فهو يحتويه ، ويحقق الغرض الذي يسعى إليه ، ولكن تحت مصطلح أكثر دقة وأشمل تطبيقاً ، إذ كل جاهل واقع في غلط ، ولا عكس.

سابعاً - كما يمكن رد وجهة نظر القائلين بعدم معرفة الفقه الاسلامي لنظرية الغلط والذين أسسوا دعواهم: بأن فكرة الغلط في ذاتها لا تتسق مع النزعة الموضوعية المادية التي تسود الفقه الاسلامي ، فباعتباره أمراً نفسياً تلقائياً يقوم على توهم يخالف الحقيقة ، ويتولد ذاتياً لدى صاحبه بطريقة عفوية لا يتمشى مع ما يسود الشريعة الاسلامية ، لأنها في صدد علاقة الناس بعضهم ببعض تغلب ما يظهر لهم على ما يخفى عنهم ، استقراراً للمعاملات بينهم ، ومنعاً للزعزعة والاضطراب ، ولهذا فإن الشريعة تغلب الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة عند تعارضهما . ومؤدى هذه الفكرة ذاتها أنه لا يعتد في إبرام التصرفات بالغلط بمفهومه العلمي الصحيح ، أي باعتباره وهماً يخالف الحقيقة ويتولد تلقائياً عند صاحبه^(٢).

ولكن هذا يتناقض مع المبادئ العامة للشريعة المبنية على حسن النية وعدم أكل أموال الناس بالباطل ، ورفع الظلم ، ولا ضرر ولا ضرار ، ونحو ذلك .

والسنهوري نفسه يرى أن نظرية الغلط منتشرة في جوانب متفرقة من الفقه الاسلامي ، فهناك خيار الوصف ، وهناك خيار العيب ، خيار الرؤية . ويبدو لأول وهلة

(١) د. مذكور - نظرية الاباحة عند الأصوليين والفقهاء : ٤٦١-٤٧٢ .

(٢) د. عبد الفتاح - المرجع سالف الذكر : ١ / ١٨٠ .

أن هذه مسائل مستقلة بعضها عن بعض، ولا صلة في ما بينها مع أنها جميعاً تربطها أوثق الصلات بنظرية الغلط^(١).

والمقصود بنظرية الغلط من وجهة نظر السنهوري هنا هو التطبيقات العملية والوقائع والأحكام عليها، وكذلك فإن النظرية وإن تأبت كنظرية، ولكن التطبيقات العملية لوقائعها عرفها الفقه الاسلامي قبل النظرية المشار إليها.

كما نرى بأن أحكام نظرية الغلط في القانون الوضعي تتحقق في هذه الخيارات، بل أنها في بعض صورها تكون أيسر في التطبيق من شروط نظرية الغلط، ومن ذلك ما يشترطه الفقهاء بأن من أركان الغلط أن يكون المعقود عليه موجوداً لحظة العقد، ولم يشترط ذلك في الخيارات الثلاثة. ففي خيار العيب^(٢)، وخيار الرؤية^(٣) يتحقق الخيار فيما إذا ظهر أن المعقود عليه معيب، ولم يكن ليطلع عليه وقت العقد، أو أنه لم يره أصلاً، وعند رؤيته لم يجده على الصورة التي أراده - كما في خيار الرؤية - أو في خيار الوصف^(٤). فإذا كان المعقود عليه معيناً بالذات، لكنه غائب عن مجلس

(١) السنهوري - مصادر الحق: ٢ / ١٠٤ وانظر: الزرقاء - المصدر المشار إليه: ١ / ٤٣٢.

(٢) عرف خيار العيب بأن: «يكون للمتملك الحق في إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد عيباً في محل العقد المعين ولم يطلع عليه عند التعاقد» انظر: شلبي - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي: ٤٠٩.

(٣) عرف خيار الرؤية بأن: «يكون للعائد الذي عقد على شيء معين لم يره حق الفسخ إذا رآه» انظر أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد: ٤٣٨.

ويسميه الأستاذ حامد مصطفى «خيار العلم ويفترض (فيه) أن الملتزم بالبديل لا يجد محل العقد على ما قدر من وصف فلا يلزمه العقد» انظر كتابه (الالتزامات والعقود في الشريعة الاسلامية: ٢٦ طبع بغداد مطبعة الأهالي ١٩٤٤). ويرى د. مذكور: أن في «خيار الرؤية يكون لأحد المتعاقدين الحق في فسخ العقد وإجازته عند رؤية محله إذا لم تسبق رؤية محله وقت انشاء العقد أو قبله، سواء أكان محل العقد قد تعين بالوصف أم لم يتعين جيداً به، إذ الوصف مهما كان دقيقاً نافياً للجهالة فلا يصل إلى درجة الرؤية المحققة للمعرفة، والتي يتم بها ويكمل معها الرضا، وترتفع الجهالة المفضية إلى الضرر. راجع: كتابه (المدخل للفقه الاسلامي: ٦٦٣).

(٤) عرف خيار الوصف بأن: «يكون العائد قد عين للطرف الآخر الشيء المعقود عليه تعيناً نافياً للجهالة وذكر له جميع الأوصاف التي يشتمل عليها الشيء المطلوب بحيث لو فات منها لرغب عن التعاقد». راجع: السنهوري - مصادر الحق: ٢ / ١١٦-١١٧.

ويسميه الفقه المالكي بـ «البيع على البرنامج» ويوضحه لنا الدريز بقوله: «وجار بيع وشراء معتمداً فيه على

العقد، أو كان حاضراً فيه لكن العاقد لا يدرك وصفه بالمعيانة، كما لو باع نسيجاً معيناً من الجوخ على أنه انكليزي المصدر، أو باعه على أنه أحمر وكان المشتري أعمى، أو كان البيع ليلاً في الظلام، ثم تبين أن المبيع على خلاف الوصف الذي سمي في العقد فإن المشتري مخير في إبطال العقد لفوات الوصف المشروط في محل العقد^(١).

بيد أن هذا ليس معناه قصوراً في الفقه الاسلامي عن القانون المعاصر، إذ أنه يصل إلى تحقيق الغاية من نظام الغلط في الحدود التي يسمح بها استقرار المعاملات وازدهار التجارة على شكل إن لم يفضل القانون المعاصر، فعلى الأقل لا يدنوه ذلك بوسائل فنية أخرى تتركز في نظرية المعقود عليه، أو محل الالتزام؛ كما يسمى في القانون المعاصر، وفي خيار الرؤية، وخيار العيب^(٢).

→

الأوصاف المكتوبة في «البرنامج» أي الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما في العدل من الثياب المباعة للمشتري على تلك الصفة للضرورة فإن وجد على الصفة لزم، وإلا خير للمشتري» راجع: الدردير - الشرح الكبير: ٢ / ٢٤. ومن هذا التحديد يظهر أن خيار الوصف يدور حول «الوصف المرغوب فيه» في المعقود عليه، ويكون العقد قائماً عليه، فإذا تخلف الوصف تحقق الخيار للمشتري.

(١) الزرقاء - المرجع سالف الذكر: ١ / ٤٢٦-٤٢٧.

(٢) الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي له فضل السبق في نقد نظرية الغلط ويرى أن فكرة الغلط غريبة عن الفقه الاسلامي ولا تتسق مع النزعة المادية الموضوعية التي تسوده. راجع كتابه: (مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي: ١ / ١٨٠-١٨٦).

الخاتمة

وتشتمل على الآتي:

- ١- تلخيص لما توصلنا إليه من تحديد الارادة وعيوبها.
- ٢- الفرق في الجزاء المترتب على عيوب الارادة في الشريعة والقانون.
- ٣- توجيه كلمة للمسؤولين في البلاد الاسلامية والعربية أن يعتمدوا الفقه الاسلامي في سن تشريعاتهم.

لا بد لنا ونحن نبحث في «عيوب الارادة في الشريعة الاسلامية» أن نعرف الارادة ونبين أقسامها - ولو بصورة موجزة - وبعد مناقشة للتعاريف التي وضعت للارادة من قبل علماء الكلام والفلاسفة وفقهاء الشريعة، ومقارنتها بما ورد لها من معنى في اللغة، وفي الكتاب الكريم والسنة النبوية، انتهيت إلى وضع تعريف شامل جامع لها وهو أن:

«الارادة: تحرك عملي لتحقيق وإنجاز ما انعقد العزم عليه مع شوق مؤكد مسبق بعلم وإدراك».

وأهمية هذا التعريف أنه يضم مراحل تكوين الارادة في الفلسفة الاسلامية نظراً إلى أن الارادة معنى فلسفي أكثر من كونه فقهيًا، أو أي شيء آخر.

ومن أجل تحديد موقع الارادة من المريد لم أجد بداً من التطرق إلى مصدر تكوينها هل هو من الاختيار والرضا، أو من أحدهما؟ وانتهيت إلى أنه مكون منهما معاً. ثم تناولت تقسيمها إلى الباطنة والظاهرة، حيث إن كل فعل عندما يصدر من أي إنسان لا يخلو من أن يكون قد صدر منه عن إرادة أو لا. فلو صدر عن إرادة فقد وجب أن يترتب عليه الأثر الشرعي أو القانوني متى صدر عن إرادة سليمة حرة منورة. ذلك أن مبدأ سلطان الارادة، من أهم الأسس والمبادئ التي يركز عليها كل نظام يقر حرية العمل، ويعترف بالملكية، وأن للإنسان إرادته المطلقة في تصرفاته في حدود الشريعة والقانون، لأن مرتكز مبدأ سلطان الارادة هو الاقرار للارادة - إلى حد كبير - بالسلطان في اجراء التصرف. فكان من أهم النتائج المترتبة على هذا المبدأ أن المشرع الاسلامي لم يقر تصرفاً يلزم شخصاً بتكليف لم يرض به رضا قاطعاً، لأن «الناس مسلطون على أموالهم» ولأنه «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه».

والأصل في الارادة أن تكون سليمة حرة منورة، إلا أن يلابسها عامل خارجي فيخل

بسلامتها وصحتها، تصبح بالتالي إرادة معيبة، ولا يترتب عليها الأثر الشرعي أو القانوني، الذي كان لا بد من ترتبه عليها لو كانت سليمة حرة منورة. وحيث إن تحديد ومعرفة هذه العيوب - هو موضوع بحثنا في هذه الرسالة - قد اختلف فيه فقهاء الشريعة المحدثون، وفقهاء القانون المقارن، فقد خلصنا - بعد الدراسة - إلى النتائج التالية:

أولاً- أن عيوب الارادة - التي اعتمدناها - إما:

أ- أن تنشأ إرادة غير حرة، كما هو الحال في «الاكراه»، وهو عامل خارجي يلبس الارادة فيضطرها لتصرف تأباه. أو بعض حالات نقص الأهلية، وهي «كالافلاس» و «السفه» و «مرض الموت» وهي عوامل خارجية تلبسها فتحول بينها وبين تصرف تتوخاه.

والشيء الذي يجب التنويه به هو أنني انتهيت في حالة مرض الموت إلى أن الأرجح عندي أن أهلية المريض في التصرف لا تتأثر بعارض مرض الموت، وتبقى مستمره في صلاحيتها لممارسة كل حقوقها وواجباتها حتى وفاته، لأنه ليس من المعقول أن يحجب حق احتمالي - وهو حق الوارث الذي لم يتحقق إلا بعد وفاة الموروث - حقاً شرعياً قائماً للمتصف بمرض الموت، ويعطل تصرفه في أمواله.

ب- أو تنشأ إرادة غير منورة لما لابسها من خلافة وخداع من الطرف الآخر فضلت سبيلها، وأبرمت تصرفاً ما كانت لتقدم عليه لو أنها علمت مسبقاً بتلك النتيجة المخالفة لرغبتها، وما انطوت عليها من خداع.

ومن أهم ما توصلت إليه في هذا القسم من العيوب أن الغبن - وإن كان قائماً على أساس من الخداع والتضليل لكنه - لم يكن عيباً في الارادة إنما هو عيب في محل العقد، لاختلال التوازن بين البدلين، وبذلك خالفتُ قسماً من الفقهاء المحدثين الذين يرون أن الغبن وإن كان عيباً في متعلق الارادة لكنه بالنهاية ينسحب على

الارادة، ولهذا فيعتدّ به كعيب من عيوب الارادة. والاستغلال عامل في التعيب وليس عيباً رئيسياً مسبباً.

والشيء الآخر الذي لا بد من الاشارة إليه هو أن قسماً كبيراً من الفقهاء المحدثين وأعلام القانون وفي مقدمتهم الأستاذ السنهوري، والأستاذ مصطفى الزرقاء حاولوا جاهدين إظهار نظرية جديدة في عيوب الارادة باسم «الغلط في الفقه الاسلامي» على غرار فكرة الغلط في الفقه الغربي: وانتهيتُ في دراستي لهذه النظرية إلى أن الفقه الاسلامي وإن لم يأخذ بها كنظرية قائمة على الغلط من حيث هو غلط، وترتب عليها حكم شرعي، كما هو شأنها في الفقه الغربي إنما اعتمد النتائج المترتبة على نظرية الغلط في الفقه الغربي وبصورة أوسع في جوانب متعددة من أبواب الفقه، كما أشرنا إلى ذلك في ما تقدم.

وننتهي من هذا كله إلى أن عيوب الارادة - في رأينا - تنحصر في الاكراه، والتدليس، والتغريير، وبعض مظاهر عوارض نقص الأهلية، وهي: الافلاس، والسفه، ومرض الموت - على فرض القول باعتباره - ونكون بهذا قد خرجنا على المعروف من عيوب الارادة، ولعل نقطة الجدة - في رسالتنا هذه - هي تثبيت هذه المحاولة.

ثانياً - من حيث الجزاء المترتب على هذه العيوب:

ويمكن أن نوجز ذلك:

أ - في الشريعة الاسلامية - فإن الفقهاء ذهبوا في الجزاء المترتب على عيوب الارادة إلى اعتبار العقد الموقوف على إجازة الطرف المتضرر من التعاقد - سواء أكان ذلك في الاكراه، أم في التدليس، أم في بعض حالات عوارض نقص الأهلية - وهذا ما اخترناه لصلاحيته في رعاية حقوق المتضرر، واستقرار التعامل العقدي.

ب - وفي القانون الوضعي - ففي حدود القوانين التي اعتمدناها في بحثنا هذا - وهي: المصري، والعراقي، والكويتي - فالمدني العراقي أخذ برأي جمهور فقهاء

الشريعة، وهو العقد الموقوف^(١)، بينما ذهب القانون المدني المصري^(٢) وحذا حذوه القانون المدني الكويتي^(٣) إلى الأخذ بالعقد القابل للإبطال، تبعاً للقانون المدني الفرنسي، والذي يمكن أن نعتبره اللبنة الأساسية للقانون المصري، كما صرح بذلك السنهوري، إذ يقول: «المعروف أن القانون المصري نقل في أكثر مواضعه من القانون الفرنسي وأنه وضع في أول الأمر باللغة الفرنسية»^(٤). وهنا يثور سؤال عن الفرق بين العقد الموقوف، والعقد القابل للإبطال؟

العقد الموقوف:

ومع أننا أشرنا في تضاعيف هذه الرسالة الى معنى العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال - بصورة موجزة - ولكن هذا لا يمنع من بحث الموضوع بصورة يكشف لنا مدى الفرق بين الصورتين.

فقد عرف فقهاء الشريعة «العقد الموقوف» بعدة تعاريف، منها، أن: «العقد الموقوف، هو: العقد المشروع بأصله، ووصفه، ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير»^(٥). واختصرت المجلة هذا التعريف بقولها: «البيع الموقوف: بيع يتعلق به حق الغير، كبيع الفضولي»^(٦).

ولم يرتض بعض نقاد المجلة هذا التعريف، ويرى - حقاً - أن يعرف العقد الموقوف

(١) راجع المواد: (١١٥ و ١١٧ و ١٢١ - مدني عراقي).

(٢) راجع المواد: (١٢٠ و ١٢٥ و ١٢٧ - مدني مصري).

(٣) راجع المواد: (١٤٧ و ١٥١ و ١٥٦ - مدني كويتي).

(٤) السنهوري - نظرية العقد: ٤٠٤.

(٥) شيخ زاده - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: ٢ / ٣٩ طبع القاهرة ١٣١٩ هـ.

(٦) مجلة الأحكام المادة (١١١).

بأنه: «العقد الذي يتوقف تأثيره على اجازة غير العاقد، إما لكونه مالكا، أو لتعلق حق له في أحد العوضين»^(١).

وعلى ضوء التعاريف التي ذكرها الفقهاء نستطيع أن نستخلص تعريفاً، يمكن أن يكون جامعاً لمعنى العقد الموقوف، وهو: «عقد تتوقف صحة جريان التصرف به على اجازة الطرف المتضرر في امضائه شرعاً».

وهذا العقد يشبه الى حد كبير عقد الفضولي في الشريعة الاسلامية، وقد اختلف الفقهاء في حكمه الشرعي، فمنهم:

أ - من ذهب الى أنه قسم من أقسام العقد الصحيح، والعقد الصحيح ينقسم الى نافذ وغير نافذ^(٢) وغير النافذ هو - الموقوف - وهذا ما قال به جمهور الفقهاء^(٣)، وأخذ به القانون المدني العراقي^(٤).

ب - ومنهم من اعتبره عقداً باطلاً لصدوره عن من ليست له ولاية التصرف، لأن الولاية عندهم شرط في الانعقاد، لا في النفاذ، وهو رأي بعض الفقهاء^(٥).

(١) كاشف الغطاء - تحرير المجلة: ١ / ١٢٤.

وعرفه المرحوم الشيخ علي الخفيف في (أحكام المعاملات الشرعية: ٢٥٦ الطبعة الثالثة: ١٩٤٧) قائلاً ان: «العقد الموقوف هو الذي لا يترتب على إنشائه أي أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده، بل يتوقف ترتب الأثر على إجازته ممن له حق مباشرته» راجع عرضاً لتعاريف فقهاء الشريعة في: نظرية العقد الموقوف - د. فرج: ٢٩-٤٣ وبحث د. غني طه - القانون المدني الكويتي بين نظرية العقد الاسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي: ١٥٠-١٥١ بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة - جامعة الكويت عدد ٢ س ٢ شعبان ١٣٩٨ هـ - يونيو ١٩٧٨ هـ.

(٢) راجع - مذكور - المدخل للفقه الاسلامي: ٥٩٥.

(٣) انظر: العاملي - مفتاح الكرامة: ٤ / ١٨٤، والكاساني - بدائع الصنائع: ٥ / ١٤٩-١٥٠، وابن قدامة - المغني: ٤ / ٢٠١، والخطاب - المواهب الجليل: ٤ / ٢٤٦ و ٥ / ٢٢ و ٤٠٥، والرملي - نهاية المحتاج: ٣ / ٢٤، والنووي - المجموع: ٩ / ٢٥٩، وهو رأي المذهب القديم للشافعي، وابن مفتاح - المنتزع المختار: ٣ / ٤١ طبعة مصر ١٣٢٢ هـ.

(٤) تنص المادة (١٣٣ / ٢ ف مدني عراقي) على الآتي: «وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفاً أفاد الحكم في الحال».

(٥) وهو قول للامامية، وقول المذهب الجديد للشافعية، وقول للحنابلة وقول للزيدية.

راجع: العاملي - مفتاح الكرامة: ٤ / ١٨٥-١٨٦، والرملي - نهاية المحتاج: ٣ / ٢٣-٢٤، والغزالي - الوجيز:

١ / ١٣٤ طبعة مصر، والشيرازي - المذهب: ١ / ٢٦١، وابن رجب - القواعد الفقهية: ٤١٩-٤٢٠ الطبعة الأولى

مصر ١٣٥٢، وابن مفتاح - المنتزع المختار: ٢ / ٤١.

وعند مراجعة أدلة الطرفين^(١) نرجح القول الأول، لما فيه من التيسير على الناس في معاملاتهم وتحقيق مصالحهم الضرورية والحاجية، واعانة بعضهم لبعض دون ضرر يلحق بأحد المتعاقدين. كما وأنه يتفق مع مبدأ الرضاء الذي يؤكد عليه الفقه الاسلامي - فلا يخرج شيء من ملك شخص جبراً عنه، أو دون اجازته ورضاه^(٢) «فلا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه».

العقد القابل للإبطال:

وقسم الفقه الوضعي الغربي العقد الباطل - في نظريته المعروفة^(٣) - الى قسمين: عقد باطل بطلاناً مطلقاً، وباطل بطلاناً نسبياً، وهو العقد القابل للإبطال.

(١) انظر أدلة الطرفين كما عرضها وناقشها د. فرج - نظرية العقد الموقوف: ٥٤-٦٨.

(٢) أيد الرأي الأول كل من الأساتذة: مذكور - أحكام الأسرة في الاسلام (الزواج وآثاره): ١ / ٢٢٢-٢٢٣، ود. محمد زكي عبد البر - العقد الموقوف: ١٣ / بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد في العدين الأول والثاني مارس ويونيو سنة ١٩٥٥ «السنة الخامسة والعشرون» ود. فرج - نظرية العقد الموقوف: ٦٨.

(٣) سبق أن أوضحنا في ثنايا هذه الرسالة مفهوم «البطلان في القانون الوضعي» وأن للعقد أركاناً ثلاثة هي: الرضاء، والمحل، والسبب، فإذا انعدم أي ركن منها لا يقوم طبيعة ويكون باطلاً. ومثل انعدام الركن اختلال شرط الركن، فالرضاء - مثلاً - يشترط فيه التمييز، والمحل يشترط فيه الامكان والتعيين، والمشروعية، والسبب تشترط فيه المشروعية، فهذه الشروط طبيعة لا يقوم العقد بدونها، فإذا اختل شرط من شروط هذه الأركان كان العقد باطلاً. والبطلان هنا تمليه طبيعة الأشياء، أو بفرض القانون، حماية لمصلحة عامة، وفي هذه الحالة يجوز لكل ذي مصلحة ان يتمسك ببطلانه، ولا تصح إجازته.

وهناك ركن في العقد قد يقع بأن يكون قائماً مستوفياً لشروطه، ولكن لا تتوافر له اسباب الصحة، وهذا هو الرضاء. فالرضاء - كما رأينا - يكون موجوداً مستوفياً لشروطه حتى لو صدر من ناقص الاهلية، أو صدر عن اكراه أو تدليس، أو غلط، فيكون رضاء معيباً غير صحيح، وللمتعاقدين الذي صدر منه رضاء مختل أو رضاء معيب، يكون من حقه أن يطلب ابطال العقد كما له أن يجيزه حماية له من القانون في حفظ حق، ودفعاً لضرره، وهذا ما يسمى بطلاناً نسبياً.

وإذا دققنا في التقسيم المار الذكر للبطلان في حدود النظرية التقليدية - نراه ثلاث مراتب - الانعدام، والبطلان المطلق، والبطلان النسبي ولكن المرحوم السنهوري يرى أنه خير من هذا التقسيم الثلاثي، التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلاناً مطلقاً ويدخل فيه العقد المنعدم، وعقد باطل بطلاناً نسبياً. وخير من هذا التقسيم الثنائي الرجوع

ويعرف العقد الباطل بطلاناً مطلقاً - بأنه: العقد الذي انعدم ركن من أركانه أو اختل^(١).

كما يعرف العقد القابل للإبطال بأنه: العقد الذي وقعت به مخالفته لشروط من شروط أركانه دون أن ينعدم الركن تماماً^(٢).

→

الى المنطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لا تفاوت فيها هي البطلان المطلق، ذلك لأن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يمر على مرحلتين:

المرحلة الأولى - قبل أن يتعين مصيره بالاجازة 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 مصيرين إما أن تلحقه الاجازة أو يتم في شأنه التقادم فيزول البطلان، ويستمر العقد صحيحاً منشئاً لجميع آثاره فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح. أو 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 حالة أن يكون عقداً صحيحاً اذا لحقته الاجازة، أو ورد عليه التقادم، أو عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً منذ البداية.

والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئاً مستقلاً يقوم الى جانب البطلان المطلق وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما فيؤول أمره في النهاية الى الصحة التامة، أو الى البطلان المطلق، ومن ثم فليس هناك إلا نوع واحد من البطلان يندمج فيه البطلان النسبي كما اندمج فيه الانعدام.

كما أن القوانين الأخرى من قديمة وحديثة تعرف تقسيم البطلان الى مراتب متعددة وتجعل هذه المراتب متدرجة طبقاً لما ينتجه العقد الباطل من الآثار. فالقانون الالماني يعرف البطلان المطلق والبطلان النسبي (م ١٤١-١٤٢) بل أن الفقه الالماني يعرف العقد المنعدم.

ويميز قانون الالتزامات السويسري بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (م ١١ و ١٩ و ٢٠) والعقد الباطل بطلاناً نسبياً (م ٢١ و ٢٢ و ٢٣ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩) والقانون الانكليزي يميز بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ويدخل فيه العقد المنعدم، والعقد الباطل بطلاناً نسبياً، والعقد غير النافذ، ويريد بالأخير عقداً صحيحاً لا يمكن اثباته طبقاً للقواعد القانونية كعقد غير مكتوب لا يجوز اثباته بغير الكتابة. مثل هذا العقد لا يكون باطلاً ولا يجوز طلب ابطاله ولكن لا يمكن المطالبة بتنفيذه، على أنه إذا نفذ الملتزم اختياراً فليس له أن يسترد ما دفع. وظاهر أن الغرض هو احدى حالات الالتزام الطبيعي في القانونين المصري والفرنسي.

ولما كان القانون الانكليزي لا يعترف بالالتزام الطبيعي كنظرية عامة، فقد وضع احدى حالاته في نظرية البطلان. راجع: السنهاوري - ١ / ٥٢٧-٥٢٨ ومصادر الحق: ٤ / ٨٢-٨٧، ود. الحكيم - الوسيط في نظرية العقد: ٥٠٧-٥٢٨ ود. الشرقاوي المصدر المشار إليه: ٢٢١-٢٢٢ ود. محمود جمال الدين - المصدر المتقدم: ١ / ٢١٩-٢٢٢.

(١) د. محمود جمال الدين - المصدر سالف الذكر: ١ / ٢١٩.

(٢) د. الشرقاوي - المصدر المتقدم ١ / ٢١٨.

وحينئذ يكون البطلان فيه أخف مما سبق، بل انه سمح للتصرف بوجود قانوني حتى يتقرر بطلانه بحكم القضاء، ولذا يسمى «بطلاناً نسبياً»^(١).

فالبطلان المطلق: هو الجزاء الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد كانهدام الرضا، أو تخلف المحل أو السبب، فالعقد في إحدى هذه الحالات - في نظر القانون - يعتبر باطلاً، ومعدوماً، ولا ينتج أثراً.

والبطلان النسبي: هو الجزاء الذي يترتب على عقد اجتمعت فيه سائر أركانه من رضا ومحل، وسبب، ولكنه لم يستوف شروط صحته، بأن كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، أو كانت إرادته مشوبه بعيب من عيوب الإرادة^(٢).

(١) السنهاوري - الوسيط: ١ / ٥٤٠-٥٤١ ط الثانية.

(٢) السنهاوري - المصدر المتقدم: ١ / ٥١٦.

تنص المادة (١٢٦) - ف ١ / مدني عراقي على ما يلي:

«اجازة العقد الموقوف تكون صراحة، أو دلالة، وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد، ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد، ولا يشترط قيام العاقدین، أو المالك الأصلي، أو المعقود عليه وقت الاجازة».

كما نصت المادة (١٢٩ - مدني مصري) بالآتي:

«١- يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة، أو الضمنية.

٢- وتستند الاجازة الى التاريخ الذي تم العقد دون اخلاص بحقوق الغير».

والمراد بابطال العقد، هو البطلان النسبي، حيث يجوز لمن تقرر له الحق في التمسك به، أن يجيز العقد، أو أن يتمسك باطلاله، وهو حق قاصر على من تقرر له وحده دون الطرف الآخر.

والنصان - المشار إليهما - المصري والعراقي يصرحان بأن الاجازة ذات أثر رجعي يعود الى تاريخ ابرام العقد. ولم يشأ المشرع الكويتي للقانون المدني أن يساير التقنينات في الدول العربية، وغيرها - ومن بينها قانون التجارة الكويتي - في اثبات النص على أن أثر الاجازة يستند الى التاريخ الذي يتم فيه العقد دون اخلاص بحقوق الغير، مبرراً ذلك، بأن «هذا الحكم - وإن أمكن أن يكون له ما يبرره في صدد اجازة العقد الموقوف وفق ما يقضي به الفقه الاسلامي، وفي صدد العقد غير النافذ في حق شخص معين، والذي يحصل منه اقراره تحت ظل القانون المعاصر - إلا أنه يقع خالياً من أي مضمون بالنسبة الي اجازة العقد القابل للابطل. فهذا العقد ينعقد، ويقوم صحيحاً منتجاً آثاره، من تاريخ ابرامه، كل ما هنالك أن الابطال يتهدد. فإذا جاءت الاجازة رفعت عنه خطر الابطال. وهي لا ترفعه بالضرورة إلا للمستقبل. أما بالنسبة الى الماضي فلا حاجة للعقد اليها، إذ أنه كان صحيحاً منتجاً آثاره قبلها. ومن ثم لا يضيف اليه جديداً في هذه الفترة». انظر: المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي رقم

٦٧ لسنة ١٩٨٠ المنشور في جريدة الكويت اليوم العدد ١٢٣٥ بتاريخ ١ / ٥ / ١٩٨١.

خصائص العقد القابل للإبطال:

ومن خصائص العقد القابل للإبطال:

١- أنه تلحقه الإجازة: كما نصت المادة (١٣٩ مدني مصري)، حيث ذكرت الفقرة الأولى منها الآتي: «يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية». وذلك لأن للعقد وجوداً قانونياً ما دام بطلانه لم يتقرر وإن كان هذا الوجود مهدداً بالزوال، فإذا لحقته الإجازة استقر.

ونصت المادة (١٨١ - مدني كويتي) على ما يلي: «إجازة العقد القابل للإبطال ممن له الحق في طلب إبطاله صريحة كانت أم ضمنية، تطهره من العيب الذي انصبت عليه؛ وتزيل حق طلب الإبطال بسببه».

٢- كما وأن أثر الإجازة يكون من وقت إجراء التصرف لا من وقت صدورها، لأن للإجازة أثراً رجعياً، وأن هذا الأثر ينحصر بين المتعاقدين فلا يتعدى إلى الغير ممن كسب حقاً عينياً على الشيء موضوع العقد^(١).

٣- وأن البطلان النسبي لا يتقرر إلا بالتراضي أو التقاضي، فإذا لم يتم الاتفاق بين المتعاقدين على إبطال العقد كان من اختصاص المحاكم النظر في إبطال العقد إذا أراد أحد المتعاقدين ذلك^(٢).

المفاضلة بين العقدين:

وبعد عرض مقومات العقد الموقوف، والعقد القابل للإبطال، - بصورة موجزة - وللمفاضلة بينهما في مجال عيوب الإرادة نقول:

لقد لاحظنا أن العقد الموقوف، استأثر باهتمام جمهور فقهاء الشريعة في مجال عيوب الإرادة. وتبعهم بذلك القانون المدني العراقي محاولة من شرعية للتوفيق بين

(١) السنهوري - الوسيط: ١ / ٥١٨ / ط الثانية.

(٢) السنهوري - المرجع المتقدم: ١ / ٥٣١.

الشريعة والقانون الغربي^(١) بينما أخذ القانون المدني المصري، وتبعه القانون المدني الكويتي بمبدأ العقد القابل للإبطال، وعلى ضوء ما تقدم، نتمكن من إيجاز المفاضلة بما يلي:

١- إن العقد الموقوف أكثر ملاءمة لمواجهة عيوب الإرادة من العقد القابل للإبطال، فالعقد الذي يداخله غلط، أو تدليس، أو إكراه فيصدر عن إرادة ضالة أو مضللة، أو غير مختاره، أولى به أن يوقف عن التنفيذ حتى يجاز من أن يحكم بإبطاله^(٢).

٢- كما وأن فكرة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي تتصف بالدقة والشمول فضلاً عما تحققه من حماية أكثر مما يحققه العقد القابل للإبطال، وأنها تقوم على رعاية المصلحة، ودفع الضرر، كل ذلك عن طريق ما قرره الشارع من حق لكل من المتصرف، والمتصرف له في فسخ التصرف الموقوف، أو رده^(٣).

٣- إن العقد القابل للإبطال، لا يمكن الرجوع إلا بالتراضي بين المتعاقدين، وليس من السهل أن يتراجع المستفيد عن عقده طالما أن العقد في صالحه، وإذا انتقلت الدعوى إلى المحاكم فقد دخلت في دوامة المحاكم، وهذا ما يستوجب صرف وقت طويل في أي قضية كانت. في حين لا يكلف العقد الموقوف هذا الجهد والضرر، لأن أمر الخيار بيد المتضرر وحده. فحيث ثبت ذلك كان له فسخ العقد أو إمضاءه، وهذا لا يستغرق وقتاً في المحاكم، ولا جهداً في إقناع الطرف الآخر ليقوم بالإبطال على التراضي.

ولهذا أرى أن الأوفق من حيث الجزاء المترتب على عيوب الإرادة أن يؤخذ بفكرة العقد الموقوف في مجال العمل القانوني في التشريعات الحديثة، وإحلالها محل فكرة العقد القابل للإبطال، أو الباطل بطلاناً نسبياً، وخاصة أن فكرة العقد الموقوف تنبع من تراثنا الإسلامي الأصيل.

(١) السنهوري - مصادر الحق: ٢/١٤٦هـ. ود. الصدة - محاضرات في القانون المدني: ١/١٧١.

(٢) السنهوري - مصادر الحق: ٤/٢٨١.

(٣) د. فرج - نظرية العقد الموقوف: ٣٩٥.

وأخيراً - ونحن في نهاية المطاف - من هذه الرسالة، أملي بكل المسؤولين في البلاد الإسلامية - عربية منها وغير عربية - أن يعتمدوا في سن تشريعاتهم وتقنين أنظمتهم - من أجل توطيد مجتمع أفضل - كتاب الله، وسنة رسوله، فإن في هذين المصدرين التشريعيين العظميين ما يكفي لوضع نظام متكامل وشامل ومتطور يسود الأمة، ويقوم المجتمع .

كما وفي بقية المصادر التشريعية التي اعتمدها فقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم واجتهادهم - بعد كتاب الله الكريم وسنة رسوله - ما يلبي الحاجة في المسائل المتجددة، والحادثة نتيجة تطور المجتمع، وتقدم الزمن .

فإن التشريعات الغربية - والتي استقت منها بعض الأنظمة الحديثة الإسلامية والعربية خاصة قوانينها - قد نبعت من أفكار عاشت ضمن مجتمعها الخاص الذي له تقاليده وأخلاقه وأعرافه، وهي في حقيقتها لا تتسق، مع أخلاقنا وتقاليدينا التي فرضها علينا ديننا الإسلامي الحنيف، كما وأنها نمت في إطار حضارة متحررة في كثير من سلوكية الحياة، وتبنت مفاهيم قد لا تلتقي مع آدابنا العامة، وأخلاق الإسلام الفاضلة، فرفضها المجتمع الإسلامي، لأنها عامل خطر في تفتيت الاخلاق، وتمزيق السلوك الانساني السليم .

فالمجتمع الإسلامي أحرى أن يحكم بقانون نابع من تراثه الأصيل وينشد إلى نظام مستخلص من طبيعة تكوينه الذاتي، ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ﴾ (١) .

والله سبحانه من وراء القصد، يسدد الخطى، ويلهم الصواب .

(١) سورة المائدة: آية: ٤٥ .

الفهرس

٥	 المقدمة
١٣	 باب تمهيدى
	 الفصل الأول
١٥	 حقيقة الإرادة
	 المبحث الأول
١٧	 تحديد مصطلح الإرادة
	 المبحث الثانى
٢٥	 حقيقة الإرادة وأقسامها الباطنة والظاهرة
	 المبحث الثالث
٢٧	 مبدأ سلطان الإرادة
	 المبحث الرابع
٤٥	 الإرادة المنفردة
	 المبحث الخامس
٥٩	 هل عمل الإرادة يقتصر على إجراء التفرقات أم يتجاوز إلى تنفيذها؟
	 الفصل الثانى
٦١	 مظاهر التعبير عن الإرادة
	 المبحث الأول
٦٥	 اللفظ الصريح
	 المبحث الثانى
٨١	 اللفظ الكنائى
	 المبحث الثالث
١٠٣	 الوسائل غير اللفظية
	 الفصل الثالث
١٢٣	 حقيقة العيب فى الإرادة
	 المبحث الأول
١٣٥	 لماذا اخترت مصطلح «عيوب الإرادة»

المبحث الثاني

تحديد عيوب الإرادة ١٤١

المبحث الثالث

الفرق بين الإرادة المعيبة وغيرها ١٤٩

المبحث الرابع

علاقة نقص الأهلية بعيوب الإرادة ١٥٣

الفصل الرابع

مظاهر ليست من عيوب الإرادة ١٦١

المبحث الأول

بيع التلجئة ١٦٣

المبحث الثاني

تصرفات المضطر ١٧١

المبحث الثالث

إختلال التنفيذ ١٨٩

الباب الأول

مظاهر الإرادة غير الحرة ١٩٩

تمهيد ٢٠١

الفصل الأول

ما يلابس الإرادة فيضطرها لتصرف تأباه (الإكراه) ٢٠٣

المبحث الأول

حقيقة الإكراه - أركانه، شروطه ومعياره ٢٠٥

المبحث الثاني

أقسام الإكراه ومجالاته ٢٢٣

المبحث الثالث

حكم الإكراه وجزاؤه ٢٤٧

الفصل الثاني

ما يلابس الإرادة فيحول بينها وبين تصرف تتوخاه ٢٥٩

تمهيد ٢٦١

المبحث الأول

الإفلاس ٢٦٢

المبحث الثاني

السفه ٣١٧

المبحث الثالث

مرض الموت ٣٥٥

الباب الثاني

مظاهر الإرادة غير المنورة ٣٨٩

تمهيد ٣٩١

الفصل الأول

العيب الناشئ عن (الخلافة) ٣٩٣

المبحث الأول

الغبن ٣٩٧

المبحث الثاني

الإستغلال ٤٢٣

المبحث الثالث

التعزيز والتدليس ٤٤٣

الفصل الثاني

العيب الناشئ عن مغايرة الحقيقة (الغلط) ٥١٣

المبحث الأول

حقيقة الغلط ٥١٥

المبحث الثاني

تطور نظرية الغلط ٥٢٣

المبحث الثالث

عرض لأنواع الغلط ٥٢٧

المبحث الرابع

رأينا في نظرية الغلط ٥٤٩

الخاتمة ٥٥٩

الفهرس ٥٧٣