

نظمي العقائد الفقه الجعفري

غرض واسمدلال ومقارنات

تأليف

هاشم معروف الحسيني

مَجْلَدُ الْإِعْمَالِ فِي تَأْلِيفِ الْحَقِيقَةِ
غرض واسدلال ومقارنات



مرکز تحقیقات کتب و تاریخ اسلامی

هاشم معروف الحسینی

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

نظرية العقد في الفقه الجعفري

يعرض هذا الكتاب آراء الجعفرين وغيرهم من مدنيين وشرعيين في بعض المباحث التي تتصل بالعقود وترتبط بها ويبحث عن المبادئ العامة للعقود وعن عقد البيع وأركانه وشروطه وموارد انحلاله وأنواع الخيارات والشروط وما يتبع ذلك من المباحث التي تتصل بهذه المواضيع ويقارن في أكثر محتوياته بين آراء الجعفرين وآراء غيرهم من مدنيين وشرعيين متحررين التوضيح والإختصار ومعتمدا على أوثق المصادر الشرعية وغيرها .



مركز تحقيقات كليات علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کاپیویر علوم اسلامی

مقدمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

والصلاة والسلام على محمد وآله الطيبين الطاهرين، وعلى جميع الأنبياء والمرسلين
ان من يستعرض تاريخ الامم والشعوب على اختلافها يجدان لكل امة منها بلغت
من الانحطاط والتقهقر أنظمة تختص بها في شؤونها وجميع تصرفاتها ، وقوانين
تعتمد عليها في حل مشاكلها ، ومكافحة الطغيان والفساد ، فالعرب الذين نزل
القرآن بلغتهم ، وأصبحوا حملة لواء الاسلام ، ومن خيرة دعاة وناشريه ، كانوا
امة امية في الغالب ليس لها ما يجيرانها الفرس والروم من علوم وفلسفات وصناعة
وغير ذلك مما كان يملكه اولئك الجيران من الوسائل التي تسهل عليهم طرق
العيش والهدوء والاستقرار ، والمجتمع العربي مع أنه لم يكن في صف جيرانه
الفرس والروم من الناحيتين العلمية والاقتصادية ، الا انه لم يشذ عن هذا الاصل
الذي لا يمكن بقاء الشخص والنوع والمجتمع بدونه ، فالتاريخ يحدثنا ان للعرب في
جاهليتهم بعض القوانين والعادات يحكمونها في معاملاتهم وجميع شؤونهم ،
ويعالجون فيها مشاكلهم ، قوانين لم تصدر عن سلطة تشريعية كما هو الحال في
القوانين التي جاءت بها الشرائع والأديان ، والقوانين الرومانية وغيرها من القوانين
المستحدثة ، ولكنها كانت في بدايتها اشبه بالاعراف والتقاليد استفادوا اكثرها
من البلاد التي كانوا يعيشون بجوارها ويتصلون بها لمصالح كانت تربطهم بها ،

ومن هذه البلاد، الشام ونواحيها حيث يطبق فيها القانون الروماني ، والعراق ، وما يتبعه حيث كان يسوده القانون الفارسي ، بالإضافة الى يهود المدينة الذين أخذوا عن التوراة اكثر ما يحتاجون اليه من التشريعات والقوانين .

لقد استفاد العرب في جاهليتهم من التجارب ومن جيرانهم الفرس والرومان في مختلف النواحي التي تعنيهم في معاملاتهم وغيرها ، والتي عاجلها الاسلام ووضع لها الأصول والقواعد فيها بعد ما جاء به من فقه وتشريعات ، فتبطلت تلك العادات والاعراف في اذهانهم واختمرت حتى أصبحت أشبه بالقوانين الصادرة عن سلطة تشريعية يقدسونها وينزلون على حكمها في خصوماتهم وعقودهم وجميع معاملاتهم .

وحينما جاء الاسلام بمبادئه وتشريعاته لم يغير جميع انظمتهم وعاداتهم ، ذلك لأن الأديان لم تأت لغرض الانتقام ، ولا لقلب الاوضاع والعادات والاعراف ، وانما نجيء لتطهير النفوس واعداد الانسان اعداداً يجعله صالحاً للاسهام في بناء مجتمع تسوده العدالة ويسيطر فيه الحق على الباطل والهدى على الضلال والخير على الشر .

اجل لقد جاء الاسلام فواجه العرب قبل جميع الناس بمبادئه وتعاليمه وتشريعه فاقروهم على بعض ما شاع بينهم في معاملاتهم وعقودهم ، وعارضهم في بعض المعاملات ، كالربا والنجش ، وبيع الحصى والمنابذة والملازمة ونحو ذلك مما يؤدي الى الضرر والمنازعات ولا يتصل بصالح البشر ولا بضرورات حياتهم .

وادخل بعض التعديلات على اكثر المعاملات كما يظهر للمتتبع بعد المقارنة بين عقودهم ومعاملاتهم وسائر انظمتهم ، وبين العقود التي اقرها الاسلام بعد ادخال تلك التعديلات عليها بما يضمن لهم مصالحهم ويصون حقوقهم ويهيئهم لبناء مجتمع سليم ، وامة صالحة للحياة الكريمة المحيية .

لقد جاء الاسلام بمبادئه وانظمته والناس في امس الحاجة اليه فشرع لهم العبادات ، وبنى احكام الاسرة على اسس متينة تحفظ لهم انسابهم ونحسب من سيطرة الشهوات ومن فوضى الزواج الذي شاع بينهم بأشكاله المختلفة ، ووضع لهم الاصول والقواعد للميراث والوصية والطلاق وغير ذلك من المواضيع الفقهية، مما نسميه اليوم بالاحوال الشخصية ، كما نظر الى صفوف المعاملات والعقود التي اعتادوا على التعامل فيها كالبيع ، والاجارة ، والصلح ، والرهن ، والشركة ، والمضاربة وغير ذلك من أنواع العقود التي كانوا يتعاطونها ، والى العقوبات واحكام الجنايات ، والقضاء والى كل ما شاع بينهم ، كل ذلك قد نظر اليه الاسلام ووضع له الاصول والقواعد التي تضمن له البقاء والدوام ، ولم ينتقل الرسول الى الرفيق الاعلى حتى استكمل الفقه اتم اصوله التي قام عليها ، ولم يبق على العلماء والفقهاء من بعده الا الرجوع الى ما تم في حياته ، واستلها ما اوحى الله سبحانه وتعالى اليه من كتاب وسنة ، ثم التفريع والتطبيق حسبما تدعو اليه الحاجة في كل زمان ومكان .

وهنا يجدر بنا ان نشير الى ان ما نزل من القرآن الكريم بمكة لم يشتمل الا على بضع آيات في التشريع ، اذ كانت الدعوة الى الله وتوحيده ، ونبذ ما كان عليه الناس من عبادة الأصنام ، واقامة البراهين على الدار الآخرة ، من المقاصد الأولى التي يتركز عليها الاسلام ، اما التشريع الفقهي والانظمة التي لا بد منها لتنظيم حياتهم وتحديد علاقة بعضهم ببعض فقد دعت الحاجة اليها بعد ان استقر الرسول في المدينة ، واتجه لتنظيم حياة المسلمين ومعاملاتهم ، وبناء دولة تشرف على تنفيذ تلك المبادئ والتشريعات فكانت المدينة موطن التشريع العام ، وبها انزل الله في كتابه اكثر آيات الاحكام على التدريج حسبما تدعو اليه الحاجة ، وبعد التتبع والاستقصاء نجد من آياته ما كان ينزل اجابة عن اسئلة كان بعض المسلمين يوجهها الى الرسول (ص) عندما يحسون الحاجة لذلك ، ومنها ما كان ينزل ابتداء وبلا سؤال من احد ، وعلامة ذلك الآيات المصدرة بكلمة يسألونك ، او يستفتونك

تلك الآيات التي تبلغ نحو من خمس عشرة آية .

ومهما كان الحال فقد استمد المسلمون فقههم من كتاب الله وسنة نبيه في المرحلة الأولى من مراحل التشريع ومعلوم ان القرآن حتى في المواضيع التي تعرض لأحكامها لم يتعرض لها إلا بصورة إجمالية ، وترك للرسول تفصيل هذا الاجمال ، وتحديد القواعد والاصول التي وضعها في مختلف العناوين ، فكان يقوم بدور الشارح المبين لما اجمله القرآن ، بالاضافة الى كثير من أحكام الحوادث التي تلقي أحكامها عن طريق الوحي مباشرة ، واصبحت بذلك اقوال الرسول وأفعاله متممة للتشريع ، ومرجعا للمسلمين في أمور دينهم بعد كتاب الله الكريم .

ومن الثابت عند جميع المسلمين ان علياً «ع» كان من أحرص الناس على حفظ ذلك التراث الضخم ، ومن أكثر المسلمين وعياً لانظمته وقواعده ، وضبطاً لاصوله ومبادئه ، وتؤكد النصوص التاريخية ان هذه الظاهرة فيه كانت بارزة في عصر الرسول «ص» وان النبي «ص» قد اثنى عليه ابلغ الثناء وسماه باب مدينة العلم ، وعلمه الف باب من العلم ، وفتح له في كل باب الف باب .

وكما كان في زمن الرسول «ص» كان في عهد الصحابة المرجع الاول في الافتاء والقضاء ، ومن علمه استفاد أكثر الصحابة والتابعين ، ومن مدرسته تخرج عشرات الفقهاء والمحدثين ، وترك في الكوفة خلال اقامته فيها علماً كثيراً قد انتشرب بين فقهاء وسكانها شطراً طويلاً من الزمن ، ولولا ان الامويين الذين تعاقبوا الحكم من بعده قد بذلوا اقصى ما لديهم من جهد وسخروا قسماً كبيراً من امكانياتهم للقضاء على اثره ، وتوجيه الأنظار الى سواه ، بالقتل والحبس وتشريد اتباعه وشيعته ، واباحة الاغراض والاموال ، لولا هذا الموقف العدائي من علي وشيعته ، ومن رواة اثره وحملته علمه لكانت الفقه الاسلامي في جميع العصور يستمد اصالته وقوته من تلك الآثار التي خلفها علي «ع» وآله الائمة الهداة «ع» ولما حدثت تلك الفجوة العميقة بسبب تعدد المذاهب واختلاف الآراء في اصول

لقد استطاع الحكام ان يصرفوا الجماهير عن فقه علي وآثاره بالمال والسلاح ، وان يضعوا الحواجز والسدود بين الجماهير وبين آثار أهل البيت من جماجم الأبرياء والصلحاء ، وان يرفعوا فريقاً من العلماء على رؤوس الناس ، ويفرضوا عليهم آرائهم بحمد السيوف ، لقد استطاعوا ان يضعوا كل شيء ، ولكنهم لم يستطيعوا بكل ما لديهم من قوة القضاء على تلك الثروة الواسعة التي ورثها علي (ع) عن رسول الله (ص) والتي انتقلت بكاملها الى اولاده واحفاده من بعده ، وبواسطتهم قد انتشرت بين الملايين من المسلمين بعد ان تعرضت الدولة الجائرة العاتية للانهار وتم للامامين العظميين الباقر والصادق (ع) تأسيس مدرستها التي تخرج منها آلاف العلماء والفقهاء والمحدثين من مختلف العواصم والبلاد ومن اجل ذلك نسب فقه اهل البيت الى الامام جعفر الصادق (ع) ، في حين انه ليس لهذا الامام العظيم فقه يختص به ولا علم ورثه عن آبائه دون سواء ويتأكد ذلك عندما نرجع الى آرائه حول هذا الموضوع ، فقد روى جماعة من الثقات عنه انه قال : حديثي حديث ابي ، وحديث أبي حديث جدي ، وحديث جدي حديث رسول الله ، وحديث رسول الله هو قول الله ، وورد عنه انه قال : انا اذا حدثنا لا نحدث الا بحكم الله ، ولا نقول الا ما يوافق كتاب الله ، فاذا وجدتم حديثنا فاعرضوه على القرآن ، فاذا خالفه فاطرحوه .

ومن ذلك تبين ان الفقه الشيعي المنسوب الى الامام جعفر الصادق (ع) هو فقه الرسول وعلي والائمة من ولده ، وانه انما نسب اليه ، لانه انتشر من مدرسته بعد الركود الذي خيم عليه طوال حكم الامويين ، واستطاع الامام الصادق (ع) في ربع قرن من الزمن ان يملأ البلاد والعواصم الاسلامية بتلاميذه الذين حملوا

(١) انظر كتابنا الميادي العامة للفقه الجعفري في الفصول التي وضعناها لمعالجة هذا الموضوع .

فقه وحديثه الى الناس . وقد جاء عن ابان بن تغلب أحد تلاميذه وتلاميذ أبيه الباقر «ع» : أنه روى عن الباقر ثمانية عشر ألف حديثاً ، وروى عن الامام الصادق ثلاثين ألف حديثاً ، كما روى عنه محمد بن مسلم ، وزاره بن أعين ، وأبو بصير ، وجابر الجعفي ، وغيرهم آلاف الأحاديث في الفقه وأصول الاسلام والاخلاق وغير ذلك من المواضيع الاسلامية التي كانت تعالجها مدرسته ، وقد بحثنا هذه المواضيع بحثاً مفصلاً في كتابنا : المبادئ العامة للفقه الجعفري وأثبتنا بالأرقام ان فقه أهل البيت كان أكثر انتشاراً وشيوعاً في تلك الفترة من فقه غيرهم ، بالرغم من أن الحكام العباسيين كان موقفهم من الشيعة وأئمتهم أسوأ من موقف أسلافهم الأمويين ، فلقد حاولوا بشتى الوسائل القضاء على تلك الثروة الواسعة التي ورثها جعفر بن محمد «ع» عن آبائه عن الرسول «ص» ، وتوجيه الجماهير الى غيره من فقهاء ذلك العصر ، وبخاصة الامام مالك ، الذي أصبح في الشطر الاخير من حياته من أقرب الناس اليهم ، ولولا لم ينتشر فقه بتلك السرعة في أنحاء البلاد . ولكن العباسيين لم يفلحوا في القضاء على تلك الثروة التي تستمد قوتها وأصالتها من كتاب الله وسنة نبيه الكريم ، والتي اتسعت لجميع أبواب الفقه وفصوله ، ومختلف العلوم الاسلامية .

مرجعية كويتية علوم إسلامية

لقد استدلت الائمة بالآيات الكريمة في تشريعاتهم ، وبقوال الرسول وأفعاله ، ووضعوا القواعد والمبادئ العامة للتشريع ، ومن تلك المبادئ ، وجد الفقهاء منفساً لهم في التعرف على الحلول الكافية لمشاكل الحياة وأحكام الحوادث المتجددة على مرور الزمن ، وأغنتهم عن القياس والاستحسان والمصالح المرسلة وآراء الصعابة ، وغير ذلك من الاصول التي أعتمد عليها فقهاء المذاهب في تشريع الاحكام ولو تيسر للفقه الجعفري الخروج من عزلته ، وابرازه بثوب يسهل للباحثين الاطلاع عليه ونشر المؤلفات الفقهية بالاساليب الحديثة بنحو تصبغ دراستها أمراً ميسوراً لكل من يجارب التعرف على فقه الشيعة وآراء علمائهم في مختلف مسائله ، لو تيسر للفقه الجعفري هذا الامر ، لكننا قد أخرجنه من عزلته ،

وأظهرناه الى العالم بواقعه ، وأحيينا جانباً من جوانب ثقافتنا العالمية الخالدة التي تسير الحياة وتعيش معها جنباً الى جنب .

لقد ظل الفقه الجعفري طيلة القرون الماضية في عزلة عن العالم بالرغم من سعته ، ووجود المؤلفات الضخمة الراسعة فيه ، ووجود آلاف العلماء في كل عصر منذ العصور الاولى للتشريع ، وبالرغم من فتح باب الاجتهاد وعدم التحجير على الافكار ، الذي يساعد على الانطلاق وكثرة الانتاج والتحرر من تقليد الماضين ، وهذا ما يشاهده الباحث المنصف بالفعل عندما يقارب بين الفقه الشيعي وغيره ، فيجد الشيعة منذ أقدم عصورهم لا سيما بعد ان اتسعت دائرة الاجتهاد عندهم ، أكثر انتاجاً ، وأوسع تفكيراً ، وأقرب في أحكامهم الى كتاب الله وسنة نبيه (ص) ، بينما يجد الجهود والركود قد سيطر على فقهاء المذاهب الأخرى ، وأصبح لفقهم طابعاً خاصاً قد اتسم به وهو طابع التقليد الأعمى ، والتبعية لآراء السابقين وفتاويهم ، ولذا فان عمل الفقهاء المنتسبين الى المذاهب الأربعة مقصور على الشروح ، وتاليف الكتب الجامعة لآراء أئمة المذاهب وتلاميذهم .

ومع أن لفقه المذاهب الأربعة هذا الطابع المستهجن عند الباحثين والمفكرين نجدهم يعتمدون عليه في الغالب ويتجاهلون الفقه الجعفري ، وقد استعانوا به على وضع بعض القوانين المتعلقة بالعقود واستمدوا منه بعض النظريات والافكار ، ويمكن تعليل ذلك بأن الشيعة ظلوا منكشئين على أنفسهم منذ أقدم العصور ، ولم يجدوا من الحكماء في جميع الادوار التي مروا بها ما يشجعهم على نشر آثارهم والدعاية لها ، بل وجدوا تصلباً ضدهم في جميع الشؤون التي تخصهم ، لذلك فان آثارهم لم تتجاوز أوساطهم .

على أن أعداد المؤلفات الشيعية الفقهية بالشكل التي هي عليه جعل من الصعب على الباحثين من العرب والمستشرقين الاطلاع عليها والاستفادة منها ، هذا بالإضافة الى أن الشيعة قد احيطوا بمجموعة من الافتراء وضعها اعدائهم بقصد التشريش

عليهم، فأصبحوا بنظر الأجانب عن الإسلام كبعض الفرق المنقرضة التي لا تعكس وجه الإسلام الصحيح في تفكيرها وتشريعها وجميع آثارها .

ومجمل القول أن فقه المذاهب الأربعة بالرغم من أنه بقي جامداً طوال القرون العشرة التي مرت عليه ، وانحصرت مهمة العلماء طوال هذه المدة في شرح آراء أئمة المذاهب ودراستها ، دون أن يعنوا بتطويره وتنميته ، بالرغم من كل ذلك فقد استطاع السنة أن يخرجوا فقههم إلى العالم ويساهموا في عقد المؤتمرات العالمية التي اعترفت بأن التشريع الإسلامي يصلح لأن يكون أساساً للتشريع ، وعلى الأقل أن يكون مصدراً من مصادره قائماً بذاته منذ أقدم عصوره .

قال الدكتور عبد الرزاق السهري : أن الشريعة الإسلامية لو وطئت أكنافها ، وعبدت سبلها لكان لنا من هذا التراث الجليل ما ينفع روح الاستقلال في فقهنا وقضائنا وتشريعنا ، ثم لاشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد فنضيء به جانباً من جوانب الثقافة العالمية في القانون .

ولم يقف الاستاذ الكبير السهري عند حدود الدعوة إلى الافادة من التشريع الإسلامي والاعتماد عليه كمصدر من مصادر التقنيات العالمية الجديدة ، بل تجاوز هذه الناحية ودعا إلى عدم التقيد بالمذاهب الأربعة التي فرضتها السياسة على جميع الناس منذ ألف عام تقريباً ، ما دامت المذاهب الأخرى كمذهب الإمامية والزيدية يمكن الانتفاع بهما إلى أبعد الحدود .

قال في كتابه الوسيط شرح القانون المدني الجديد . وفي رأينا انه حيث ينبغي الرجوع إلى الفقه الإسلامي في كتبه المعتمدة ، سواء كان هذا الفقه هو المصدر الرسمي الذي تستمد منه الأحكام ، أم كان هو المصدر التاريخي الذي تفسر في ضوئه النصوص التشريعية ، يجب أن يراعى أمران جوهريان ، الأول هو عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي ، فكل مذاهب الفقه يجوز

الرجوع اليها ، والاخذ منها ، ولا محل للوقوف عند أرجح الاقوال من مذهب أبي حنيفة ، بل ولا التقيد بالمذهب الحنفي في جملة ، ولعلنا نذهب الى مدى أبعد فنقول أنه لا موجب للتقيد بالمذاهب الاربعة المعروفة هناك مذاهب أخرى كمذهب الامامية والزيدية يمكن الانتفاع بها الى حد بعيد (١) .

ومع أن الدكتور السنهوري يرى من الواجب عدم التقيد بالمذاهب الأربعة وأن المذهب الامامي يمكن الانتفاع به الى حد بعيد في التقنيات العالمية الجديدة ، وأن عدم التقيد بمذهب معين يساعد على تجانس التقنين المدني وانسجامه على حد تعبير السنهوري في كتابه الوسيط (٢) ، مع أنه يرى ذلك ويدعو الى الأخذ بالمذهب الامامي والعمل عليه فهو في كتبه التي يقارن فيها بين التشريع الاسلامي ، والتشريع المدني ، يتجاهل الفقه الجعفري في الغالب ، وخاصة في كتابه مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، مع العلم بأن المجاميع الفقهية الشيعية لا تخلو منها مكتبة من المكاتب المنتشرة في البلاد الاسلامية وغيرها ، ولقد حاولت في الصفحات السابقة أن أقف على أسباب هذا التجاهل ، وقد ذكرت لذلك سببين أو ثلاثة ولكن الاسباب الثلاثة بمجموعها لا ترفع المسؤولية عن المؤلفين الاعلام أمثال السنهوري الذين يرون التقيد بمذهب معين من بين المذاهب الكثيرة اساءة الى العلم ، وتنكراً للحقيقة ، لا سيما والمجاميع الفقهية في متناول الجميع ولا أحسب أن في دراستها مشقة على هذه الفئة من المشرعين الاعلام ، ولو تتبعوها بحثاً ودراسة لوجدوا فيها ما يؤكد لهم بأن التشريع الجعفري قد سبق الفقه المدني في كثير من نظرياته الحديثة التي انتهت اليها التقنيات العالمية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بعد المرحلة الطويلة والتطورات الكثيرة التي مرت بها .

إن على المؤلفين في هذه المواضيع ، والذين يدعون الى عقد المؤتمرات مقارنة بين التشريع الاسلامي والقوانين الوضعية الاجنبية وغيرها أن لا يتقيدوا بمذهب

(١) انظر الوسيط ص ٤٩ . ٢ - انظر نفس الصفحات الوسيط للسنهوري .

معين من المذاهب الاسلامية ، وأن يرجعوا الى فقه الشيعة ، ذلك الفقه الذي يستمد قوته وأحالاته من كتاب الله وسنة نبيه الكريم ومن العقل ، ولا يعتمد في أصوله وقواعده على غير هذه الاصول الثلاثة ، أما القياس والاستصحاب والمصالح المرسلة وغير ذلك من الاصول التي ليس في النصوص الشرعية ما يدل على أنها من أصول التشريع ، هذه الاصول لا يعتمد عليها الجعفريون في تشريعهم ، ولا يرجعون اليها في مقام التفريع واستنباط الاحكام .

وسيجد القراء الكرام في هذا الكتاب نماذج من فقه الجعفرين في العقود وغيرها ، حاولت فيها أن أعرض أشهر الآراء بينهم في مختلف المواضيع ، ولم أتعرض لغير المشهور من الآراء في الغالب الا لإبراز الفكر الشيعي المتحرر من الجمود والتبعية على واقعه .

وقارنت بين آراء الجعفرين وغيرهم من شرعيين ومدنيين في أكثر المواضيع التي اشتمل عليها هذا الكتاب ، وقد نحررت جهدي لإبرازها على واقعها معتمداً على أوثق المصادر الشرعية وغيرها .

ومنه سبحانه استمد العون والتوفيق ، وان يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم انه قريب مجيب .

بحوث تمهيدية

١

الاجتهاد عن الشيعة

لا يختلف الحال بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي للاجتهاد من حيث المأخذ ، فهو بمعناه اللغوي منتزع من بذل الجهد ومن استعمال الانسان لجميع امكانياته وطاقاته للتوصل الى اغراضه واهدافه على اختلاف انواعها . وبديهي ان هذا المعنى لا يصدق بالنسبة الى الامور اليسيرة كنقل الكتاب من مكان لآخر ونحو ذلك من الافعال التي لا تكلف فاعلمها شيئاً .

هذا المعنى اللغوي للاجتهاد يتفق مع المعاني الاصطلاحية له عند الفقهاء والأصوليين فسواء فسرناه بالمعنى الحدتي الذي هو عبارة عن بذل الجهد واستفراغ الوسع في سبيل تحصيل الظن بالحكم الشرعي ، أو بذل الفقيه طاقته وامكانياته لمعرفة الحكم ، أم فسرناه بالملكة التي تحصل بعد الدراسة والممارسة ، والتي بها يستطيع الانسان تحصيل الأحكام عن ادلتها الى غير ذلك من التحديدات المدونة في كتب الأصوليين ، فهو بجميع معانيه لا بد فيه من بذل الجهد والتتبع

(١) كما نص على ذلك كل من العلامة الحلي والحاجبي ابن الحاجب هو عثمان بن عمر بن أبي بكر المالكي صاحب الكافية ومختصر الأصول توفي سنة ٦٤٦ هجرية .

والاستقصاء الكامل ، وبخاصة لو فسرناه بالملكة بما هي صفة قائمة بالنفس ، فان الملكة لا يمكن ان تحصل الا بعد الممارسة والدراسة وتتبع الأدلة وبذل جميع الإمكانيات في سبيل معرفة الاحكام .

ومهما كان الحال فسواء فسرنا الاجتهاد بالمعنى الحديثي الذي هو عبارة عن بذل الجهد واستفراغ الوسع في سبيل تحصيل الظن او العلم بالاحكام ، ام فسرناه بالملكة التي تحصل من تتبع الدراسة واستقصاء الادلة ، بنحو يصبح الانسان قادراً على استنباط الاحكام من اولتها ، فاي المعنيين اريد منه فهو مفروض على المكلفين من باب المقدمة لامتنال الاحكام ، ولولا العسر والخرج واختلال النظام ، لكان من الواجبات العينية الموجهة الى كل مكلف بعينه ، ذلك لان الاحكام موجهة الى الجميع ، ولا بد من امتثالها بحكم العقل تهرباً من الضرر المترتب على العصيان ، بالإضافة الى النصوص الآمرة باطاعة الله ورسوله ، ولا يمكن الامتنال الا بعد العلم بالاحكام ، او الظن بها ، والطريق الى معرفتها بعد انسداد باب العلم ينحصر بالرجوع الى الكتاب والسنة وغيرها من ادلة التشريع ، وهذه الادلة حتى ما كان منها قطعي الصدور لا تفيد اكثر من الظن في الغالب ، وبما لا شك فيه ان الظنون التي تحصل للمجتهد من تلك الادلة اقرب من غيرها الى الواقع بالنسبة اليه ، وفي هذه الحالة لا يطمئن ببراءة ذمته فيما لو اعتمد على غيرها من الظنون التي تحصل من الرجوع الى غيره ، فيحكم العقل بوجوب الاجتهاد مقدمة لامتنال الاحكام المطلوبة كافة . ولكن الوجوب العيني لما كان مستلزماً للعسر والخرج وموجباً للاخلال بالنظام ، لم يكن بد من الاكتفاء بوجوبه الكفائي ، هذا بالإضافة الى النصوص الكثيرة التي تدل على جواز التقليد ، وان غير العالم عليه ان يراجع المجتهد في امور دينه . (١)

وعلى كل حال فقد استدل اكثر الفقهاء على فتح باب الاجتهاد بالامور التالية :
الاول : ان العلم بالاحكام متعسر بالنسبة الى جميع المكلفين ، وإذا انسداد باب العلم

(١) انظر هداية المسترشدين في شرح المعالم للمعز محمد تقي مبحث الاجتهاد والتقليد .

بالاحكام مع القطع ببقاء التكاليف تعين الرجوع الى الظن والاخذ بالظنوث التي دلت على حجيتها الادلة من الكتاب والسنة وغيرهما ، وليس المعنى بالاجتهاد الا الرجوع الى الادلة لتحصيل الظن بالاحكام .

الثاني : الاجماع الذي نص عليه جماعة من العلماء ، قال المرزا محمد تقى في هداية المسترشدين : وهو معلوم من ملاحظة الطريقة الجارية المستمرة في سائر الاعصار والامصار بين الشيعة ، وملاحظة كتب الفتاوى والاستدلال كافية في العلم به . (٢)

الثالث : النصوص الصحيحة التي تشير الى وجوب الاجتهاد ، فقد روى زرارة وأبو بصير وغيرهما عن الامامين الباقر والصادق (ع) انها قالوا لجماعة من اصحابها .

« ان علينا القاء الاصول وعلم التفريع ، ومعلوم أن تطبيق الاصول العامة والقواعد الكلية على الجزئيات انما يكون في الغالب من جهة ظهورها في تلك الافراد ، والظهور ، لا ينتج في الغالب الا الظن بالاحكام .

على أن الافهام والانظار تتفاوت في اصل الظهور ومقدار سعة ، وقد يتوقف اثبات الدلالة على بعض اللوازم ، وبعض المقدمات والملايسات التي تحيط بذلك الاصل العام ، فلا بد من الاجتهاد في مقام تطبيق تلك الاصول على جزئياتها وفروعها .

ومن ذلك تبين ان الائمة (ع) هم الذين فتحوا باب الاجتهاد لتلامذتهم ، وفسحوا لهم المجال في الاعتماد على الظنون الحاصلة من ظواهر الكتاب والسنة ، ومن تطبيق الاصول والقواعد العامة على الجزئيات والفروع .

المراحل التي مر بها الاجتهاد

من الحقائق الثابتة أن الاجتهاد قد ابتدأ محدوداً ضيقاً واتسع على مرور الزمن بتطور الحياة وتجدد الحوادث واتساع الافكار ، فبعد انتهاء التشريع بوفاة الرسول «ص» احس المسلمون في المدينة بأنهم هم المسؤولون عن تبليغ الأحكام وتطبيق الكليات على جزئياتها واعطاء الحوادث التي أطلت معالمها عليهم الأحكام التي تناسبها ، تلك الحوادث التي كان الكثير منها لا يشبه ما مضى من الحوادث التي أخذ الناس احكامها من الرسول «ص» فرجعوا الى الكتاب والسنة وبدون شك ان آيات الاحكام ونصوص الرسول الواردة في مقام التشريع بالاضافة الى انها ليست وافية ببيان جميع الاحكام ، بالاضافة الى ذلك لا تفيد في الغالب اكثر من الظن من حيث دلالتها وانطباقها على الجزئيات المختلفة ، وكل املت عليهم الحاجة بسبب اختلاطهم بغيرهم من الأمم التي لها أعرافها وعاداتها وجدوا أنفسهم في أمس الحاجة الى مصادر أخرى للتشريع تؤمن لهم معرفة الاحكام التي لم يهتدوا اليها في كتاب الله وسنة نبيه «ص» ، فرجعوا الى القياس والاجماع كما يبدو من تتبع المراحل التي مر بها التشريع الاسلامي في تلك الفترة من تاريخه ، ولعل من أصدق الشواهد على ذلك تلك الوثيقة التاريخية التي زود بها عمر بن الخطاب أبا موسى الأشعري حينما أرسله والياً على الكوفة .

وقد جاء فيها : أعرف الاشياء والامثال ، وقس الامور بعضها على بعض ، وجاء في بعض المرويات عن شريع القاضي ان الخليفة كتب اليه ، اذا أتاك امر فاقضي فيه بما في كتاب الله ، فان أتاك ما ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله «ص» ولم يتكلم فيه احد ، فإن شئت ان تجتهد رأيك فتقدم .

وقد أشار بقوله ولم يتكلم به أحد الى الاجماع الذي وضع نواته الشيخان ، وكان يحصل من اتفاق الثلاثة او الاربعة على الحكم كما تدل ذلك اكثر المصادر

وقال ابن خلدون في مقدمته : أن الاجماع والقياس حدثا ايام الصعابة وبهما
صارت أصول الفقه أربعة (٢) .

ويدعي أكثر المؤلفين في تاريخ التشريع من السنة ، أن الرسول نفسه هو
الذي فتح للمسلمين أبواب الاجتهاد ، ووضع النواة الأولى للاجماع والقياس كما
تشير الى ذلك بعض المرويات عنه ، انه قال : ما اجتمعت امتي على ضلال ، ويد
الله مع الجماعة ، وأنه أوصى معاذ بن جبة حينما أرسله الى اليمن ليقيضي بين أهلها ،
أن يجتهد برأيه فيما لانص فيه ، ويقيس الاشياء بالاشياء ، والنضائر بمثلهما ، ولم
تقتصر الحاجة على القياس والاجماع ، بل كانت تتسع دائرة الاجتهاد كلما بعد
الزمن عن عصر الصعابة ، واتسعت المعارف ، وتباينت آراء العلماء في أقضيتهم
وفتاوهم ، وانتشر الوضع في الحديث الى غير ذلك من الملبسات التي أدت الى
مضاعفة جهود العلماء في مقام البحث عن الأحكام ، واعطاء الحوادث والموضوعات
المتجددة الاحكام المناسبة لها ، وفي الوقت نفسه تضاعفت أصول الاحكام ، فجاء
دور الاستعسان والاستصلاح والعرف العام ، وأقضية الصعابة وفتاويهم ولعب
القياس دورا بارزاً في تقريع الفروع واستنباط الأحكام عند أكثر الفقهاء وبخاصة
الاحناف منهم .

أما الاجتهاد عند الشيعة فلم يكن بتلك السعة التي كانت له عند غيرهم من
الفقهاء في عصر الائمة (ع) ، ذلك لان الشيعة في القرنين الاول والثاني وفي الشطر الاول من
الثالث كانوا يرجعون الى الائمة (ع) في امور الدين والعلماء في كل قطر وبلد
ينقلون آرائهم ومروياتهم الى الناس مباشرة ، كما كان المسلمون الأولون يأخذون

(١) انظر تاريخ الفقه الجعفري للمؤلف ص ١٨٢ وما بعدها وتاريخ التشريع للخضري
وتاريخ الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف . (٢) المصادر السابقة .

عن الرسول (ص) مباشرة او بواسطة من يرسلهم (ص) الى الاقطار لتعليم الأحكام ، ولم تدع الحاجة في عصر الائمة (ع) الى اكثر من تفهم اقوالهم وتطبيق الاصول العامة التي كانوا يضعونها احياناً على الجزئيات الخارجية ، ومجمل القول ان الاجتهاد عند الشيعة بدأ يتسع عندما اشتد الحصار على الائمة (ع) من السلطات الحاكمة ، وعندما انتشر الحديث المكذوب عليهم بين المرويات الصحيحة عنهم ، مما أدى الى العناية بالحديث وتصفيته من الاحاديث المدسوسة بين أحاديثهم ، وكانت مهمة الفقيه الشيعي في عصر الائمة (ع) لا تتعدى نقل آرائهم واحاديثهم الى الناس بعد تصفيتها من المرويات المكذوبة ، ومع ذلك فإن باب العلم بالأحكام لم يكن مسدوداً ما دام الامام موجوداً ومعروفاً بين الناس ، لإمكان اخذ الحكم منه مباشرة او بواسطة .

ولما انتهى عصر الائمة (ع) بوفاة الامام الحادي عشر ، وجاء دور المهدي المنتظر (ع) واصبح من المتعذر الاتصال به مباشرة ، انسد باب العلم بالأحكام ، لان الطرق الموصلة اليها في الغالب لا تنتهي الى العلم ، حتى ما كان قطعي الصدور منها كالكتاب والسنة المتواترة كما ذكرنا ، ففي هذا الدور اصبح الاجتهاد يتطلب جهداً اوسع مما كان عليه في عصر الائمة (ع) ، ذلك لان المرويات الصحيحة قد اختلطت بغيرها ، والاصول الاربعماية التي جمعها الرواة من احاديث الائمة (ع) قد فقدت اكثرها ، وظهرت بين الرواة بوادر الانحراف عن العقيدة الشيعية الصحيحة التي تنظم الائمة الاثنا عشر (ع) ، وتضاعفت الوسائط بين الامام والراوي الاخير ، وظهر على بعض المرويات التقطيع والاضطراب في صيغة الرواية وفقدان السند الذي يربط الرواية بمصدرها ، كما جرى ذلك بالنسبة لاكثر مرويات محمد بن عمير (١) الى غير ذلك من الظروف والملابسات التي احاطت

(١) محمد بن ابي عمير من تلامذة الامامين موسى بن جعفر وولده الامام الرضا (ع) وقد بلغت مؤلفاته اربعاً وتسعين كتاباً في الحديث وغيره ، ولما حبسه الرشيد تلفت اكثر كتبه وكان قد دفنها في التراب خوفاً من الرشيد ففاته اكثر الاسانيد ، توفي سنة ٢١٧ .

بالسنة ، وبخاصة ما جاء منها عن طريق الائمة (ع) هذا بالإضافة الى الاختلاف الذي ظهر بين العلماء في احكام الحوادث وتعدد الآراء في المسألة الواحدة منذ بدأ العلماء في تدوين الفقه وتوزيع الحديث على أبوابه حسب ما يناسب كل منها ، لهذا ولغيره اتسع مفهوم الاجتهاد ، وتضاعفت جهود العلماء في تحصيل الاحكام بالبحث عن الروايات من حيث دلالتها وسندها وجميع ما يحيط بها ، وعن آراء العلماء لتحصيل الاجماع الذي اصبح من اصول التشريع باعتباره كاشفاً عن رأي الامام (ع) ، أو عن الاصول التي يتعين الرجوع اليها عندما يتعسر عليهم الدليل على الحكم المشكوك .

ومهما كان الحال فالاجتهاد عند السنة والشيعة كان في القرون الاولى من ابرز العوامل التي ساعدت على ازدهار النهضة العلمية في مختلف العواصم الاسلامية ، تلك النهضة التي اعطت ذلك النتاج الطيب ، وامتدت الفكر والمكتبة الاسلامية بتلك الآثار الغنية بمختلف العلوم ، والتي لا تزال منهلاً عذباً لرواد العلم ، بالرغم من مرور ما يقرب من ألف عام على اولئك الاعلام ، ولكن جريمة التعجيز على الافكار ، التي كانت نتيجة لسد باب الاجتهاد في القرن الرابع الهجري ، فرضت على علماء السنة ان يقفوا عند آراء اربعة من العلماء خاشعين كأنها من وحي السماء ، او من سنن الانبياء .

وقد ارجع بعض الكتاب الاسباب الموجبة لسد باب الاجتهاد الى اربعة امور ، الاول : انقسام الدولة الاسلامية ، وتناحر ملوكها ، وحكامها على الحكم ، بما اوجب انصرافهم عن العلماء وعن العلم ، وانقسام العلماء تبعاً لرجال السياسة .

الثاني : انقسام العلماء على بعضهم ، وتعدد المدارس العلمية ، وتعصب القائمين عليها واتباعهم لآرائهم ، وتجرد العلماء لتأييد آرائهم ، وهدم آراء الباقيين بكل امكانياتهم .

الثالث انتشار المتطبلين من العلماء وتراحمهم على القضاء والفتوى ، واغراء العوام والمغفلين بآرائهم ، بالإضافة الى شيوع الامراض الخلقية بين من يسمون انفسهم بالعلماء كالتحاسد والتباغض ، والتراشق فيما بينهم بالتكفير والتفسيق ، ونوهين كل منهم لآراء الآخرين ، فلم يعد بالامكان الوقوف في وجه هذه الفوضى الابسد باب الاجتهاد ، وحصر المذاهب في الاربعة ، وتم هذا التدبير من حكام القرن الرابع الهجري ، على يد المنتصر العباسي بعد موافقة جماعة من علماء عصره على هذا الأمر . (١)

وبذلك انتقل العلماء من دور الاستقلال والتحرر الفكري الى دور الجمود والتبعية لأربعة من العلماء أقصى ما يمكن أن يقال فيهم انهم قد اجتهدوا في الفقه الاسلامي ، وكونوا لانفسهم فيه جملة من الآراء تختص بهم دون سواهم في الأصول والفروع ، ونهى لهم ما لم ينهى لسواهم من الفقهاء . ويبدو ان بعض الكتاب يحاول من وراء سرد هذه الأمور أن يبرر هذا التصرف الأحمق الذي يقضي على المواهب ويحد من سلطة العقل ، ويجعله عبداً بعد أن كان سيداً بحكم ما يريد .

ولو افترضنا أن الوضع كان بهذه الحالة السيئة ، وأن الحكام الذين قاموا بهذا التدبير ، كانت غايتهم الوقوف في وجه الفساد ، وقطع دابر الفوضى ، لو افترضنا ذلك ، ولكن نجاهلهم للمذهب الجعفري يبعث على التساؤل ، ذلك لأن كل واحد من المذاهب الأربعة لم يكن أوسع منه انتشاراً في الوقت الذي تم فيه هذا التدبير من قبل السلطات الحاكمة ، ولا القائمين على نشر تلك المذاهب وعلى الدعاية لها باكثر علماء وأوسع صيتاً من علماء المذهب الجعفري ، ولم يكن شيع ائمة المذاهب الاربعة أبو حنيفة يتصور في يوم من الأيام أن تصبح آرائه وأحكامه مذهباً رسمياً يسوغ العمل بها لكل انسان ، وآراء جعفر بن محمد وأبيه الباقر (ع ،

(١) انظر خلاصة التشريع للاستاذ عبد الوهاب خلاف .

دخيلة على الاسلام ، وهو الفغور بدراسته على الامام الصادق والقائل لولا الستنان
لهلك النعمان .

واذا لاحظنا ان الذين تولوا هذا الامر قد تجاهلوا المذهب الجعفري بالرغم من
أن أي مذهب من المذاهب الأربعة لم يكن أوسع منه ولا أقرب الى منطق
القرآن والسنة ، وبالرغم من أن دعائه والقائمين على نشره كانوا في كل عصر من
خيرة علماء المسلمين واكثرهم انسجاما مع منطق القرآن وروح الاسلام ، وكأن
صيتهم يتسع ووجودهم يفرض نفسه حتى على أخصامهم وعلى جميع الطبقات ،
اذا لاحظنا جميع ذلك لا نكون مبالغين ولا مغالين لو قلنا بأن محاصرة
المذهب الجعفري وقطع الطريق عليه كان من جملة الأهداف المحيية الى الذين
قاموا بهذا الأمر ، ذلك لأن هذه الظاهرة كانت تبعث في نفوس أخصام الجعفرين
الخوف من أن يصبح المذهب الجعفري المذهب الاسلامي الأول .

وحصر المذهب في الأربعة حسب تفكيرهم من جملة الوسائل التي تحد من شهرته
وانتشاره وتحول بينه وبين الجماهير الاسلامية ، وبالتالي يصبح دخيلاً على الاسلام لا يجوز
التدين به ولا العمل عليه لأي كان من الناس كما انتهى الامر الى ذلك طوال هذه
القرون عند أهل السنة .

ولكن ذلك لم يثن من عزيمة الشيعة ، ولم يحد من صلاحية المجتهد الشيعي
ونشاطه ، ومضى الفكر الشيعي حراً طليقاً نحو أهدافه يتحدى الذين أرادوا
له الجمود والركود وأرادوا للمذاهب الأربعة الحياة والخلود .

أما وقد انتهينا الى هذه المرحلة لا بد لنا من وقفة قصيرة مع الاستاذين محمد
يوسف موسى ، وأبي زهرة وغيرهما ممن يرى أن الاجتهاد عند الشيعة لا يختلف
حاله عن الاجتهاد عند فقهاء المذاهب الأربعة ، فلقد رجح الاستاذ أبو زهرة في كتابه -
الامام الصادق (ع) بعد أن صنف الاجتهاد الى مطلق ومنتسب على حد تعبيره ،

ان الاجتهاد الشيعي من النوع الثاني لان المجتهد المطلق هو الذي يرسم ويخطط لنفسه منهجاً خاصاً في الفروع والاصول، ومنه يستنبط الاحكام، ويفرع الفروع، وأضاف الى ذلك ان المجتهد الشيعي ليس من هذا النوع، واستطرد يقول: وفي الحق أنه اذا لم يكن من المجتهدين المنتسبين، فلا يمكن أن يعلوا الى مرتبة المجتهدين المطلقين الذين يشقون الطريق بأنفسهم الى الكتاب والسنة الحميدة، ويرسمون الخطوط ويحدون الحدود لما يجوز وما لا يجوز.

وقال الاستاذ محمد يوسف موسى في كتابه المدخل لدراسة نظام المعاملات: أما الائمة عند الشيعة فهم معصومون عن الخطأ في الاحكام فها يرونه يعتبر بمثابة النصوص من قبل الشارع، ولا ندري مع هذا كله ما معنى الاجتهاد الذي يرون من مفاخرهم القول بجوازه دائماً، ومرجع الاحكام الشرعية هم الائمة دائماً لا غيرهم (١).

ويبدو من ذلك أن الملاحظة التي أبداه أبو زهرة والدكتور محمد يوسف مرجعها الى ان العالم الشيعي مها بلغ في علمه لا يسوغ له أن يتخطى ما رسمه الائمة (ع) في الفروع والاصول، ولا يستطيع ان يشق الطريق بنفسه الى الحكم الشرعي المجعول، فهو في جميع الحالات يتتبع الخطوط التي رسمها له الائمة للحصول على أحكام الكتاب والسنة، والاجتهاد في هذا الاطار يرجع الى التقليد في واقعه، ولا يختلف بشيء عن الاجتهاد عند فقهاء المذاهب الاربعة، ونحن لا ننكر أن الفقيه الشيعي ليس له أن يتخطى ما رسمه له الائمة (ع) ولكننا لا نعتبر الامام مجتهداً كما هو الحال في ائمة المذاهب عند أهل السنة، بمعنى أن الأحكام التي نص عليها، والمبادئ التي رسمها وخططها الامام للحصول على الأحكام ليست من وحي الاجتهاد ليكون كغيره من ائمة المذاهب الذين اجتهدوا في أحكام الدين، بل إن نظرهم الى الامام تختلف عن ذلك اسد الاختلاف، ذلك لأنهم يرون

(١) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات للدكتور محمد يوسف ص ١٦١ والامام الصادق لابي زهرة ص ١٣٩ و ١٤٠.

الائمة مصدراً من مصادر التشريع فيما يأتون به من آراء وأحكام وغير ذلك من غير فرق بينهم وبين الرسول (ص) الا من حيث ان الرسول يتلقى عن الوحي بلا واسطة وهم يأخذون عن الرسول ما أوحى اليه برويه المتقدم للمتأخر ، فما رسموه وخططوه لمعرفة الاحكام هو من تخطيط النبي (ص) ويؤكد ذلك ما جاء عنهم في جملة من المرويات أن حديثهم حديث رسول الله ، وانهم اذا حدثوا وحكموا بشيء لا يحدثون ولا يحكمون الا بحكم الله وحكم رسوله ، وأن ما يخالف كتاب الله من المرويات عنهم ليس من اقوالهم ، ولا من أحكامهم ، على أن الفقيه الشيعي لا يقتصر على المرويات عن الائمة في التوصل الى الاحكام ، بل يعتمد بالاضافة الى احاديثهم على كتاب الله والمرويات عن النبي (ص) ، وعلى السير القطعية وبناء العقلاء وحكم العقل ، وغير ذلك مما يوجب الاطمئنان بالاحكام التي يحاول الحصول عليها .

ومن ذلك تبين ان رجوع الشيعة الى الائمة لا يختلف بشيء عن الرجوع الى النبي والكتاب الكريم ، فكما ان الرجوع الى الاصلين الكريمين والأخذ منهما لا يمنع من صدق الاجتهاد ، كذلك لا يمنع الرجوع الى الائمة والأخذ عنهم لأن حديثهم حديث الرسول وأحكامهم من وحي القرآن والرسول (ص) . ومن الغريب ان الاستاذ ابا زهرة وغيره يرون ابا حنيفة وغيره من ائمة المذاهب من المجتهدين الجامعين لجميع مقومات الاجتهاد المطلق ، مع انهم يعتمدون على اقوال الصحابة واراائهم ويرونها من ادلة التشريع كالكتاب والسنة وغيرهما ، وربما يخصصون ويقيّدون بها عمومات الكتاب ومطلقاته (١) ولا يرون الفقيه الشيعي مجتهداً لأنه يأخذ بأقوال الامام الصادق وغيره من الائمة من حيث ان اقوالهم واحاديثهم تعبر عن اقوال الرسول (ص) واحاديثه ، مع العلم بأن ابا حنيفة وغيره يعتمدون على رأي الصحابي وفتواه ولو كان مصدرهما اجتهاده .

(١) انظر المدخل للدكتور محمد يوسف ص ١٣٠ .

ومجمل القول ان الفقيه الشيعي انما يعتمد على المرويات عن الائمة وعلى ما
 خططوه ورسموه لاستنباط الاحكام ، باعتبار ان جميع ما ورد عنهم لا يتعدى
 حدود الكتاب وسنة الرسول (ص) وليس من وحي الاجتهاد الديني بخطيء
 وبصيب ، ولو افترضنا ان الوقوف عند اقوال الائمة ومخططاتهم يتنافى مع الاجتهاد
 المطلق على حد زعم الاستاذ ابي زهره ، والدكتور محمد يوسف ، لزمنا ان
 ننكر الاجتهاد المطلق من اساسه ، لان جميع فقهاء المسلمين يقفون عند حدود
 الكتاب والسنة ، ولا يتعدون مخططاتها بادعائهم ، وقد ذكرنا ان ابا حنيفة
 وبعض ائمة المذاهب الاخرى لا يتعدون اقوال الصحابة ويعتمدون عليها كما
 يعتمدون على الكتاب والسنة .

ومهما كان الحال فالتدابير التي اتخذها الحاكمون لحصر المذاهب في الاربعة
 بحجة التنظيم وقطع دابر الفوضى كان من ابرز نتائجها الجمود والركود اللذان
 سيطرا على تفكير الفقهاء وظهر في مؤلفاتهم وآرائهم الفقهية ، واصدق شاهد على
 ذلك ان الفقهاء بعد سد باب الاجتهاد اصبحوا ينظرون الى آراء ائمة المذاهب
 الاربعة كوشي منزل لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، وقد جاء في
 بعض المرويات ان ابا الحسين الكرخي احد المبشرين بين فقهاء الاحناف في القرن
 الرابع ، كان يقول : لو خالف رأي ابي حنيفة الآية والحديث لا بد من تأويل
 الآية والحديث او الالتزام بنسخها (١) بينما نجد فقهاء الشيعة لا يغالون في تقديس
 آراء ائمتهم الى هذا الحد ، مع انهم يعتقدون بهم العصمة عن الخطأ في امور
 الدين .

وعلى كل حال فسد باب الاجتهاد مهما كانت دوافعه قد اوصد الباب في وجه
 انتشار المذهب الشيعي ، ولكن الشيعة لم يخضعوا لأرادة الحاكم ، ومضوا في
 طريقهم غير مباليين ولا مهادين ، وبقي الاجتهاد عندهم يسير مع الزمن يتسع

(١) قانون التشريع الاسلامي للخضرمي ص ٢٢٥

وينتطلب جهدا اكثر واوسع كلما بعدت المسافة بينهم وبين عصر الائمة (ع) وكان لتدوين علم الاصول وتطوره الأثر البالغ في تطور الاجتهاد ، واصبح الفقيه على مرور الزمن يحتاج الى بذل الجهد والاحاطة بكل ما يسهل له طريق تحصيل الاحكام ، فبالنسبة الى النصوص لا بد وان تكون له خبرة بتحقيقها والتأكد من سلامتها من الخطأ والتعريف ، وسلامة روايتها ووثوقهم في النقل بالرجوع الى كتب الجرج والتعديل ، والتأكد من حجية تلك النصوص اذا كانت من اخبار الآحاد التي لا توجب القطع بمضمونها .

وان يكون له خبرة بالمرجعيات التي جعلها الشارع كعلاج للروايات المتعارضة ، وباللغة بالمقدار الذي يساعده على استخراج معانيها ، ولو بالرجوع الى كتب اللغة المعدة لشرح معاني الالفاظ وغير ذلك بما يتوقف عليه فهم الحديث وآيات التشريع ، ولا بد بالاضافة الى ذلك من أن يكون على صلة بتاريخ وجود الحديث والملابسات التي تحيط به ، والناسخ والمنسوخ ، والعام والخاص ، والمطلق والمقيد ، والتخصيص والتخصص ، والحاكم والوارد ، وغير ذلك من الجهات التي يتعين بسببها تقديم أحد الدليلين على الآخر ، وبالنسبة الى الطرق الاخرى التي جعلها الشارع مرجعاً عند الجهل بالحكم او الشك فيما اذا لم تتوفر الادلة عليه من الكتاب والسنة لا بد للفقيه من الرجوع الى ما هو محرر في كتب الاصول والاحاطة بتلك القواعد بنحو يصح قادراً على تمييز الصحيح منها من الفاسد ، ويعرف مواردها واصول الجمع بينها ، ويمحصها تمحيصاً صحيحاً الى حد يكون لنفسه رأياً فيها ، ومن مجموع ذلك يحصل الاجتهاد سواء فسرناه بالملكية على تحصيل الادلة الموصلة الى الحكم الشرعي كما عرفه بعضهم ، او فسرناه بما جاء عن العلامة الحلي والحاجي ، بأنه استقراغ الوسع في تحصيل الظن بالحكم الشرعي ، اما اذا عرف النصوص ، وجميع الوسائل التي تنتهي الى كونها حجة مجعولة من الشارع ، ولكنه لم يعرف الادلة الاخرى على الاحكام ، ولا الاصول التي اعتبرها الشارع مرجعاً في حال الشك بالحكم ، او الجهل به ، هذا المقدار من المعرفة لا يكفي في حصول

الاجتهاد ، ولذلك فان الاجتهاد في العصور المتأخرة لم يعد بتلك البساطة التي كان عليها في العصور الاولى ، وأصبحت مقوماته في كل عصر تختلف عن سابقه ، وقد نص الغزالي على ان العلوم التي لا بد منها لتحصيل الاجتهاد ثمانية ، ثم ارجعها الى ثلاثة ، علم الحديث ، وعلم اللغة ، وعلم اصول الفقه (١) وهذه العلوم الثلاثة تستدعي ان يكون للانسان خبرة في غيرها من العلوم كما ذكرنا .



مركز تحقيقات كليات علوم إسلامي

(١) انظر المستصفي ص ١٠٣ من المجلد الثاني .

الحق والحكم

٢

إذا كان تنظيم المجتمع من جملة الاهداف الرئيسية للشرائع والقوانين ، فان ذلك معناه انها يعينان اولاً وقبل اي شيء بيان ما لكل انسان من حقوق وما عليه من واجبات نحو غيره ، ومتى عرف كل انسان ما له وما عليه يصبح بالامكان قيام مجتمع صحيح يحفظ للفرد حقه وللمجموع الخير والطمأنينة ، وقد تكرر استعمال هذين اللفظين في الشريعة الاسلامية في مختلف المواضع ، وحاول الفقهاء التفرقة بينهما موضوعياً وتعرضوا للفرق بينهما في خلال مباحث العقود والمعاملات ، الا أنهم لم ينتهوا الى النتيجة الحاسمة التي تميز كلا منهما عن الآخر ، ولا الى الخصائص التي يختص بها كل منهما ، ذلك لما بينهما من التقارب والتجانس في اكثر الموارد على انها قد يجتمعان في الشيء الواحد ومن امثلة ذلك ان للبائع على المشتري الحق في استلام الثمن ، وتسليمه واجب على المشتري ، وللزوج حق الطاعة على زوجته ، والطاعة واجبة عليها ، وللوالد على ولده حق الاحسان ، وعلى الولد ان يحسن لأبويه الى غير ذلك من الامثلة الكثيرة التي يلتقي فيها الحق والحكم .

ومن ناحية ثانية يمكن ان نقول : بأنه لا حق الا وفي مقابله حكم ، فليس لأحد من الناس على غيره حق الا وعليه واجبات لهم ، وليس لأحد واجبات على الغير الا وعليه حقوق في مقابلها ، والحق الذي نحاول الحديث عنه هو الذي

تكرر في كتب الفقهاء ، وتميز ببعض الآثار والاحكام ، كحق الشفعة ، وحق الخيار ، وحق التحجير ، وحق المرتهن في العين المرهونة ، وحق الزوجة على زوجها في الانفاق ، وحق المجني عليه المتعلق بالجاني ، وحق الاختصاص بالمباحات ونحو ذلك من الحقوق ، وكما ذكرنا ، لقد حاول الفقهاء ان يضعوا الحدود بين الحق والحكم لتمييز كل منها عن الآخر ، ولكنهم لم ينتهوا الى المعنى الذي تنتظم فيه جميع الافراد ، ولا الى الخصائص التي تميز كلا منهما عن الآخر ، ولذا فانه ما يراه بعض الفقهاء من افراد الحق احياناً ، يراه آخرون من الاحكام من حيث انه لا يقع عوضاً في المعاملات ، ولا يسقط بالاسقاط ، ولا ينتقل بالارث ولا بغيره من النواقل ، وقد فرق بينهما السيد كاظم في كتابه شرح مكاسب الشيخ الانصاري بأن الحق نوع من السلطنة على شيء متعلق بعين كحق التحجير على مال المديون المستحق ، وحق المرتهن في العين المرهونة ، وحق الغرماء المتعلق في اموال الميت ، وقد يكون الحق متعلقاً بشخص او بعقد وغيرهما كحق القصاص المتعلق بالجاني ، وحق الخيار المتعلق بالعقد ، وحق القسم الثابت للزوجات ، وحق الانفاق الثابت للزوجة على الزوج ونحو ذلك ، فهو مرتبة من الملك او نوع منه مقصور على جهة خاصة من جهات التصرف .

مركزية تشييز علوم رسيدي

اما الحكم فهو عبارة عن الترخيص في فعل شيء او تركه ، او الحكم بترتب اثر خارجي على فعل شيء او تركه ، وامره يعود الى الحاكم ، فليس للانسان رفعه او وضعه ، ولا يملك المكلف شيئاً من ذلك ، وهذا بخلاف الحق ، لانه نوع من انواع السلطنة الثابتة له ، فحق الخيار في العقود اللازمة ، معناه ان الشارع قد جعل للمتعاقدين او لاحدهما سلطنة على العقد من حيث امضائه وفسخه وملكه تلك السلطنة ، وبذلك يختلف الجواز في العقود الجائزة عن حق الخيار في العقود اللازمة ذلك لأن مرجع الجواز في العقود الجائزة الى ترخيص الشارع للمتعاقدين في الفسخ والامضاء من غير ان يكون لاحدهما او لكليهما سلطنة مجمولة من الشارع على ذلك ، فالجواز في العقود الجائزة نظير جواز شرب الماء ، واكل اللحم ونحو

ذلك من موارد الترخيص التي لا ترجع الى جعل السلطنة للانسان ، اما الجواز في العقود اللازمة ، فان المجهول للشارع فيها هو السلطنة على امضاء العقد وفسخه ، وهي اي السلطنة المجهولة من الحقوق ، ونفس الجعل الذي هو عبارة عن اعتبار السلطنة من الاحكام ، كما ان اعتبار الاعيان والأموال ملكا هو من الاحكام ايضاً (١) .

ومجمل القول ان الحق والملك كلاهما سلطنة مضمونة للمالك وذو الحق الا ان هذه السلطنة اذا كانت كافية لجميع انحاء التصرفات والتقلبات في الاعيان والأموال تسمى ملكاً ، واذا لم تكفي لهذه الغاية اما لقصور الاضافة بين الشيء الذي هو احد طرفي الاضافة وبين من له السلطنة ، كما في سلطنة المرتهن على العين المرهونة التي لا تتجاوز تسلطه على استيفاء دينه ، واما لقصور متعلق السلطنة كالعقد موضوع الخيار ، فانه لا يقبل غير الفسخ او الاجازة ، وسلطنة الشفيع على قتلك الحصة المبيعة بالثمن الذي اتفق عليه مالكا مع المشتري ، هذا النوع من السلطنة يسمى حقاً ، وعلى هذا فالمجهول الشرعي اذا لم يستتبع السلطنة على الاعيان والمنافع وغيرهما من الأموال يكون حكماً .

وبذلك يتضح الحال في بقية المصاديق التي اطلق عليها بعض الفقهاء اسم الحق ، كجواز رجوع الواهب في هبته ، وحق الابوة الثابت للآباء على ابنائهم ، وحق الجار على الجار ، والسبق الى المساجد والمباحات العامة ، ورجوع المطلق في الطلاق ، والولاية على الصغير والمعتوه ، وحق الإستمتاع بالزوجة ونحو ذلك ، فإن الشارع في مثل ذلك لم يجعل السلطنة لأحد على الآخر وانما حكم الشارع في كل مورد من هذه الموارد بالحكم المناسب له ، ولذا فإن آثار الحقوق ولوازمها لا

(١) انظر حاشية السيد كاظم اعلى المكاسب ص ٥٥ . ويظهر من السيد محمد بحر العلوم في كتابه بلغة القضية تبنيه لهذا الرأي حيث اعتبر الحق هو السلطنة المضمونة للانسان ، والحكم هو جعل تلك السلطنة ، وهو الذي رجعه الشيخ الانصاري في مكاسبه في اول كتاب البيع .

تترتّب في كثير من هذه الامثلة ، وقد نص الفقهاء على ان حق الابوة ، وحق الولاية الثابت للعالم ، وحق الإستمتاع بالزوجة وحق الوصاية والسبق الى المساجد والمباحات الى غير ذلك من الامثلة لا تسقط بالاسقاط ، ولا تنتقل بالارث او بغيره من النواقل لغير الوارث ، والسقوط بالاسقاط والانتقال بالارث من أظهر خواص الحقوق واثارها .

وعلى كل حال فالفقهاء في تحديد المعنى المراد من الحق لم يلتقوا على امر جامع لجميع مصاديق الحق ، واكثر المصاديق التي ذكرناها واعتبرناها من الاحكام قد اطلقوا عليها اسم الحق ، ولذا فقد فصل بعضهم بين انواع الحقوق من حيث السقوط بالاسقاط ، والانتقال بالارث او بغيره من النواقل (١) .

وقد فصل القرافي في الفروق بين ما ينقل الحقوق وما لا ينتقل منها مدعيًا بأن السقوط بالاسقاط والانتقال بالنقل ، ليسا من خواص الحقوق ولوازمها . وقال ان الحديث المروي عن الرسول ما ترك الميت من حق فلو ارثه لا يمكن الاخذ به على عمومته ، فمن الحقوق ما ينتقل ومنها ما لا ينتقل ، فمن حق الانسان ان يلاعن عند سبب اللعان ، وان يفي بعد الابلاء ، وان يعود بعد الظهار ، وان يختار من نسوته اربعاً اذا اسلم ، وان يختار احدى الاختين ، واذا جعل المتبايعان له الخيار فمن حقه ان يملك امضاء البيع عليها وفسخه ، ومن حقه ما فوض اليه من الولايات والمناصب ، وبعد ان عدد الحقوق انتهى بالنتيجة التالية .

ان جميع الحقوق لا ينتقل الى الوارث منها شيء ، وازداد الى ذلك ان ما كان من الحقوق متعلقاً بالمال ، او بدفع ضرر عن الوارث في عرضه لتخفيف ألمه ، هذا النوع من الحقوق ينتقل الى الوارث ، اما ما كان متعلقاً بنفس المورث

(١) انظر حاشية السيد كاظم اعلى المكاسب وبلغة الفقيه ومكاسب الشيخ الانصاري وغيرهما من المجاميع الفقهية .

وعقله وشهواته فلا ينتقل الى وارثه ، وعلى للفرق بين الامرين . بأن الورثة يرثون المال وتوابعه ولا يرثون عقل المورث وشهواته ونفسه ، وبالأحرى ان لا يرثون ما يتعلق بهذه الامور ، واعتبر الامور التي اوردناها بما يعود الى ذات المورث ، كما عد خيار الشرط وخيار الشفعة على حد تعبيره ، وخيار تعيين المبيع فيما لو اشترى المورث عبداً من عبيدين ومات قبل اختيار احدهما ، وخيار الوصية فيما لو مات الموصى له قبل موت الموصي وخيار الاقالة والقبول فيما لو اوجب المالك ومات المشتري قبل القبول او الرد كل ذلك ونحوه بما يعود الى ذات المورث لا ينتقل الى وارثه وغيره .

وقد نسب الى ابي حنيفة واحمد بن حنبل ان خيار الشرط لا ينتقل لوارثه ، كما نسب الى الاحناف عدم انتقال خيار الشفعة ، وجوز انتقال خيار الرد بالعيب وخيار تعدد الصفقة ، وحق القصاص والرهن وجس المبيع حتى يقبض الثمن ، وحق استحقاق الغنيمة قبل قسمتها

اما حق رجوع الوالد على الولد في الهبة وخيار الطلاق كما لو قال الزوج لرجل آخر طلق زوجتي متى شئت ومات الوكيل قبل اختيار طلاقها ، فلا ينتقل لورثته هذا الحق ، ويبدو من ذلك ان الخلاف بين ائمة المذاهب الاربعة في خصوص خيار الشرط من الخيارات ، فقد جوز انتقاله الى الوارث الشافعية والمالكية ، وادعى الاحناف والحنابلة انه من الحقوق التي تقوم بصاحبها وترجع الى مشيئته واختياره و اضافوا الى ذلك ان البائع قد رضي بخيار واحد ، فلو انتقل هذا الخيار للوارث لزم ان يتعدد الخيار بتعدد الوارث (١) .

وقال الاستاذ عمر عبد الله استاذ الشريعة الاسلامية في كلية الاسكندرية : ان

(١) ص ٢٨٦ و ٢٧٧ من الفروق ج ٢ و ص ٢٨٤ و ٢٨٥ من تهذيب الفروق المطبوع على هامش الكتاب المذكور .

الاحناف يرون خيار الرؤية من الحقوق التي غلب عليها الجانب الشخصي ، وما كان كذلك لا ينتقل بالارث ولا بغيره من النواقل ، و اضاف الى ذلك : ان فقهاء الشريعة الاسلامية قد اختلفوا في الحقوق التي لها شبهان شبه شخص وشبه مالي ، ونص اكثرهم على انها تنقل بالارث ، ورجع الاحناف والظاهرية اتباع ابن حزم الظاهري عدم انتقالها ، ومن ذلك خيار الشفعة وخياري الشرط والرؤية لان هذه الخيارات تابعة لرغبة صاحب الخيار ومشئته ، والوارث لا يرث غير الاموال ، وادعى المؤلف المذكور ان المحاكم الوطنية في مصر الى تاريخ ١٩٣٩ لم تتخذ مبدأ عاماً في هذه المسألة ، وكانت تختلف في احكامها وعلى الاخص فيما يعود الى حق الشفعة ، ومن ذلك التاريخ اخذت مبدأ التوارث بعين الاعتبار ، لاث الرجوع الى قانون الارث فيما ثبت كونه مالاً ، اما كون الشيء مالاً او ليس به فالمرجع فيه هو القانون الوضعي ، وقد نص على ان كل متقدم نافع للانسان يصح ان يستأثر به دون غيره فهو مال ، وكما يكون المال مادياً كالايمان يكون معنوياً كالحقوق التي لا تدرك الا بالتصور ، والاستشفاع من الحقوق التي توافرت فيها عناصر المالية ، وهي النفع ، والتقوم والاستئثار فوجب كونه مالاً ، وكل مال يورث (٢) .

مركز تحقيقات كلية الحقوق بجامعة القاهرة

وقد قاس الأصناف المنافع على الحقوق ، وذهبوا الى ان المنافع لا تورث سواء كان تملكها بعوض كالاجارة او بغيره كالوصية ، فمن استأجر داراً لمدة ثلاث سنوات مثلاً او اكثر ، ومات قبل انتهاء المدة تبطل الاجارة ، ولا ينتقل حقه لوارثه ، ومن اوصى له بمنفعة عقار لمدة عشر سنوات مثلاً ، ومات قبل استيفاء تمام المنفعة تنتهي الوصاية بوفاة ، ولا ينتقل حقه فيها لوارثه ، وعللوا ذلك بأن المنافع من الاعراض ، والاعراض تتلاشى بمجرد وجودها ، والذي يقبل الانتقال بالارث لا بد من بقائه على ملك المورث الى اللحظة الاخيرة من

(١) انظر احكام الموارث لعمر عبد الله ص ٢٠ و ٢١ و ٢٢ وانظر بداية المجتهد لابن رشد ص ٢٠٩ و ٢١٠ .

وفاته ، ولا يتأتى ذلك الا في الأمور الثابتة المستقرة (١) ومن مجموع هذه الآراء المتضاربة المنسوبة الى ائمة المذاهب الاربعة تبين ان الخلاف بينهم في الحقوق وآثارها مرده الى ان الحقوق التي وقع الخلاف فيها ، هل هي من صفات صاحب الحق بنحو تتعلق بشخصه ، او انها متعلقة بالمال او الشيء موضوع الحق ، و اضافتها الى صاحب الحق باعتبار انه المالك للحق ، من حيث ان الحق لا بد فيه من الاضافة بين من له الحق وبين متعلق الحق ، وتلك الاضافة تسمى حقاً ، فاذا مات صاحب الخيار او من له الشفعة تبدل طرف الاضافة من المورث الى الوارث ، ويبدو من القائلين بأن حق الشفعة والخيار بأقسامه ينتقل الى الوارث وغيره قد اخذ هذه الناحية بعين الاعتبار ، كما اخذ القائلون بعدم انتقال هذه الحقوق الى الوارث وغيرهم بالناحية الأولى هذا من حيث الخلاف الواقع بين فقهاء المذاهب الاربعة .

اما خلافهم مع الجعفرين في هذه المسألة فليس من جهة ان هذه الحقوق من الأوصاف المختصة بمن له الحق او انها متعلقة بالاعيان والمنافع و اضافتها الى الشخص باعتبار انه المالك لها ، بل من جهة ان الأمور التي يعتبرونها من الحقوق منها ما هو من الاحكام ، ومن امثلة هذا النوع ولاية الحاكم ، وحق الالباء على الابناء وحق الجار على الجار ، والمؤمن على المؤمن ، ورجوع الواهب بالهبة ونحو ذلك ، وهذه لا تسقط ولا تنتقل الى الغير من جهة انها من الاحكام المجعولة للشارع في موارد لا من جهة قيامها بالاشخاص المحصورين ، والاحكام امرها بيد المشرع ، ولا سلطنة للمكلف عليها رفعاً ووضعاً كما ذكرنا .

والقسم الآخر منها كحق الشفعة والرهانة والخيارات بجميع اقسامها وحق الانفاق للزوجة الثابت على الزوج وحق القصاص الثابت للمجنى عليه في رقبة الجاني وحق الدائن في اموال المدين ونحو ذلك ، وهذه الحقوق تسقط بالاسقاط وتنتقل

(١) المصدر السابق ص ٢٣ .

الى الوراث وغيرهم ، وقد ادعى الشيخ الانصاري في مكاسبه الاجماع على ذلك (١) كما نص غيره من فقهاء الشيعة عليه ايضاً اما بالنسبة الى منافع الاعيان المستأجرة والموصى بها وغير ذلك سواء كانت بعوض او بدونه ، هذه المنافع وان لم تكن من الاعيان الخارجية القائمة بذاتها ، الا انها من الأموال بنظر العرف ، ولها وجود مستقل عندهم ، ولذلك يبذلون الأموال في مقابلها وتختلف الرغبات فيها تبعاً للمصالح والأغراض القائمة في نفس المالك والمستأجر ، ولو كانت من الاعراض التي تتلاشى تدريجاً مع الزمن والتي لا وجود لها الا في ظرفها لزم ان لا تصح المعاوضة عليها ولا الوصية بها ، مع ان انصار هذا الرأي لا يلتزمون بذلك بل يصححون عقد الاجارة عليها والوصية بها امدأ طويلاً ، وليس ذلك الا لأنهم ينظرون اليها مجردة عن الزمان والمكان ويفرضونها امراً قائماً بذاته ، وقد نص فقهاء الشيعة على ان منفعة الدار المستأجرة والموصى بها لشخص تنتقل الى ورثته بموته لانها من جملة أمواله ، وجعل القول ان فقهاء الجعفرين فرقوا بين الحق والحكم والملك من الناحية الموضوعية ومن ناحية الآثار والخصوصيات الثابتة لكل واحد منها كما اشرنا الى جانب من تلك الفوارق التي وردت في مجاميعهم الفقهية .

وقد فرق الدكتور السنهوري في كتابه مصادرات الحق بين الحق والرخصة بما يرجع بالنتيجة الى ما ذكره الجعفريون بين الحق والحكم ، ونص على ان الحق الذي يعنيه هو الحق الشخصي والعيني . كما ورد التعبير عنها في الفقه الغربي المقابل للفقه الاسلامي ، ولم يتعرض لكل انواع الحقوق كحق الله سبحانه والحقوق الشخصية الاخرى كحق الجار على الجار والانسان على الانسان وغيرهما من الحقوق التي ليس لها قيمة مالية ، واقتصر في حديثه على الحقوق التي لها قيمة مالية .

وقد عرف الحق بأنه مصلحة ذات قيمة مالية بحميتها القانون ، كما عرف الرخصة بأنها اباحة يسمع بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة ،

(١) انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري مبحث احكام الخيلادات .

وعد من ذلك حرية العمل والتنقل ، والتعاقد ، والتملك ونحو ذلك من الحريات التي اباحها القانون لكل انسان ، واعتبر هذه الحريات من نوع الرخصة ، كما اعتبر الملكية الحاصلة باسبابها من نوع الحقوق ، و اضاف الى ذلك ان ما بين الحق والرخصة منزلة وسطى ، هي اعلى من الرخصة وادنى من الحق هذه المنزلة الوسطى هي الشروع في اسباب التملك فحرية التملك التي اعطاها الشارع للانسان هي الرخصة ، والشروع في اسباب التملك وقبل انتهائها هي المنزلة الوسطى ، والملك الحاصل من اسبابه مهما كان نوع الملك هو الحق ، فالمشتري قبل ان يصدر منه ومن البائع العقد له ان يملك ، وهذه هي الرخصة ، وبعد صدور الايجاب من البائع وقبل صدور القبول منه اصبح المشتري في منزلة وسطى ، لانه في هذه الحالة يملك اكثر من حرية التملك باعتباره مشرفاً على التملك ، وبعد صدور القبول من المشتري يصبح مالكا ، وقد اكد ان المنزلة الوسطى لم يغفل عنها الفقه الاسلامي بدليل ما جاء في الفروق للقرافي في تحديدها .

قال في الفروق : من ملك ان يملك ، كمن كان متمكناً من تملك اربعين شاة مثلاً ، او كان قد تمكنا من الزواج مثلاً وامثال ذلك ، لا يعد مالكا ولا متزوجاً ، ومن جري له سبب يقتض المطالبة بالتملك كما لو حاز المجاهدون الغنيمة ، او باع احد الشريكين نصيبه في العقار ، وفيما لو كان الشخص مستحقاً لأن يؤخذ من بيت المال بأن كان فقيراً ومجاهداً مثلاً ، ففي هذه الامثلة وإن تهيء له سبب التملك الا انه لا يعد مالكا قبل قسمة الغنائم (١) ، كما وان الشريك لا يملك السهم الذي باعه شريكه الا بعد الاخذ بالشفعة ، والفقير لا يملك من بيت المال الا اذا طالب واعطي منه (٢) ، و اضاف الى ذلك : ان من تم في حقه سبب الملك كمن

(١) وقد اختار الشافعي في المجاهدين انهم يملكون بمجرد الحياة وقبل القسمة .
(٢) كما هو المشهور بين الفقهاء ، ورجح بعضهم انه لو يسرق من بيت المال لما يحسد اذا كان فقيراً ، لانه بوجود سبب التملك اصبح مالكا .

اشترى ارضاً او ورثها او حازها ، او اخذ بالشفعة سهم شريكه الذي باعه لغيره
يكون مالكا في هذه الحالات (١) . فهذه المراتب الثلاثة الرخصة والمنزلة الوسطى
والحق كما مثل لها في الفروق ونص عليها السهوري في مصادر الحق في الفقه الاسلامي
تلتقي مع الحكم والحق والملك في عرف الفقهاء الجعفرين ، ذلك لانه قد عرف
الرخصة بأنها اباحة يسمع بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة فهي بهذا
المعنى لا سببا بعد ملاحظة الامثلة التي اوردها لها تلتقي مع الحكم لأنه عبارة عن
المجمول الشرعي سواء كان بنحو الاباحة او الالزام ، واباحة التملك المعبر عنها
بالرخصة من جملة افرادة .

والمنزلة الوسطى تلتقي مع الحق حسب اصطلاح الفقهاء الجعفرين للحق ، لأنها
عبارة عن حق الشخص في التملك بعد وجود سبب الملك كما جاء في الفروق واختاره
السهوري في مصادر الحق ، وبعد ملاحظة الأمثلة التي اوردها في الفروق المنزلة
الوسطى ، يتأكد وجه الشبه بينها وبين الحق في اصطلاح الجعفرين ، فلقد مثل
لذلك بما لو حاز المجاهدون الغنيمة ، وعد الحيازة من اسباب الملك الذي لا يتم الا
بالقسمة ، وبما لو باع احد الشريكين نصيبه في العقار المشترك ، وعد بيع الشريك
لخصته من اسباب تملك الشريك الآخر لها الذي لا يتم الا بعد الأخذ بالشفعة
والمثالان من مصاديق الحق عند الجعفرين ، كما يبدو ذلك عن الأمثلة التي
اوردها الاستاذ شفيق شحاتة في كتابه النظرية العامة للالتزامات في الشريعة
الاسلامية ، فلقد مثل للمنزلة الوسطى بما لو قبض احد الدائنين شيئا من الدين
المشترك ، فان المقبوض يكون ملكا للقابض ، وللدائنين الباقيين حق في المقبوض
يستحقون منه ، فاذا اعلنوا عن ارادتهم في ذلك يملكون سهامهم فيه ، ومقتضى

(١) الفروق للقرافي م ٣ ص ٢٠ و ٢١ .

ذلك ان بقية الدائنين لا يملكون سهامهم ملكاً كاملاً الا بعد ان يطالبوا بسهامهم في المقبوض .

ومذهب الفقهاء الجعفرين في هذه المسألة هو اشتراك الجميع في المقبوض ولم يخالف في ذلك الا ابن ادريس الحلي وبعض الفقهاء رجح كون المقبوض ملكاً للقابض وحده .

واضاف الاستاذ شحاته الى المثال الاول : ما لو جنى العبد فان حق المجني عليه يتعلق بالجاني ويصبح مملوكاً له عندما يدفعه المالك اليه (١) .

ومن ذلك يتبين ان المنزلة الوسطى التي تعرض لها الفقه العربي تتحد مع الحق حسب الاصطلاح الفقهي عند الجعفرين لانهم قد مثلوا له بعين هذه الامثلة وغيرها .

ويدعي الاستاذ السهوري : أن الفقه الغربي لم يبين هذه المنزلة الوسطى الا بعد أن ارتقى ووصل الى مرحلة بعيدة ، وقد سماها أحد رجال القانون «بالحق المنشئ» ، وعرفه بأنه مكنة تعطى للشخص بسبب امر قانوني خاص في ان يحدث أثراً قانونياً بمحض ارادته ، ومثل لذلك بحق البائع باسترداد الحصة المبيعة وحق الشفيع أن يأخذ بالشفعة (٢) .

ومن مجموع ذلك تبين ان هذه المراتب الثلاثة الرخصة والمنزلة الوسطى والحق ترادف الحكم والحق والملك حسب اصطلاح الشرعيين ، ولا يختلف الحال بينهما الا بالتسمية . وقد بينا أن الحق الذي هو قسم الرخصة والمنزلة الوسطى ، هو في الفقه الغربي عبارة عن الملكية التي لا تحصل الا بعد وجود الأسباب الكاملة للملك ، ومعنى

(١) انظر مصادر الحق في الفقه الاسلامي رقم ١ ص ٥ و ٦ .

(٢) المصدر السابق ص ٥ .

ذلك ان الحق والملك في واقعها شيء واحد ولا يختلف الحال بينها الا بالتسمية .

وقد رجح ذلك جماعة من الجعفرين ومنهم السيد الحكيم في نهج الفقاهة . قال في الكتاب المذكور بعد أن أورد مجموعة من الامثلة كشاهد على اتحادهما وان بعضها يختص باسم الحقيقة وبعضها باسم الملكية ، فليس الاختلاف بينهما الا بحسب المورد (٣) .



مرکز تحقیقات و پژوهش در علوم اسلامی

(١) انظر ص ٧ من الكتاب المذكور .

الحق الشخصي والحق العيني

٣

لقد ذكرنا أن الفقه الغربي قد تعرض للرخصة والمنزلة الوسطى والحق ، وذكرنا أن الفقه الاسلامي قد بحث هذه المراحل الثلاثة تحت عنوان الحكم والحق والملك ، وتقسيم الحق الى شخصي وعيني من المصطلحات التي اختص بها الفقه الغربي ومع أن الفقه الاسلامي لم يميز بين هذين الحقين واكتفى ببيان معنى الحق الجامع لهما الا أنه اعطى من الأمثلة ما يصلح لكل منها ، على أن القوانين المدنية لم تتفق على التمييز بينهما ، فلقد حاول بعض الفقهاء الغربيين تحطيم هذا التقسيم والغاء جميع الفوارق الجوهرية بينهما ، ولكن هذه المحاولة لم تنجح عند أكثر المشرعين (١) .

ومها كان الحال فالحق الشخصي يرادف الالتزام حسب اصطلاحهم ، وقد عرفوه بأنه رابطة بين شخصين دائن ومدين مثلاً يلزم المدين بموجبها أن يعطي الدائن شيئاً ، وأن يقوم له بعمل أو يمتنع عن عمل وبهذا التعريف قد عرفوا الالتزام أيضاً وصرحوا بأنه لا يرد على شيء مادي معين بالذات بحيث يخول صاحبه سلطة على ذلك الشيء ، وإنما هو سلطة يعطيها القانون لشخص على شخص آخر من حيث الزامه بشيء معين ، وهو تارة ينشأ عن الالتزام بالدين ، كما لو وجب في ذمة المديون

(١) انظر ص ١٠ و ١٠٤ و ١٠٥ من الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري

مقدار من المال بمقتضى عقد القرض الحاصل بينها ، أو الغصب أو ثمن البيع اذا كان مستحقاً في ذمة المشتري .

وأخرى من الالتزام بالعين ، وهو أي الالتزام بالعين محله الأعيان المعينة بالذات ، كما لو وقع عقد البيع على عين معينة ، فالبيع يلزم البائع بتسليم تلك العين الى المشتري .

ومن أمثله أيضاً ما لو استأجر انسان عيناً ليستوفي منفعتها ، فعقد الاجارة يلزم المؤجر بتسليم العين الى المستأجر المالك لمنفعتيها بقتضى عقد الاجارة ، ولا ينحصر الالتزام بتسليم العين بالعقد ، بل يكون بغيره كما لو أوصى شخص لآخر بمنفعة العين أو بعين معينة ، أو عصب انسان عيناً معينة ، فالوصية والغصب ينشئان التزاماً على الموصي والغاصب بتسليم العين الى الموصي له والى المالك .

وقد يحصل الحق الشخصي من الالتزام بعمل كما لو استأجر انسان شخصاً على عمل معين ليقوم به العامل من غير فرق بين تحديد زمان العمل وعدمه ، فالالتزام بالعمل يحصل منه ارتباط بين شخصين ويحدث سلطة قانونية للمستأجر على الأجير لايجاد العمل المستأجر عليه الى غير ذلك من الامثلة التي يحصل منها ارتباط بين شخصين أو أشخاص ، وهذه الواسطة يجعل القانون سلطة لشخص على آخر بتسليم الاعيان او الأعمال التي التزمها أحدهما للآخر .

وأما الحق العين كما ورد في مصطلحاتهم ، فهو عبارة عن سلطة مباشرة على شيء مادي معين بالذات تخوله ان يتصرف فيه بما توجبه اليه مصلحته ، وقد مثلوا له بحق الملكية المتعلق بالأعيان الخارجية ، فالعين المملوكة قد جعل المشرع للمالك سلطة عليها يتصرف بها بما يحقق له مصالحه وأغراضه ، وبالإضافة الى ذلك . قد فرض القانون على كافة الناس احترامها بحيث لا يسوغ منافسة المالك ولا معارضته في التصرف بها .

والمآثر بين الحقين الشخصي والعيني ، ان الحق الشخصي هو تسلط شخص على آخر بسبب التزامه له باداء امر معين كما جاء في الأمثلة السابقة وكما في سلطة الدائن على المدين وسلطة مالك العين على الغاصب ليردهما اليه فلم يتعلق الحق في هذه الأمثلة بشيء معين بالذات بصفة مباشرة ، وليس الأمر كذلك في الحق العيني فانه عبارة عن تسلط المالك على العين المملوكة يتصرف بها بجميع الانتفاعات والتصرفات المستوحاة من مصلحته بشرط ان لا يضر بالآخرين ، فللمالك ان يبنى داره ويحفر في ملكه بئراً ويتصرف به كما يشاء اذا لم يؤدي ذلك الى الاضرار الفاحش بالغير ، والمراد من الضرر الفاحش ، هو ما يكون سبباً للغل ببناء جيرانه ، او يمنعهم عن استيفاء المنفعة التي من اجلها اوجد البناء ونحو ذلك . أما اذا كان تصرف المالك موجباً لتفويت منفعة الجار من غير ان يلحق به ضرراً ، او يفوت عليه تحصيل المنفعة التي كانت السبب في بناء الدار مثلاً ، هذا النحو من التصرف لا يوجب رفع سلطنة المالك لأن فوات المنافع لا يعد ضرراً في الغالب (١) .

وقد نص فقهاء الشيعة على تحديد سلطنة المالك اذا لزم منها الاضرار بالغير ، وصرحوا بأنه لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بغيره ، فليس له ان يحفر بئراً يضر ببناء جاره ، ولا ان يهدم داره اذا استلزم هدمها تصدع دار الغير ونحو ذلك من التصرفات ، لأن سلطنة المالك على ملكه محكومة لقاعدة لا ضرر ولا ضرار في الاسلام (٢) هذه القاعدة المستوحاة من قول الرسول : لا ضرر ولا ضرار في الدين ، وقد جاء في الحديث ان سمرة بن جندب كان يملك نخلة في دار لرجل من المسلمين في المدينة ، وقد تكرر دخول سمرة الى الدار

(١) مصادر الحق السهوي ص ٢٧ .

(٢) المراد من حكومة لا ضرر في الاسلام على قاعدة السلطنة ، هو خروج هذا الفرد من السلطنة العامة المجعل للمالك على ملكه ، ولازم ذلك عدم شمول القاعدة لمثل هذا النوع من التصرف بواسطة الدليل الحاكم وهو لا ضرار في الاسلام .

بدون ان يستأذن من مالكيها ، فشكاه الى الرسول (ص) فامره ان يستأذن مالك الدار عندما يريد ان يدخل لإستغلال نخلته ، فأبى ان يستأذن منه محتجاً بأن تسلطه على ملكه يسوغ له الدخول والخروج ، فقال النبي (ص) لمالك الدار : اقلع له نخلته لا ضرر ولا ضرار في الدين ، ومعنى ذلك ان الأدبان لا تشرع حكماً او حقاً يؤدي الى الضرر ، والسلطنة التي يلزم منها الضرر بالغير ليست بمجعولة في الاسلام .

ومهما كان الحال فالحق العيني ينقسم الى اصلي وتبعي ، فالأصلي كما يكون في الأعيان المملوكة ملكية كاملة يكون بملكية المنافع ايضاً وان لم تكن نفس العين مملوكة له ، وذلك كما لو استأجر عيناً للانتفاع بها ، او استعارها بناءً على ان العارية عقد يملك كما يدعي المالكية ، وكما لو اوصى شخص لآخر بمنفعة العين بعد موته ، فإن الموصى له يملكها بعد الموت ، فالحق العيني في هذه الامثلة ونحوها يقوم بالمنفعة لأنها ملك للمستأجر والمستعير والموصى له في الامثلة الثلاثة ، والعين لمالكها ليس له ان يتصرف بها او ينتفع بها لا يجوز له ان يتصرف في العين ذاتها الا بإذن صاحب المنفعة .

ويدعي السنيوري ان صاحب المنفعة لا يملك بيع العين الا بإذن صاحب المنفعة سواء كان مستأجراً او مالكا للمنفعة بسبب آخر ، ونسب هذا الرأي الى الفقه الاسلامي ، و اضاف ان القوانين الغربية تنص على ان صاحب العين يملك بيعها ولو لم يأذن المنتفع ، والمؤجر له ان يبيع العين المستأجرة بدون اذن المستأجر ويبقى حق المنتفع والمستأجر في العين نافذاً بالنسبة للمالك الجديد ، وتبقى العين في يده مسلوقة بالمنفعة الى ان يستوفي حقه من الانتفاع بها (١) .

وتلتقي القوانين الغربية مع الفقه الشيعي في هذه المسألة ، فقد نص فقهاء

(١) مصادر الحق ص ٣١ .

الشعبة في مجاميعهم الفقهية بأن المالك له ان يبيع العين المستأجرة بدون اذن المستأجر ، وتنتقل الى المشتري مسلوقة المنفعة ، ويبقى حق المنتفع قائماً في العين بمقدار ما يسهل له استيفاء المنفعة التي ملكها بالاجارة او بغيرها من الاسباب .

قال السيد كاظم في العروة الوثقى : يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الاجارة ، ولا تنسخ الاجارة به فتنتقل الى المشتري مسلوقة المنفعة مدة الاجارة نعم للمشتري مع جهله بأن العين مستأجرة الخيار في فسخ البيع لأن نقص المنفعة من العيوب التي تسوغ الفسخ ، .

والظاهر اتفاق الفقهاء على ذلك اعتماداً على النصوص التي تجيز المالك البيع ، على ان ذلك من مقتضيات سلطنة المالك على ملكه التي لا تراحم حق المستأجر عند الجعفرين . اما الحق العيني التبعية فهو عبارة عن تعلق حق الدائن بالعين المرهونة ضماناً لدينه ، وحق التحجير على المال المتعلق في مال المديون لغاية استيفاء الدين منه ، ومن امثلة ذلك ما لو باع انسان عيناً ولم يقبض الثمن ، فله ان يحبس المبيع عن المشتري حتى يدفع له الثمن (١) وللمستأجر فيما لو انفسخت الاجارة بأحد الاسباب اذا كان قد دفع الاجرة ان يحبس العين المستأجرة حتى يقبض ما دفعه في اجرتها ، وللودعي فيما لو اتفق على العين المودعة عنده بإذن القاضى ان يحبس العين حتى يقبض ما انفق عليه ، فالحق في هذه الموارد وامثالها باعتبار انه متعلق بالعين كان حقاً عينياً ، وباعتبار ان مصدره الدين الذي يملكه على صاحب العين فهو تبعية ، ومعنى ذلك انه قد اصبحت

(١) قال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب ، لو لم يبذل البائع المبيع واراد حبسه خوفاً من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف ، وكذا للمشتري حبس الثمن ، وقد علل ذلك بان عقد البيع مبني على التقابض من كلا الطرفين ، ومقتضى ذلك ان كلا منهما قد التزم للآخر بتسليم العين التي يملكه اياها بالعقد ، ونتيجة هذا الالتزام عدم كونه ملزماً بتسليم العين اذا لم يستلم عوضها .

حقاً عينياً لغاية التوثق والاطمئنان على المال الذي يملكه في ذمة الراهن في مثال
حق المرتهن في العين المرهونة ، وفي ذمة المشتري في مثال البيع اذا لم يقبض
التمن ، وكذا الحال بالنسبة الى العين المودعة كما ذكرنا .

وليس للراهن ان يتصرف في العين المرهونة ، ويقع تصرفه فاسداً ، اما في
القوانين الغربية فيصح تصرفه بالبيع او بغيره من عقود المعاوضات ، ويصبح
التمن رهناً محل العين ، ولو اراد المرتهن ان يستوفي دينه من العين المرهونة
يكون اولى من جميع الغرماء لأن حق المرتهن قد تعلق بأية العين المرهونة (١) .

وقد نص فقهاء الشيعة على ان المرتهن احق من جميع الغرماء في العين المرهونة
قال السيد ابو الحسن في وسيلة النجاة : اذا كان الراهن مفلساً ومات وعليه ديون
للناس ، كان المرتهن احق من باقي الغرماء باستيفاء حقه من الرهن ، فإن زاد
عن حقه شيء يوزع على الباقيين بالحصص ، وان لم يبق الرهن بمال المرتهن شارك
الغرماء بما يبقى له في اموال المفلس ، ومن خصوص بيع الراهن للعين المرهونة
فقد نص جماعة من الفقهاء على انه لا يحق له ان يتصرف فيها بالبيع وغيره من
النواقل الا بأذن المرتهن ، ولو اذن له بطل الرهن ولا يكون التمن رهناً ، الا
اذا كان حق المرتهن في الدين حالاً ، فلو اذن له في هذه الحالة كان التمن رهناً ،
كما نص على ذلك العلامة الحلي في التحرير ، والشيخ الطوسي في المبسوط ، والشهيد
في الدروس ، وعلل ذلك في الدروس ، بأن مرجع الاذن في هذه الحالة الى نقل
الوثيقة من العين الى التمن وان الاذن في بيعها مفاده بنظر العرف وضع التمن
محلها (٢) .

ومن مجموع ذلك تبين ان الامثلة التي اوردها المؤلفون في الفقه المدني للحق

(١) مصادر الحق ص ٣٢ - انظر وسيلة النجاة للسيد ابو الحسن لا الجواهر للشيخ
محمد حسن النجفي كتاب الرهن .

الشخصي والعيني بقسمية قد اوردها الجعفريون وغيرهم من فقهاء المسلمين في مجاميعهم الفقهية وتكلموا عنها باسهاب في العقود المختلفة التي تستعمل لانشاء التمليك والرهن والقرض ونحو ذلك ، ولم يتكلموا عنها باعتبار انها من الحقوق الشخصية او العينية ، ذلك لأن تقسم الحقوق الى الأقسام الثلاثة من مختصات الفقه المدني كما ذكرنا ، ولم اعثر على هذا الاصطلاح في الفقه الجعفري لغير الفقيه الشيعي الشيخ هادي الطهراني في كتابه الذي شرح فيه البيع من كتاب الشرائع ، فلقد اشار الى الاقسام الثلاثة في اثناء حديثه عن اقسام السلطنة ، قال : السلطنة اما على الشخص ، واما على العين ، والسلطة على الشخص اما من حيث الدين الثابت بذمته ، واما من حيث الحق الثابت له عليه كحق الشفعة الثابت في العين المشتركة بينه وبين شخص آخر ، وكذلك حق الخيار والقصاص .

والسلطة على العين هي عبارة عن السلطنة على المال ، اما بملكية العين ملكية مطلقة من جميع الجهات ، واما بملكية الانتفاع بها او المنفعة كما في الإجارة ، فاللمستأجر سلطة على العين المستأجرة لجهة الانتفاع بها من حيث انه يملك المنفعة بالعقد ، واضاف الى ذلك قوله : ومن الملك ما يتعلق بالشخص والمال معاً ، كالدين المتعلق بالذمة والعين المرهونة ، فان تسلط المرتهن على العين المرهونة لصيانة حقه الثابت في ذمة المستدين ، ومن امثله تعلق حق الغرماء في اموال المفلس ، وفي اموال الميت اذا مات المديون ، فإن صاحب المال في هذين المثالين يتسلط على المال لاجل التوصل الى ماله الثابت في ذمة المديون (١) .

هذه الصور الثلاثة للسلطنة هي عبارة عن الحق الشخصي والعيني بقسميه الاصيل والتبعي كما يبدو ذلك من مقارنة هذه الصور الثلاثة بالاقسام الثلاثة للحق

(١) انظر كتاب البيع للطهراني ص ١٩ و ١٧ .

التي ذكرها السنهوري والدكتور سليمان مرقس وغيرهما .

ومهما كان الحال فسواء وردت هذه المصطلحات في الفقه الاسلامي الجعفري او لم ترد فالامثلة التي ذكرت في الفقه المدني للاقسام الثلاثة قد تعرض لها الشرعيون وبحثوها بحثاً دقيقاً مفصلاً على اساس انها من الحقوق المجعولة ناسباً بها وفرقوا بينها باعتبار الآثار والاحكام المترتبة على كل واحد منها ، وكل ما في الامر ان الفقه الجعفري لم يفرق بين هذه الامثلة من حيث تسميتها بهذه الاسماء .

على ان جماعة من علماء الحقوق الحديثة لا يسلط بهذه التفرقة بين الحق الشخصي والعيني ، فمنهم من يجعل الحقوق كلها عينية متعلقة بالمال لا بالذمة ، ومنهم من يجعلها شخصية متعلقة بالمكلف اي بشخص بعينه ، ولكن النظرية السائدة الشائعة بين الفقهاء هي التفريق بين انواع الحقوق (١) وهو ما عليه الفقه الاسلامي كما ذكرنا حيث انه رتب عليها احكاماً كثيرة تختلف حسب تعلق الحق بالمال أو بالذمة ، نذكر منها ما يلي :

١ - ان الغاصب اذا غصب عيناً وباعها او وهبها الى غيره وتناقلتها الايادي ، فصاحب العين له ان يتتبع الشيء الذي تعلق به حقه اينما كان ومهما كان السبب الناقل لها ، وينتزع ممن هو بيده . أما إذا تلفت العين المغصوبة في يد الأخير مثلاً ، فصاحب العين المرادف في المقام للحق الشخصي له ان يرجع على الغاصب الأول بضمان العين لان حقه متعلق بذمته (٢) .

٢ - لصاحب الحق المتعلق بالعين كما في العين المرهونة الأولوية على بقية الغرماء في

(١) انظر الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد الجزء الثاني لمصطفى الزرقا ص ١٦ .

(٢) انظر كتاب الغصب من الجواهر للنجفي ، والمكاسب للشيخ الانصاري مسألة تعاقب الايادي .

استيفاء دينه من العين المرهونة ويتقدم في ذلك على بقية الدائنين ، فان زاد منها شيء اشتراك الغرماء فيه بالسوية ، اما بقية الدائنين الذين لهم حقوق في ذممة المفلس فتوزع عليهم امواله بنسبة ديونهم منها كان مصدر حقهم او تاريخه « ٣ » الى غير ذلك من الامثلة التي فرق فيها الشرعيون بين تعلق الحق بالعين المسمى في عرف المدينين بالحق العيني ، وبين تعلقه بالمكلف المسمى في عرفهم بالحق الشخصي .



(١) انظر وسيلة النجاة للسيد ابو الحسن والجواهر كتاب الرهن والحجز ،

الذمة في الفقه الجعفري

٤

لقد استعمل الفقهاء لفظ الذمة في الفقه الاسلامي في كثير من الموضوعات الفقهية ، كالدين والضمان والحولة والكفالة ، بل وفي العبادات كالصلاة والزكاة ، وفي عقود البيع كالسلم بالنسبة الى المبيع ، والنسيئة بالنسبة الى الثمن وغير ذلك من المباحث الفقهية المختلفة ، ويمكن القول بأن بعض المباحث الفقهية كالدين والضمان ونحوهما تركز في الواقع على فكرة الذمة ، ومع ذلك فلم يتكلم الفقهاء في الذمة باعتبارها موضوعاً مستقلاً كغيرها من المواضيع التي ربما لا تكون لها تلك الاهمية ، ويبدو من الموارد المختلفة التي تكرر فيها هذا اللفظ ، انها تؤدي معنى الوعاء الاعتباري الذي يقع ظرفاً للديون والحقوق الثابتة على الانسان .

وهي بهذا المعنى ليست بعيدة عن المعنى اللغوي الذي هو عبارة عن العهد ، وسمي العهد ذمة لان نقضه وعدم الوفاء به موجب للذم ، وقد جاء في الحديث : « المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم » والمقصود من ذلك ان أحد المسلمين اذا أعطى عهداً للعدو بالأمان سرى ذلك على الجميع ، فليس لهم أن يخفروا عهده ، ومن ثم ايضاً كان من يستوطن بلاد المسلمين من اهل الكتاب اذا التزم بالشروط التي اقرها الاسلام من اهل الذمة اي داخل في عهدهم وامانهم ، وكما ذكرنا ان الموارد التي تكرر فيها لفظ الذمة في مختلف المواضيع الفقهية هذه الموارد يستفاد منها ان الذمة امر اعتبره الشارع في الانسان بنحو يكون صالحاً

للالزام والالتزام ، ولان يكون مسئولاً تجاه الله والمجتمع والقانون ، وتلك
الصلاحية مرة تكون بنحو يصلح للأداء والتنفيذ ، واخرى بنحو يكون موضوعاً
لتلك الاحكام المجعولة له وعليه ، فالصغير حين وجوده وفي حال طفولته لا
يصلح لاداء شيء من التكاليف المفروضة على الناس ، ولا تكون اعماله نافذة في
حقه ومازما بشيء منها ، فاذا بلغ سن الرشد صلح لاداء التكاليف وتصح منه
جميع الاعمال التي اعتبرها الشارع موضوعاً لاثر شرعي ، كالطلاق والعقود
والضمان وغير ذلك من معاملاته وعباداته ، فأهلية الانسان وصلاحيته لان يكون
موضوعاً للتكاليف ومسئولاً عن تصرفاته لا تعني انه يصلح لتعلق التكليف به من
حين وجوده وتحقق انسانيته ، وانما هي عبارة عن كونه صالحاً لان يكون
موضوعاً للحقوق التي له وعليه ، وللواجبات المتعلقة بالانسان شرعية كانت ام
غيرها ، وتكامل صلاحيته وتصبح فعلية بعد ان كانت في الادوار الاولى من
حياته لا تزيد عن كونه قابلاً لان يكون محلاً لتعلق التكاليف به الى ان ينتهي
الى مرحلة البلوغ والرشد ، تلك المرحلة التي ينتقل فيها الانسان من دور الصلاحية
بمعنى القابلية الى الصلاحية الفعلية ، نعم هو قبل ان تتكامل صلاحيته منذ ولادته
يثبت له الحق كما يثبت عليه ، فيرث المال منذ طفولته بل وقبل ولادته ، كما
يضمن ما يتلف يفعله من اموال غيره ، فالجنين قبل ولادته يرث المال وتصح له
الوصية مع انه ليس له وجود مستقل في تلك الحالة ، ولا يجب عليه اي شيء لغيره ،
فاذا انفصل حياً واصبح له وجود مستقل عن امه اصبح اهلاً لان يتحمل حقوق
غيره فيما لو ائلف مال الغير او جنى عليه ، وتبقى له هذه الاهلية الى مماته ، وفي
هذه المرحلة من وجوده يتولى وليه اداء ما عليه من حقوق الله كزكاة ماله ،
وحقوق العباد فيما لو ائلف شيئاً من اموال الناس ، او جنى على غيره .

اما صلاحيته للأداء بمعنى كونه صالحاً لان يباشر اعماله ويؤدي ما عليه من
الواجبات والحقوق هذه الصلاحية لا تكتمل في الانسان الا بعد التمييز والبلوغ
الشرعي الذي حدده الفقهاء الجعفريون ببلوغ الذكر خمس عشرة سنة ، وبلوغ

الاثني تسع سنين ، والمنسوب الى الاحناف انه لا يتحقق للاثني الا بعد ان تبلغ سبع عشرة سنة ، ولذا ذكر يبلوغه ثنائي عشرة سنة « ١ » .

وقد اجاز اكثر فقهاء الشيعة وصيته اذا كان مميزاً قد بلغ عشرة ا اذا كانت في وجوه البر والاحسان كبناء المساجد وسائر المبرات والخيرات « ٢ » ، والى ذلك ذهب الشافعي وغيره من فقهاء المدينة ، وابطلها الأحناف على جميع التقادير « ٣ » .

ومن المعلوم ان الجعفرين اذ يحددون البلوغ بهذا العدد من السنين فذاك بالنسبة الى التكاليف الشرعية كالعيادات ونحوها ، اما بالنسبة الى معاملاته وعقوده فلا بد مع ذلك من الرشد والتمييز كما تنص على ذلك الآية الكريمة .

قال تعالى : « وابتلوا اليامي حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم » « ٤ » ومقتضى ذلك ان الصبي اذا بلغ راشداً عاقلاً يصبح بمن له الاهلية الكاملة في عقوده وجميع تصرفاته ، فاجتماع الأمرين البلوغ والرشد هو المسوغ لاستقلاله في التصرف ورفع الحجر عنه

وقد اجاز جماعة من الفقهاء تصرفات الصبي المميز اذا اذن بها الولي ، او اجازها بعد صدورها عنه ، كما نص على ذلك الشيخ مرتضى الانصاري في شروط المتعاقدين من المكاسب والسيد محسن الحكيم في نهج الفقاها . وقال الدكتور محمد يوسف : « ان الصبي قبل بلوغه سن التمييز في حال طفولته لا تثبت له اهلية الاداء لا كاملة

(١) انظر المدخل لنظام المعاملات في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٢٢٨ .

(٢) انظر وسيلة النجاة للسيد ابو الحسن الاصفهاني كتاب الوصية ، والبلغة للسيد محمد بحر العلوم ص ٣٨٠ من كتاب الوصية والحكم بصحة الوصية الصادرة من الصبي اذا بلغ عشرأ هو المشهور بين فقهاء الشيعة ، وقد روي في ذلك محمد بن ابي عمير ابن ابا عبد الله الصادق « ع » قال اذا بلغ الصبي عشرأ جازت وصيته .

(٣) المدخل لنظام المعاملات ص ٢٢٦ .

(٤) انظر وسيلة النجاة للسيد ابو الحسن وغيرها من المجاميع الفقهية .

ولا ناقصة ، ويستمر بطلان تصرفاته مطلقاً الى ان يبلغ سن التمييز ، فاذا بلغها وصار عارفاً بالمراد من العقود وبمعان الألفاظ والعبارات الدالة عليها تصح تصرفاته بأذن الولي لا يكون مضرراً بحاله كالبائع والشراء وغيرهما من العقود التي يرجى نفعها ، وتصح منه ايضاً باجازه الولي لها .

وقد تبين من مجموع ذلك ان الانسان قبل بلوغه سن الرشد والبلوغ ليس اهلاً للقيام بجميع التصرفات المالية لنفسه ولغيره ، وقد رفع الله عنه التكليف الشرعية وآثارها ، كما نص على ذلك الحديث المروي عن النبي (ص) رفع الظلم عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يبرأ .

ولازم ذلك بطلان جميع افعاله وتصرفاته في هذا الطور من اطوار حياته ، اما لو ترتب على معاملاته ائتلاف مال لغيره ، او قام بأي عمل من شأنه احداث خسارة مالية على غيره ، فإنه يكون ضامناً ، وتتعلق الغرامة بذمته ، كما تتعلق بها جنايته وكل ضرر مالي او بدني ناتج عن فعله مباشرة او تسبباً ، حتى ولو صدر منه بدون قصد واختيار .

ومجمل القول ان الانسان في دور الطفولة اهل لأن يتعلق به الحق سواء كان له او عليه ، لأنه يملك المال ، وينتقل اليه بالأرث وغيره من اسباب التملك ، كما تصح الوصية له بالمال ، بل تصح للعمل قبل ولادته ويملك الموصي به كما يملك نصيبه من الميراث قبل ولادته ، ويضمن ما اتلفه بأي نحو كان الائتلاف ، وهذا النوع من الأهلية هو المعبر عنه في كلمات السنهوري وسليمان مرقس وغيرهما بأهلية الوجوب من غير ملاحظة الأسباب المنشأة لهذه الحقوق ، ويتمحض النظر فيها الى الشخص المعين بذاته مع قطع عن اسبابها وموجباتها . اما أهلية الأداء كما وردت في مصطلحاتهم ، فهي كون الشخص صالحاً لأن يباشر بنفسه عملاً له اثار شرعية او قانونية ، وهذه لا ينظر فيها الى نفس الحق ، بل الى الأسباب التي تنشأ الحقوق او تنقلها من حيث صدورهما من شخص صالح لأن يباشر بنفسه التصرفات الناقلة كالبائع والهبة والاجارة والقرض وما اشبه ذلك من التصرفات المملوكة او المباعة للانتفاع بالمال او النفس ، فاهلية الوجوب حسب اصطلاحهم من خصائص

الانسان لانها تثبت له في جميع اطواره وحالاته ، ولكن اهلية الاداء لا تثبت له الا بعد التمييز والرشد كما ذكرنا ، وقد تعترضها بعض الحالات كالجنون والمرض والسفه وغير ذلك بما اعتبره الشارع من عوارض الأهلية التي تحد من اهليته للقيام بصلاحياته بحيث يصعب كالطفل الذي يحتاج الى من يدير شؤنه وبشرف على جميع تصرفاته وأفعاله ، وعلى جميع التقادير والأطوار التي يمر بها منذ طفولته اخر لحظة من حياته فالأطوار التي يمر بها منذ ولادته والحالات التي تعترضه بعد رشده لا تؤثر على ذمته ولا تمنع من تعلق الحقوق بها ، كما لا تمنع من ملكيته لميراثه وللوصي به اليه وغير ذلك مما لا يتوقف حصوله على انشاء اسبابه مباشرة او تسبباً ، وهو المراد من اهلية الوجوب التي تخلق مع الانسان وتستمر باستمرار وجوده مهما طرأ على حياته من الأعراض والتقلبات .

وكل ما في الأمر انا لا نحتاج الى اعتبار ذمة الانسان الا بالنسبة لما عليه من الحقوق والواجبات ، وذلك لما ذكرناه أولاً من ان الذمة من الأمور الاعتبارية التي اعتبرها الشارع او القانون في الانسان كوعاء يستوعب ما عليه من الحقوق ولا نحتاج الى اعتبار وجودها فيما يملكه الانسان لأن ملكه لا يثبت في ذمته ، وعليه فتفسيرها باهلية الوجوب التي هي عبارة عن كون الانسان اهلاً لأن تتعلق به الحقوق التي له وعليه ، هذا التفسير يخرج الذمة عن المعنى الشرعي المناسب لها (١) ، وبتعبير اوضح ليست الذمة بنظر الفقه الاسلامي الا كون الانسان بذاته صالحاً لأن يكون موضوعاً للعق الذي عليه بنحو يكون ذلك من خصائص انسانيته التي توجد بوجوده وتستمر بدوام وجوده مهما طرأ عليه من العوارض ، وان لم يكن مالكاً للتصرف في اموره قبل البلوغ والرشد وفي حال طرأ العوارض

(١) انظر الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد الجزء الثاني لمصطفى الزرقا ص ١٢٥ و ١٢٦ ، ومن الذين فسروا الذمة باهلية الوجوب التي هي عبارة عن كون الانسان اهلاً لان تتعلق به الحقوق التي له وعليه السهنوري والدكتور مرقس في كتابها الوسيط ونظرية العقد .

الآخري التي اعتبرها الشارع سبباً لعدم نفوذ تصرفاته ، فكما يضمن البالغ الرشيد ما يتلفه مباشرة او تسبباً بضمنه الصغير ولو في حال طفولته من غير فرق بينها الا من حيث ان الكبير مكلف بأداء ما عليه ، والصغير يؤدي عنه وليه من أمواله التي بيده ، لأنه لا يصلح لتعلق الخطاب به ، وليست له اهلية التصرف في هذا الدور من ادوار حياته ، واذا لم يكن له مال يبقى في ذمته الى ان يصبح مالكا والى هذا المعنى يشير السيد الجرجاني ، والجعفرىون في فقههم ، قال الجرجاني :
الذمة بمعنى العهد اي كون الشيء في عهده ، واطلاق الذمة على العهد من حيث ان نقض العهد موجب للذم ، ومن المعلوم ان ثبوت الشيء في العهدة انما هو بالاعتبار الشرعي (١) .

وقال الجعفرىون في فقههم : ان الذمة عبارة عن العهدة ، والى ذلك يشير الحديث عن النبي (ص) على اليد ما أخذت حتى تؤدي اي ان ما أخذته اليد يبقى في عهدها الى ان تؤديه بنفسه او بجده لو كان قالاً (٢) ، وقد تكرر هذا الاستعمال للذمة في جميع الموارد التي تعرض فيها الفقهاء للضمان .

وقد ادعى القرافي في الفروق ان الذمة لا توجد للانسان الا حيث يصح توجه التكليف اليه ، قال في الفروق في الفرق بينها وبين اهلية التصرف : يعتقد جماعة من الفقهاء انها اهلية المعاملة ، فاذا قلنا زيد له ذمة معناه انه اهل لأن يعامل ، والواقع انها حقيقتان متباينتان ، وتحقيق التباين بينهما ان بينها عموم من وجه فيوجد كل منها بدون الآخر ويجتمعان معاً في مورد واحد واطراف الى ذلك : ان اهلية التصرف والمعاملة توجد بدون الذمة في الصبيان المميزين حيث تصح

١ - انظر تهذيب الفروق هامش كتاب الفروق ص ٢٣٧ .

٢ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري كتاب البيع في مسألة تعاقب الايادي .

معاملاتهم عند الأحناف والحنابلة والمالكية ولا ذمة لهم ، وتوجد الذمة بدون أهلية التصرف في العبيد فإنه يحجوز عليهم لحق ساداتهم وإن قلنا أنهم يملكون وإذا جنوا تتعلق الجناية بذمتهم فإذا اعتقوا يطالبون بها ، ومن أمثلة ذلك ما لو تزوج العبد بدون إذن من سيده وفسخ السيد نكاحه فإن المهر يتعلق بذمته وإذا قام الصبي بعمل يوجب الضمان يكون كمن أحدث سبب الضمان فيطالب به بعد بلوغه من غير أن يتعلق بذمته قبل بلوغه شيء ، وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى العبيد ، فإنهم يطالبون بالحق من حين أحداث السبب .

ومثل لصورة اجتماع أهلية التصرف والذمة في البالغ الرشيد حيث تنفذ تصرفاته ويتعلق الحق بذمته وانتهى من ذلك إلى النتيجة التالية .

إن الذمة معنى شرعي مقدر في المكاف بنحو يصبح قابلاً للالتزام والالتزام ، وهذا المعنى جعله الشارع مسبباً عن مجموعة من الأسباب البلوغ والرشد وعدم الحجب ، فمن اجتمعت له هذه الشروط الزمة الشارع أرش الجنائيات ، وأجر الاجارات ، وإثان المعاملات ونحو ذلك ، ومضى في سرد الفوارق بين الأمرين وانتهى إلى أن الذمة لا توجد إلا حيث يصح التكليف ، وأهلية التصرف توجد بدون ذلك « ١ » .

والمحصل من مجموع كلامه عن الذمة وأهلية التصرف أن الذمة لا توجد في الإنسان إلا بعد البلوغ والرشد وعدم الحجب وكون الإنسان صالحاً لأن يتعلق به التكليف الشرعي ، ولا يشترط شيء من ذلك في أهلية التصرف وقد خالفه في ذلك صاحب تهذيب الفروق ورجع أنها توجد بوجود الإنسان وقل لازم وجوده « ٢ » . وقد بينا رأي فقهاء الشيعة في الفرق بين الأمرين وبأن جميع التصرفات

(١) انظر الفروق المجلد الثالث في ص ٢٢٩ إلى ص ٢٣٥ .

(٢) انظر ص ٢٣٧ من المجلد الثالث هامش الفروق .

الصادرة من الانسان في حال طفولته وعدم رشده ، كالبيع والضمان والدين وسائر العقود المالية ، بل والعيادات . هذه التصرفات لا تصح منه في هذه المرحلة من مراحل حياته ، وذلك لأن الزامه بها مشروط بقابليته للالتزام ، وهو مسلوب القابلية في هذه المرحلة من حياته ، وذلك لا ينافي ان يعتبر الشارع له في هذه الحالة ذمة تلازم وجوده وتكون بمنزلة الوعاء لغرامة ما يجنيه على الأموال والأنفس بالافعال التي لم يعتبر الشارع في مبييتها للضمان شرطاً زائداً على وجودها المؤدي لاثلاف مال الغير بأي نحو كان ، هذا كله بالنسبة الى وجود الذمة بوجود الانسان .

وقد اختلفت آراء ائمة المذاهب في بقاء الذمة بعد الموت وعدمه بمعنى ان الثابت في الذمة ينتقل بالموت الى اموال الميت ، او يبقى بذمته الى ان يستوفيه صاحب الحق من امواله .

فالمالكية وبعض الحنابلة يدعون ان الذمة تتلاشى بالموت ، فاذا مات وعليه ديون لغيره تتعلق بامواله وان لم يكن عنده من الاموال شيء تسقط الديون عنه .

مركز تحقيقات كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

ويدعي الشوافع وبعض الحنابلة ان الذمة لا تتلاشى بالموت وتبقى الديون في ذمته الى ان توفي من امواله ، ومثلوا لذلك بما لو باع بعض الاعيان في حال حياته وقبل ان يردها المشتري بالعيب توفي البائع فان ذمته تكون مشغولة بالثمن الذي امتلته من المشتري ، وبما لو حفر حفرة في الطريق العام ، وبعد موته تردى بها انسان او حيوان ، فانه يكون مضموناً على الميت ، ويلتزمون ببقاء الديون التي كانت عليه في ذمته الى ان تؤدي لاصحابها او يضمونها احد عنه . وقال الاحناف ان الذمة لا تتلاشى بالموت ولا تبقى كما كانت في حال الحياة ولكنها تخرب بمعنى انها لم تعد صالحة لشيء ، وتقوى اذا ترك الميت مالاً او كفيلاً عنه فان لم يترك مالاً ولا كفيلاً سقط الدين عن ذمته ، واذا كان الدين مستغرقاً

لامواله تبقى تركته بحكم امواله ، اما اذا كانت التركة اكثر من الدين فللاحناف فيها اقوال ثلاثة ، الأول : انها تبقى على حكم ماله ، وتخرج فيها ديونه ، الثاني : انها تنتقل الى ورائه ، الثالث : ان ما يقابل الدين يبقى بحكم امواله والزائد ينتقل لورائه (١) .

وقد اجمع فقهاء الشيعة على ان الذمة تتلاشى بالموت ، ولا يبقى للانسان ذمة بعد موته ، ذلك لأنها عبارة عن كون الشيء في عهده بمعنى انه مسئول عما هو عليه وملزم برده الى مستحقه ، والميت لا يتصور في حقه ذلك ، لانه اشبه بالجماد ، ولذا فهو لا يملك شيئاً بعد موته ، لأن الملك اضافة بين المالك والمملوك ، والميت لا يصلح ان يكون طرفاً للاضافة .

وبما يؤيد ان الذمة تتلاشى بالموت ان الدين المتعلق بذمة الانسان يتعلق بامواله عند موته وينتقل حتى الغرماء اليها ، ولا يملك الوارث الا ما يبقى منها بعد وفاء الدين كما تنص على ذلك الآية الكريمة : من بعد وصية يوصى بها او دين .

وقال السيد محمد بحر العلوم في بلغة الفقيه : وحيث ان الميت لا ذمة له تعين الوفاء من المال الموجود لانطباق الكلي الدين استغلت به ذمته على الصداق المنحصر فيه (٢) .

على انه اذا لم يملك المال الذي كان في يده فبقاء الدين في ذمته لغو لا ترتب عليه اي فائدة ، هذا بالاضافة الى ان الاحكام تكليفية كانت ام وضعية لا تتعلق بالمعدومين والميت بحكم العدم ، والأمثلة التي اوردها الشوافع وبعض الحنابلة لاثبات ما ذهبوا اليه من بقاء الذمة بعد الموت ، هذه الامثلة لا تصلح لاثبات هذه

(١) انظر الجزء الاول من مصادر الحق للسنهوري ص ١٦ و ١٧ .

(٢) انظر ص ٣٩٣ من البليغة بمبحث الوصية ، ولجواهر في الفقه كتاب الحجر مسألة انتقال التركة الى الوارث فيما يقابل الذي على الميت ، وقد صرح في خلال بحثه لهذه المسألة ان الميت لا تبقى له ذمة بعد الموت .

الدعوى ، ذلك لان المشتري اذا فسخ بالعيب ورد المبيع بعد موت البائع ، فان كان الثمن بعينه موجوداً في هذه الحالة كان مسلطاً عليه بعينه ، وان لم يكن موجوداً كان من جملة الديون المتعلقة بامواله ، ويقدم حق المشتري على بقية الغرماء اذا استفرقت الديون تمام متروكات الميت ، واذا لم يكن له مال غير المبيع يتسلط المشتري عليه ولا يحق لغيره من الغرماء مزاحمته (١) ، فليس في هذه المسألة ما يشير الى بقاء الذمة بعد الموت .

وكذلك بالنسبة لمن حفر بئراً في الطريق العام وبعد موته تردى بها انسان او حيوان وتلف بسبب ذلك فان الغرامة تتعلق بامواله كما هو الحال في الديون التي كانت عليه ، والمصحح لاحقاها بالديون وجود السبب منه قبل وفاته .

وقد اورد هذه الامثلة الشيخ محمد حسن النجفي في كتاب الحجر من الجواهر قال في الكتاب المذكور : ولو كان على الميت عهدة كما لو كان قد حفر بئراً في طريق المسلمين عدوانا فتردى بها انسان بعد موته ، او كان قد جنى على احد فادت جنايته الى موت المجني عليه بعد وفاة الجاني ، او رد المشتري المبيع بالعيب بعد موت البائع مع فرض تصرفه بالثمن ، فان لم يكن قد تصرف الوارث بالتركة وجب الاداء منها بلا خلاف اجدده فيه ، كما وانه لا خلاف في المقام بانتقال التركة الى ملك الوارث قبل حدوث الضمان وان كان السبب متقدماً ، لان مجرد تقدمه لا يوجب بقاء تركته على حكم مال الميت لعدم تحقق الدين حين وفاته ، اللهم الا ان يدعى الكشف ولا دليل عليه (٢) ، ووجوب الاداء منها اعم من كون الدين سابقاً على الوفاة ، وازداد الى ذلك انه في مثل المقام لا مجال للتردد في انتقال التركة الى الوارث بمجرد الموت ، ولا سيما بعد ان رجحنا انتقالها

(١) انظر مكاسب الشيخ مرتضى الانصاري . احكام الخيارات (٢) والمراد في الكشف في المقام هو ان يكون موت المجني عليه بعد وفاته الجاني كاشفاً عن تعلق الغرامة بذمة الجاني قبل وفاته بنحو يكون لموته المتأخر اثر رجعت بالنسبة الى الغرامة .

اليهم في صورة سبق الدين على الوفاة ، وكل ما في الامر ان حق الغرماء يتعلق بها كتعلق حق المرتهن بالعين المرهونة ، او بمعنى وجوب الاستيفاء منها اذا لم يدفع الوارث الدين الثابت على مورثه .

واذا كان قد تصرف الوارث في التركة قبل ان يتردى انسان في البئر الذي حفره الميت مثلاً ، وقبل ان يموت المضروب متأثراً بتلك الضربة ، فقد ذهب الشهيد في القواعد الى فساد التصرف الحاصل من الوارث لتعلق الحق بالتركة ، ولكنه في الجواهر رجح في مثل هذه القروض تعلق حق الغرماء بضمن التركة فيما لو تصرف بها الوارث بالبيع ونحوه من المعاولات ، لان الثمن بدل عن الاعيان التي يجب على الوارث وفاء الدين منها بعد ان فرضنا انه يجب عليه وفاء الدين من متروكات مورثه « ٢ » .

وليس في هذا النص الفقهي وغيره من النصوص ما يشير الى تعلق الغرامة في هذه الامثلة ونظائرها بذمة الميت او ما يشير ببقاء الذمة الى ما بعد الموت

مركز تحقيقات كميته علوم اسلامی

(١) انظر الجواهر الفصل الذي عقده لانتقال التركة الى المورث وعدمه من كتاب الحجز .

عوارض الأهلية

٤

لقد ذكرنا في معرض حديثنا عن الذمة في الفقه الجعفري ان الانسان يصلح لأن تتعلق به الحقوق سواء كانت له ام عليه ، وهذه الصلاحية المعبر عنها في الفقه الغري باهلية الوجوب توجد مع الانسان بمعنى انه يصلح لأن تتعلق به الحقوق التي له وعليه ، فكما يملك منذ وجوده المال الذي تركه مورثه والموهوب له والموصى به له كذلك تتعلق بذمته الحقوق التي لغيره كما لو ائلف مال غيره او جنى عليه بأي نحو وقع العمل المؤدي الى الائتلاف او الجناية وبدون ملاحظة اي امر زائد على العمل المادي المؤدي الى الائتلاف والجناية على النفس او احد الاعضاء .

أما بالنسبة الى الحقوق والالتزامات الناتجة عن الاعمال الارادية كالديون والضمانات وعقود المعاوضات وغير ذلك مما هو متداول في نقل الاعيان وانشاء الحقوق ، هذا النوع من التصرفات لا بد وان تتوافر في الشخص الصالح للقيام بهذه المعاوضات الشروط التي اعتبرها الشارع كالبلوغ والرشد والعقل وعدم الحجر عليه بأحد الاسباب التي تحد من تصرفاته ، وقد ذكرنا ان الصبي قبل بلوغه مرتبة التمييز لا يصلح لأداء شيء من تلك الافعال بنظر الشرع والقانون ، وقد الغى الشارع جميع تصرفاته ، فلا يترتب على عقوده النقل والانتقال المقصودان من عقود البيع والصلح والاجارة ونحو ذلك ، ولا تشتغل ذمته بالدين كما لا تصح وصاياه وهباته وجميع التزاماته مهما كان نوعها ، واذا بلغ سن التمييز اشرف على

الاستقلال بأموره ، وبإجازته المتأخرة كما رجع في ذلك بعضهم ، على شرط ان لا تنطوي معاملاته على غبن مضر بحاله ، او تكون على خلاف مصلحته .

واذا بلغ سن الرشد والبلوغ حسب التحديد الذي ذكرناه تكاملت اهليته واصبح قابلاً للالتزام والالتزام وتم له الاهلية المطلقة في جميع شؤونه وتستمر الى وفاته الا اذا عارض عليه ما يمنع من اهليته للقيام بتلك الاعمال ، كالجنون والعتة والسكر والسفه والمرض المتصل بالموت ونحو ذلك بما يحيد من سلطنته . وهذه العوارض منها ما يمنع من اهليته لجميع التصرفات ذات الأثر الشرعي ، كالجنون والعتة والسكر المزبل للعقل والنوم ونحو ذلك من الحالات التي يفقد فيها ارادته واختياره ، ومنها ما لا يكون له هذا التأثير على اهليته المطلقة كالمرض والمجهور عليه لسفه وغير ذلك الموارد التي ضيق فيها الشرع والقانون سلطنة المالك حرصاً على حقوق الآخرين .

اما الجنون فقد نص الفقهاء بأنه اذا استولى على الانسان في جميع حالاته فلا تصح تصرفاته مالية كانت او غيرها ، ولا يكون ملازماً بشيء من التزاماته لان العقل من الشروط العامة التي لا بد منها في جميع الاعمال عند جميع الفقهاء ، ويحيد المتبوع هذا الحكم مبثوثاً في الابواب الفقهية في العقود على اخلافها والدين والضمان والحوالة والوصية والطلاق وسائر الابواب ، ويستثنى من ذلك ما اذا لم يكن الجنون مطبقاً ، بأن كان في وقت ثبوت ثبوت آخر ، ففي حال سلامته تصح منه جميع التصرفات وتترتب عليها الاثار المقصودة منها ، وقد اعتمد الفقهاء في اعتبارهم هذا الشرط في صحة التصرفات على الحديث المشهور المروي عن النبي (ص) المعروف بحديث رفع القلم ، وقد جاء فيه : رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ . ومنه ومن غيره من النصوص اعتبر الفقهاء

السلامة من هذا العارض من الشروط العامة في جميع المعاملات والالتزامات ،
ومع ان الحديث بظاهره يمكن شموله لجميع الآثار بالنسبة لما يصدر عن المجنون
والصبي والتي من جملتها ضمان المتلفات وارش الجنايات ونحوهما ، ومع ذلك فقد
التزم الفقهاء بعدم صحة عقوده ومعاملاته والتزاماته اعتماداً على الحديث المذكور ،
وبقاء الآثار الاخرى كضمان المتلفات وارش الجنايات فيما لو ائلف المجنون او جنى
على غيره ، ولعل نظرم في ذلك الى ان الحديث ناظر لحكم الأفعال الصادرة من
البالغ الجامع لشرائط الاهلية بمعنى ان هذه الأفعال التي تترتب عليها اثارها اذا
اوجدها الصبي او المجنون لا تصح منها ولا تترتب عليها اثارها ، اما الافعال التي
اعتبرها الشارع سبباً لبعض الآثار بمجرد وجودها كالاتلاف والجنايات هذا النوع
من الافعال ليس مشمولاً للحديث المذكور وغيره من الاحاديث التي تعرضت لحكم
افعال الصبي والمجنون ونحوهما .

وبتعبير اكثر وضوحاً ، هو ان المرفوع عن الصبي والمجنون ومن بحكمهما
الآثار المترتبة على الافعال بما هي مقصودة لفاعليها ، والضمان في مورد الاتلاف
والجنايات ثابت لهذين الموردين بذاتهما وبدون اي شرط آخر (١) .

واما المعتوه فهو المصاب بخلل في عقله يؤثر عليه احياناً ويلحقه بالجانين ، ويبدو
احياناً هادئاً كالعقلاء فلا يستقر على حالة من نوع واحد ، وقد الحقه الاحناف
بالصبي المميز فاجازوا تصرفاته النافعة له بدون اجازة وليه ، وابطلوا من تصرفاته
ما كان مضراً بحاله كطلاقه لإمرأته واقتراضه لماله وهباته على حد تعبيرهم سواء
اجازها الولي ام لا ، كما صححوا من تصرفاته ما كان محتملاً للنفع والضرر باذن
الولي كبيعه وشراؤه . والحقه المالكية بالصبي سواء استمر جنونه او كان في حالة
دون اخرى ، ووافقهم على ذلك الحنابلة ، ولم يفرقوا بينهما الا من ناحية واحدة

(١) انظر منية الطالب في شرح المكاسب للخوساري ص ١٧٣ و ١٧٤ .

وهي ان الصبي اذا بلغ مجنوناً لا يجبر عليه الا بحكم الحاكم بخلاف المعتوه فتكفي حالته للحجر عليه (١) .

وليس للمعتوه حكم يختص به في الفقه الجعفري ، فان كانت حالته مستمرة فهو من المجانين الذي لا تصح تصرفاتهم والتزاماتهم ولو اذن بها الولي ، واذا لم يكن بهذه الحالة بأن كان يصحو احياناً ويحتفظ بشعوره ومداركه ويغيب احياناً اخرى ، فما يصدر منه في حال صحوه وسلامته يقع صحيحاً وترتب عليه آثاره ، وما يصدر منه في حال جنونه يقع فاسداً (٢) .

وقد اختار الدكتور محمد يوسف رأي الجعفرين في هذه المسألة ، قال في كتابه المدخل لدراسة نظام المعاملات : الحق فيما نرى ان نجعل الحكم في تصرفاته من حيث الصحة والبطالان تبعاً لحالته العقلية ومقدار ادراكه ، فان كان كالصبي المميز العقلي به ، وان كان دونه كان حكمه حكم غير المميز ، وهكذا يختلف الحكم على تصرفاته باختلاف ما هو عليه حين صدور التصرفات منه والى هذا الرأي ذهب الدكتور سليمان مرقس في كتابه نظرية العقد .

قال في الكتاب المذكور : العتة مرتبة من الجنون ، وقد نصت المادة ١١٤ من القانون المدني على ان تصرف المعتوه والمجنون يقع باطلاً اذا صدر بعد قرار الحجر ، اما اذا صدر قبل ذلك فلا يكون باطلاً الا اذا كانت حالة الجنون شائعة وقت التعاقد ، او كان الطرف الآخر على بينة منها (٣) وما اورده الدكتور مرقس عن القانون المدني ، هو الذي استقر عليه الفقه الجعفري ، فان الامراض العقلية انما تمنع من صحة التصرفات اذا اقترنت بتلك التصرفات ، ولا تؤثر في صحة التصرفات الواقعة في حالة السلامة ، ومع الجهل بالحال كما لو تردد الأمر بين

(١) انظر الفقه على المذاهب الاربعة ج ٢ ص ٢٦٧ من كتاب الحجر .

(٢) انظر بلغة الفقيه كتاب الوصية شرائط الوصي والموصى به ، والجواهر شرائط المتعاقدين .

(٣) نظرية العقد ص ٢٢٨ ، والمدخل للدكتور محمد يوسف ص ٢٣١ .

وقوع المعاملة في حالة الصحة او الحلل فلا يبعد البناء على صحة العقد في مثل هذا
الفرض اعتماداً على اصاله الصحة في العقود (١) .

ومن الموانع عن صحة التصرفات والمعاملات السكر ، وهو من العوارض
التي تعرض على الانسان نتيجة لبعض المشروبات التي تحدث اختلالاً في العقل بحيث
يفقد توازنه في فترة من الزمن تطول وتقصّر حسب انواع المشروبات واستعداد
الاجسام ، وقد يصبح الانسان بحالة يفقد معها الوعي والقصد في افعاله واقواله ،
وقد اجمع الجعفريون في فقههم على عدم صحة عقود ومعاملاته وطلاقه وغير ذلك
من العقود والايقاعات ، كما لا تصح منه العبادات على اختلاف انواعها في تلك
الحالة ما دام فاقداً لشعوره وادراكه ، بل هو كالجانين والصبيان من حيث عدم
ترتيب الآثار الشرعية على تصرفاتهم التي اعتبرها الشارع موضوعاً للآثار اذا صدرت
عن قصد واختيار ، وذلك من غير فرق بين ان يكون السكر ناتجاً عن امر
يباح له فعله كما لو شرب الخمر للتداوي ونحوه ، او استعمله تشبهاً اشباعاً لشهواته
وغرائزه ، ومن غير فرق بين ان يكون مضطراً لشربه او مختاراً في ذلك .

وجمل القول ان الفقه الجعفري ينظر اليه بذاته مع قطع النظر عن جميع
الاسباب والملايسات التي قضت على الانسان ان يستعمل هذا النوع من المشروبات
المؤدية الى عدم التوازن ، وكل ما في الامر انه اذا كان مضطراً اليه ، كما لو اكره
على شربه ، او استعمله للتداوي ونحوه لا يكون مسئولاً عند الله في مثل هذه
الحالات .

ويلتقي الجعفريون مع جماعة من الفقهاء في هذه المسألة وعلى رأسهم ابن القيم
في اعلام الموقعين .

(١) الا ان يرجع الشك في المقام الى الشك في صدق العقد بناء على ان سلامة المتعاقدين من
هذا العارض من اركان العقد وحينئذ لا نحرز وجود العقد ما دمنا نحتمل وقوعه في حالة
الجنون ، لان اصاله الصحة في العقود انما تثبت صحة العقد بعد احراز وجوده .

قال في المجلد الرابع من الكتاب المشار اليه بعد ان ذكر جماعة من الفاضلين بصحة عقوده وطلاقه ويمينه : « والصحيح انه لا عبرة باقواله من طلاق وعتاق وبيع وهبة ووقف واقرار ونحو ذلك لبضعة عشر دليلاً بالاضافة الى الآية الكريمة « يا ايها الذين امنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » (١) . والرأي الشائع المنتشر بين فقهاء اهل السنة صحة صلاته وجميع عقوده ومعاملاته ويؤيد ذلك ما جاء في المدخل لنظام المعاملات للدكتور محمد يوسف : « اما جمهرة الفقهاء فلا تنظر الى السكر لذاته باعتبار كونه مزيلاً للعقل الذي هو المناط في التكليف وصحة التصرفات من حيث ترتيب الاثار عليها ، وانما ينظرون اليه من ناحية اسبابه ، وانه وقع منه باختياره ام كان مكرهاً عليه . ومن اجل ذلك يفرقون بين ان يكون بأمر مباح كالبنج والدواء والاكرام الملجئ ونحو ذلك وبين ان يكون بارادته واختياره فان كان بأمر مباح لا تصح تصرفاته ذوات الاثار الشرعية ، لكونه معذوراً والحالة هذه ، ولأنه في هذه الحالة غير قادر على امثال الاحكام الشرعية ، فلا يصح خطابه وهو بهذه الحالة ، وان وقع منه ذلك بدون سبب ملجئ اليه وبدون مسوغ لشرب المسكرات ، تصح منه جميع عقوده وتصرفاته من طلاق وبيع واجارة وهبة وغير ذلك ، وتلزمه جميع احكام الشرع عقوبة له وتنكيلاً به ، واختار هو رأي الامامية في هذه المسألة (١) المستمد من نصوص الكتاب والسنة النبوية ، والمرويات الكثيرة من ائمة الشيعة (ع) هذا بالاضافة الى النصوص التي اعتبرت العقل من الشروط العامة التي لا بد منها في صحة التكليف وفي نفوذ التصرفات ذوات الاثار الشرعية كالعقود ونحوها ، والمجنون يفقد ادراكه وتوازنه .

(١) انظر المجلد الرابع من اعلام الموقعين ٤٧ و ٤٩ ٢ - انظر المدخل ص ٢٣٣ و

السفه

٦

ومن عوارض الاهلية السفه ، وهو عبارة عن التصرف في الأموال في غير الأغراض الصحيحة كما نص على ذلك جماعة من الفقهاء ، ويقابله الرشد الذي لا بد منه في صحة التصرفات ، فان لم يكن رشيداً بأن كان مبذراً لا يضع الأمور في محلها ولا يحسن إدارة أمواله لا تصح معاملاته وأقراراته سواء تعلقت بالاعيان الخارجية او بالذمة ، ولا يلزم من بطلان تصرفاته المالية بطلان جميع تصرفاته التي لا تتعلق بأمواله كطلاقه ، وأقراره بالنسب ونحو ذلك مما لا يعود الى التصرف بأمواله ، ومن ذلك تبين أن السفه لا يلحق الانسان بالأطفال والمجانين الفاقدين لأهلية التصرف في كل شيء ، فالسفه يملك أهلية التصرف ولكنها أهلية ناقصة لا تتعدى حدود التصرف في أمواله حرصاً على أمواله من الضياع والتلف ، لكي لا يؤدي به الحال الى تبذير أمواله ، وبالتالي الى تكفؤ أوجه الناس فيما لو ترك له الشارع حرية التصرف ، ولذلك قد حجب عليه الشارع أن يبيع ويؤجر ويهب ويقر بالأموال ، ولو فعل شيئاً من ذلك بعد التحجير عليه لا تترتب على أفعاله الآثار التي أقرها الشارع وتسالم عليها العقلاء وأهل العرف ، فلو اشترى السفه من شخص لا يصح البيع والشراء ويسترجع البائع المبيع من السفه لو كان موجوداً ، فان أتلغه السفه لا يكون مضموناً عليه ، لان البائع بعد علمه بسفه المشتري وبأن السفه لا تصح معاملاته يكون قد عرض ماله للتلف ، كما ذهب الى ذلك اكثر الفقهاء . ورجع في الجواهر الضمان على السفه في هذه الصورة ، وذلك لان التسليط

الحاصل من البائع لم يكن مطلقاً وعلى كل حال حتى ولو يسلم له الثمن ، وإنما هو في مقابل العوض الذي تم الاتفاق بينها عليه في مقابل البيع .

والمتحصل من ذلك انه لم يأذن له بإتلاف ماله أذناً مطلقاً ليكون هو المسقط لاحترام ماله ، بل كان أذنه مشروطاً بسلامة العقد الموجب لدخول العوض في ملكه ، وحيث لم يتحقق الشرط يمتنع وجود المشروط وهو الاذن بالتصرف فيه على كل حال (١) .

وهل يحجر على السفية أن يتصرف بماله بمجرد ظهور السفه او يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم بالتحجير الذي رجحه المحقق في الشرائع ووافق عليه جماعة من المتأخرين عنه من الفقهاء الجعفرين ان له أن يتصرف في أمواله بالبيع والشراء ونحوهما من التصرفات الناقلة قبل التحجير عليه من الحاكم الشرعي ، كما لا يزول التحجير عنه الا بحكم الحاكم ولو زال السفه ، واعتمدوا في ذلك كما يبدو من من النصوص الفقهية على أن السفه ليس من الامور الواضحة التي لا تقبل الجدل والتشكيك ، ولذا كان محلاً لاختلاف الآراء ، فبين من توسع فيه لصورة الانفاق لكل ما لا يليق بحاله حتى ولو كان الانفاق في الخيرات بنحو لم يكن لائقاً به ، فضلاً عن الانفاق في الهرمات ، وبين من اقتصر على صرف المال في غير الاغراض الصحيحة بنظر العقلاء ، ولاجل ان معناه لم يكن واضحاً عند الجميع كان من المواضيع الاجتهادية ، والمواضيع التي بهذا النحو اذا كانت موضوعاً لاثر شرعي أو لحكم شرعي لا بد من تحديد موضوعاتها من قبل الشارع ، كما وان أحكامها بيده رفعاً ووضعاً . هذا بالإضافة الى احوالة الصحة في التصرفات الصادرة من السفية قبل التحجير عليه ، والى اصابة عدم المانع في نفوذ تصرفاته في هذه الحالة ، ما دمتنا نحتمل ان السفه وحده لا يمنع من نفوذ التصرفات .

(١) انظر كتاب الحجر من الجواهر مسألة بطلان البيع بعد الحجر على السفية .

أما بالنسبة الى صحة تصرفاته بمجرد زوال السفه وقبل حكم الحاكم ،
فلاستصحاب يقضي بعدم صحة تصرفاته قبل الحكم بزوال الحجر عنه .

وفي مقابل هذا الرأي رجح أكثر الفقهاء ومنهم صاحب الجواهر ان الحجر
لا يتوقف ثبوته عند ظهور السفه ، ولا زواله عند حصول الرشد على الحكم
به من قبل القاضي الشرعي اعتماداً على الآية الكريمة .

« ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم واكسوم
وقولوا لهم قولاً معروفاً » .

وقد جاء في تفسيرها : ان المراد عدم تمكين السفهاء من أموالهم ، وذلك
للقرائن المحيطة بها والتي منها قوله وارزقوهم واكسوم ، ومن المعلوم انه لا يجب
الاتفاق على السفهاء من غير أموالهم ، وهذا التفسير لا يتنافى مع اضافة الأموال
الى المخاطبين ، وذلك لأن الاضافة تصح لأقل مناسبة كما يظهر من تتبع في موارد
استعمال الألفاظ ، والمسوغ لها في المقام هو ان الأولياء مكلفون بحفظها والتصرف
فيها لمصلحة السفهاء ، فهم لذلك بمنزلة المالكين لها ، وبذلك تم دلالة الآية على ان
السفه بنفسه يمنع من صحة التصرفات المالية التي يقوم بها السفه قبل التحجير عليه
من العاكم .

على انه لو صحت التصرفات بمجرد ظهور السفه وقبل الحكم عليه بالتحجير ، كما
هو الظاهر من القائلين بأن ظهور السفه لا يكفي لأن يكون بنفسه مانعاً عن
صحة معاملات السفه ، لم يكن الرشد شرطاً في تمكينهم من أموالهم ، مع انه
هو المستفاد من منطوق الآية الكريمة .

فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم (١) .

(١) انظر المصدر السابق كتاب الحجر .

ثم ان الخلاف الواقع بين فقهاء الامامية في احكام السفه ، هذا الخلاف الذي اشرنا اليه بصورة موجزة وبدون تحقيق لبيان الصحيح من تلك الآراء واقع بين فقهاء المذاهب الأربعة .

فالأحناف والشافعية توسعوا في معنى السفه الى حد الاسراف بالمال وصرفه في المحرمات واللغو والخيرات اذا كان انفاقه في هذا السبيل مضراً بحاله ، وقد استثنى الشوافع هذا النوع من التصرف عن حدود السفه « ١ » .

ويرى اكثر الأحناف ان الرشد والسفه باعتبارهما صفة للمكلف لا بد فيهما من حكم الحاكم ، وخالفهم في ذلك محمد بن الحسن والمنسوب الى ابي حنيفة الزعيم الاول لهذا المذهب ، انه لا يجوز التحجير على العاقل وان كان سفيهاً ، فاذا لم يثبت رشده لا تسلم اليه امواله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ، فاذا تصرف في ماله قبل بلوغ هذا السن كان تصرفه صحيحاً نافذاً وان لم يثبت رشده قبل بلوغ هذا السن ، لان التحجير عليه يتنافى مع حرية وانسانيته ، وهما اجل خطراً من المال الذي يراد حفظه بالتحجير عليه ، وتصح عقود تصرفاته المالية باذن الولي كما تصح عقود الصبي المميز .

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

اما نكاحه وطلاقه وعتقه ووصيته بثلاث ماله فلا خلاف عندهم في نفوذها اذا كان بالغاً .

ويدعي المالكية في هذه المسألة . ان السفه هو عبارة عن سوء التصرف بالمال ، ولم يتخطوا هذا التعبير في مقام تحديد المعنى الشرعي للسفه ، وهو لا يتنافى مع التحديدات التي نقلناها عن الجعفرين وغيرهم من الفقهاء ، واضاف المالكية الى ذلك ان الشخص اذا اتصف بهذه الصفة سواء كان ذكراً او انثى يستحق التحجير عليه ، فان عرض له السفه بعد بلوغه وار بسنة ، فإن الحجر عليه في هذه الحالة من

(١) وقد اشرنا فيما مضى ان تحديد السفه بهذا المقدار وأي جماعة من فقهاء الامامية .

حقوق ابيه لأث ذلك الزمن قريب من حد البلوغ فهو بحكم الصبي ،
واذا عرض عليه بعد مضي زمن على البلوغ أكثر من ذلك ، فالذي يتولى التحجير عليه
الحاكم الشرعي ، فإن بلغ الصبي سفيهاً وكان يتيها ، ولم يجعل الحاكم له قيمة
وتصرف في أمواله في هذه المرحلة من حياته تصح تصرفاته لعدم ما يمنع من
صحتها ما دام الحاكم لم يحجر عليه .

ولا يرتفع الحجر عنه إذا عاد لرشده بعد سفهه إلا بحكم الحاكم ، ولو عرض
عليه السفه بعد البلوغ وتصرف في أمواله قبل أن يحجر عليه الحاكم تصح تصرفاته
المالية وغيرها ، هذا إذا كان السفه ذكراً أما الأنثى فتصح تصرفاتها المالية إذا
كانت بالغة سفيهاً عند جماعة منهم ، ورجع بعضهم عدم نفوذ تصرفاتها إلا إذا
تزوجت ودخل بها زوجها وأقامت معه مدة من الزمن ، والصغيرة يستمر الحجر
عليها حتى تبلغ رشيدة وتتزوج ويدخل بها زوجها ويشهد بالإضافة إلى ذلك عدلان
من المسلمين برشدها ، فإن تزوجت ولم يدخل بها الزوج يستمر الحجر عليها ولو
شهد أكثر من عدلين برشدها .

وقال ابن رشد في بداية المجتهد : ولأصحاب مالك أقوال غير هذه ، منها أنها
تبقى في ولاية أبيها حتى تمر عليها سنة بعد دخول زوجها بها .

ومنها أنها تبقى في ولايته حتى تمر عليها سنتان بعد دخول الزوج بها .

ومنها أنها تبقى في ولايته حتى تمر عليها سبعة أعوام من تاريخ دخول الزوج
بها (١) . وذهب الشوافع إلى أن الصبي إذا بلغ رشيداً وعرض عليه السفه وتصرف

في أمواله بيعاً وشراء قبل التحجير عليه تصح تصرفاته المالية بإجماعهم ، كما يصح
طلاقه وخلعه لامرأته قبل الحجر عليه وبعده ، ولا تبرأ ذمة المختلعة إلا إذا دفعت

(١) انظر كتاب الحجر ص ٢٢٦ من بداية المجتهد لابن رشد .

عوض الخلع لوليّه (١) ولا يصح نكاحه الا بإذن وليه ، واذا عين له الولي امرأة خاصة فتزوج من غيرها لا يصح العقد ، ولا يلزمه شيء من المهر فيما لو تزوج بدون اذن الولي وان لم تعلم الزوجة بسفبه (٢) كما لا تصح اقراراته بالمال . وقال جماعة منهم ان معاملاته بعد التحجير عليه لا تصح منه ولو اذن له الولي ولم يتعدى الحدود المأذون بها .

ويبدو ان الحنابلة اكثر انسجاماً مع الأدلة من فقهاء المذاهب الثلاثة ، فلقد صححوا عقودهم وتصرفاته اذا كانت باذن الولي لا غير ، كما صححوا نكاحه مع الحاجة اليه بهر المثل بدون اذن الولي حتى ولو منعه منه ، وبصح عندهم منه الظهار والاقرار بالنسب ، وتلزمه احكامه من النفقة وغيرها كما يصح منه الاقرار لغيره بالأموال سواء كان المقربه من الأعيان الخارجية ام في الذمة ، ويلزم باقراره بعد رشده وزوال الحجر عنه ولو علم وليه بصدقه فيما اقربه لزمه الوفاء بما في يده من اموال المحجور عليه .

ومختلف الحنابلة عن الجعفرين في هذه المسألة اختلافاً كلياً فقد اجمع فقهاء الامامية على بطلان اقراراته بالأموال من غير فرق ان تكون في الذمة او في الأعيان الخارجية (٣) .

ويبدو من مجموع ذلك ان الخلاف بين الامامية وغيرهم من فقهاء المذاهب

(١) قال في الشرائع : ولا يجوز تسليم عوض الخلع اليه ، وازاد في الجواهر اذا كان ما لا دان كان هو الذي اوقع الخلع .

(٢) ونقل في الجواهر عن العلامة عن العلامة في التذكرة والشيخ الطوسي في المبسوط ان السفه لو تزوج بغير اذن الولي مع الحاجة اليه وعدم موافقة الولي على زواجه كان نكاحه صحيحاً نافذاً ، ولا خلاف بين فقهاء الامامية على صحة نكاحه اذا اذن له الولي وعين له المهر والزوجة ، وان عين له الزوجة دون المهر صح نكاحه بهر المثل والنهي المهر الذي عينه الزوج . (٣) انظر المصدر السابق والمسالك للشهيد الثاني كتاب الحجر .

الأربعة بعينه الا ما شذ واقع بين فقهاء الامامية انفسهم .

والرأيان اللذان نقلناهما عن الامامية بالنسبة الى ان السفه بمجرد سبب في التحجير على السفه كما رجع ذلك في الجواهر ، او ان السفه لا يكفي الا بعد الحكم بالتحجير من قبل الحاكم كما ذهب الى ذلك المحقق في الشرائع وجماعة من المتقدمين عليه والمتأخرين عنه من الفقهاء هذان الرأيان متساويان من حيث الشهرة بين فقهاء الامامية تقريباً ، ويلتقي الرأي القائل بأن التحجير على السفه لا يكون الا بحكم القاضي ولا يرتفع الا بحكمه ، هذا الرأي يلتقي مع المادة ٦٥ من القانون المدني المصري المتعلق بالولاية على المال ، فلقد جاء فيها : انه يحكم بالحجر على البالغ للجنون والسفه ، ولا يرتفع الحجر الا بحكم ، كما نصت المادة المذكورة ان المحكمة اذا اوقعت الحجر عليها صاراً ناقصي الأهلية كالصبي المميز ، فيسري على تصرفاتها التالية لتسجيل قرار الحجر ما يسري على تصرفات الصبي المميز اما التصرفات السابقة على قرار الحجر فلا تكون باطلة ان كانت من التبرعات ، ولا قابلة للإبطال ان كانت من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، الا اذا كانت نتيجة استغلال او تواطىء كما نص على ذلك ١١٥ .

الاولياء ومراتبهم

ويتفق القانون المدني مع الفقه الشيعي في مراتب الاولياء على اموال القاصرين لصغر او جنون ، فالولاية اولاً للأب والجد ثم للوصي الذي يعينه الأب ، فان لم يكن احد من هؤلاء تكون الولاية للعاهل ، هذا الترتيب بعينه هو المتفق عليه بين الجعفرين ، اما اذا كان التحجير على البالغ لسفه او افلاس او جنون طارئ بعد البلوغ ، فالولاية عليه للعاهل عند اكثر الجعفرين ، وذهب جماعة منهم الى بقاء ولاية الاب عليه بالنسبة الى الجنون الطارئ عليه بعد البلوغ ، كما ان الاعمال التي يسوغ للوالي مباشرتها تتفق في الغالب مع آراء الجعفرين (١) .

(١) نظرية للعقد للدكتور سليمان مرقس ص ٢٢٩ الى ٢٣٤ ، وانظر الجواهر في الفقه الجعفري الفصل الذي نص فيه على احكام السفه ، بلغة الفقيه لبحر العلوم مسألة للولاية .

قال الدكتور مرقس في نظرية العقد : ان الاب يملك ان يباشر عن ولده جميع التصرفات النافعة ولا يملك مباشرة التصرفات الضارة الا اذا كانت اداء لواجب انساني او عائلي واذنت بها المحكمة « ١ » اما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر فيملكها الاب « ٢ » .

وعند الجعفرين ان الولي الجبري يملك التصرفات النافعة بالاتفاق ، ولا يملك الضارة بالاتفاق ايضاً ، اما التي لا تضر بحاله ولا تجلب عليه نفعاً فقد رجح جماعة بأن له ان يقوم بهذا النوع من التصرف ، والذي ذهب اليه اكثرهم انه لا يملك الا ما كان فيه مصلحة للمولى عليه ، واصرح الأدلة التي اعتمدها انصار هذا الرأي قوله تعالى :

« ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن (٣) »

واذا انقطعت ولاية الاب عليه بالبلوغ والرشد ثم طرأ عليه سبب يقتضي التحجير فلا تعود الولاية عليه للأب كما نصت على ذلك المادة ١٨ من قانون الولاية على المال كما صرح بذلك في نظرية العقد ، ونص عليه فقهاء الشيعة ايضاً .

قال السيد محمد بحر العلوم : لو كان الجنون عارضاً عليه بعد البلوغ والرشد فالأقوى ولعله الأشهر ان الولاية في مثل ذلك للحاكم الشرعي دون الولي الاجباري لانقطاع ولايته بالبلوغ والرشد ، ونظير ذلك ما لو بلغ سفياً بنحو لم يكن بعد بلوغه متصفاً بالرشد ، وفي هذا الغرض رجح جماعة من الفقهاء منهم صاحب الرياض والشهيدان وغيرهم ان ولاية الاب تبقى مستمرة عليه (٤) .

(١) والمقصود من كونها اداء لواجب انساني وعائلي هو ان يترتب على التصرف بما له مصلحة عامة تفيد الانسانية وتخدم المصلحة العامة ٢ - نظرية العقد ص ٢٣٢ ٣ - بلغة الفقيه مبحث ولاية الاب على ولده الصغير ٤ - انظر البلغة والرياض في الفقه الجعفري كتاب الحجر

وقد اتفقت المذاهب الأربعة على ان للأب ان يبيع لابنه الصغير وان يشتري له ويبيع من أمواله المنقولة وغيرها بشرط ان يكون البيع والشراء بمثل القيمة لا بأزيد منها اذا كان في ذلك مصلحة للقاصر واشترط الأحناف بالإضافة الى ذلك بالنسبة الى بيع الاشياء الثابتة ان يكون الأب محمود السيرة بين الناس ، او مستور الحال ، وفي الأشياء المنقولة يصح البيع اذا كانت لمصلحة الصغير ولو كانت الولي الجبري سيء السيرة على اصح الاقوال (١) . وكما تكون الولاية للأب على ولده الصغير تكون ايضاً لجدّه لأبيه ، وله ان يباشر جميع الاعمال الثابتة للأب بالشروط السابقة .

ولو اجتمع الجد مع الأب ، فالأشهر عند فقهاء الإمامية اشتراكهما في الولاية ، وفي مقابل هذا الرأي يأتي الجد في رتبة متأخرة عن الاب ، وعند القائلين بالاشتراك لا فرق بين الجد الأدنى والاعلى فيما لو وجد اب القاصر مع جد ابيه ، وقد اعتمد انصار هذا القول على رواية عبيد بن زرارة ، قال : قلت لابي عبد الله الصادق (ع) « الجارية يريد ابوها ان يزوجه من رجل ، ويريد جدّها ان يزوجه من رجل آخر ، قال الجد اولى بذلك ما لم يكن مضاراً ولم يكن قد تزوجه الاب قبله ، ويجوز عليها ، تزويج الاب والجد » .

ومع انها قد نصت على اعطاء الاب حق الافضلية في مورد التعارض بينها ، فقد دلت ايضاً على نفوذ عقد الاب فيما لو كان هو السابق الى تزويجها ، والمستفاد منها ان الولاية ثابتة لكل منهما من حيث المبدأ ، الا ان الجد له حق الافضلية لو لم تتفق ارادتهما على شخص بعينه .

وفما يتعلق بصلاحيّة الوصي المختار من قبل الولي الجبري ، فولايته ، على اموال القاصرين مستمدة من سلطة الولي ، فإن قيدها بناحية من النواحي فليس للوصي

(١) انظر الفقه على المذاهب الأربعة كتاب الحجر ص ٣٥٨ و ٣٥٩ و ٣٦٠ .

ان يتعدها ، وان لم يحدده له انواع التصرف ، فله ان يتصرف في اموالهم بما يعود عليهم بالمصلحة كالبيع والاجارة والمزارعة ونحو ذلك ، وليس له في هذه الحالة ان يستعمل كافة الصلاحيات التي كانت لوليهم الجبري كتوزيع الصغير والصغيرة مثلاً ، لاحتمال ان يكون ذلك للأب من حيث ابوته ، وقد رجح اكثر الفقهاء : ان الوصي ليس له ان يباشر هذا النوع من التصرفات حتى لو جعل له الولي صلاحية القيام بهذا العمل ، لعدم احراز قابلية هذا النوع من الحقوق للانتقال الى الغير ، بالاضافة الى ان الصغيرين لا يحتاجان في الغالب للزواج ،

وقد جاء في بعض النصوص ما يؤيد هذا الرأي وفي بعضها ان احدهم سأل عن رجل مات وترك اخوين وبنتاً صغيرة وابناً ، فعمد احد الاخوة الوصي وزوج البنت من ابنه ، ولما مات الوصي تولى الاخ الثاني تزويجها من ابنه ، فقيل للجارية اختاري احد الزوجين فاختارت الثاني ، فاقر الامام (ع) اختيارها للذي اختارته ، مع ان الزواج الأول كان بواسطة الاخ المفروض كونه وصياً عليها عليها من قبل ابها ، ولو كان للوصي صلاحية تزويجها بمقتضى وصايته ، كان المتعين الغاء الزواج الثاني ، والرواية بمقتضى اطلاقها تشمل صورة ما لو جعل الولي للوصي هذه الصلاحية (١).

وقال الاحناف : ان الولاية على الصغير لابيه ومن بعده لوصيه ووصي وصيه ومن بعدهم للجد ولوصيه من بعده هذا بالنسبة الى الاموال ، وبالنسبة الى النكاح فهي من بعد الاب لابن ولابن وابن وان بعد ، ثم للجد وان كان بعيداً ، ثم للاخ من الاب والام ، ثم للاخ من الاب ، ثم لابن الاخ وللعلم وابن العم ، وهكذا بالنسبة الى درجات القرابة على الترتيب ، وازاد الاحناف الى ذلك : ان لجميع هؤلاء ولاية النكاح بالترتيب المتقدم ، ولهم اجبار الصغير والصغيرة في حال الصغر ، وعند فقد العصيات تنتقل الولاية لذوي الارحام الاقرب

(١) انظر بلغة الفقيه بحيث ولاية الوصي المنسوب من قبل الاب على اولاده الصغار .

فالأقرب. وقال الشوافع : ان ولاية الجد على الصغير ليست في عرض ولاية الأب عليه ، فإذا اجتمع كانت الولاية للأب ، إلا إذا كان ناقص الأهلية لسبب من الأسباب فتكون الولاية للجد في هذه الحالة .

واتفق الحنابلة والمالكية على ان الجد لا ولاية له على الصغير سواء كان الأب موجوداً او مفقوداً وكذا الحال بالنسبة الى الأخ والام وسائر العصيات، واجازوا لمن يحضن الصغير ان يتصرف في امواله لمصلحته ، ولكن ليس عن طريق الولاية، بل اقراراً لسيرة اهل العرف والعقلاء الجارية بذلك (١) .

وقد اقر القانون المدني وصاية الوصي المختار ، وهو من يعنيه الأب وصياً على اولاده القاصرين واعتبره مقدماً على الجد في الولاية على مال القاصر بشرط ان يكون عدلاً يتمتع بالكفاءة والأهلية التامة ، فإذا اجتمعت فيه هذه الشروط يملك التصرفات النافعة للقاصرين ، أما غيرها من التصرفات فإن كانت ضارة لا تصح منه بحال من الاحوال ، وان كانت مرددة بين النفع والضرر بمعنى انها محتملة لهما ، فلا بد فيها من اذن المحكمة ، وهذا يعني ان ولايته لا تتخطى التصرفات النافعة ، وعد منها استثمار اموال القاصرين وتصفيتها ، واقتراض المال واقراضه ، وايجار العقارات التي يملكها لاكثر من ثلاث سنوات ، وايجار المباني لاكثر من سنة واحدة، والاتفاق من ماله على من تجب نفقتهم عليه الى غير ذلك من التصرفات التي تتمغض لمصلحة القاصر (٢) .

ونظرية تقديم الوصي المختار على الجد وقصر تصرفاته على التصرفات النافعة ، قد ذهب الى كل منها بعض فقهاء الجعفرين ، ذلك لان القائلين بأن ولاية الجد في مرتبة متأخرة عن ولاية الأب ، قد التزموا بتقديم الوصي المختار عليه ، كما

(١) انظر على المذاهب الاربعة المجلد الثاني ص ٢٥٧ .

(٢) نظرية العقد ص ٢٣٤ و ٢٣٥ .

وان القائلين بأن تصرفات الاب لا تنفذ الا فيها فيه مصلحة لأولاده الصغار ، لا بد ان يلتزموا بذلك بالنسبة الى وصيه ، لان صلاحية الوصي مستمدة من صلاحية الموصي ، والذي رجحه في الجواهر في مبحث الوصية ان الوصي المختار من قبل الاب ليس له التصرف في اموال القاصر ولا تنفذ وصايته مع وجود
الجد ١٥ .



(١) الجواهر في الفقه مبحث الوصية .

المفلس

٧

لقد ذكرنا في تحديد معنى الذمة أنها عبارة عن أهلية الانسان لأن يكون موضوعاً للحقوق التي له وعليه كما نص على ذلك السنيوري في مصادر الحق والوسيط، والدكتور محمد يوسف في كتابه المدخل، وقد ذكرنا أن الأنسب بمعناها أن تكون عبارة عن كونه أهلاً للحقوق التي عليه، أما الحقوق التي له فلا تدخل في معنى الذمة، وذكرنا أن الذمة تلازم وجود الانسان وتبقى له ما دام حياً، ولذلك فهو كما يملك منذ وجوده، يفرم لغيره ما يجنيه على الأموال والأنفس، وكل ما يعرض على الانسان من العوارض سواء كان طبعياً كالنوم والغفلة والجنون، أم طارئاً كالسفه، والفلس والمرض ونحو ذلك مما لا يوجب نقصاً في الانسان، هذه الحالات لا تمنع من أهلية الانسان لأن يكون موضوعاً للحقوق التي له وعليه ولا تفسد ذمته، وإنما تمنع من أهليته للتصرفات التي تنشأ الالتزامات، ونحدد من صلاحيته لها، وإنما تختلف أشد الاختلاف من حيث مقدار تأثيرها على تصرفاته المالية وغيرها، فالصغر والجنون والنوم والسكر، هذه الحالات تجعل الانسان غير قابل لأداء أي عمل من الأعمال التي اعتبرها الشرع والقانون موضوعاً للأثر الشرعي.

أما السفه والفلس ونحوهما فإن تأثيرهما على أهلية الانسان تأثيراً ناقصاً، حيث أنه لا يفقد في مثل هذه الحالات أرائته وقصده اللذين لا يسد منها في انشاء

الالتزامات والحقوق ، ولا يفقد الانسان في مثل هذه الحالات أكثر من سلطنته المطلقة الثابتة لكل بالغ رشيد حرصاً على مصلحته ومصلحة المجتمع ، بنحو يصبح تحت الرقابة فيما يعود إلى تصرفاته المالية ، وتبقى له الأهلية المطلقة فيما يعود إلى حقوق الله سبحانه وحقوق غيره من أفراد المجتمع . والمديون الذي لا تزيد أمواله على ديونه قد ألغى الشارع سلطنته المطلقة عليها لمصلحة أصحاب الاموال التي في ذمته .

ومن مجموع ذلك تبين ان الانسان أما أن يكون فاقداً لأهلية التصرف في أمواله بمعنى أنه لا يصلح لمباشرة أي عمل من الاعمال شرعاً وقانوناً كالصغير والمجنون ونحوهما ، وأما أن يكون صالحاً بذاته ، ولكن الشارع لسبب من الاسباب قد جرده عن صلاحياته المطلقة لمصلحة تعود عليه وعلى غيره كالفلس والسفيه والمريض ونحو ذلك ، وأما أن يكون كامل الأهلية ولم تصطدم أهليته بما يوجب تحديد تصرفاته ، وهو البالغ الرشيد الذي له أن يتصرف بجميع أنحاء التصرفات في أمواله وجميع شؤونه .

ومهما كان الحال فالفلس هو الذي لا يحق له أن يتصرف في أمواله بسبب تراكم الديون عليه ، ولا يوصف بهذا الوصف إلا بعد التحجير عليه من قبل الحاكم ولا يتم ذلك إلا بشروط أربعة .

الأول : أن تثبت الديون عليه عند الحاكم الشرعي .

الثاني : أن لا تفي أمواله بقضاها .

الثالث : أن تكون مستحقة عليه ، فلو كانت مؤجلة كلها أو بعضها ليس للحاكم صلاحية التحجير عليه في شيء من أمواله .

الرابع : أن يطلب أصحاب الديون التحجير عليه ومنعه من التصرف في الاموال

التي بيده ، فإذا اجتمعت هذه الامور الاربعة منعه الحاكم من التصرف في امواله صرحاً على حقوق الآخرين ، وكل تصرف يصدر منه بعد التحجير عليه يتوقف على اجازتهم ، ونظراً لأن التحجير على المفلس مقصور على ناحية التصرف المطلق في امواله المقابلة لديونه ، فله أن يقتض في هذه الحالة وأن يشتري بمال في ذمته ، ومع أن له ذلك فالمقرض والبائع الذي باعه بضمن في ذمته لا يشتركان مع الغرماء في امواله اذا كان الدين أو البيع بعد صدور قرار التحجير عليه بمعنى أن امواله يختص بها الغرماء أصحاب الديون السابقة على القرض والبيع .

أما لو أتلّف مال غيره بعد التحجير عليه ، أو أقر بدين سابق على التحجير ، أو بأن أحد أعيان امواله لشخص ، وصدقه المقر له ، فقد ذهب جماعة من فقهاء الشيعة الى مشاركة المقر له وصاحب المال التالف أصحاب الديون في امواله ، لأن الاقرار بالمال لا يقل أثراً عن البيّنة ، فلو أقام مدعي الدين بيّنة على أن له في ذمة المحجور عليه مال ، يشارك الغرماء الآخرين في اموال المحجور عليه ، والاقرار لا يقل أثراً عنها .

ونص جماعة منهم العلامة في التذكرة والشيخ في الجواهر وغيرهما على عدم مشاركة المقر له وصاحب المال التالف الغرماء في الأموال التي بيد المفلس ، وذلك لان حق الغرماء قد تعاق بالاموال بمجرد صدور القرار بالتحجير ، فالأقرار المتأخر باعتباره مزاحماً لحقهم لا ينفذ الا على المقر بخصومه ، لأنه بالنسبة اليهم اقرار بحق الغير ، وكذلك بالنسبة لصورة اتلاف السفية لمال الغير بعد التحجير عليه ، فان حق الغرماء أسبق من حق صاحب المال التالف ، وقد تعلق حقهم بأموال المديون قبل استقرار الضمان عليه نظير ما لو جنى الراهن ، وليس له غير المال المرهون ، فان المجنى عليه لا يزاحم المرتهن في العين المرهونة ، لأن حقه قد تعلق بها قبل الجنابة الموجبة لضمان المجنى عليه (١) وقد ذهب الاحناف الى عدم

(١) انظر الجواهر كتاب الحجر .

التحجير على المفلس مهما بلغت ديونه ، لان الحبر عليه يتنافى مع حرية ، ولا يسلبه اهلية التصرف باعتباره من العوارض الضعيفة التي لا تستطیع مقاومتها ، وخالفه بذلك ابو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني ، وذهب الى ان الحق للقاضي حق التحجير عليه عندما تستغرق الديون امواله اذا تقدم الغرماء بطلب الى القاضي بذلك .

وقال المالكية ان التحجير على المفلس من لوازم افلاسه ، وللغرماء الحق في ابطال جميع تصرفاته المنافية لحقوقهم ولا يحتاجون الى قرار القاضي او الحاكم بالحبر عليه .

والجواب في هذه المسألة قولان ، الأول ان الحبر عليه يتم بمجرد افلاسه ، والثاني نفوذ تصرفاته الواقعة قبل صدور القرار من القاضي بالحبر عليه ، ورجح ابن القيم الرأي الاول ، فنص على ان الديون اذا استغرقت جميع امواله لم يصح تبرعه المضر باصحاب الديون ، لأن حقهم قد تعلق بأموال المديون ، فهو اشبه بالمريض الذي يتصرف بما يخالف مصلحة الوارث والشرعية قد جاءت لتحفظ للناس حقوقهم وتسد الطرق المؤدية الى اضعائها وهذا الرأي هو الذي تبناه ابن تيمية ودافع عنه كما جاء ذلك في اعلام الموقعين (١) .

وقد اشترط الشوافع في التحجير على المفلس الشروط الأربعة التي اشترطها الجعفيون ، و اضافوا الى ذلك : ان له ان يتزوج بهر في ذمته ولا تراحم الزوجة الغرماء الذي حبر عليه الحاكم لأجلهم ، ويصح اقراره لغير الغرماء باموال سابقة على قرار التحجير ، ويشارك المقر له الغرماء في اموال المفلس ، واذا اقر بانه استدان مالاً من شخص بعد التحجير عليه لا يقبل منه هذا الاقرار (٢) .

(١) انظر اعلام الموقعين لابن القيم المجلد الرابع ص ٦ و ٧ والفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف .

(٢) الفقه على المذاهب الاربعة ص ٣٧٣ .

واختلف المالكية فيما لو كان الدين مساوياً للمال الموجود بيد المفلس ، فقال بعضهم بأنه لا موجب للتحجير عليه .

وقال آخرون بأن ذلك موجب للتحجير عليه حفظاً لأموال الغرماء سواء كانت حالة أو مؤجلة ، فلم يمنع من الهبة والتبرع والصدقة والوقف والضمان ونحو ذلك ، وليس لأحد أن يقبل منه شيئاً بلا عوض ، والحكم عليه بالتفليس من قبل الحاكم إنما يصح إذا كانت الديون أكثر من أمواله ، وكانت حالة على شرط أن يتقدم الغرماء بطلب من الحاكم بتفليسه ، وأضافوا إلى ذلك أن الدائن له أن يمنع المدين من السفر ، ولو لم يكن الدين مستغرقاً لتام المال ، إذا كان السفر طويلاً بنحو يحل أجل الدين في حال غيابه .

ومجمل القول أن الدائنين أن لم يطلبوا من الحاكم تفليس الغريم لهم أن يمنعوه من جميع التصرفات الموجبة لنقص أمواله ، إلا ما جرت العادة عليه كالصدقات القليلة ونحوها من النفقات التي لا يبد منها ، وأن طلبوا تفليسه من الحاكم لا يجبر عليه إلا بالشروط السابقة ، وإن لم يرفعوا أمرهم إلى الحاكم وطلبوا الغريم فتهرب منهم ، فلم يمنع من التبرعات وجميع التصرفات المالية سواء أوجبت نقص أمواله له أم لا (١) .

وجاء في بداية المجتهد لابن رشد أن الدين إذا استغرق أمواله ، وظهر ذلك للحاكم فإن كان ملياً ، فقد رجع الجمهور أن الحاكم يتولى بيع أمواله ، لمصلحة غريمه ، وإن لم يكن ملياً حكم عليه بالافلاس وجبر عليه أن يتصرف في أمواله ، ونسب ذلك لمالك والشافعي ، كما نسب لابي حنيفة وغيره من فقهاء العراق ، أن الحاكم ليس له أن يجبر على المفلس ولا أن يتصرف في أمواله قسمة وتوزيعاً وله أن يجبره حتى يدفع إليهم أموالهم .

(١) انظر المصدر السابق ص ٣٧٣ وما بعدها .

مرض الموت

٨

هذا النوع من العوارض اشبه بسابقه ، ذلك لأن المرض لا يسلب الانسان اهلية التصرف من حيث ذاته ، بمعنى انه لا يجعل الانسان غير صالح للزام والإلتزام بنحو يصبح فاقداً لاهلية الاداء كالجنون والصغر والنوم ونحو ذلك بما لا يتحقق معه القصد لمداول العقد ، ويؤثر على شعوره ومداركه ، فالاهلية فيه كاملة من جميع جهاتها ، ولكن تأثير المرض على اهلية التصرف عند القائلين بذلك من الفقهاء بالتعبد الشرعي مراعاة لمصلحة الوارث ولأجل ذلك ذهب جماعة من الفقهاء الى ان تصرفات المريض بالهبة والبيع باقل من الثمن ونحو ذلك انما تصح فيما يعادل ثلث امواله ، وليس ذلك لأن حق الوارث متعلق بالزائد على الثلث بل لأن الشارع قد اعتبر المرض المؤدي الى الموت كغيره من العوارض التي تحد من سيطرة المالك وسلطنته على ملكه ارفاقاً بحال وراثته وتقديماً لمصلحتهم على مصلحة غيرهم ، ويختص ذلك كما يبدو من الأدلة بالتصرفات المجانية كالهبات والعقود والوقف مثلاً ، وبالعقود التي تكون باقل من الثمن الواقعي ، ولا يشمل البيع بالثمن المتعارف ولا صورة ما لو وجب عليه في مرضه ان يصرف قسماً من الاموال لسبب كان قبل حدوث المرض ، كما لو نذر في حال الصحة ان يعطي الفقراء ، وكما لو افطر في شهر رمضان ووجبت عليه كفارة الأفطار عمداً ، او كفارة اليمين والعهد ، او اتلف في حال مرضه ، او احتاج الى التصرف بماله لمؤننه ومؤنة من يعول به حتى ولو كان ضعيفاً ، هذه التصرفات واشباهها تصح من

المالك ولو استهلك جميع امواله كما يبدو ذلك من النصوص الفقهية المدونة في مجاميع الفقه .

قال السيد كاظم في كتابه منجزات المريض : ان العقود المعاوضة كالبيع بضمن المثل والصلح والاجارة كذلك والهبة المعاوضة ونحوها فانها خارجة من اصل المال ، وكذلك اذا دفع المال لحفظ عرضه او نفسه او من يعول به او لحفظ ماله وان وقعت جميعها في حال المرض المؤدي الى الموت .

كما وان التصرفات الحاصلة من المريض اذا لم تتعلق مباشرة بالمال لا تدخل في النزاع الجاري بين الفقهاء في هذه المسألة ايضاً ، كما لو ضمن المريض المال عن ذمة الغير تبرعاً ، او جعل نفسه كفيلاً لغيره ، فهذا ونحوه مما لا يتعلق بالمال مباشرة ليس للورثة الحق في معارضته ولو انتهى الحال الى غرامة المضمون وما على المكفول ، لان المريض لم يتصرف في حال مرضه بامواله وانما تصرف في ذمته ، والذمة لا تضعف بالمرض ولا بالافلاس والسفه كما بينا سابقاً ولذا فان التحجير على المفلس والسفيه لا يمنعها من التصرف في ذمتها بالضمان والشراء ونحو ذلك من التصرفات التي لا توضح حقوق الآخرين المتعلقة باموالهم ، فمما يحصل للمريض من التعهدات والالتزامات العائدة الى ذمته تصع منه وان انتهت بالنتيجة الى غرامة المضمون والمال الذي على المكفول ، وتصبح بعد الاستحقاق من جهة الديون التي تخرج من اصل المال ، ولا تدخل في النصوص التي تدل على ان تصرفات المريض بيعاً وشراء بأقل من الثمن وغيرهما كالهبات والاعتاق ونحو ذلك انما تنفذ من ثلث المال ، لأن الاستفادة من تلك النصوص التصرف المتعلق بالمال مباشرة .

فقد جاء في بعضها رجل وهب ماله في مرضه ، وامرأة وهبت صداقها لزوجها في مرضها ، قال (ع) : جاز له ما وهبته من ثلثها (١) .

(١) انظر بلغة الفقيه منجزات المريض .

اما التصرف في الذمة كالا مثله السابقة فلا تشملها النصوص التي تحدد من صلاحية المريض في حال مرضه على ان جماعة من فقهاء الشيعة منهم المحقق في الشرائع قد اطلقوا هذا النوع من التصرف بالتصرفات المتعلقة بالمال مباشرة ، بحجة ان الاستفادة من هذه النصوص مراعاة مصلحة الوارث والمتحصل منها ان كل تصرف يتنافى مع مصلحة الوارث ، ولم يكن للمالك مصلحة فيه هذا النوع من التصرف لا ينفذ الا في ثلث امواله سواء تعلق بأمواله مباشرة او تعلق بذمته وسرى منها الى المال كما لو ضمن او تعهد بالمال ونحو ذلك .

ومهما كان المال فعدم نفوذ التصرفات المالية فيما زاد عن ثلث المال مراعاة لمصلحة الوارث كما ذكرنا ، لا يعني ان الزائد عن الثلث قد تعلق به حق الوارث بمجرد المرض المؤدي الى الموت كتعلق حق الغرماء في اموال السفيه ، ولم يتضح من النصوص ان المنع عن هذا النوع من التصرف لأجل ذلك ، وعن الجائز القريب ان يكون التحجير على المريض في حال المرض من الاحكام التعبدية للتوفير على الوارث . ولا بد في المرض الذي يحدد من صلاحية الانسان في التصرفات المالية ، ان تتوافر فيه امران ، الأول : ان يكون من الامراض التي يخاف منها الموت في الغالب كما نص على ذلك بعض الفقهاء . الثاني : ان يحدث الموت بسببه ، فاذا اجتمع الامران يتم الموضوع لهذه المسألة .

وبتعبير اكثر وضوحاً المراد بمرض الموت ، هو ان يكون الشخص نفسه بعالة مرضية يكثر فيها الموت عادة بنحو يكون المريض متوقعاً للموت في مرضه ولذلك يتخذ مثل هذه الاحتياطات في امواله بهذا النوع من التصرفات ، فاذا بلغ الانسان هذه المرحلة وتصرف في امواله بالهبة والبيع باقل من الثمن الواقعي لا تنفذ تصرفاته بازيد من ثلث ماله عند اكثر الفقهاء .

اما تحديده بما لا يقدر صاحبه على الصلاة قائماً ، وبمن لا يستطيع المشي الا مستعيناً بغيره ، وبكونه صاحب فراش وبمن يعجز عن النظر في مصالحه ، هذه

التعديلات لم ترد في النصوص التي تعرضت لحكم هذه المسألة ، وإنما هي من نوع الاجتهاد في الموضوع الخارجي المبني على الحدس والظن ، وقد اورد السيد كاظم في ملحقات شرحه لمكاسب الشيوخ الانصاري اقوالاً كثيرة لجماعة من الفقهاء في تحديد المرض ، واختار أخيراً المعنى الذي ذكرناه أولاً ، إلا انه استثنى الامراض المزمنة التي تعيش زمناً طويلاً مع اصحابها ، وصحح جميع التصرفات التي تقع في اثائها ما عدا التصرفات التي تقع في الجزء الاخير من حياة المريض .

وقد الحق بعض فقهاء الشيعة التصرفات الواقعة في الحالات المخوفة اذا تعقبت الموت بالتصرفات الواقعة في المرض ، ومثل لذلك بما لو باع في حالة الحرب باقل من الثمن ، وبما لو باعت امرأة او وهبت اموالها في حال الولادة ، وبما لو باع الغريق او وهب وهو يغالب الامواج ، وغير ذلك من الحالات التي يغلب فيها الهلاك والموت عادة (١) .

ونص الدكتور محمد يوسف علي ذلك في كتابه المدخل لدراسة الفقه الاسلامي قال في الكتاب المذكور : ولأن المهم في اعتبار مرض الموت ، هو غلبة الظن بحدوث الموت بعده ، الحق الفقهاء به حالات عديدة ليس فيها مرض ، مثل ركاب السفينة لو جائتهم ريح عاصف ، والأسرى لدى دولة اعتادت ان تقتل من يقع اسير بيدها ، ومن قدم للقتل قصاصاً وهو لا يرجو عفو اولياء المقتول (٢) .

والفرق بين الأمراض المزمنة وغيرها بالنسبة الى هذه المسألة كما جاء في ملحقات حاشية السيد كاظم من حيث ان التصرفات الواقعة في اثناء المرض المزمن لا فرق بينها وبين التصرفات الواقعة في حال الصحة ، هذه التفرقة قد اقرها القانون المدني المصري ، وجاء في المادة ١٥٩٥ ان مرض الموت هو الذي يخاف فيه الموت

(١) انظر ملحقات شرح المكاسب للسيد كاظم اليزدي مبحث منجزات المريض .

(٢) انظر المدخل للدكتور محمد يوسف ص ٢٤٢ .

في الاكثر ويموت على هذه الحالة ، وقد مضى عليه سنة صاحب فراش كان او لم يكن ، وإن اقعده المرض دائماً يكون في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، ما لم يشتد مرضه ، ويتغير حاله ، ولو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة تكون العبرة بحاله من حين التغير الى وقت الوفاة (١) .

ومجمل القول انه لا ينبغي التردد في ان مرض الموت ، هو عبارة عن المرض الذي يموت بسببه الانسان من غير فرق بين انواعه ومراتبه ، وليس في النصوص الشرعية ما يشعر بتحديد المرض من حيث نوعيته ومرتبته ، ولا يبعد استثناء الامراض المزمنة التي تعيش مع الانسان شطراً كبيراً من حياته ، واعتبار التصرف الواقع في المرحلة الاخيرة من حياته التي رافقها المرض من مصاديق هذه المسألة كما ذكرنا .

ولا بد للقائلين بأن تصرفات المريض بامواله لا تنفذ الا من الثلث ، وفيما يزيد عنه لا بد من اجازة الوارث ، لا بد لهم ان يلتزموا بأن حدوث الموت بعد المرض يكون كاشفاً عن ان سلطنة المالك على ملكة لا تتعدى حدود الثلث ، وبذلك يكون للموت مفعول رجعي بالنسبة الى التصرفات الواقعة في حالة المرض كالبيع باقل من الثمن والهبة ونحوهما ، ذلك لأن الانسان حال حياته له ان يتصرف بماله بجميع انحاء التصرف ، والمرض بمجرد اضعاف سلطنة المالك ، ولكن الموت المقارن للمرض قد اعتبره الشارع موجباً لقصر سلطنة المالك على جزء من الاموال التي بيده من حين حدوث المرض .

ومن مجموع ذلك تبين ان المرض لولا الدليل الشرعي لا يوجب اضعاف اهلية الانسان عن التصرف في امواله وفي ذمته ، ما لم يؤثر المرض على عقل الانسان ويسلبه ارادته واختياره ولذلك كان هذا الحكم مخصصاً للقواعد العامة التي

(١) المصدر السابق ١٤٣ .

تدل على نفوذ جميع تصرفاته مهما كان نوعها ، كقاعدة السلطنة المستفادة من
عمومات الكتاب والسنة ، والعمومات الدالة على حلية البيع ووجوب الوفاء به ،
بالإضافة الى استصحاب بقاء السلطنة المطلقة التي كانت له في حال الصحة ، لانه كان
يملك التصرف المطلق قبل مرضه ، ومقتضى الاستصحاب بقاءها لو شككنا في
تأثير المرض المقترن بالموت وعدمه .

وطرو المرض في زمان الشك لا يمنع من جريان الاستصحاب ، لأن السلطنة
من الأحكام الوضعية الثابتة للمكلفين مع قطع النظر عن الحالات والأعراض
اللاحقة لهم ، ومعنى ذلك أن الذي كانت له السلطنة هو المكلف لا يشترط كونه
صحيحاً ، فالشك في بقاء السلطنة في حالة المرض لا يوجب تبديلاً في موضوع
الاستصحاب (١) .

وعلى كل حال فقد رجح أكثر الفقهاء تساوي المريض والصحيح من حيث
بقاء السلطنة المطلقة ونفوذ تصرفاته من أصل المال ، ومصدر الخلاف بين فقهاء
الامامية في هذه المسألة اختلاف المرويات عن الائمة (ع) ، فقد نصت جملة منها على
نفوذ تصرفات المريض في مرضه من أصل ماله كما نصت طائفة أخرى منها على
أن معاملاته باقيل من الثمن وهباته لا تنفذ الا في ثلث ماله كما هو الحال في
الوصايا المعلقة على الموت ، وبما أن المرويات التي تنص على بقاء السلطنة المطلقة
للانسان ما دامت فيه الروح أصرح من المرويات التي تحد من سلطنته في مرض
الموت وأكثر وأصح سنداً تمسك بها أكثر الفقهاء والتزموا بتأويل تلك وحملها على
الوصايا المضافة الى ما بعد الموت ، وقد جاء في جملة منها : ان الانسان احق بماله

(١) على انه يمكن تصوير الاستصحاب بشكل اخر ، بان نقول : ان الانسان في حال صحته
كان لو تصرف ينفذ تصرفه من اصل ماله ، فلو تصرف في مرضه وشككنا في نفوذ تصرفه من
الاصل او من الثلث بسبب اتصال موته بمرضه ، فنستصحب بقاء نفوذ تصرفه من اصل ماله ، ولا
يلزم من ذلك اي محذور كما هو ظاهر .

ما دامت فيه الروح ، وفي بعضها الآخر ، هر ماله يصنع به ما يشاء (١) .

والظاهر أن الرأي الثاني هو الشائع المعمول به بين فقهاء المذاهب الأربعة ، فلقد جاء في نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس : ان الشريعة الاسلامية قررت حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به ، بأن لا تكون هذه التصرفات نافذة في حق الوارث الا في حدود الثلث من التركة ، وأضاف الى ذلك أن المادة ٩١٦ من الفقه المدني نصت على أن كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويقصد به التبرع يعتبر مضافا الى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف (٢) .

ومهما كان الحال فاني لم أقصد بالتعرض لهذه المباحث الفقهية التحقيق العلمي ، وتميز الصحيح من غيره وانما أردت من هذا العرض الموجز لأراء الجعفرين وغيرهم من الفقهاء ، التمهيد للموضوع الذي وضعت هذا الكتاب من أجله ، وهو نظرية العقد لاتصالها الوثيق بموضوع الكتاب ، ولا بد لنا وقد انتهى بنا البحث عن تأثير المرض على أهلية المتعاقدين ، أن يشير الى مقدار تأثيره على اقرارات المريض المتعلقة بامواله سواء تعلقت بالأعيان الخارجية أو بدمته .

ويبدو أن الخلاف الواقع في تصرفات المريض كالبيع والهبات ونحوهما واقع في اقراراته المالية بشكل أوسع من الخلاف في غيره من التصرفات ، والاراء فيه

(١) لقد وردت الجملة الاولى في اربع روايات لعمار السايطي عن ابي عبد الله الصادق (ع) وروى عنه كل من سماعة وابي بصير ، ان المال ماله يصنع به ما يشاء ، وروى عنه جماعة من تلاميذه انه قال : للرجل عند موته الثلث والثلث كثير ، وورد هذا المضمون مكرراً في عدد من الروايات ، ولكن لما كانت تلك اصرح وموافقة للقواعد العامة تمسك بها اكثر الفقهاء والتزموا بحمل هذه الطائفة على الوصية وغير ذلك من التاويلات التي تناسبها ، انظر منجزات المريض للسيد كاظم ، والبلغة للسيد محمد بحر العلوم ، والجواهر كتاب الحجر .

(٢) انظر نظرية العقد ص ٣٦٨ .

أكثر تشعباً من آرائهم في المسألة الأولى ، وقد انماها في الجواهر الى العشرة ، ولكن أشهر الأقوال هو القول بأنها من الأصل مطلقاً مع التهمة وعدمها ، وسواء كان المقر عادلاً أو لم يكن ، وسواء كان لوarith أو لغيره من الناس (١) ويأتي بعده من حيث اشتهاه بين الفقهاء ، القول بالتفصيل بين التهمة وعدمها ، بمعنى ان المقر اذا كان متهماً في اقراره كان اقراره نافذاً من ثلث ماله ، وان لم يكن متهماً يكون كالأقرار الصادر من الصحيح ، ومصدر الخلاف الواقع بين الفقهاء في هذه المسألة ، هو النصوص المروية عن الائمة (ع) فيها ، ولكل واحد من الأقوال العشرة شاهد من تلك الرويات .

والذي ادعاه السيد كظم في الرسالة التي ألفها في منجزات المريض ، ان القول بنفوذ الأقرار من الثلث على جميع التقادير لم يجزم به أحد من الفقهاء ، وان القول بالتفصيل بين التهمة وعدمها ليس بعيداً عن مؤدى النصوص الواردة في المقام بملاحظة سياقها والملابسات التي تحيط بها .

ومن ذلك ما جاء عن بيع السابري ، قال سألت ابا عبد الله الصادق (ع) عن امرأة استودعت رجلاً مالاً فلما حضرها الموت ، قالت له : ان المال الذي دفعتك اليك لفلانة ، ثم ماتت المرأة ، فأتى أولياؤها وقالوا لقد كان لصاحبتنا مال عندك فاحلف لنا ان ليس لها مال قبلك ، فيحلف لهم قال (ع) : ان كانت مأمونة عنده فليحلف لهم ، وان كانت متهمة فلا يحلف لهم ، ويضع الأمر على ما كانت فانما لها من مالها ثلثه .

وروى ابو بصير عنه ايضاً ان المقر اذا كان مصداقاً نفذ اقراره في الجهة التي اقر فيها ، كما روى غيره عن الصادق (ع) ان المقر اذا كان مأموناً ينفذ اقراره من أصل المال ، وروى عنه ايضاً منصور بن حازم ان المقر اذا كان مرضياً صح

(١) كما ادعى ذلك الشيخ النجفي في الجواهر .

اقراره (١) ، الى غير ذلك من النصوص التي تشير الى انه لا بد من الاطمئنان الى صدق المقر فيما اقر فيه . والمراد من التهمة المانعة عن العمل بالاقرار هي عدم الاطمئنان الى وقوع المقر به خارجاً ، اما لان المقر من لا يوثق به بحسب العادة ، او لوجود بعض الامارات والقرائن التي ترجح كذبه فيما اقر به ، وان كان ممن يوثق به عادة (٢) .

ثم ان النزاع القائم بين الفقهاء في هذه المسألة لا يتخطى الاقرار بالدين ، او بعين من اعيان ماله لشخص اخر سواء كان قريباً ام بعيداً ، فلو اقر بغير ذلك يجب العمل بالاقرار وان استلزم تضرر الوارث ، كما لو اقر ببنة ولد ، او بزوجة امرأة ، او بحق خيار لشخص وكانت الفسخ موجباً لتضرر الوارث ، او بحق رهانة على العين ، او اقر بأن عليه مقدار من الصلاة والصيام ، او بحرية بعض عبيده ووقفية بعض املاكه وملكية منافع داره وبستانه لغيره ونحو ذلك بما لا يكون المقر به ديناً او عيناً من اعيان امواله ، وذلك لأن النصوص التي تعرضت لحكم الاقرار في مرض الموت لم تتعرض الا للاقرار بالدين والعين ، وبما ان اعطاء الاقرار حكم الوصية عند القائلين بذلك مخالف للأصول العامة القاضية بالزام المقر فيما اقر فيه ، فلا بد من الاقتصار على الموارد المنصوصة وهي خصوص الاقرار بالدين والاعيان الخارجية لا غير ، والاقرارات التي ذكرناها ، وان كانت قد تؤدي الى تضرر الوارث ، باعتبار انها تستلزم التصرف في اموال المورث ، الا انها لما لم تتعلق بالاعيان ولا بشبوت دين على المقر مباشرة لم تدخل في موضوع النصوص الواردة لبيان حكم هذا النوع من الاقرارات (٣) .

(١) والقائلون بالتفصيل المذكور جماعة من الفقهاء المتدعين والمتأخرين ، ومنهم السيد كاظم في رسالته منجزات المريض ، والسيد محسن الحكيم في رسالته منهاج الصالحين ، والسيد ابو الحسن في وسيلة النجاة وغيرهم .

(٢) انظر الجواهر ، ورسالة السيد كاظم في المنجزات ، مسألة اقرار المريض .

(٣) انظر المصادر السابقة ، وليس ببعيد ان يكون ذكر العين والدين في الروايات من =

ومهما كان الحال ، فلو نظرنا الى الاقرار من حيث ذاته فلا بد من نفوذه والزام المقر بما اقر به كما تنص على ذلك القواعد العامة والنصوص المروية عن الرسول (ص) والائمة (ع) فلقد جاء عنه انه قال : « اقرار العقلاء على انفسهم جائز » وقول المؤمن على نفسه اصدق من سبعين شاهداً .

وجاء عن احد الائمة (ع) انه قال : « لا اقبل شهادة الفاسق الاعلى نفسه » الى غير ذلك من النصوص الدالة على الزام المقر باقراره مطلقاً على جميع التقادير ، وبناء على ذلك ، فلو لم يتضح لنا من النصوص مانعية التهمة من نفوذ الاقرار وعدمها فيتبعين الرجوع الى الاصول العامة المقتضية لنفوذ الاقرار على جميع التقادير .

نعم لو قلنا بأن الاقرار في مرض الموت من جملة المنجزات وبنيينا على ان المنجزات لا تنفذ الا في ثلث المال ، او قلنا بأن الوارث في مرض مورثه ينبت له الحق في ثلثي ماله لو التزمنا باحد هذين الأمرين لا يكون هذا النوع من الاقرار من مصداق تلك الأدلة العامة ، اذ بناء على انه من المنجزات يتحم اعطاءه حكمها ، وبناء على ان حق الوارث في مرض مورثه يتعلق بثلثي ماله ، يكون اقرار المورث في الزائد عن ثلث المال اقراراً بحق الغير .

اما لو بنيينا على ان الاقرار مع التهمة لا ينفذ الا من الثلث كما رجع ذلك جماعة من مشاهير الفقهاء ، فلو صدرت بعض القرارات من المريض وحصل الشك في كونه متبها بها ام لا ، وكان المعنى المراد من التهمة معلوماً ، فلا يصح والحالة هذه الرجوع الى العمومات القاضية بنفوذ الاقرار مطلقاً لان الرجوع اليها في مثل هذه الحالات يلزمه اعطاء حكم العام لغير افراده (١) ولا يجوز نفي التهمة المشكوكة بالاصول العدمية ، الا بناء على صحة استصحاب

= باب المثال والمقصود هو الاقرار الذي يضر بحال الوارث سواء تعلق باموال المورث مباشرة او بالواسطة كما هو الحال بالنسبة الى الامثلة التي اوردناها .
(١) وهو المراد من قول الاصوليين : لا يجوز التمسك بالعام في الشبهات المصادقية .

العدم السابق على وجود الموضوع (١)، وقد رجع أكثر الأصوليين عدم الاعتداد بهذا الأصل لأن الأثر الشرعي مترتب على الموضوع المتصف بهذه الصفة أو بعدمها، وحينئذ يتعين نفوذ هذا النوع من الأقرارات في الثلث لا غير (٢) .

والخلاف الذي نقلناه عن الإمامية في أقرارات المريض، واقع بين فقهاء المذاهب الأربعة، إلا أنه عند الإمامية أوسع وأكثر تشعباً .

قال الدكتور محمد يوسف : وللمريض أن يقر بدين عليه لو ارث أو اجنبي، فإن كان لو ارث كان نفاذه بعد وفاته موقوفاً على إجازة باقي الوراث، لما في إقراره لأحدهم من تهمة أنه أراد إثاره ببعض ماله على حساب الآخرين، وإلى هذا الرأي ذهب أحمد بن حنبل .

والمراد بالوارث عندهم ما كان سبب الأثر متحققاً له وقت الإقرار واستمر إلى تاريخ الوفاة، فإن لم يتحقق الأمران، كان كالإقرار للأجنبي في نفوذه من الأصل، فلو لم يكن المقر ولد، وكان له أخ فاقر له بالمال ثم جاءه ولد قبل وفاته وبعد صدور الإقرار منه لأخيه لا ينفذ إقراره، ولو انعكس الأمر بأن لم يكن وارثاً حين الإقرار، ولكنه أصبح وارثاً حين الوفاة صح إقراره من الأصل، كما لو أقر إلى امرأة أجنبية عنه وتزوجها بعد ذلك لعدم كونه وارثاً حين الإقرار .

وقال في اعلام الموقعين : إقرار المريض لمورثه بدين باطل عند الجمهور للتهمة (٣) .

(١) وهو المعبر عنه في عرف الأصوليين بالعدم الأولي .

(٢) انظر رسالة السيد كاظم في المنجزات .

(٣) انظر المجلد الرابع من اعلام الموقعين ص ٣٧ والتفصيل بين الإقرار لوارث ولغيره ذهب إليه بعض فقهاء الإمامية، وهم بين من يدعي أن الإقرار للوارث من الثلث مطلقاً، وبين من يرى أنه مع التهمة ينفذ من الثلث وبدونها يكون من الأصل، وقد روى إسماعيل بن جابر عن الإمام الصادق (ع) ما يزيد هذا التفصيل .

ورجع الشافعي مساوات الاقرار في المرض للاقرار في حال الصحة من غير فرق بين ان يكون للوارث او للاجنبي .

وقال المالكية ان المقر اذا كان متها من اقراره كان كالمبتدع وان لم يكن متها صح من اصل المال سواء كان لوارث او لاجنبي ، غير انه اذا كان لغير الوارث لا ينفذ الا بعد اخراج الديون الثابتة عليه قبل المرض سواء ثبتت عليه بالاقرار ، او البنية او بمعينة من شهودها كانت اسباب تلك الديون ، ولم يفرق الظاهرية بين اقرار المريض وغيره بالنسبة لتصرفاته المالية من حيث نقودها من اصل المال على جميع التقادير والاحتمالات كما هو الحال في الاقرارات الصادرة من الصحيح (١) والظاهر ان الاختلاف الواقع بين فقهاء المذاهب الاربعة فيما يعود لقرارات المريض كما ذكرنا ، هذا الاختلاف لا يشمل بقية التصرفات التي تصدر منه كالمبيعات والبيع بأقل من الثمن ونحو ذلك وانما اذا وقعت في مرض الموت تنفذ من ثلث المال .

وجاء في منار السبيل في الفقه الحنبلي ان المريض يحجر عليه ان يتصرف باكثر من ثلث ماله ، فاذا تصرف باكثر من الثلث لا بد من اجازة الوارث ، فهو في هذه الحالة كالمدينون المفلس لا يملك التصرف فيما يزيد على ثلث المال (٢) .

(١) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٢٤٧ و ٢٤٨ .

(٢) انظر منار السبيل للشيخ ابراهيم بن محمد بن سالم ص ٣٧٧ ، وغاية المنتهى في فقه

الحنابلة .

العقد

٩

لقد استعرضنا في المباحث السابقة بعض المواضيع الفقهية قبل الدخول في صلب الموضوع الذي سنحدث عن آراء الجعفرين فيه وآراء غيرهم من مدنيين وشرعيين ، ذلك لأن المواضيع التي عرضنا الجانب المهم منها تتصل بموضوع الكتاب اتصالاً وثيقاً يسهل على الباحث التوصل الى الحلول الصحيحة لاكثر المشاكل التي تعترض المؤلف في العقود ، فمسألة الحق والحكم ، والفرق بينها وبين الملك من جهة اخرى ، هذه المسألة بالاضافة الى صلتها المباشرة بالعقود ، قد اعتاد المؤلفون في هذه المواضيع على الحديث عنها في مباحث العقود .

وقد تحدثنا عن الذمة واهليه المتعاقدين وعوارض الاهلية ، كالجنون والسفه والمرض والفلس ونحو ذلك باعتبار ان سلامة المتعاقدين من هذه العوارض من الشروط التي لا تتم المعاملة بدونه ، لذلك ولغيره من الملابسات قد عرضنا الجانب المهم من تلك المواضيع عند الشرعيين والمدنيين تمهيداً لموضوع الكتاب .

وبعد هذه الدراسة الاجمالية لتلك المواضيع تنتقل الى دراسة العقد عند الجعفرين حسب الفصول التالية :

الفصل الاول في تكوين العقد .

الفصل الثاني في المتعاقدين وشروطها .

، ، الثالث في محل العقد وتوابعه .

، ، الرابع في انحلال العقد واقسام الخيارات .

، ، الخامس في الشروط واحكامها .

الفصل الاول في تكوين العقد

لقد نص الفقهاء ان المواضيع الفقهية تنحصر في الامور الاربعة التالية ،
العبادات ، والعقود والايقاعات ، والأحكام الجزائية ، وتشمل هذه احكام
الجنابات على النفس واحد الاعضاء واحكام السرقات وغير ذلك من العقوبات التي
فرضها التشريع الاسلامي على بعض المخالفات بما هو من وضائف الحاكم الذي
يتولى شؤون الامة وادارة امورها .

اما العبادات بالمعنى الأنفص ، فهي عبارة عما يجب الاتيان به بقصد التقرب
وهذه تشمل العبادة البدنية كالصلاة والصيام والحج ، والمالية كالاخماس والزكوات
وبالمعنى الاعم تشمل بالاضافة الى ما ذكرنا الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ،
والقضاء والولاية ونحو ذلك .

واما الايقاعات ، فهي عبارة عن الطلاق والعتق والوصايا العهدية وغير ذلك
بما يتم بالانشاء من طرف واحد ، وفي مقابل ذلك العقود التي لا تتم الا بالانشاء
من الطرفين ، كالبيع والصلح والاجارة ، والنكاح والضمان والمزارعة والعارية
والوديعة ، ومن امثلة ذلك العقود التعليقية ، وهي عبارة عما يكون المنشأ بالصفة
معلقاً على حصول امر ، كالسبق والرماية ، والجعلالة بناء على انها لا تتم الا بالقبول
ولكل واحد من هذه العقود احكام تخصه واثار لا تترتب على سواه ، وقد تكلم

الفقهاء عن كل واحد من هذه العقود من حيث موضوعه واثره وموارد انحلاله وشروطه .

واذا رجعنا الى المعنى اللغوي لكلمة العقد الذي هو عبارة عن المعاهدة الحاصلة من الالتزام والالتزام ، الذي لا بد له من طرفين ، نرى ان الفقهاء توسعوا كثيراً في اطلاق العقد على مثل العارية والوديعة والوقف وغير ذلك مما ليس فيه التزام من كلا الطرفين ، ذلك لأن العقد بمعناه اللغوي يؤدي معنى الترابط من الطرفين ، والعارية والوديعة لا يؤيدان هذا المعنى ، اذ ليس فيها اي التزام لاحد الطرفين بشيء ، سواء قلنا ان نتيجة العارية اباحة الانتفاع ، او تملك الانتفاع ، ولكن المسوغ لتسمية هذه النوع من المعاملات بالعقود هو توافق الارادتين في الوديعة والعارية ، باعتبار ان القبول لا بد منه فيها ولو بالفعل ، وهذا المقدار من الترابط والتوافق فيها هو المسوغ لعدمها من العقود ولو تجوزا .

ومها كان الحال فواء كانا من افراد العقد او كانا خارجين عنه موضوعاً فهما حسب الاصطلاح الفقهي من جملة العقود ، واذا فسرنا العقد بطلاق التعهد كما يظهر من بعض الفقهاء فتكون هذه العقود من الافراد الحقيقية للعقد ، وتشملها الادلة العامة التي تدل على وجوب الوفاء بالعقد كقوله تعالى : اوفوا بالعقود ، والا ان تكون نجارة عن تراض منكم وغيرهما ، والمستفاد من هذه الادلة وجوب الوفاء بالعقد حسباً يقتضيه العقد في نفسه وبحسب دلالة اللفظية ، فالبيع مثلاً باعتبار انه عبارة عن انشاء كل من الطرفين تملك ماله للآخر في مقابل تملك الآخر ، فوجوب الوفاء به هو عبارة عن التزام كل منهما بما الزم نفسه به ، فعدم الالتزام بدلول العقد نقض للتعهد الحاصل من كل منهما ولازم ذلك لزوم العقد وعدم زوال اثره بمجرد رجوع احدهما بما الزم نفسه به ، فيكون اللزوم الثابت للمعاملة مستفاداً من الحكم التكليفي القاضي بوجوب احترام المعاهدة الحاصلة بين الطرفين ، وبالنسبة الى

الوديعة والعارية والهبة ، فمعنى وجوب الوفاء بكل واحد من هذه العقود ، هو العمل بما يقتضيه عقد الوديعة او الهبة مثلاً وحيث ان عقد الوديعة لا يقضي اكثر من ابداع المال عند شخص لحفظه وعقد الهبة يقتضي تملك العين بلا عوض ، فيكون المعنى المتحصل من وجوب الوفاء بهما ، هو وجوب حفظ العين في عقد الوديعة وملكية الموهوب له للعين الموهوبة ، لان عقد الوديعة والهبة لا يقتضيان اكثر من ذلك (١) .

ورجع الحونساري في كتابه منية الطالب ان لزوم العقد من الأحكام الوضعية كالملكية والرقية والولاية ، وهذه يصح ان تكون مجمولة من قبل المشرع ابتداء ، وعليه يكون المقصود من قوله تعالى : اوفوا بالعقود ، هو لزوم المعاملة كما التزم بها الطرفان امضاء لما استقر عليه امر الناس من الزام انفسهم بما يلتزمون به ، والعقد بنفسه لا يقتضي اكثر من تبديل مال كل من الطرفين بمال الآخر مطابقة ، ويلزمه التزام كل منهما بما الرم به نفسه ، وقد امضى الشارع التزامهم هذا وامر بالوفاء به ، كما هو المستفاد من قوله سبحانه : اوفوا بالعقود ، وامثالها من القواعد العامة التي تدل على وجوب الوفاء بالعقد ، وسواء كان اللزوم تبعياً مستفاداً من الحكم التكليفي القاضي بوجوب احترام التعهد الحاصل بين الطرفين ، ام كان مجمولاً بالاصالة ، تكون العقود بكاملها من مصاديق العقد الذي نصت الآية على وجوب الوفاء به ، ويكون المستفاد منها وجوب الوفاء بكل عقد حسبما يقتضيه العقد من حيث دلالة اللفظية ، ولا نحتاج الى القول بأن المراد من وجوب الوفاء هو العمل بما يقتضيه العقد من حيث لزومه وجوازه لتكون العقود الجائزة مشمولة للاية الكريمة ، وذلك لأن العقد من حيث ذاته مهما كان نوعه لا يقتضي اللزوم ولا الجواز بحسب دلالة (٢) .

ومهما كان الحال فالعقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة والعارية والهبة على حد

(١) انظر مكاسب الشيخ الانصاري مبحث الخيارات .

(٢) انظر منية الطالب في شرح المكاسب للحونساري مبحث الجيارات .

تعبير بعض المؤلفين في الفقه الغربي هذه العقود من افراد العقد عند الفقهاء الشرعيين ، وتشملها الأدلة العامة التي وضعت لتشريع العقود ووجوب الوفاء بها من غير فرق بينها من هذه الناحية .

والفروق المتصورة في المقام تنحصر بالامور التالية :

الأول ان العقد الملزم من الجانبين يمكن فسخه اذا اخل احد المتعاقدين بالتزاماته كلها او بعضها ، وذلك فيما لو اتفق على ان عدم وفاء احدهما بالتزاماته يسوغ للطرف الآخر فسخ العقد ، وهذا الاتفاق لا يحدث اي اثر في العقود الملزمة لجانب واحد ، لأن الطرف الثاني ليس ملزماً بشيء فلا يصدق في حقه الامتناع من الوفاء ليسوغ للطرف الآخر ان يتحلل من التزاماته ، وليس له اي لمن ليس ملزماً بشيء في هذه الحالة الا الزامه بتنفيذ التزامه (١) .

وقد نص الجعفريون في فقههم على الفرق بين هذين النوعين من العقود بما يرجع بالنتيجة الى ما ذكره الدكتور مرقس ، فقد اتفقوا على انه لو حصل شرط في العقد او اتفاقاً ضمناً على انه لو لم ينفذ احد المتعاقدين بما التزم به يكون للآخر الحق في فسخ العقد ، ولا يجري ذلك في العارية والوديعة لو اخل المستعير ، والودعي بما عليه للمعير والمودع ، لأن حق استرجاع العين ثابت لهما على كل حال وانما الذي يحدث لهما انه لو اتلف العين التي بيده على سبيل الاستعارة او الوديعة ، او تلفت بسبب تهاونه بها عليه ان يفرمها للمالك (٢) .

الثاني انه في العقود الملزمة للطرفين لو تمتع احدهما عن تنفيذ التزاماته كما لو سلم العوض الى الطرف الآخر ، فإن لم يستعمل حقه في الفسخ له ان يقف منه موقفاً سلبياً ويمتنع عن تسليمه العين التي بيده وعن الوفاء بالتزاماته ما دام هو

(١) نظرية العقد للدكتور مرقس ص ٧٣ ٢ - انظر مبحث الخيارات من الجواهر والمكاسب خيار تخلف الشرط

بممتنعاً ، وهذا المعنى لا يتصور في العقود الملزمة من طرف واحد (١) .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في هذه المسألة : اذا لم يبدل البائع المبيع وأراد حبه خوفاً من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف والمشتري حسب الثمن في مثل هذه الحالة ، وعلل ذلك بأن عقد البيع مبني على التقايض من كلا الطرفين ، لان كلا منهما قد التزم للآخر تسليم العين التي ملكه اياها بالبائع ، ونتيجة هذا الالتزام عدم كون كل منهما ملزماً بتسليم ما بيده اذا تمتنع الآخر عن التسليم لان المتعاقدين قد وضعوا كلا من الثمن والمثمن في مقابل الآخر ، ولا يجري ذلك في العقود الملزمة لاحد الطرفين على حد تعبير المؤلفين في الفقه الغربي ، وذلك لان للمعير دائماً ان يرجع عن العارية ، وليس للمستعير الحق في اي تصرف في مقابلته ، كما وان المستعير لو تمتنع من ارجاع العين لمالكها ، فلها لك اجباره على ارجاعها او تغريمه اياها .

الثالث انه في العقود الملزمة لاحد الطرفين لو تلفت العين المستعارة او المودعة بدون سبب يرجع الى المستعير والودعي لا يحدث ذلك اثرأ بالنسبة للطرف الآخر ، ويتحمل تبعه تلف العين مالكة وحده وتبرأ ذمة الطرف الآخر منه ، وبالنسبة الى العقود الملزمة للطرفين لو هلك المبيع وهو في يد بائعه يتحمل وحده تبعه هلاكه ويتحمل الطرف الآخر من جميع التزاماته للبائع بسبب انفساخ العقد ، وليس للبائع ان يطالب المشتري بشيء ، ومن امثلة ذلك ما لو تلفت العين المستأجرة بدون سبب يعود على المستأجر فينفسخ العقد ، ويتحمل المالك وحده خساره العين واثر ذلك بالنسبة الى المستأجر انه يتحمل من جميع التزاماته المقابلة لالتزامات المؤجر (٢) .

ولا يخفى ان التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين كالبيع والاجارة ونحوهما ،

(١) انظر نظرية العقد ص ٧٣ - انظر نظرية العقد ص ٧٤ الخيارات من المكاسب وكتاب الاجارة عن الجواهر .

وبين العقود الملزمة لأحد الطرفين على حد تعبير المؤلفين في الفقه الغربي ، هذه
هذه التفرقة مستمدة من طبيعة تلك العقود كما يبدو ذلك بعد التأمل في مقتضياتها
أما تسمية تلك بالعقود الملزمة للطرفين ، وإعطاء العارية والوديعة صفة الإلزام من
جانب واحد ، هذا التوصيف من مختصات الفقه العربي لأن اعتبار الوديعة والعارية
عقدان ملزمان من طرف واحد من حيث أن الودعي ملزم بحفظ الوديعة ،
والمستعير ملزم بحفظ العارية إنما هو من حيث أن الأعيان المستعارة والمودعة
أمانة في يد المستعير والودعي ، والأمين مسؤول عما في يده فيما لو تهاون أو قصر في
حفظها ، والعقد فيها لا يقتضي أكثر من تسلط المستعير على الانتفاع بالعين في
العارية واستئثار الغير في الوديعة ، فالزام المستعير والودعي بحفظ العين من
مقتضيات كونها أمانة في يده لا غير لا من مقتضيات عقدية ، نعم يصح هذا
التوصيف في الوقف بناء على أنه من العقود ، حيث أنه يحدث إلزاماً للواقف بما
الزم به نفسه بعد إقباض العين الموقوفة على الجهة التي وقفت عليها من غير فرق بين
الوقف العام أو الخاص ، ومهما كان الحال فاعتبار الوديعة والهبة والعارية والوقف
من العقود ناتج عن التوسع في مفهوم العقد ، وعدم الجمود على المعنى اللغوي الذي
يشير إلى الشدة والارتباط الذي لا يكون إلا من طرفين ، وعليه يكون المصحح
لعد هذه التصرفات من العقود بنظر الفقهاء ، لما فيها من معنى العزم على العقد ، وانعقاد
النية عليه ، وربط نيته بإرادته ، وهذا الربط هو المصحح لإدخال هذه التصرفات في
العقود ، واستيعاب العقد لمثل هذه الأنواع ليس من مختصات الجعفرين ، فلقد
توسع فيه الحنابلة والشافعية والمالكية ، وأضافوا إلى ما ذكرناه جميع أنواع
التبرعات كالهبات والصدقات والوصية ، وإن كان المنسوب لبعضهم أن العقد
مقصود على التصرفات القائمة بين طرفين بنحو تنشأ عنه التزامات تقوم بينهما (١) .

وقال الأستاذ أحمد إبراهيم في مقال له بعنوان العقود والشروط والخيارات

(١) انظر المدخل للدكتور محمد يوسف ص ٣٢٢ .

نشر بمجلة القانون والاقتصاد . فهل تسمى هذه التصرفات التي تتم بالإيجاب وحده من اعتناق وإبراء وطلاق ونحو ذلك عقود أو لا تسمى بذلك ؟ لا شك في أنها عقود بالمعنى الأعم للعقد ، إذ هي أمور وقعت في نفس المتزم أولاً وعقد عليها نيته ، أو عزم عليها عزمًا أكيداً ، ثم إبان عنها باللفظ أو ما يقوم مقامه ، واذن يكون للعقد معنى عام يتناول جميع التصرفات والالتزامات التي يتوالت عليها آثار شرعية ، ومعنى خاص قاصر على ما لا يتم فيه العقد إلا بالإيجاب وقبول ، فهي في الحقيقة التزامات معلقة على التزامات أخرى ، فيكون الالتزام فيها من الطرفين .

ورجع الأستاذ أبو زهرة في كتابه الملكية ونظرية العقد ، أن العقد لا يكون إلا بين طرفين ، وإذا كان من طرف واحد يكون التزاماً ووعداً .

ومن ناحية ثانية نرى أن الفقه المدني قد أعطى للعقد معنى أوسع مما هو عليه عند الشرعيين ، فاعتبر العقد والاتفاق من الكلمات المترادفة من حيث المعنى إذا كان الاتفاق موضوعاً لآثر من الآثار ، وبأي الأشكال وقع الاتفاق بين الطرفين .

مركز تقيت كميتر علوم رسيدي

وقد عرفه بعض الفقهاء الغربيين بأنه توافق ارادتين على أحداث أثر قانوني ، وذلك الأثر إما إنشاء التزام أو نقله أو تحويله أو تعديله ، وفرعوا على ذلك بأن مطلق توافق الارادتين لا يكون من العقود إلا إذا أحدث اثرًا قانونياً ، فإذا اتفق اثنان على أن يخرجوا للتنزه في وقت معين لا يكون اتفاقها وخروجها عقداً ، وكذا من دعا شخصاً لياكل معه ، لأن هذا التوافق لم يحدث اثرًا ، أما إذا اتفق جماعة على الاشتراك في رحلة أو حفلة في موعد معين ، وكان مفهوم هذا الاتفاق التزام كل منها بدفع شيء في مقابل هذا الاشتراك ، أو تعهد انساب بتقديم الطعام لشخص في مقابل عمل معين ، أو وعد شخص شخصاً في أن يحفظ له ودیعة بنحو يكون ملزماً بحفظها فجميع هذه الاتفاقات تكون من العقود ،

ومجرد الرضا بهذا التعاقد يكفي لانعقاد العقد من دون حاجة الى التعبير عن هذا الرضا في شكل مخصوص ، فيجوز لهما التعبير عن ارادتهما بأي وسيلة ، سواء باللفظ او الكتابة او الاشارة المفهمة ونحو ذلك ، وبأي كانت اللغة المستعملة بينهما في مقام التعبير عن الارادة ، بدون التقيد باستعمال لفظ مخصوص او عبارات بعينها ، فللاشخاص حريتهم المطلقة في شروط التعاقد وأوصافه واختيار نوع العقد الذي يريدونه ، وابتداع اخرى من العقود وفق حاجاتهم ، وحسب مشيئتهم (١) هذا مع قطع النظر عن طبيعة العلاقة موضوع التعاقد ، والاشخاص الذي يريدون التعاقد ، على نحو يشمل الاتفاقات التي تتم بين دولتين ولو كان موضوعها سياسياً صرفاً ، كالاتفاقات التي تتم في ايام الحروب ، ومواثيق عدم الاعتداء ، ولا يختص بما اذا كانت الالتزامات ذات قيمة مالية (٢) .

والنتيجة الحتمية لذلك هو اعطاء الارادة الحرة المطلقة والسلطنة الكاملة على انشاء العقد وتعيين الاثار التي تنشأ منه واعطاء صفة العقد لكل اتفاق يحدث اثرأ لمصلحة المتعاقدين او لإحدهما ، واتساع مفهوم العقد لكل اتفاق وللعارية والوديعة ونحوهما لم يعترف به القانون الروماني ، ولا الشرائع القديمة ، بل كانت العقد في نظرهما يتكون من اجراءات ومراسم وبعض الالفاظ ، ويجب ان تتم جميعها طبقاً لاوزاع معينة لتترب عليها اثارها ، واخيراً بدأت هذه النظرية تتطور ، فاستثنى القانون الروماني والتشريع الكنسي من هذه القاعدة الشكلية البيع والاجارة والشركة والوكالة ، ورجعاً انعقادها بمجرد توافق الارادتين كما استثنينا

(١) نظرية العقد ص ٤٦ و ٤٩ حيث نسبت ذلك لجماعة من رجال القانون .

(٢) وقد رجع بعضهم ان الاتفاقات المتعلقة بالاشخاص كالزواج مثلاً لا تعتبر عقوداً كاملة من حيث انها لا تنشئ التزامات مالية ، ومن خصائص العقد ان تكون الالتزامات الحاصلة منه ذات قيمة مالية كما نص على ذلك السنهوري انظر نظرية العقد ص ٤٨ .

الاتفاقات الشرعية التي تصبح عقوداً بمجرد الاتفاق بين عاقدتها ، وبقي القانون متمسكاً بالشكلية لبقية العقود الى ان بدأ رجال الكنيسة بالتخلص منها ، وانتهى بهم الحال الى ان اصبح الاخلال بالتعهد المالي من قبل المتعهد خطيئة دينية تتضمن معنى يستوجب العقاب ، واكره المتعهد المقصر على تنفيذ تعهده ولو بواسطة دعوى تقام عليه لدى المحاكم التي تخص الكنيسة ، وراجت فكرة الكنيسة فيما يتعلق بهذا الأمر بسبب كثرة المبادلات مع المدن التجارية الايطالية في أواخر القرون الوسطى مما اقتضى تسهيل التعاقد ، والغاء تلك القيود الشكلية ، هذا بالإضافة الى أن رجال الكنيسة حيناً رأوا أن القانون الروماني قد انتهى الى أن العقود الأربعة البيع والاجارة والشركة والوكالة وبعض الاتفاقات الشرعية تم بمجرد توافق الارادتين ظنوا أن هذا القانون نفسه قد قرر مبدأ سلطان الارادة ، النى جميع تلك الشكليات التي كان لابد منها أولاً . ومن ذلك يبدو أن مفهوم العقد عند المدنيين أوسع منه عند الشرعيين ، لأنه يتم عندهم بكل أنواع الاتفاقات مهما كان شكلها ، وبأي وسيلة حصلت اذا كانت ذات أثر ولو بالنسبة لأحد المتعاقدين ، وعلى هذا فالمعاطات من أظهر مصاديق العقود عندهم ، لأنها تشمل بالإضافة الى الاتفاق على التسليم والتسلم ، المؤكدين لتوافق الارادتين ، ولكن الشرعيين لم يتفقوا على كفاية التعاطي الفاقد للصيغة في مقام البيع فضلاً عن كونه من مصاديق العقد ، كما سيأتي الحديث عنها خلال هذا الفصل .

ومهما كان الحال فان حرية التعاقد في القوانين المعمول بها في مختلف بلاد العالم واسعة لم تقف عند حد معين ، ولم تقتيد من حيث الشكل بصورة واحدة ، بل تعم جميع الاتفاقات والالتزامات سواء كانت بين طرفين أو طرف واحد على شرط أن لا تكون ممنوعة بنظر القانون ، أو مخالفة للنظام العام أو الاداب .

أما في الفقه الاسلامي ، فان النصوص الفقهية قد تعرضت لمواضيع مختلفة من حيث موضوعها وآثارها واسمتها بالعقود ، وبحسبها الجعفريون وغيرهم في مجاميعهم الفقهية بحثاً مفصلاً ، وعدوا منها البيع والصلح والاجارة والنكاح والكفالة والوديعة والهبة والعارية وغير ذلك مما هو مدون في تلك المجاميع بعنوان العقد ، وتصنيف العقود الى الأصناف المذكورة كما يتم بلحاظ العوضين يتم أيضاً باعتبار المحل الذي يقع عليه التعاقد .

أما تصنيفها باعتبار العوضين ، فيجمعها امران عقود معاوضه وعقود تبرع ، ويدخل في عقود المعاوضة البيع والصلح والشركة والاجارة والمزارعة والمسافات ، كما يدخل في عقود التبرع الوديعة والعارية والهبة والكفالة والرهن والحالة والضمان ونحو ذلك .

وأما تصنيفها باعتبار المحل ، فان العقد قد يرد على الاعيان لتملكها كالبيع والصلح ونحوهما ، او لاستهلاكها كالقرض ، أو لحفظها كالوديعة ، او للانتفاع بها كالعارية ، كما يمكن أن يرد على منافع الاعيان للانتفاع بها بعوض كلاجارة وبغير عوض كالعارية ، أو على عمل معين أو خدمة معينة كالأجير الخاص ، أو على شيء للعمل فيه واستغلال منفعته لمصلحة المتعاقدين كالشراكة والمزارعة ونحوهما .

وتتفق القوانين المدنية في الغالب على تصنيف العقود بهذا الاعتبار ، فقد جاء في القانون العراقي ان العقد يصح أن يرد على الاعيان منقولة كانت أو عقارا لتملكها بالعوض ، كالبيع ، أو بغير عوض كالهبة ، أو لحفظها كالوديعة ، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها كالقرض ، ويرد على المنافع للانتفاع بها بعوض كلاجارة ، وبغيره

كالعارية ، وعلى عمل معين او خدمة معينة كما في بعض اقسام الاجارة ، هذا التصنيف للعقود عند المدنيين يلتقي مع التصنيف الشرعي لتلك العقود المعنونة في الفقه ، وقد اُضيفت قوانين بعض البلدان الى هذه العقود عقوداً غيرها ، كعقد التأمين والمساومة والاذعان وغير ذلك (١) .



(١) انظر مصادر الحق الجزء الاول للسنهوري ص ٨٠

العقود المستحدثة

١٠

يرجع الحديث عن العقود المستحدثة التي لم ينطبق عليها أحد العناوين المدونة في كتب الفقه الاسلامي ، الحديث عنها يرجع الى أن العقود المدونة في كتب الفقه هي وحدها التي امضاها الشارع بمعنى أن كل الزام او تصرف اذا لم يكن مصداقاً لواحد من تلك العقود لا يترتب عليه الاثر المقصودة للطرفين بنظر الشارع ، أو أن هذه العقود قد أقرها التشريع الاسلامي كتاباً وسنة ودونها الفقهاء في مجاميعهم لا لخصوصية بها ، ولا لان الطريق الى التعامل والانجاء والتكسب يجب أن لا يتخطاها ، بل لان التعامل بين الناس في الغالب في عصور التشريع وما بعده لم يتعدي هذه الانواع من العقود ، ولازم ذلك أن الظروف والحضارات التي تختلف باختلاف العصور اذا اقتضت نوعاً آخر للتعامل والانجاء لا يخل بالنظام ولا بالآداب العامة يكون مصداقاً للعقود التي أقرها التشريع الاسلامي في الكتاب والسنة .

لقد ذكرنا في الصفحات السابقة ان القوانين المدنية تنص بوجه عام على أن جميع الاتفاقات والالتزامات مهما كان نوعها وبأي شكل وجدت فهي من العقود ، وتصبح نافذة بالنسبة للمتعاقدين ، اذا لم تخالف القانون والنظام العام (١) ،

(١) مصادر الحق للسنهوري رقم - ١ ص ٨١ .

ولكن من المستصعب ان تنتزع هذا المبدأ العام من الفقه الاسلامي الجعفري ، وليس لدينا من النصوص والقواعد العامة ما يسمح لنا بادخال كل ما هو مستحدث في النصوص التي اقرت العقود وامرت بالوفاء بها ، ذلك لان الشارع كما اقر مبدئياً ما هو متعارف بين الناس في التعامل والمتاجرة ، قد وضع من ناحية ثانية بعض القيود والحدود والفى بعض الوسائل التي كانت تستعمل في البيع والشراء وذلك بما يؤكد انه لم يترك للناس الحرية المطلقة في استعمال ما يشاؤون في معاملاتهم وعقودهم ، كما وانه لم يكن خلافاً لجميع الوسائل التي يجب ان يتم بها التعامل والاتجار ، بل اقر كثيراً مما كانوا عليه وامضى تصرفاتهم وعقودهم بعد ان ادخل عليها بعض التعديلات . واقصى ما يمكن ان يقال لاثبات مشروعية العقود المستحدثة هو ان النصوص الاسلامية لم يرد فيها ما يقتضى حصر العقود في نوع او صنف بخصوصه ، ولم تعين نوع العقد والبيع والتجارة بل امرت بالوفاء بالعقود واحلت التجارات ، وفرضت على المسلمين ان يلتزموا بشروطهم والتزاماتهم من غير ان تتعرض لانواع تلك العقود واصنافها ولا لماهية التجارة وكيفيةها ، ولا لشكل الالتزام وموضوعه ، قال تعالى : يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود ، وقال احل الله البيع وحرم الربى . وقال : لا تأكلوا اموالكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم .

وقال الرسول (ص) المسلمون عند شروطهم الى غير ذلك من النصوص المتشابهة من هذه الناحية ، ومعلوم ان الناس قبل عصر التشريع كانوا يتعاملون بينهم بالبيع والشراء ويتعاقدون بجميع الأنواع الشائعة في ذلك العصر وقبله ، فلا بد ان يكون الذي يجب عليهم الوفاء به والبيع المحل لهم والتجارة المسوغة لأكل المال ، والالزام الذي يجب تنفيذه ، هو ما يسميه الناس عقداً وبيعاً وتجارة والتزاماً في عصرهم وفي جميع العصور حسب حاجات الزمن ومقتضيات الحياة ، وكل ما في الأمر ان الحاجة لم تدعوا في عصر التشريع وقبله الا لتلك الأصناف من العقود ، فاذا دعت في عصر من العصور الى صنف من العقود كما

حدث بالفعل في عصورنا المتأخرة ، يكرن المستحدث فرداً للعقد الذي يجب الوفاء به بمقتضى نص الآية ، وبتعبير أكثر وضوحاً هو انه بعد ان فرضنا ان المشرع لم يخترع انواعاً واصولاً للتعامل تسمى عقداً وبيعاً ، كما هو الحال في العبادة المخترة ليتعين الوقوف عندها فيما لو وردت في آية او رواية ، فلا بد ان يكون المراد منها اذا وردت في آيات الكتاب او في المرويات عنه (ص) هو ما يراه العرف بيعاً وعقداً ونجارة ، وما دام الامر متروكاً الى العرف ، فكل ما تفرضه حاجة المجتمع ويستعمله الناس ويسمونه عقداً ، يكون مشمولاً لتلك الأدلة العامة التي جاءت لامضاء ما هو متعارف بين الناس في مقام التعامل والانجار .

قال الشيخ محمد حسين الاصفهاني في شرحه لمكاسب الأنصاري : ان البيع وان كان موضوعاً للنقل المؤثر من دون خصوصية لنظر دون نظر ، الا ان الخطابات الشرعية حيث انها القيت الى العرف فلا بد من حملها على النقل المؤثر عندهم ، فالشارع في مخاطباته كأحد اهل العرف بالنسبة الى الآخر عندهم ، فلو اراد خلاف ما عليه اهل العرف لزم عليه نصب قرينة ، وعليه فيتعين النقل العرفي في جميع الاحكام والاثار المترتبة على النقل الشرعي (١) .

ونص غيره من فقهاء الامامية على ان البيوع والعقود الواردة في النصوص الشرعية يراد منها ما هو عقد وبيع بنظر العرف .

وبما يؤكد ان الشارع قد ترك الامر للعرف في باب المعاملات وليس له

(١) الاصفهاني من فقهاء الامامية في القرن الرابع عشر . والشيخ الانصاري احد مصادرنا المعتمدة في هذا الكتاب من اعلام الفقهاء الجعفرين في القرن الثالث عشر ، توفي سنة ١٢٧٠ هـ وله مؤلفات واسعة الانتشار في الارسطاطيلية الجعفرية ولا تزال كتبه تدرس في جامعة النجف في التخصص النهائي .

حقائق فمختص به ، انه قد الفى قسما من المعاملات التي كان يجري بها التعامل بين الناس قبل ظهور الاسلام ، كبيع المنابذة والملاسة وبيع الحصة ، وكانت هذه الامور الثلاثة تستعمل للنقل والانتقال بدون ايجاب وقبول (١) وفيما عدا هذه الامور الثلاثة فقد اقر التعامل بها وأمر بالوفاء بكل عقد تعارف الناس على استعماله في معاملاتهم اذا كان مكتملاً ومستوفياً للشروط التي اعتبرها المشرع في المتعاقدين والعوضين ، بل وفي الوسائل التي لا بد منها في التعبير عن ارادة المتعاقدين .

وبجمل القول ان التشريع الاسلامي لم يكن مختزلاً في المعاملات والعقود التي لا بد للناس منها في معاشهم وانظمتهم ، ووقف من هذه النواحي موقفاً حيادياً لولا بعض التعديلات التي ادخلها على عقودهم ومعاملاتهم ، ولولا انه قد الفى بعض الوسائل التي كانوا يستعملونها لانشاء المبادلة والاتجار بأمورهم ، وفي ضمن هذه التعديلات وعلى بعد من العقود الملفاة ترك لهم حرية التعاقد واستعمال الاساليب المختلفة للتعبير عن ارادتهم في جميع عقودهم ومعاملاتهم ، واحل لهم البيع والتجارة ، وامرهم بالوفاء بكل عقد ، واحترام كل شرط ، ولم ينظر الى الانواع الشائعة في عصره بوجودها الخارجي حيثما احل التجارة والبيع وامرهم بالوفاء بالعقود ، ولو فعل ذلك لا يبقى مجال للتردد في بطلان جميع ما استحدثه الناس بعد عصره من العقود والمعاملات وبخاصة عقود التأمين على اختلاف اشكالها كما سننبه على ذلك في خلال بحثنا لهذا الموضوع ، بل اعتبر الموضوع لوجوب الوفاء وللحلية في قوله : احل الله البيع ، وأوفوا بالعقود هو العقد والبيع بما لهما من

(١) والمراد من بيع الملاسة ، هو انتقال السلعة الى المشتري بمجرد لمسها وبدون ان يعلم عنها شيئاً وقيل هو شرائها ليلا مع الجهل بحالها ، وبيع المنابذة هو نبذ كل من الطرفين السلعة للآخر بدلاً عن سلعته بدون ان يقول له ان هذه عوضاً عن سلعتك ، وبيع الحصة هو ان يقول المشتري للمالك اي ثوب تقع عليه الحصة هو لي بعد اتفاقها على الثمن كما جاء في بداية المجتهد لابن رشد ص ١٤٧ من الجزء الثاني .

الأفراد الموجودة في عصره والتي ستوجد بعد ذلك مهما كان شكلها ونوعها ما دامت تسمى عقداً أو بيعاً ، وعليه يكون المعنى المتحصل من تلك النصوص ، ان كل ما هو موجود ويمكن ان يوجد بعد ذلك اذا كان عقداً يجب الوفاء به ، واذا كان بيعاً فقد احله الله وافر التبادل المالي به بنحو القضايا الحقيقية على حد تعبير الاصوليين . بهذا البيان نستطيع ان نقرر ان العقود التي اوردها الفقهاء في كتبهم وتعرضت لبيان احكامها جملة من النصوص لا ينحصر بها التعامل ، ولم يقتصر عليها الفقهاء الا لأن الزمان لم يفرض غيرها في عصور التدوين والتشريع ، فاذا اوجدت الحاجة او الحضارة طرقاً غيرها للتبادل والتكسب ، وسماه الناس عقداً كانت كغيرها من العقود التي كانت في عصر التشريع ، ولكننا لو سلمنا جميع ما ذكرناه ، وبنيينا على ان الشارع لم يتصرف في المعاملات بنحو يكون مخترعاً وانه لم يتخطى الطرق التي كانوا يستعملونها وسيستعملونها فيما بعد ، وان العقود والبيوع اللذان هما الموضوع لوجوب الوفاء وللحلية ، هما ما يراه العرف عقداً او بيعاً ، لو التزمنا بكل ذلك ، ومع ذلك فليس لنا ان نقر مبدأ تحكيم العرف في هذه المسألة فحكما مطلقاً ، ذلك لأن الشارع وان لم يكن مخترعاً في العقود والمعاملات كما فعل في العبادات ، بل ترك الامر للعرف في تحديد تلك المفاهيم بمعنى ان كل ما يسميه العرف عقداً اوجب الالتزام فيه والوفاء به ، ولكنه في الوقت نفسه قد اعتبر شروطاً في العاقدين ، والعوضين ، وترك للمتعاقدين حرية التكسب والاتجار مع مراعاة الشروط والقيود التي وضعها لهم ، فاذا تعارف الناس على شكل من الاتجار بحيث لم يتخطوا الدائرة المرسومة لهم ، كانت ذلك من افراد العقد الذي يجب الوفاء به ، اما اذا لم تتوافر الشروط التي وضعها الشارع لا يمكن متابعة العرف ، والحالة هذه ، ولذا نراه قد خطى العرف في بعض ما كان متعارفاً عندهم كببيع المناقذة ، والحصى والملازمة ، لا شيء الا لأن هذه المصاديق لم تستكمل بعض الشروط التي ادخلها على المعاملات الشائعة في عصره

كالسلامة من الغرور والربا والمقامرة ونحو ذلك ، لما في ذلك من المفساد التي تضر بصالح المجتمع ، ونظر العرف انما يكون متبعاً في تشخيص المفاهيم ، لا تطبيق المفاهيم على المصاديق الخارجية ، فلو فرضنا ان العرف يرى عقد البيع مثلاً هو المؤثر في النقل والانتقال ، فنظره يكون مرجعاً في ذلك ، اما تشخيص المصاديق وكون المصداق الخارجي فرداً للعقد فلا دليل على تحكيمه في مثل ذلك (١) .

على ان الشارع لم يترك الامر للعرف حتى بالنسبة الى المفاهيم لأن الشروط والقيود التي ادخلها على العقود يتألف منها ومن غيرها مفهوم العقد ، فلا بد والحالة هذه من مراعاة جميع هذه النواحي في العقود المستحدثة ، فاذا سلمت من العيوب التي نظر اليها الشارع بعين الاعتبار ، وكانت بنظر العرف من العقود تكون مشمولة لتلك الادلة العامة ويجب الالتزام بها ولا بد لنا وقد انتهينا الى هذه النتيجة من الاشارة الى بعض العقود المستحدثة لنرى مقدار صلتها بالعقود التي اقرها التشريع الاسلامي ، وبما ان عقود التأمين من ابرز تلك العقود واكثرها انتشاراً لاسيما في العصور المتأخرة ، فقد اشرنا ان نتحدث عنها ، وبالتالي يتضح الحكم في جميع المستحدثات من النتيجة التي سينتهي اليها البحث

وعقود التأمين منها ما يكون على النفس ، ومنها ما يكون على الأموال وغير ذلك من الموارد التي يستعمل فيها هذا العقد ، وهو عقد بين طرفين الشركة المؤمنة ، والمستأمن وهو طالب التأمين ، وبمقتضى الاتفاق الحاصل بينها يقوم المستأمن بدفع مبلغ من المال اقساطاً شهرية او سنوية ، او بدفع المبلغ بكامله الى الشركة لقاء التزام الشركة بدفع مبلغ من المال اليه فيما لو اصاب محل العقد حادث ادى الى موت المستأمن ، او تحطيم السيارة فيما لو كانت هي المحل لعقد التأمين او غير ذلك بما يجري عليه الاتفاق بين الطرفين ، وقد ينص الطرفان في ضمن الاتفاق

(١) انظر مكاسب الشيخ الانصاري ، ومنية الطالب للخونساري ، وشرح المكاسب للاصفهاني .

الحاصل بينها على ان المستامن اذا تأخر عن دفع الاقساط في المدة المتفق عليها بينها تنفسخ المعاملة ويسقط حق المستامن بالانتفاع بالمال المدفوع، والأموال التي تدفعها الشركة الى المستامن تتكون من الأموال التي تقبضها من المستامين وبالمطبيع تتكون لها الأرباح الطائلة من مجموع الأموال التي تجتمع عندها من المشتركين بالإضافة الى منافع الأموال وفوائدها، والطرق المستعملة في التأمين على النفس لا تتعدى الصور التالية .

١ - ان يتفقا على ان يدفع المستامن للشركة عشرة الاف ليرة اقساطاً كل قسط خمسمائة ليرة لمدة عشرين عاماً فاذا مات المستامن قبل نهاية المدة تدفع له الشركة المبلغ بكامله ، واذا عاش الى نهاية المدة لا يستحق شيئاً ويصبح المال بكامله ملكاً للشركة .

٢ - ان يتفقا على عشرة الاف ليرة لبنانية يدفعها المستامن خلال عشرين عاماً ، كل عام خمسمائة ليرة على ان يكون للمال المدفوع فائدة معينة ، فان مات المستامن قبل نهاية المدة استحق على الشركة المبلغ المتفق عليه بكامله مع فوائده ، وان بقي حياً الى نهاية العشرين عاماً لا يستحق على الشركة شيئاً .

٣ - ان يتفقا على مبلغ من المال يدفعه المستامن اقساطاً على ان يكون له فائدة بنسبة معينة يتفقان عليها ، فان مات قبل انتهاء المدة ارجع له المؤمن الاموال المتفق عليها بكاملها مع فوائدها ، وان عاش الى نهاية المدة ارجع له المال مع فوائده ايضاً .

٤ - ان يتفقا على مبلغ من المال وعلى الاقساط التي يدفعها المستامن في كل شهر او سنة وانه اي المستامن يسترجع المبلغ بكامله ان مات قبل نهاية المدة ولكنه لو اخل بأحد المواد المتفق عليها تبطل المعاملة ويصبح المال المدفوع بكامله ملكاً للمؤمن الى غير ذلك من الامثلة المتشابهة من غير فرق ان يكون التأمين على الأرواح او الأموال كما في التأمين على المتاجر والسيارات والشركات وغير ذلك .

ومن ذلك تبين ان عقد التأمين هو عبارة عن اتفاق بين المؤمن اي الشركة من جهة وبين طالب التأمين من ناحية اخرى ، وبمقتضى هذا الاتفاق تتعهد الشركة ان تدفع للمستأمن مبلغاً من المال اذا اصاب به حادث معين في وثيقة التأمين ، وفي مقابل ذلك يدفع طالب التأمين مبلغاً من المال على اقساط يتفق عليها الطرفان ، هذا الاتفاق لو نظرنا اليه من حيث ذاته كعقد مستقل بعد ان بينا على ان ادلة العقود ليست ناظرة الى ما كان في عهد التشريع ، بل تدل على وجوب الوفاء بكل ما يسميه الناس عقداً ولو كان خارجاً عن العناوين المدونة في كتب الفقهاء ، ولكن لا بد من ملاحظة التعديلات التي ادخلها الشارع على العقود بعين الاعتبار ، لو نظرنا الى عقود التأمين من حيث ذاتها باعتبارها عقوداً مستقلة ، واخذنا تلك التعديلات التي ادخلها الشارع على العقود بعين الاعتبار يتضح لنا ان هذه الاتفاقات ليست من العقود التي اوجب الشارع الوفاء بها كما تنص على ذلك الآية من سورة المائدة ، ذلك لأن المستأمن حينما يتفق مع الشركة على مبلغ معين من المال يدفعه لها اقساطاً خلال مدة من الزمن ، كما في الامثلة السابقة ونظائرها لا يدفعه لها لقاء اي عمل من الاعمال تؤديها اليه الشركة ، ولا هي بدورها تقوم بعمل لصالحه ، ولا يضع المؤمن والمستأمن في حسابها في مقام التعاقد قيام الشركة بأي عمل من الاعمال حتى ولو من نوع التوجيه والارشادات الصحية او الإقتصادية ونحو ذلك ، وكل ما في الامر ان المؤمن يتفق مع المستأمن على مبلغ من المال يؤديه اقساطاً في كل سنة قسط منه ، وفي مقابل ذلك يتعهد المؤمن الذي هو عبارة عن الشركة بواسطة وكلائها الموزعين في مختلف المناطق ان يدفع الى الطرف الآخر المبلغ المتفق عليه بكامله فيما لو اصاب المؤمن عليه بموت او حريق او اي حادث آخر قبل انتهاء المدة المتفق عليها ، واذا انتهت المدة وتم دفع الاقساط تستحق الشركة المبلغ بكامله في بعض الفروض ، وفي البعض الآخر يسترجع المستأمن المبلغ بكامله مع الفوائد التي يتفق عليها مع الشركة عند الشروع في المعاملة .

فالمستأمن حينما يقدم على المعاملة بضع في حسابه استحقاق المبلغ بكامله بمجرد الشروع في دفع الأقساط لأن احتمال طرؤ حادث عليه أو على أمواله المؤمنة قائم في نفسه في كل لحظة من حياته ، ولو علم بأن حياته تمتد الى تمام المدة المحددة بينه وبين الشركة لا يقدم على هذه المعاملة قطعاً ، فكل قسط من الأقساط لا يدفعه الا لأنه يأمل ان يربح هو أو ورثته المبلغ بكامله قبل دفع الأقساط للشركة بكاملها ، ، كما وان الشركة حينما تتفق مع طالب التأمين على ان تدفع له المبلغ المتفق عليه اذا أصيب المؤمن عليه بحادث ، انما تقدم على هذه المعاملة على أمل ان يسلم المؤمن عليه وتربح هي الأقساط كاملة بعد نهاية المدة المحددة بينها ، لذا فإن النشرات التي تصدر عن شركة التأمين لا تقرر التعاقد فيما لو كان المؤمن عليه مصاباً ببعض الامراض الفتاكة ، او كان معرضاً للخطر في اكثر حالاته .

فعقود التأمين في واقعها ليست بعيدة عن المقامرة ، لان المقامر حينما يقدم على بذل ماله لا بضع في حسابه الا احتمال الحصول على المبالغ المتفق عليها بينه وبين رفاقه ، وفي نفس الوقت فهو يحتمل ان يكون الربح في جانب الطرف الآخر ، فاحتمال الربح وحده هو الدافع على المقامرة المتداولة بين الناس ، مع العلم بأنها لا تنحصر بآلة خاصة من الآلات المتعارفة ، ولا بنوع خاص من انواع المغالبة ، كما نص على ذلك الشيخ الانصاري في مكاسبه (١) فكل عمل يرجع في واقعه الى بذل المال بدون مقابل اذا كانت الدافع عليه احتمال الربح المقترن باحتمال الخسران يكون من افراد المقامرة وان اختلف مع المتعارف الشائع منها بالشكل والطريقة .

وعقود التأمين على ما بينها وبين المقامرات المتعارفة من تفاوت من حيث

(١) انظر الفصل الذي عقده في اول المكاسب لبيان انواع المكاسب المحرمة .

الشكل والطريقة ، الا انها من حيث النتائج والدوافع تلتقي معها التقاء كلياً ، ذلك لان طالب التأمين يتفق مع الشركة على مبلغ من المال يدفعه لها اقساطاً بدون مقابل لاحتمال ان يطرأ عليه او على ماله المؤمن عليه حادث فيربح المبلغ بكامله في المرحلة الأولى من مراحل التقسيط ، وهكذا الحال بالنسبة الى الشركة المؤمنة ، فاتما تتعهد من جانبها بدفع المبلغ كاملاً اذا اصيب المؤمن عليه بعادث وفي نفس الوقت الدوافع الأولى لهذا التعهد احتمال السلامة الى نهاية المدة التي تتم فيها الأقساط وعند ذلك تربح الشركة المال بكامله فيما لو ساعدها الحظ وسلم المؤمن عليه ، وهذا الواقع الذي تنتهي اليه عقود التأمين ، هو المنعصل من عقود المقامرة .

ولو تنازلنا عن جميع ذلك وبنينا على ان العقود لا تنعصر فيما كانت في عصر التشريع ، لو بنينا على ذلك فليس بالإمكان ان نلتزم بكل ما يسميه الناس عقداً ذلك لان البيانات الشرعية وان لم تقف جامدة بجانب العقود التي كانت في عصر التشريع ، والتي دونها الفقهاء في مجاميعهم ، الا انها احتفظت لنفسها ببعض القيود والتعديلات وفرضت على المتعاقدين التقيد بها مهما كان نوع العقد ومن ذلك سلامة المعاملة عن الجهالة والغرر اعتماداً على بعض المرويات عن النبي (ص) التي تنص على انه نهي عن الغرر ، وقد اخذ الفقهاء بهذا المبدأ واعتبروا السلامة من الضرر من اركان صحة المعاملة مهما كان نوعها .

ومهما حاولنا تركية عقود التأمين ، فليس بالأمكان تركيتها من هذا العيب وذلك لان كلا من الطرفين في هذا النوع من العقود يقدم على امر مجهول لديه لا يعرف كيف ينتهي مصير امواله التي تعاهد مع الآخر على دفعها ، ويرى نفسه مصيراً لاحتمال الربح المقترن باحتمال الخسران كما ذكرنا وهذا النوع من الجهالة من

اظهر مصاديق الغرر المنهي عنه .

وقد استدلل الفقهاء بالحديث المتضمن لنهي النبي عن الغرر في اكثر المعاملات حسب المناسبات ، واعتمدوا عليه في بطلان العقد مع الجهل بالعوضين ، وعدم القدرة عليها ونحو ذلك ، وفي ذلك دلالة على ان المشرع لم يعطي للمتعاقدين الحرية المطلقة في التعاقد واعتبر العلم بالعوضين ، والقدرة عليهما وكونهما مالا ينظر العرف من الشروط التي لا بد منها في جميع العقود المالية والمعاوضات بالاضافة الى شروط المتعاقدين ، وبدون ذلك لا تصح المعاملة ، سواء كانت من نوع المعاملات المدونة في مجاميع الفقه ، ام كانت من العقود المستحدثة . هذا كله بناء على ان الشارع لم يقف الى جانب العقود التي كانت في عشرين التشريع ، بل تعداها وامضى كل ما يسميه الناس عقدا ولو تجدد بعد ذلك على شرط ان تتوفر فيه التعديلات التي ادخلها على العقود .

اما بناء على ان العقود التي يجب الوفاء بها ويجب تنفيذها هي العقود التي كانت في ذلك العصر ، وليس لاحد ان يتخطاها مهما بلغت الحاجة اليها كما رجع ذلك بعض الفقهاء والظاهرية ، فعقود التأمين المتعارفة بين الناس في هذا العصر من حيث انها عقود قائمة بذاتها ، لا يمكن تصحيحها الا بعد عرضها على العقود المدونة في مجاميع الفقه ، ولا اظن ان الباحث بعد المقارنة بينها وبين تلك العقود يتورد في المغايرة بينها من جميع الجهات .

نعم لو اردنا ادخالها في العقود الشرعية لا بد وان نفترض عقود التأمين على غير واقعها المتعارف في هذا العصر ، كما فعل المقرر لبحث آية الله الشيخ حسين الحلي في كتابه « بحوث فقهية » فانه صور عقود التأمين تصويراً يتفق مع الضمان

والهبة والصلح كما جاء في كتابه ، ولم ينظر اليها من الناحية الموضوعية . ولا أشك
في ان المقرر لو نظر اليها من هذه الناحية وقارن بينها وبين العقود الشرعية لم ينتهي
الى النتيجة التي انتهى اليها في كتابه (١) .



مركز تحقيقات كليات علوم إيسدي

(١) بحوث فقهية للعلامة السيد عز الدين بحر العلوم من محاضرات آية الله الشيخ حسين
الحلي وقد جمع المؤلف قسماً من محاضرات استاذة الحلي في هذا الكتاب عالج فيها بعض المواضيع
الشائعة في هذا الزمان ، فكان موفقاً في عرض الفكرة وفي الاسلوب نسبياً .
و كنت اود تسجيل ملاحظاتي على الكتاب فيما يعود الى عقود التأمين ، ولكنني تركت ذلك
تهرباً من التطويل .

صيغة العقد

١١

لكي يكون العقد ويتحقق لا بد له من إيجاب وقيود الدين على ارادة المتعاقدين ، ذلك لأن الارادة بما لا بد منها في تكوين العقد ، وهي كسائر الأمور القائمة بالنفس لا تظهر الا بما يدل عليها من قول أو فعل ، وبدون ذلك تبقى سرّاً مكتوماً ، ولا شيء أدل عليها من الاقوال والافعال ، لذلك نص الفقهاء على أن الألفاظ لا بد منها في جميع العقود قال الشيخ مرتضى الأنصاري في مكاسبه : لقد دل الاجماع والشهرة على اعتبار اللفظ في العقود ، وأضاف الى ذلك أن النصوص المروية عن النبي والائمة (ع) تؤكد هذا الأمر في الموارد التي يتمكن فيها المتعاقدان من استعمال الالفاظ الكاشفة عن إرادتهما ، وحيث لا يتمكن المتعاقدان من التعبير عن مقصودهما باللفظ كما في الاخرس مثلاً ولم يتمكن من توكيل غيرهما المتمكن من التلفظ ، تكفي منها الاشارة الكاشفة عن إرادتهما ، ومع العجز عنها يتم التعاقد بينهما بالكتابة (١) .

ويبدو من النصوص الفقهية المنتشرة في مجاميع الفقه الشيعي أن الالفاظ من أفضل الوسائل التي تستعمل للتعبير عن الارادة ونجىء في المرتبة الاولى مع التمكن منها .

(١) انظر المكاسب للشيخ الانصاري كتاب البيع

وقال الدكتور محمد يوسف موسى : ونجد المادة ٩٠ من القانون المدني تنص على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود (١) .

هذا وقد أشرنا عند الشروع في هذا الفصل الى انواع العقود بصورة موجزة ، ونعود الآن لتفصيل ما أوجزناه أولاً تمهيداً لبيان ما لا بد فيه من الإيجاب والقبول اللفظيين ، وما لا يحتاج من العقود الى الالفاظ بالنسبة الى القبول كالهبة والعارية ونحوها . والمتحصل من نصوص الفقهاء أن العقود على ثلاثة أقسام .

العقود الإذنية ، وهي التي تحصل بمجرد الاذن والرضا من المالك كالوديعة والعارية ، بناء على أن العارية لا تفيد أكثر من إباحة الانتفاع بالاعيان المستعارة ، وقد ذكرنا في أوائل هذا الفصل أن الفقهاء قد اصطلموا على اعطاء العارية والوديعة اسم العقد ، باعتبار أنها يرتبطان بشخصين معين ومستعير ، وودعي ومودع ، مع العلم بأنهما لا يؤديان معنى العقد بما له من المعنى الذي يتناسب مع معناه اللغوي .

٢ - العقود العهدية التعليقية ، كقدر السبق والجعالة والمزارعة ونحو ذلك بما يكون العوض فيها معلقاً على حصول أمر آخر ، أو يكون استحقاقه مشروطاً بحصول العمل كما هو الحال في الجعالة .

٣ - العقود العهدية المنجزة ، وهي عبارة عما لا يكون المنشأ فيها معلقاً على شيء كالبيع والاجارة والهبة وغير ذلك بما يكفي لترتيب الآثار عليها الانشاء من الطرفين أو من أحدهما .

وبهذا البيان تنتظم سائر العقود التي دونها الفقهاء في مجاميعهم وموسوعاتهم

(١) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٣٢٩ .

الفقهية ، وعلى ما بينها من اختلاف من حيث الآثار والخصوصيات لا بد فيها من توافق الإرادتين ، والألفاظ هي الأداة الأولى التي تعبر عن الإرادة القائمة بالنفس ، ولذلك لم يتردد أحد في الأخذ بالألفاظ الصريحة لتعيين مراد المتعاقدين وغيرهما كالشهادات والإقرارات ونحو ذلك ، كما لم يتردد أحد في تقديمها على غيرها من وسائل الكشف عن مراد المتكلم كالكتابة والإشارة والقرائن والكنائيات ونحو ذلك مما يمكن الإعتماد عليه إذا تمسر استعمال الألفاظ ، وقد ذكرنا بعض النصوص الفقهية التي تؤكد هذا المعنى ، والذي رجحه الشيخ الأنصاري أن العاجز عن استعمال الألفاظ تكفيه الإشارة ولو كان متمكناً من توكيل القادر على استعمال الألفاظ اعتماداً على النصوص التي تصرح بصحة الطلاق الواقع من الآخرس بإشارته ، وهذه النصوص بمقتضى إطلاقها تنص على صحة طلاقه بالإشارة المفهومة لمراده ولو كان متمكناً من توكيل الغير ، وليس في بقية النصوص ما يشعر بوجوب استنابة الغير عنه .

وكما لا يصح العقد بالكتابة والإشارة مع التمكن من استعمال الألفاظ ، كذلك لا يصح بالكتابة في هذه الحالة ، وقد ادعى الشيخ مرتضى الأنصاري وغيره ، أن المشهور بين الفقهاء عدم الإكتفاء بها مع تسر استعمال الألفاظ ، وأضاف إلى ذلك أن البيع لا ينعقد بقول البائع أدخلته في ملكك ، أو جعلته لك ، أو خذه مني فقد سلطك عليه لعدم صراحة هذه الألفاظ في النقل والانتقال ، كما نص بعض الفقهاء على أنه لا ينعقد بقول البائع : أعطيتك بكذا ، أو سلطتك عليه بكذا ومرجع هذا القول إلى أنه لا بد من الألفاظ المستعملة في معانيها الحقيقية في العقود ، لأن المجاز لا يمنع الإحتمال المخالف من حيث أن وسائل الكشف التام غير متوفرة فيه ، من غير فرق بين المجازات البعيدة والقريبة .

وقد رجح جماعة من فقهاء الإمامية : أن العقود سواء كانت بيعاً أو خلافة تصح بكل لفظ يدل على المعنى المقصود منها من غير فرق بين الصريح وغيره ، فكما ينعقد البيع مثلاً بلفظ بعث أو ملكت ، ينعقد بقول البائع نقلته إلى

ملكك ، أو جعلت هذا العقار ملكاً لك وغير ذلك من الألفاظ المؤدية هذا المعنى ، وحتى بالكتابات والمجازات على نحو تكون القرينة الدالة على المعنى المجازي لفظاً موضوعاً للنقل والانتقال بحيث تنتهي دلالة اللفظ على البيع إلى الوضع ، أما لو كانت القرينة الدالة على المعنى المجاز خارجة عن العقد ، أما لأنها غير لفظية ، وأما لأنها لفظية سابقة على العقد ، ففي مثل ذلك لا تكون الدلالة على المراد مستندة إلى اللفظ المستعمل في إيجاب البيع ، ولا بد من الألفاظ في التعبير عن إرادة المتعاقدين ، ولم يفرق أنصار هذا القول بين عقد البيع وغيره من سائر العقود على اختلاف أنواعها وآثارها (١) .

وقد بالغ بعضهم فجوز استعمال لفظ أعرت في مقام الاجارة بدلاً من أجرتك اعتماداً على ظهور هذا اللفظ في المراد .

وغالى بعضهم فادعى ان العقود اللازمة قد وضع لها المشرع ألفاظاً مخصوصة يجب الوقوف عندها والاقتصار عليها ، لأن العقود من الاسباب الشرعية المجموعة للنقل والانتقال ، والقدر المتيقن منها هو الألفاظ التي نص عليها الشارع .

ومن مجموع ما تقدم تبين أنه لا بد من الألفاظ في العقود من حيث كشفها من ارادة المتعاقدين التي لا يمكن معرفتها إلا بعد التعبير عنها بما يدل عليها ، ولم يظهر من آراء الفقهاء ولا من النصوص وجوب التقييد بألفاظ مخصوصة في إنشاء العقود على اختلاف أنواعها ، وكل ما في الأمر ان الذي ورد على لسان الشارع هو استعمال الألفاظ التي تعبر عن عنوان المعاملة ، فقد عبر عن النقل والانتقال

١ - انظر مكاسب الشيخ الانصاري ، وقد فرق الخونساني في منية الطالب بين المجازات المشهورة وغيرها فنص على ان المجازات المشهورة يصح استعمالها في العقود ، لأن شهرة المعنى المجازي توجب انصراف اللفظ اليه عند صدوره لا سيما مع وجود القرينة المعينة له ، أما اذا لم يكن مشهوراً ، فإنه يحتاج بالاضافة الى القرينة المعينة الى قرينة صارفة ، فهو عند صدوره يدل على المعنى الحقيقي بالولاية التصورية ، وبحسب الدلالة بعد وجود القرينتين يدل على المعنى المجازي ، فلا يكون اللفظ آلة لايجاد المعنى المقصود .

بالبيع ، وعن العلاقة الخاصة بين الرجل والمرأة بالنكاح والزوجية ، فلا بد والحالة هذه من استعمال الألفاظ التي تعبر عن نوعية العقد ، فلا يصح التعبير بلفظ وهبت في مقام البيع ، ولا بلفظ بيعت في عقد الزواج ، ولم يتضح من النصوص الشرعية اشتراط لفظ خاص في مقام التعبير عن تلك العقود ، وكل ما في الامر ان الالفاظ التي تستعمل كوسيلة للتعبير عن إرادة المتعاقدين لا بد وان تكون معبرة وكاشفة عن عنوان تلك المعاملة ، فلفظ بيعت في النكاح لا يعبر عن علاقة الزوجية بخلاف زوجت وانكحت ، كما وان زوجت لا تعبر عن المبادلة بين المالين وبذلك تبين ان الشارع وان لم يشترط لفظاً خاصاً للتعبير عن تلك العناوين المسماة بالعقود ، ولكن ذلك لا يعني انه يصح استعمال كل لفظ ولو لم يكن معبراً بمقتضى وضعه عن طبيعة تلك المعاملة المقصودة للمتعاقدين ، بل لا بد فيه من كونه منطبقاً ومعبراً عن عنوان ذلك العقد كما ذكرنا .

وبعد ان تحدث الفقهاء عن هذه المرحلة من مراحل تكوين العقد الراجعة إلى انه لا بد من تكوينه بالالفاظ الكاشفة عن إرادة المتعاقدين تحدثوا عن ناحية أخرى من النواحي المتعلقة بصيغ العقود ، فقالوا : ان صيغة العقد تتم بإيجاب البائع وقبول المشتري ، ولم يختلفوا في انه يتم بصيغة بيعت من البائع في مقام الإيجاب ، وان كانت من الصيغ التي تستعمل في البيع والشراء ، إلا ان استعمالها في الإيجاب بلغ حداً يوجب انصرافها إلى الإيجاب بمجرد صدورها من الموجب .

اما لفظ شريت فقد رجع أكثرهم جواز استعماله في الإيجاب من البائع ، لأنه من الالفاظ المشتركة بين البيع والشراء كما نص على ذلك المؤلفون في اللغة ، ولأنه لم يستعمل في القرآن الكريم إلا في البيع كما نص على ذلك بعض الفقهاء ، قال تعالى : وشروه بثمن بخس دراهم معدودة وكانوا فيه من الزاهدين .

وقال : ومنهم من يشري نفسه ابتغاء مرضاة الله ، إلى غير ذلك من الآيات التي ورد فيها لفظ الشراء بمعنى البيع ، وقال في الجواهر : ويتحقق إيجاب البيع

بيعت قطعاً ، وشريت على المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً (١) .

ونص غيره من الفقهاء على ان الإيجاب من البائع لا يتم بهذا اللفظ لأن كثرة استعماله في الشراء أوجبت انصرافه عن معنى البيع عند اطلاقه بنحو أصبح استعماله في إنشاء البيع محتاجاً إلى قرينة معينة لإرادة هذا المعنى منه .

ومن الالفاظ التي يصح استعمالها في إنشاء البيع من البائع ملكت ، وقد ادعى بعض الفقهاء الاتفاق على صحة الإيجاب به ، ويؤيد ذلك ما جاء في تعريف البيع من انه تمليك مال بعوض ، وان ملكت وبعثت من الالفاظ المترادفة كما نص على ذلك أهل اللغة ، وإرادة هذا المعنى منه لا يتنافى مع استعماله في مقام الهبة ، ذلك لأنه إذا استعمل في الهبة لا بد من تجريده عن العوض ، وفي البيع لا ينعقد بيعاً بدون ذكر العوض ، فإذا ذكر العوض بعده أفاد معنى البيع ، وان تجرد عنه أفاد الهبة ، ومن ذلك تبين ان بعث وشريت يصح استعمالها في الإيجاب والقبول ، وان كانت الأولى أدل على إنشاء البيع من الثانية ، كما وان شريت أصرح في الشراء من بعث ، والذي يعين إرادة أحد المعنيين منهما ان شريت إذا استعملت في إنشاء البيع تتعدى إلى مفعولين ، وإذا كانت بمعنى القبول لا تحتاج إلا إلى مفعول واحد ، وهكذا الحال بالنسبة إلى بعث ، وأجاز بعض الفقهاء إنشاء البيع بلفظ اشتريت .

وقال صاحب الجواهر بهذه المناسبة : والمدار 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 .

واما القبول فيصح بلفظ قبلت ورضيت واشتريت وابتعت وتملكت ونحو

(١) انظر الجواهر كتاب المتاجر ص ٥٤ ، والمكاسب مبحث الالفاظ التي تتم بها العقود .

ذلك بما يدل على قبول المشتري ورضاه بالمبادلة بين المسالين (١) ، ومع ان اكثر الفقهاء لم يشترطوا لفظاً معيناً في مقام الايجاب والقبول ، ويكتفون بلفظ البيع والشراء وما يشتق منها ، والتعليك ومشتقاته وغير ذلك بما هو كاشف عن ارادة المتعاقدين ، ومع ذلك يؤثرون صيغة الماضي في التعبير عن الإرادة ، ولعل ذلك من جهة انها أصرح في التعبير عنها في المرحلة النهائية التي هي مرحلة الجزم والبت ، بعد ان تتجاوز دور التردد والتفكير والمفاوضة ، بخلاف غيرها من الصيغ كصيغة الأمر والمضارع ، حيث انهما لم يتمحضا للحال ، بل يحتملان الحال والاستقبال ، ولذلك لا بد من الرجوع إلى الظروف والملابسات التي تحيط بهاتين الصيغتين فإن دللتا على الحال وكشفتا عن ارادة المتعاقدين في انشاء التعليك بهما يتم العقد ، وإلا فلا ، ونظراً لأنهما لم يتمحضا للدلالة على الحال الذي لا بد منه في انشاء البيع ، نص جماعة من الفقهاء على ان العقد لا يتم بهما ، لأن المضارع اخبار عما يحدث في المستقبل ، والأمر يفيد معنى الاستدعاء والطلب ، فلا يدلان على انشاء التعليك في الحال ، ولكن أكثر الفقهاء أجازوا استعمال جميع اللفاظ والصيغ في العقود اعتماداً على النصوص التي تدل وقوع العقد بلفظ المضارع .

فقد جاء في صحيحة رفاعه : أنه سأل أبا الحسن موسى بن جعفر (ع) : أيصلح لي ان أشتري من القوم الجارية الأبية فأعطيهم الثمن وأطلبها انا ؟ قال (ع) لا يصلح شرائها الا ان تشري معها ثوباً أو متاعاً تقول لهم : أشتري منكم جاريتم فلانة وهذا المتاع بكذا درهماً فإن ذلك جائز .

وجاء في رواية هشام بن سالم ، انه قال قلت له كيف أتزوج المتعة ؟ قال (ع) تقول يا امة الله أتزوجك بكذا وكذا يوماً بكذا درهماً ، وروى سماعة عن الامام (ع) انه قال له إذا أردت ان تشتري المصحف ، فقل له : أشتري منك الجسد والورق بكذا درهماً ، إلى غير ذلك من المرويات الموزعة في كتب الفقه ، والتي

(١) انظر المكاسب للشيخ الانصاري .

بظاها تدل على جواز استعمال المضارع في انشاء البيع (١) ، هذا بالإضافة إلى العموماً التي تدل على وجوب الوفاء بالعقود وحلية البيع والتجارة الشاملة بعمومها لصورة انشاء البيع بلفظي المضارع والأمر إذا تحقق بهما انشاء التمليك والمبادلة في الحال ، ومع التغاضي عن جميع ذلك ، فإن 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 لأنه استعمال في غير معناه .

أما الفعل المضارع ، فإنه مشترك بين الحال والاستقبال ، فلو استعمل في انشاء البيع في الحال يكون مستعملاً في معناه الموضوع له ، ويكون أولى بالصحة من الماضي ، لأن الماضي لا يدل على الانشاء إلا بقريضة المقام التي تعين قصد الانشاء منه ، وهذه القريضة بعينها هي التي تعين أحد معنيي المضارع منه وهو الإنشاء دون الإخبار ، كما تعين استعمال الأمر في انشاء المبادلة فيما لو أنشأ البائع البيع به ، والاستدعاء الراجع إلى طلب إيجاد الفعل ، إذا بتعين إرادته من الأمر حيث يمتنع انشاء الفعل بالصيغة كما في مثل **أضرب** ، **أما غيرها** كـ **كعب** واشترى من صيغ الأمر فيصح استعمالها في انشاء المبادلة بين المالكين ، وكل ما في الأمر أن استعمال الأمر في انشاء البيع ليس مألوفاً عند العرف ، والشارع لم يتخطى ما هو المألوف

(١) ومن القريب بالنسبة إلى هذه المراءيات أن تكون واردة لبيان الكيفية التي يجب اتباعها في البيع والشراء من حيث التفاهم بين المتعاقدين على محل العقد ، لا لبيان الصيغة التي يجوز استعمالها في انشاء العقود انظر شرح المكاسب للسيد كاظم ص ٨٨ ولكن هذا الاحتمال يكاد أن يختص في الروايات التي تعرضت لمسألة بيع العبد الأبق والمصحف ، ولا يجري في الروايات الواردة في النكاح ، وقد جاء في رواية إبان بن ثعلب عن العادق (ع) أنه قال تقول لها : أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة بنيه لا واردة ولا موروثة كذا سنة بكذا درهما فهي نص في جواز استعمال صيغة المضارع في انشاء العقد .

عرفاً في المعاملات والتجارات في الغالب (١) .

ومن مجموع ذلك تبين ان المبدأ العام المستفاد من أدلة الأحكام ومن النصوص الفقهية فيما يرجع إلى صيغة العقد ، ان الألفاظ لا بد منها للتعبير عن ارادة المتعاقدين ، وهي مقدمة على غيرها من وسائل التعبير عن الارادة لأنها أصرح من الإشارة والكتابة ونحوهما ، وكل لفظ يدل على انشاء المبادلة والنقل والانتقال يتكون منه العقد ، وكلما كان اللفظ أصرح في الدلالة على هذا المعنى تكون له الأفضلية على غيره من الالفاظ التي ليست بتلك الصراحة ، والقائلون بعدم كفاية المجاز والكناية والمضارع والأمر والإستفهام في تكوين العقد يقولون بذلك من حيث ان هذه الصيغ لا تدل على الإنشاء في الحال إلا بضميمة بعض القرائن الخارجة عن اللفظ ، ولو افترضنا ان هذه الصيغ تدل على انشاء النقل والإنتقال في الحال ولو بواسطة القرائن والملابسات المحيطة بها على نحو تكون دلالتها على هذا المعنى مستفادة من اللفظ لا من خارجه ، لو افترضنا ذلك يصح استعمالها في العقود عند أكثر الفقهاء كغيرها من الألفاظ التي هي أصرح وأكمل دلالة على المقصود .

وقد رجع جماعة من الفقهاء ان الصيغ التي يتكون منها العقد لا بد وان تكون باللغة العربية واسرف بعضهم فاعتبر العربية في كل ما لا بد منه في العقود، اقتداء بالمشرع ، ولأن من يشترط في تكوينه ان يقع بصيغة الماضي مثلاً، يلزمه ان يشترط وقوعه باللغة العربية بالأولية ، ولكن الرأي الفقهي الشائع المنتشر بين الفقهاء هو عدم اعتبارها وجواز استعمال أي لغة كانت في انشاء العقود عملاً بالإطلاقات والعمومات التي نصت على تشريع العقود ووجوب الوفاء بها (٢) .

وقد بالغ وحيد الدين سوار في كتابه التعبير من الإرادة في قوله ان مذهب

(١) انظر نهج الفقاهة للسيد الحكيم ص ٩٨ .

(١) انظر نهج الفقاهة للسيد محسن الحكيم ص ٩٧ .

الإمامية في طليعة المفرقين في تقديس الألفاظ ، ذلك لأن فيهم من يحتم التعبير عن الإرادة باللغة العربية ، ويلزم العاقد بمرعاة أحكام البناء والإعراب بالصيغة العقدية على حد تعبيره ، هذه النسبة لبعض فقهاء الإمامية وإن كانت صحيحة كما ذكرنا ، إلا أن اعتبار مذهب الإمامية في طليعة المفرقين بتقديس الألفاظ مبالغ لا مبرر لها من المؤلف ، ذلك لأن أنصار هذا الرأي عدد يسير من الفقهاء ، ولا يسوغ نسبة رأي إلى الفقهاء ما لم يكن مجمعاً عليه بينهم أو متفقاً عليه بين أكثرهم ، على أن أنصار هذا الرأي من الجعفرين ليسوا بأكثر من غيرهم من فقهاء المذاهب الأربعة الذين يشترطون في العقود أن تكون بالألفاظ التي وردت في الكتاب والسنة ، ونص جماعة منهم على أن عقد النكاح لا يتم إلا إذا كانت صيغته من مادتي نكح وزوج لأنها وردتا في القرآن فيجب الوقوف عندهما ، ولا يتم العقد بدونها ، ونسب الدكتور محمد يوسف ذلك إلى الحنابلة والشوافع والمالكية ومهما كان فالحلاف الواقع بين فقهاء الشيعة فيما يتكون به العقد واقع بين غيرهم من فقهاء المذاهب الأربعة ، وكما غالى بعض فقهاء الشيعة في تقديس الألفاظ يوجد بين فقهاء المذاهب الأخرى من هم أكثر غلواً وتقديساً للألفاظ . قال الشوافع : لا ينعقد البيع إلا بالصيغة الكلامية ، أو ما يقوم مقامها من الكتاب والرسول وإشارة الأخرس المعلومة وجوز بعضهم بالأخذ والتعاطي في الأشياء اليسيرة .

وقال الأحناف : إن البيع يتم بالقول والفعل ، وله ركنان الركن الأول الإيجاب والقبول ، والثاني الأخذ والعطاء من غير فرق بين الأشياء اليسيرة والثمينة ، والإيجاب والقبول بالقول يحصلان بكل لفظ يدل على التملك والتملك كبعت واشتريت وأعطيت ورضيت وأسلمت لك هذا الشيء بكذا ، وبلفظ الهبة وغير ذلك من الألفاظ (١) ، وإن كان ماضياً ، أو مضارعاً يحتمل الحال والمستقبل ، كما لو قال البائع للمشتري : أبيعك الآن ، فإن البيع يتم بهما من دون حاجة إلى قصد إنشاء البيع بهما ، أما إذا كان مضارعاً يحتمل الحال

(١) وقد ذكرنا أن التوسعة إلى هذا الحد ذهب إليها جماعة من فقهاء الإمامية .

والاستقبال ، أو كان متمحّضاً للاستقبال ، كما لو اقترن بالسبب وسوف ، فإن البيع لا ينعقد بذلك إلا إذا نوي البائع الإيجاب في الحال ، من غير فرق بين أن يكون الإيجاب والقبول بصيغة المضارع ، أو كان الإيجاب بها والقبول بصيغة الماضي .

وقال المالكية : ينعقد البيع بكل لفظ يدل على الرضا كبتت واشترت وغيرهما ، والفرق بين وقوعه بصيغة الماضي وبين وقوعه بغيرها ، أنه لو وقع بصيغة الماضي من البائع والمشتري ينعقد لازماً ، ولا يحق لأحدهما الرجوع فيما أنشأ سواء كان قبل القبول من المشتري أو بعده ، وأضافوا إلى ذلك : أنه لو حلف بأنه لم يكن قاصداً بقوله بعت إنشاء البيع لا يقبل منه ، وإذا كان بصيغة الأمر ، كما لو قال المشتري للمالك بعني هذا المتاع . فقال له البائع : بعت . فإن البيع يتم بذلك ، ولكنه لا يكون لازماً عند أكثرهم إذا حلف المشتري بأنه لم يكن قاصداً بقوله بعني هذا المتاع الشراء .

وإذا كان الإيجاب أو القبول بصيغة المضارع ، فإن البيع لا يلزم بذلك ، وللبايدى به الرجوع بالبيع ، وبعد القبول من المشتري ليس له الرجوع إلا إذا حلف أنه لم يقصد البيع .

وقال الشافعية : إن البيع ينعقد بكل لفظ سواء كان صريحاً أو كناية ، ومثلاً للصريح بصيغة الماضي ، وللكناية بالألفاظ التي تحتمل معنى آخر غير إنشاء التمليك مثل أعطيتك هذا الثوب بذاك الثوب ، أو أعطيتك هذه الدابة بتلك ، فإن هذه الألفاظ كما تحتمل البيع تحتمل الإعارة ، وأضافوا إلى ذلك : أنه إذا اقترن اللفظ المحتمل بذكر الثمن كما لو قال المالك لشخص : وهبتك هذا العقار بكذا درهماً ، فإنه يقع بيعاً لأن الهبة لا تحتاج إلى ذكر الثمن ، ومن الكنايات ما لو وقع البيع بصيغة المضارع ، ويصح عندهم تقديم القبول على الإيجاب ، إذا كان بصيغة الطلب ، كما لو قال المشتري للمالك : بعني هذا الدار . فقال له البائع :

بعتك ، فينعقد البيع لازماً ، أما لو كان القبول بصيغة الاستفهام ، بأن قال له هل تبيعني الدار ، فقال له بعتك فلا يتم العقد في مثل ذلك ، لأن الاستفهام لا يدل على انشاء التملك .

ولم يفرق الحنابلة بين لفظ وآخر وأجازوا وقوعه بكل لفظ يدل على انشاء التملك بنفسه أو بالواسطة ، كملكته ووليتك ، وبعتك وغير ذلك من الألفاظ التي تؤدي انشاء المبادلة بين المالكين .

وجاء في بداية المجتهد لابن رشد : ان البيع لا يصح إلا بصيغ الماضي من ألفاظ البيع والشراء ، وأضاف إلى ذلك : ان الشافعي نص على وقوع العقد بالألفاظ الصريحة والكنائيات (١) .

وقال السهوري في الجزء الاول من مصادر الحق : ان الفقه الاسلامي يؤثر صيغة الماضي في العقود لأنها المظهر الواضح للتعبير عن الارادة في مرحلتها النهائية ، أما صيغ المضارع والأمر والإستقبال والإستفهام فلأنها تحتل الحال والإستقبال ، ولأن الصيغة التي يتم بها العقد لا بد وان تتمحض للحال دون الإستقبال ، لذلك وجب الرجوع في هذه الصيغ إلى الظروف والملابسات فإن دلت على الحال يتم بها العقد ، ونقل عن البدائع أحد مجاميع فقه السنة : ان صيغة الماضي وان كانت أخباراً عما مضى ، إلا انها في عرف أهل اللغة والشرع تستعمل للانشاء في الحال ، وبالنسبة إلى صيغة المضارع لا بد من قصد استعمالها في انشاء التملك في الحال لكي يتم بها العقد ، لأن الغالب فيها استعمالها في الإستقبال ، وبالنسبة إلى صيغ الإستفهام فقد نقل عن البدائع : ان البيع لا ينعقد بها عند جميع الفقهاء ، وقد استخلص السهوري من مجموع النصوص الفقهية ثلاثة قواعد .

(١) انظر الفقه على المذاهب الاربعة ص ١٨٧ و ١٨٨ من الجزء الرابع ، وبداية المجتهد لابن رشد الجزء الثامن ص ١٦٩ .

الأولى : ان كل لفظ تتمحض صيغته للحال يؤخذ به ويتم به العقد ، لأن الارادة الظاهرة فيه واضحة لا تحتاج معها إلى الإرادة الباطنة التي هي عبارة عن النية .

الثانية : كل لفظ تعتمل صيغته الحال والاستقبال يؤخذ فيه بالارادة الباطنة ، لأن الارادة الظاهرة فيه غير واضحة لاحتماله لكلا الأمرين ، وذلك كصيغة المضارع .

الثالثة : فيما لو كان اللفظ متمحضاً للاستقبال كصيغ الأمر والاستفهام فلا ينعقد به البيع ، ويؤخذ فيه بالارادة الظاهرة لوضوحها ، ومن هذه الامور الثلاثة نتج ، ان المبدأ العام المتبع هو الأخذ بالارادة الظاهرة ، ونعني بها ما يستفاد صراحة من اللفظ ، وهذه الارادة الظاهرة أن لم تعتمل غير الحال يتم بها العقد ، كما في صيغ الماضي ، وان لم تعتمل غير الاستقبال لا تصلح لتكوين العقد ، وان كانت صالحة للأمرين لا بد من الرجوع إلى نية المتكلم ، وهي الارادة الباطنة المعينة لمراده ، فاذا تبين لنا انه قصد بها انشاء التمليك يتم بها العقد وإلا فلا (١) ، ومضى السنيهوري يستعرض النصوص الفقهية في مجاميع السنة لينتزع منها المبدأ الذي أشار إليه ، ووقف مع فتح القدير شرح الهداية ، حيث نص على ان صيغة العقد مهما كانت لا يتم بها العقد إلا مع الارادة من غير فرق بين بيع وأبيع ، فاذا انضمت إليها نية الانشاء في الحال يتم بها العقد ، كما يتم بصيغة الاستقبال إذا قصد بها البائع الإيجاب في الحال ، وقد استفاد السنيهوري من هذا النص ان شارح الهداية قد تخطى عناية الفقهاء بالالفاظ واعتمد على النية الباطنة التي هي عبارة عن ارادة المتعاقدين ، لأنه لم يفرق بين الماضي وغيره من الصيغ التي يغلب فيها الاستعمال في الاستقبال ، مع العلم بأن الفقهاء يقفون عند الصيغ في العقود ، وينتزعون منها الارادة الظاهرة ، التي هي عبارة عن المعنى الموضوع له اللفظ على حد تعبيره ، وإذا صدر اللفظ من المتعاقدين وكان دالاً على الحال ،

(١) انظر مصادر الحق الجزء الاول ص ٨٩ و ٩٠ .

يكشف عن قصدهما لإرادة النقل والانتقال من انشاء العقد به . وبعد ان استعرض
السنهوري آراء الفقهاء ونصوصهم الفقهية انتهى إلى النتيجة التالية .

وهي ان صيغة الأمر ينعقد بها العقد عند الائمة الثلاثة ما عدا أبا حنيفة ،
وصيغة الماضي يتم بها عند الجميع بلا خلاف في ذلك من أحد ، وصيغة المضارع
يجب اقترانها بالنية لانجام العقد ، ولا ينعقد بصيغة الاستفهام ، ولا بصيغة الاستقبال ،
وأضاف إلى ذلك ان التقنين المدني العراقي في المادة ٧٧ قد أخذ بهذه النتيجة .

وقد رجح الدكتور محمد يوسف انعقاد العقد بطرفيه الايجاب والقبول بكل
لفظ يدل على ارادة المتعاقدين ، وبأي لغة كانت تلك الألفاظ ، ونسب إلى
المالكية والحنابلة والشوافع الوقوف عند الألفاظ المشتقة من مادتي نكح وزوج
في عقد النكاح نظراً لأن فيه معنى العبادة ، ولأن هاتين المادتين نص عليهما القرآن
الكريم في سورة النساء والاحزاب (١) .

وأورد عليهم ان هذه النظرة من أولئك الفقهاء مادية شكلية ضيقة ، فليس لنا
ان نعتد بها وبخاصة ان من مميزات الفقه الاسلامي عدم الشكلية بصفة عامة ،
واستطرد يقول : ان الأصل في العقود ومنها عقد الزواج قيامها على تواضي
الطرفين ، هذا التواضي الذي يدل عليه التعبير الصحيح الواضح على ارادة كل
منهما ، ومن الحرج الذي لا وجه له من الحق تقييد طرفي عقد الزواج باستعمال
ألفاظ من مادة معينة للتعبير عما يريدان ، ما دامت بجانب هذه الألفاظ ألفاظ أخرى
قدل على مرادهما .

ونسب إلى الأحناف انهم يميزون انعقاد عقد الزواج بلفظ التزويج والنكاح

(١) قال في سورة النساء : ولا تنكحوا ما نكح آباءكم من النساء الا ما قد سلت . وفي
سورة الاحزاب : فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكمها لكي لا يكون على المؤمنين حرج في
ازواج ادعيائهم .

وغيرهما مما يشتق من هاتين المادتين وبكل لفظ آخر وضع لتمليك العين في الحال كلفظ الهبة والصدقة والعطية والبيع والشراء بشرط نية أو قرينة تعين ان المراد هو الزواج ، وبشرط فهم الشهود والمقصود (١) .

وقال القرافي في الفردق : ان النكاح ينعقد بكل لفظ يقتضي التمليك على التأييد كالنكاح والتزويج والتمليك والبيع والهبة ، وادعي ان الاصحاب يقولون : انه ان قصد بلفظ الاباحة النكاح صح وبضمن المهر ، ويكفي ان يقول الزوج بعد ذلك قبلت ، ولو قال شخص لآخر زوجني ، فقال له : فعلت . فقال ذلك الشخص : لا أرضى . لزمه النكاح ، لاجتماع جزئي العقد ، ولأن السؤال رضا بحسب العادة ، واستطرد القرافي يقول : ان أبا حنيفة جوزه بكل لفظ يقتضي التمليك على التأييد ، وجوزه مالك بكل لفظ يفهم منه المتناكحان مقصودهما (٢) .

وإذا كان قيام العقود على التراضي سواء في ذلك النكاح وغيره كما يدعي محمد يوسف موسى والقرافي في الفردق ، وان تقييد عقد النكاح بالفاظ معينة حرج ومخالف للحق على حد تعبير الدكتور محمد يوسف ، فمن اللازم الاكتفاء بكل ما يدل على التراضي قولاً كان أم فعلاً كاللمس والتقبيل ونحوهما ، ولو جاز لنا ان نتعدى عما جاء في القرآن من ألفاظ العقد وما ورد في السنة الكريمة وجرت عليه سيرة المسلمين والعرف ، لو جاز لنا ان نتعدى عن كل ذلك إلى لفظ الهبة والعطية في انشاء النكاح ، لم يبق ما يمنع من الاكتفاء بالأفعال التي تدل على تراضي الطرفين بالزواج ، كما يجوز الاعتماد عليها في البيع والشراء عند القائلين بكفاية التعاطي فيها ، ولا أحسب ان فقيهاً يعتمد في فقهه على كتاب الله وسنة نبيه يلتزم بذلك .

(١) انظر المدخل لمعرفة نظام المعاملات عن حاشية ابن عابدين على الدر المختار جلد ٢ ص ٢٧٥ و ٢٧٦ .

(٢) انظر الفروق للقرافي الجزء الثالث ص ١٤٣ ، وجاء في احكام القرآن للجصاص المجلد الثاني ما يؤكد ان الاحناف اجازوه بكل لفظ قياساً على جوازه للنبي (ص) فيما لو وهبت له امرأة نفسها كما جاء في الآية : وامرأة مؤمنة وهبت نفسها للنبي ، انظر ص ٤٥١ .

التعبير عن الإرادة بغير اللفظ

١٢

لقد ذكرنا ان العقد لا يتم إلا بعد توجه ارادة المتعاقدين لانشائه و ابرامه ،
وقلنا ان هذه الإرادة كغيرها من الامور الخفية التي لا بد لها من مظهر ، وان
الألفاظ من أقوى الوسائل الكاشفة عن خفايا النفوس ، وقد استعرضنا الجانب
المهم من النصوص الفقهية فيما يعود إلى الالفاظ التي تتم بها العقود ، والسؤال
الآن ، هو ان التعبير عن الارادة لا يكون بغير الالفاظ ، أو انه يحصل بغيرها
كلاشارة والكتابة ، والتعاطي من الطرفين ونحو ذلك من الوسائل التي تكشف
عن ارادة المتعاقدين ولو بواسطة القرائن والملابسات المحيطة بالمتعاقدين .

وبتعبير آخر هل الفقه يقف عند الألفاظ في ابرام العقود ، أو انه يتخطاها مع
العجز عنها إلى الإشارة والكتابة والتعاطي كغيره من القوانين المدنية التي تنص
على ان التعبير عن الارادة يتم بكل واحد من هذه الامور الثلاثة حتى مع تمكن
المتعاقدين من استعمال الألفاظ لهذه الغاية (١) .

وهنا يختلف نظر الشرعيين وبخاصة الجعفرين منهم عن المدنيين ، حيث ان

(١) تنص المادة ٩٠ من القانون المدني الجديد على ان التعبير عن الارادة يكون باللفظ
والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ المتعاقدين موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً
في دلالة على حقيقة المقصودة انظر نظرية العقد لسلطان مرقس ، والمدخل لدراسة نظام المعاملات
في الفقه الاسلامي ص ٣٢٩ .

المجوزين لاستعمال الإشارة والكتابة في العقود ، لما يكتفون بها بعد العجز عن الألفاظ ، اما مع التمكن من استعمال الألفاظ فلم يذهب أحد إلى الإكتفاء بالإشارة والكتابة في انشاء العقود .

وقد نسب وحيد الدين سوار في كتابه التعبير عن الإرادة إلى المالكية والحنابلة الاكتفاء بالإشارة والكتابة حتى مع تمكن المتعاقدين من استعمال الألفاظ ، ونقل عن حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدرديري انه قال : وينعقد العقد بما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما ، ولا خلاف بين الجعفرين في ان الاكتفاء بالإشارة ونحوهما لما هو بعد العجز عن النطق .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في مكاسبه : « ان اعتبار الألفاظ في البيع وجميع العقود بما نقل عليه الاجماع ، وتحققت فيه الشهرة العظيمة مع الإشارة إليه في بعض النصوص ، ولكن هذا يختص بصورة القدرة ، اما مع العجز منها كالأخرس مثلاً فمع عدم القدرة على التوكيل لا اشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ وقيام الإشارة مقامه ، وكذا مع القدرة لإحالة عدم وجوبه كما قيل . وأضاف إلى ذلك ان النصوص قد دلت على صحة الطلاق من الآخرس ، وهي بإطلاقها تشمل صورة تمكنه من توكيل غيره في ايقاع صيغة الطلاق ، والنصوص التي أشرنا إليها وان وردت في الطلاق ، إلا ان ترخيص الشارع بإيقاع الطلاق من الآخرس بالإشارة هذا الترخيص مع احتياط الشارع وتشدده في الأعراض أكثر من أي شيء كان ، يدل على صحة بيعه وجميع عقوده حتى مع تمكنه من توكيل الغير .

وقال في منية الطالب : وكيف كان فسواء قلنا بأن الفعل ليس مصداقاً لعنوان العقد ، أو قلنا بأنه مصداق له ، ولكن الاجماع قام على اعتبار اللفظ في اللزوم ، فالإشارة من الآخرس تقوم مقام اللفظ ، وان لم تقوم مقام معاطاته أي

أخذه وإعطاءه ، وذلك لأن إشارة الآخرس وان كانت من جملة أفعاله ، إلا ان قصور الفعل عن كونه إيجاباً لعنوان العقد ، إنما هو في غير اشارته ، فان اشارته لا تقصر عن قول غيره لا سيما عند من يفهم مقاصده الكلية والامور الغير المحسوسة ، ورجع كفاية الإشارة من الآخرس حتى مع تمكنه من توكيل غيره اعتماداً على النصوص إذا كانت مفهومة ورقعت بقصد انشاء المعاملة .

وكما يتم العقد بالإشارة يتم بالكتابة أيضاً إذا لم يتمكن من انشاء العقد باللفظ والإشارة وقد اعتمد الفقهاء في ذلك على بعض النصوص التي تشير إلى الاكتفاء بالكتابة من الآخرس . ففي رواية أبي نصر البزنطي : انه سأل أبا الحسن علي بن موسى الرضا (ع) عن الرجل تكون عنده المرأة بصمت ولا يتكلم ، قال (ع) آخرس هو ؟ قلت نعم ويعلم منه بغض لإمرأته وكراهة لها ، أيجوز ان يطلق عنه وليه ؟ قال لا ، ولكن يكتبه ويشهد على ذلك .

وروى أبو حمزة الثمالي عن أبي جعفر الباقر (ع) انه سأل عن رجل قال لرجل اكتب إلى امرأتي بطلاقها وإلى عبدي بعته ، قال (ع) : لا يكون ذلك طلاقاً ولا عتقاً حتى ينطق به لسانه أو بخطه بيده .

وكفاية الكتابة في الطلاق يدل على الاكتفاء بها في غيره من العقود بالأولوية ، لأن المعلوم من حال الشارع انه احتاط في الاعراض وتشدد فيها أكثر من كل شيء .

ويبدو من النصوص الفقهية ان بعض الفقهاء يرجع الإشارة على الكتابة مع التمكن منها ، ومن هؤلاء الشيخ الانصاري بحجة انها أصرح من الكتابة في التعبير عن ارادة المتعاقدين ، بينما رجح غيره الكتابة مع التمكن من الإشارة اعتماداً على النصين اللذين نقلناهما عن البزنطي والثمالي ، ومن بين هؤلاء العلامة

الحكمى في كتبه الثلاثة التحرير والدروس ونهاية الاحكام (١) .

ويظهر من الجواهر الاكتفاء بها باعتبارها من مصاديق الاشارة لا فرداً مقابلها ، وقد تفرد وحده بهذا الرأي لأن الفقهاء بين من يرى انها مقدمة على الاشارة ، وبين من يرى ان الاكتفاء بها إنما هو بعد العجز عن انشاء العقد بالإشارة ، وبين من تردد في صحة استعمالها في العقود على جميع التقادير ، واحتج لذلك بأن الكتابة ليست مصداقاً في العرف والعادة لعنوان عقد أو ايقاع ، لذلك لا تصلح لأن تكون آلة لإنشاء النقل والانتقال المقصودين من المعاملة ، ولازم ذلك ان الفعل أو الانشاء إذا لم يكن مصداقاً لعنوان من عناوين العقود والايقاعات بنظر العرف وفي عوائد الناس ، هذا الفعل إذا أتى به المتعاقدان بقصد ايجاد تلك العناوين التي هي موضوع للأثر الشرعي والعرفي كالبيع والاجارة والنكاح ونحو ذلك ، فقصد انشاء العقد به والحالة هذه لا يكفي في تكوين العقد إلا إذا كان بنظر العرف من مصاديق العقود ، وعليه يكون الاكتفاء بالكتابة في الطلاق لأجل النص ، وليس لنا ان نتخذ من ذلك مبدأ عاماً يسري في كل مورد لا يتمكن معه الانسان من التعبير عن مقصوده بالالفاظ ، نعم لو كانت الكتابة من جملة الوسائل التي تتم بها العقود بنظر العرف والعوائد المتبعة ، تكون النصوص التي نصت على الاكتفاء بها في الطلاق والوصية اقراراً لما هو المتبع المتعارف بين الناس ، لا تأسيساً واختراعاً لأمر مستحدث لم يعرف عنه الناس شيئاً ، ومعنى ذلك ان النصوص التي أشارت إلى كفاية الطلاق بالكتابة لم تكتف بها تعبداً او لخصوصية في الطلاق ، بل لأجل ان الكتابة مع العجز عن النطق يصح الإعتماد عليها في مقام التعبير عن ارادة المتعاقدين بنظر العرف ، ولو كانت أصرح من الاشارة وأقوى دلالة منها تكون لها الأفضلية عليها (٢) .

(١) انظر الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي ، والمكاسب للشيخ مرتضى الانصاري ، ومنية الطالب للخوفساري .

(٢) انظر منية الطالب ص ١٠٣ و ١٠٤ .

ومن ذلك تبين ان ما نسبته الدكتور وحيد الدين سوار إلى الامامية من انهم يرون الكتابة والاشارة من العاجز عن النطق في عرض واحد هذه النسبة لا واقع لها ، ذلك لأن فقهاء الامامية بعد ان أقروا مبدأ الاكتفاء بجميع الوسائل التي تعبر عن ارادة المتعاقدين العاجزين عن النطق في انشاء العقود ، بعد ان أقروا ذلك انقسموا إلى فئتين احديها ترجع الاشارة على الكتابة ، والثانية ترجع الكتابة عليها تشيئاً مع النصوص المروية عن الائمة (ع) في الاكتفاء بها في الطلاق والعقود كما ذكرنا ، وقد اعتمد المؤلف في هذه النسبة على ما جاء في الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي ، والموجود فيها لا يعبر عن رأيه النهائي في هذه المسألة ، على ان رأي الواحد او الاكثر لا يعبر عن رأي الامامية في أي واقعة من الوقائع ، ولا تصح نسبة رأي إليهم إلا إذا كان ضرورياً ، أو مجمعا عليه ، أو مشهوراً عند الأكثرية الغالبة من فقهاء المتقدمين والمتأخرين ، اما نسبة الرأي إلى الامامية لمجرد ان فقيهاً واحداً أو أكثر قد ثبناه أو رجحه على غيره ، فذاك من الأغلاط ، لأن فقهاء الامامية في كل عصر يتخطون حدود المئات ولكل واحد منهم ان يجتهد ويحكم بما يستوحيه من أدلة التشريع ، فلو اتفق عشرة من الفقهاء على حكم واقعة من الوقائع وخالف الباقون لا يصح نسبة الحكم إلى الامامية لمجرد اتفاق العشرة أو الاكثر عليه ، مادام الخلاف واقعاً من طرف الباقيين . وقد وقع وحيد الدين سوار في كتابه التعبير عن الارادة في هذا الخطأ أكثر من مرة ، كما سننبه على ذلك في خلال المباحث الآتية .

ولعل السبب الذي أوقعه هو وغيره في هذا النوع من الخطأ يعود إلى الأمرين التاليين :

الاول : عدم تعرفهم على فقه الشيعة واستقصاء آراء فقهاءهم المنتشرة في أكثر المجاميع والموسوعات الفقهية .

الثاني : جهلهم بطريقة الامامية في استنباط الأحكام ، وبالصلاحية التي يتمتع

بها الفقيه الشيعي ، وقد استقصينا هذين المبحثين في كتابنا المبادئ العامة للفقه الجعفري (١) ونشير هنا إلى ما فصلناه في الكتاب المذكور بصورة مجملة .

ان المجتهد الشيعي يعتمد في معرفة الاحكام على كتاب الله وسنة رسوله التي رواها الثقة من المسلمين وعلى المرويات عن ائمة الشيعة باعتبارها تمثل أقوال الرسول وآله (ص) وأفعاله ، كما يعتمد على الاجماع باعتباره أيضاً يشتمل على الحجة الشرعية ، ويعتمد بالاضافة إلى ذلك على العقل وعلى الاصول والقواعد العامة التي أرجع إليها الشارع في موارد تعذر الوصول إلى النص الكافي لاستخراج الحكم ، وله ان يحكم بما يستنبطه من هذه الأدلة حتى ولو خالف أكثر الفقهاء ، وان يتخطى آراءهم جميعاً عندما تحصل له القناعة الكافية من تلك الأدلة ، وهذا النوع من الصلاحية التي يتمتع بها الفقيه الشيعي من فوائد فتح باب الاجتهاد الذي لا يزال مفتوحاً من أقدم العصور للتشريع الاسلامي .

ومهما كان الحال فالآراء في الاشارة والكتابة عند الجعفرين إذا اعتبرنا ما ذكره في الجواهر رأياً له لا تعدى الآراء التالية :

الاول : تقديم الاشارة على الكتابة كما رجع ذلك أكثر الفقهاء .

الثاني : تقديم الكتابة عليها ورجحه جماعة من الفقهاء اعتماداً على النصوص التي تعرضت لطلاق الاخرس ، ويدعي وحيد الدين سوار : انه الرأي المتبع عند الأحناف ، وان القوانين الحديثة قد اتجهت إلى الاخذ به ، كما أخذ به قانون الاحوال الشخصية السوري ، فلقد جاء فيه : يصح الايجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة ان كان يكتب ، وإلا فبإشارته المعلومة ، ويقع الطلاق باللفظ والكتابة ، ومن العاجز عنهما بإشارته المفهمة (٢) .

(١) من منشورات دار النشر للجامعيين خلال سنة ١٩٦٣ .

(٢) المصدر السابق ١١٨ .

الثالث : مساواة الإشارة للكتابة باعتبار انها مصداق لها كما رجع ذلك في الجواهر والمراد من الكتابة التي يتم بها العقد : ان يكتب البائع صيغة العقد بقصد انشاء المبادلة بين المالين في الحال ، وعندما تم الكتابة ينشئ المشتري القبول باللفظ ان كان متمكناً من استعمال الالفاظ ، وإلا فبالإشارة أو الكتابة ، ولم يتعرض الفقهاء الجعفريون لانشاء العقود بالمراسلة ، كما لو حمل المالك صيغة العقد لشخص بقصد انشاء النقل على ان يوصلها إلى المشتري ، بأن قال له : اذهب إلى فلان ، وقل له اني قد بعثك عقاري أو داري بكذا وعندما يبلغ الرسول الرسالة إلى المشتري ينشأ هو بدوره القبول ، فيتم العقد بينهما بهذه الصورة ، لم يتعرض الفقهاء الجعفريون لانشاء العقد بالمراسلة على هذا النحو ، ذلك لأن العرف لا يرى هذا النوع من الانشاء مصداقاً لعنوان العقد ، بالإضافة إلى انه لا بد من اتحاد مجلس العقد في مقام انشاء المبادلة والمعاوضة بين الطرفين ، والبائع قد انشأ الايجاب حينما قال للرسول اذهب إلى فلان وقل له قد بعثك داري ، فاذا حمل الرسول هذه الرسالة إلى بلد آخر ، أو مجلس آخر وبلغها لصاحبها ، يتعدد مجلس العقد ، بمعنى ان الايجاب يكون في مجلس والقبول في مجلس آخر ، ويدعي القائلون بصحة التعاقد بهذه الطريقة ، ان الرسول ينقل الايجاب مادياً إلى مجلس القبول ، فيكون الايجاب والقبول حاصلين في مجلس واحد (١) .

ولم يفرق التشريع المدني بين وسيلة وأخرى من وسائل التعبير عن الارادة ، فالإشارة والكتابة وغيرهما من الأفعال تقوم مقام الالفاظ حتى مع التمكن منها .

قال السنهوري في كتابه الوسيط : المادة ١٠١ . التعبير عن الارادة يكون باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدغ ظروف الحال

(١) انظر مصادر الحق للسنهوري ص ١٠١ ، وهو من الأغلاط الواضحة ، فان الموجب يحصل منه الإيجاب بقوله للرسول قل لفلان قد بعته عقاري بكذا ، وليس الرسول إيجاباً وثاقلاً وقع من غيره ، ولو افترضنا ان انشاء المعاملة يحصل من قول الرسول ، فكون من مصاديق الوكالة .

شكاً في دلالة على حقيقة المقصود ، وأضاف إلى ذلك : ان التعبير عن الارادة يكون صريحاً إذا كان المظهر الذي اتخذته كلاماً ، أو كتابة أو اشارة ونحو ذلك مما يكون موضوعاً بذاته للكشف عن الإرادة حسب المؤلف بين الناس ، فالتعبير الصريح يكون بالكلام ، وألفاظ العقد قد يؤديها اللسان مباشرة ، وقد يؤديها بالواسطة كالتحاطبة التلفونية ، وكإيفاد رسول لا يكون نائباً عنه .

وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة في أي شكل من أشكالها عرفية كانت أو رسمية ، في شكل سند أو كتابة ، أو نشرة اعلان موقع عليها أو غير موقع ، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة ، واستطرد يقول : ويكون التعبير الصريح بالإشارة المتداولة عرفاً ، فإشارة الاخرس غير المبهمة تعبير صريح عن ارادته ، وأي اشارة من غير الاخرس تواضع الناس على ان لها معنى خاصاً تكون تعبيراً صريحاً عن الارادة ، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول ، وهزه أفقياً أو هز الكتف دلالة على الرفض ، ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود ، فعرض التاجر بضاعته على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً ، ووقوف عربات الركوب ونحوها في الاماكن المعدة لذلك يعتبر إيجاباً صريحاً أيضاً .

ويكون التعبير ضمنياً ، إذا كان المظهر الذي اتخذته ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون ان يفترض وجود هذه الارادة ، مثال ذلك ان يتصرف شخص في شيء ليس له بعد ان عرض عليه ان يشتريه ، فيكون تصرفه دليلاً على انه قبل الشراء المعروض عليه من قبل المالك ، وكالمستأجر إذا بقي في العين المؤجرة بعد نهاية المدة المحددة بينهما وصدور منه عمل يفهم منه انه اراد به تجديد الاجار (١) .

فالقانون لا يفرق بين اللفظ وغيره من الأدوات التي تعبر عن ارادة المتعاقدين .

(١) انظر الوسيط ص ١٧٥ وما بعدها .

سواء كانت صريحة او ضمنية ، ولم يستثن القانون المدني من هذا المبدأ العام إلا بعض العقود الشكلية على حد تعبيرهم ، والمراد منها ما لا تتم بمجرد تراضي المتعاقدين ، ولا بد منها بالإضافة إلى تراضيها من اتباع شكل مخصوص كتسجيله في ورقة رسمية يدون فيها العقد ، وكما لو اتفق المتعاقدان ابتداء على ان يكون التعاقد النهائي بينهما بالكتابة ، فتكون الكتابة في مثل هذه الحالات ركناً شكلياً لا يتم العقد بدونها (١) .

وقد فرق السنهوري بين الرسالة والكتابة : ان مفعول الكتابة يبقى زمنياً طويلاً ، فإذا قرئ الكتاب المتضمن للإيجاب في مجلس ولم يقبل الموجه إليه ، يبقى مفعول الكتابة بنحو لو قرئ على شخص آخر بصح القبول منه ولو في مجلس آخر ، فتكون قراءة الكتاب مرة ثانية على شخص آخر بمنزلة تكرار الإيجاب من البائع مباشرة ، اما بالنسبة إلى الرسالة ، فإذا لم يقبل المرسل إليه الإيجاب الذي نقله الرسول إليه ينتفي مفعول الرسالة ولا يبقى لها أثر بالنسبة إلى غيره ، ورجع بعض فقهاء السنة تساويها من هذه الناحية ، وان الكتابة لا تزيد عن الإيجاب الصادر من البائع مباشرة ، فكما يبطل مفعوله فيما لو رفض الطرف الآخر القبول ، كذلك يبطل مفعول الكتاب لو رفض الموجه إليه القبول (٢) .

وقد أورد السنهوري بعض النصوص الفقهية التي تصرح بانعقاد البيع بالرسالة والكتابة من البائع ونقل ذلك عن البدائع ، وفتح القدير ، والذر المختار ، والشرح الكبير للمالكية وغيرها ، كما نقل عن جماعة من فقهاء السنة عدم الاكتفاء بالكتابة والرسالة في إنشاء العقود مع التمكن من استعمال الالفاظ مباشرة ، وهو الرأي الشائع بين الشافعية ، وحجتهم في ذلك ان الضرورة لا تفرض الاعتماد على كتاب

(١) نفس المصدر ص ١٥١ .

(٢) انظر المدخل للدكتور محمد يوسف ص ٣٣٣ .

الغائب للتعبير عن ارادته ، ما دام باستطاعته ان يوكل من يقوم بإبرام العقد نيابة عنه .

وقال الشيرازي أحد فقهاء الشافعية : وان كتب رجل إلى آخر ببيع سلعة ، ففيه وجهان أحدهما ان البيع ينعقد بذلك لأنه موضوع ضرورة ، والثاني لا ينعقد وهو الصحيح (١) .

وقد قسموا الكتابة إلى ثلاثة أقسام ، كتابة غير مستبينة ، وكتابة مستبينة ، وكتابة مرسومة ، والمراد من الكتابة غير المستبينة هي ما ليس له وجود بعد الانتهاء منه كالكتابة في الهواء وعلى الماء ، والرأي الشائع بينهم عدم الاكتفاء بها في تكوين العقد ، قال في البدائع : وان كتبت على الماء أو الهواء ، فذلك ليس بشيء ، ولا يقع بها الطلاق وان نوي لأن ما لا يستبين به الحروف لا يسمى كتابة فكان ملحقاً بالعدم .

ونسب الاستاذ علي الحفيف في كتابه فرق النكاح : إلى البكري والشعبي الاكتفاء بهذا النوع من الكتابة وحجتها في ذلك ان الكاتب قد كتب في هذه الحالة حروف تعبيره فكان كما لو كتبها بشيء له بقاء .

والمراد من الكتابة المستبينة هي ما له بقاء بعد الفراغ منه ، كالكتابة على الورق وعلى اللوح من غير ان يوجهها لشخص معين ، ومن أمثلة ذلك ما لو كتب على ورقة امرأتى طالق ، أو كتب بعت عقاري لزيد مثلاً ، وهذا النوع من الكتابة لا يكشف عن الإرادة كشفاً جازماً ولا بد من سؤال الكاتب عن نيته في مثل ذلك ، فإن قال اني نويت الطلاق أو البيع يقعان بها وإلا فلا .

واما الكتابة المرسومة فهي الرسالة الموجهة لشخص معين ومعنونة إليه كأن

(١) التعبير عن الارادة ص ٢٠٩ .

يكتب إلى زوجته : يا فلانة أنت طالق ، أو إلى شخص خاص باسمه ، قد بعثك داري أو عقاري، وهذا النوع من الكتابة يعبر عن الإرادة تعبيراً كاملاً، ويجري مجرى الخطاب مشافهة ، وجاء في البدائع للكاساني حول هذا النوع من الكتابة :

وان كتب كتابة مرسومة على طريق الخطاب والرسالة مثل ان يكتب اما بعد يا فلانة انت طالق ، فيقع الطلاق بذلك ، ولو قال بأني لم أقصد به الطلاق لا يصدق في قوله. وأضاف إلى ذلك، ان رسول الله (ص) وآله كان يبلغ مرة بالخطاب، ومرة بالكتابة ، وثالثة بإرسال الرسل ، وذلك دليل على ان الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب (١) .

والظاهر ان محل الخلاف بينهم في جواز التعبير عن الارادة بالكتابة هو هذا النوع منها ، وقد اعتبرها المالكية والحنابلة بمنزلة الألفاظ، من حيث جواز الإعتماد عليها بين الحاضرين والغائبين مع تمكّنها من التلفظ أو توكيل الغير بإنشاء صيغة العقد وعدمه .

ولم يكتب بها الأحناف والشافعية مع حضور المتعاقدين في مجلس واحد ، ومع تمكّنها من إنشاء العقد بالصيغة ، وإذا لم يكونا مجتمعين في مجلس العقد بأن كانا غائبين ، فالرأي الشائع بين فقهاء المذاهب الأربعة جواز الاعتماد عليها في تكوين العقود حتى مع التمكّن من توكيل حاضرين في إنشاء المعاملة أو النكاح ، وفي مقابل ذلك رجح بعضهم عدم الاكتفاء بها ، ومن هؤلاء الشافعي وبعض أتباعه كما ذكرنا .

وعندما نقارن بين الكتابة والاشارة من ناحية إعتماد الفقهاء عليها في تكوين العقود ، نجد ان الكتابة قد وجدت المكان الرحب الواسع بين فقهاء السنة فقد

(١) المصدر السابق ص ٢٠٨ و ٢٠٩ .

اكتفى بها المالكية والحنابلة حتى من القادرين على استعمال الألفاظ المجتمعين في مجلس واحد ، وبالنسبة إلى الغائبين فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى الاعتماد عليها في العقود المالية وغيرها كعقد النكاح والطلاق ونحوهما .

أما الإشارة فلم يكن لها بنظر الفقهاء السنين تلك المنزلة الواسعة ، وقد أجمعوا على كفايتها في التعبير عن الإرادة من الأخرس ومن اعتقل لسانه بعد أن كانت يتكلم على شرط أن يستمر معه الحرس طيلة حياته ، ويشترط بعضهم في جواز الاعتماد على إشارته أن يحصل اليأس من شفائه ، بينما يرجع فريق منهم عدم جواز الاعتماد عليها إلا بعد مرور سنة كاملة عليه وهو بتلك الحالة ، وبالنسبة إلى الصحيح القادر على التلفظ بالصيغة ، فالمالكية والحنابلة يكتفون بإشارته في إنشاء العقود ، ويؤيد ذلك ما جاء في اعلام الموقعين لابن القيم قال : فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده ، والألفاظ لم تقصد لذواتها وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم ، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كانت عمل بمقتضاه سواء كان بإشارة أو كتابة (١) .

وجاء في شرح الخطاب للمالكية : كل لفظ أو إشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود ، وأضاف إلى ذلك : والإشارة أولى بالجواز من المعاينة لأنها مصداق للكلام ، قال تعالى : آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا . والرمز هو الإشارة (٢) .

والرأي الثاني للأحناف والشافعية ، وهو عدم الاكتفاء بالإشارة مع التمكن من الألفاظ ، وجاء في الاشباه والنضائر لابن نجيم : وإن لم يكن معتقل اللسان لا تعتبر إشارته ، ونص في البدائع ، أن من حلف أن لا يتكلم بسر فلائ ولا

(١) انظر اعلام الموقعين ج ١ ص ١٨٩ .

(٢) انظر التعبير عن الإرادة ص ٢٢٢ .

بمكانه ، فكتب أو أشار لا بحث لأن الكتابة والإشارة ليست بكلام ، وقد
ذكرنا سابقاً ان الشافعي لم يكتب بوقوع العقد من الغائبين بالكتابة ، والإشارة
أولى بعدم الاكتفاء بها في حال اجتماع المتعاقدين وتمكنها من إنشاء العقد بالصيغة
المتعارفة في العقود والمعاوضات (١) .



(١) انظر مصادر الحق ج - ١ للسنيوري ص ١٠٦ و ١٠٧ .

التعبير عن الإرادة بالتعاطي من الطرفين

١٣

لقد ذكرنا ان الألفاظ هي الوسيلة الأولى المفضلة في مقام التعبير عن إرادة المتعاقدين، وان غيرها من الوسائل كالكتابة والاشارة والرسالة والقرائن الكاشفة عن رغبة المتعاقدين، والاقدام على عمل لا يمكن تفسيره إلا بإفراض قصد المبادلة بين المالين منه، وأشرنا إلى آراء الشرعيين والمدنيين في الموارد التي يجوز فيها استعمال هذه الوسائل، والمقصود بالتعاطي من الطرفين الذي تحدث عنه الفقهاء بعنوان المعاوضة، هو إنشاء العقد بالمبادلة بين المالين بأن يسلم البائع العين إلى الطرف الآخر ويستلم منه العوض المقابل لها بقصد إنشاء التملك من الطرفين في الحال بنحو يكون التسليم والتسلم الحاصلين منهما بمنزلة الإيجاب والقبول اللفظيين، وقد اختلفت آراء الفقهاء في تكوين العقود بالأخذ والاعطاء من الطرفين بقصد الانشاء والتمليك أشد الاختلاف واحتلت هذه المسألة مكاناً واسعاً في كتب الفقهاء الاسلاميين على اختلاف مذاهبهم، وبحسب الجعفرين مفصلاً بجميع فروضها وأقسامها، والخلاف بين الفقهاء في كفاية التعاطي لانشاء العقود يرجع إلى ان الألفاظ التي اعتاد الناس على استعمالها في عقودهم ومعاملاتهم ونص الفقهاء عليها في مجاميعهم الفقهية باعتبارها من الشروط التي يجب ان تتوفر في العقود، هذه الألفاظ هل هي بنظر الشارع من شروط إبرام العقود ولزومها على المتعاقدين، بعد فرض ان العقد يتم بها وبغيرها من الأفعال التي يقصد منها انشاء التملك والمبادلة بين المالين؟ أو انها من شروط صحة العقد بنحو لا يقع العقد بدونها بملكاً للبائع ولا

للمشتري ، ولو افترضنا ذلك فلو أنشأ الطرفان المعاملة بالتعاطي ، فهل يكون هذا العمل فاسداً لا يترتب عليه أي أثر من الآثار ، أو انه يفقد ميزة العقود المملوكة ، وينتج منه إباحة التصرف لكل من الطرفين فيما استلمه من الآخر ؟ هذه الأسئلة لقد أجاب الفقهاء عنها ، ولكنهم لم يلتقوا في أجوبتهم على حل واحد والمتحصل من مجموع آرائهم حول هذه المسألة ينتهي إلى الحلول التالية :

الأول : افادتها الملك ولزوم العقد بالتعاطي المقصود به إنشاء المبادلة بين المالكين ، ولازم ذلك ، ان الالفاظ ليست وحدها الوسيلة إلى إبرام العقود بيعاً كانت أو غيرها ، فكل ما يكشف عن إرادة المتعاقدين قولاً كان أم فعلاً يتم به العقد وهو المنسوب إلى الشيخ المفيد أحد أعلام الامامية في القرن الرابع الهجري (١) .

الثاني : ان الالفاظ المتعارفة في إنشاء العقود من شرائط لزوم العقد ، اما التمليك المقصود بالمعاوضة فيتم بكل ما يدل على إنشاء التمليك والتملك ، من غير فرق بين الافعال والاقوال ، وقد رجع هذا الرأي وقبناه جماعة من مشاهير فقهاء الشيعة منهم المحقق الكركي في المجلد الثاني من جامع المقاصد ، والنص الفقهي الذي يشير إلى هذا الرأي هو النص التالي :

المعروف بين الاصحاب انها أي المعاطاة بيع ، وان لم تكن كالعقد في اللزوم ، خلافاً لظاهر عبارة المفيد ، ولا يقول أحد من الاصحاب بأنها بيع فاسد سوى المصنف في النهاية (٢) ، وقد رجع عنه في كتبه التي ألفها بعد (النهاية) ، وأضاف

(١) وقد توفي في مطلع القرن الخامس سنة ٤١١ هجرية .

(٢) وهو العلامة الحلي أحد فقهاء الشيعة في القرن الثامن الهجري سنة ٧٢٦ ، وهو من اعيان فقهاء الامامية في مطلع القرن الثامن وقد ترك في الفقه والاصول والفلسفة وغير ذلك من المؤلفات التي تدل على سعة علمه وعمق تفكيره مجموعة من المؤلفات لا تزال بنظر العلماء والباحثين من أبرز الآثار الاسلامية .

إلى ذلك ان قوله تعالى : أحل الله البيع يتناول المعاوضة لانها بيع بالاتفاق حتى من القائلين بفسادها ، لانها عندم بيع فاسد ، وقوله تعالى : إلا ان تكون تجارة عن تراض يشملها وغيرها إلا ما أخرجه الدليل من هذا العموم ، واستطرد يقول : وما يوجد في عبارة جمع من متأخري الاصحاب من انها تفيد الاباحة وتلزم بذهاب أحد العينين يريدون به عدم اللزوم في أول الامر ، لامتناع إرادة الاباحة المجردة من اصل الملك ، ومقصود المتعاطين ، هو التملك ، فاذا لم يحصل الملك بالتعاطي مع هذا القصد لا بد وان تكون فاسدة لبقاء كل من العوضين على ملك صاحبه ، ولازم ذلك عدم جواز التصرف في العوضين موضوع التعاطي لغير المالك الاول ، على ان الاباحة التي يدعيها أنصار هذا القول في مقابل الملك ، فكيف تتحقق ملكية شخص لمال شخص آخر لمجرد تلف ماله في يد الآخر (١) والمتحصل من ذلك : ان الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد صريحة كالألفاظ لم تؤثر أثر الألفاظ الصريحة التي تلزم المتعاقدين بما التزموا به ، اما الملك فيكفي في حصوله قصد التملك الحاصل من انشاء الطرفين بالأخذ والاعطاء ، وحيث انها تفيد الملك الجائز فيجوز لكل من الطرفين ان يسترجع ماله للطرف الآخر ما دام استرجاعه ممكناً .

مركز تحقيق مكتبة نور علوم راسدي

الثالث : ان انشاء البيع بالتعاطي لا ينتج منه إلا الاباحة المطلقة لجميع التصرفات بالعوضين حتى التي لا تسوغ لغير المالك كوطء الجارية ورهن العين المقبوضة بالتعاطي وهبتها ونحو ذلك ، وهذا الرأي ليس بأقل شيوعاً وانتشاراً بين الفقهاء من الرأي السابق ، ومع ذلك فقد تعرض للنقد من جهتين ، الأولى ان القصد لا بد من مراعاته في العقود ، وإذا قصد المتعاطيان التملك وقلنا بكفاية

(١) المحقق الكركي ، هو الشيخ عبد العال الكركي ، هاجر الى ايران وانتهت اليه الزعامة الدينية في عهد الحسكام الصفويين ، ومن ابرز مؤلفاته في الفقه كتابه جامع المقاصد في مجلدين وكانت وفاته في ايران سنة ٩٣٧ هجرية ، وجاء في الكنى والألقاب للشيخ عباس القمي ان وفاته كانت سنة ٩٤٠ هجرية في مدينة مشهد من بلاد ايران .

ذلك في انشاء العقود لا بد من حصول المقصود لها وهو التمليك، فحصول الإباحة المجردة عن الملك بالتعاطي المقصود به التمليك كما يدعي أنصار هذا الرأي يلزمه عدم الاعتداد بقصد المتعاقدين وان قلنا بعد كفاية التعاطي في انشاء العقود لزم ان لا يترتب عليها أي أثر من الآثار مهما كان نوعها كما هو الحال في جميع العقود الفاسدة .

الثانية : ان إباحة جميع التصرفات لكل منهما بما حصل في يده ، هذه التصرفات من آثار الملكية ، والمفروض ان المعاطاة لا تقيد الملك ، فلا بد من سبب غيرها لإباحة تلك التصرفات التي لا تصح لغير المالكين ، وقد اعتذر عنهم الكركي بأن الإباحة التي يدعونها عبارة عن الملك الجائر ، كما اعتذر عنهم الشيخ صاحب الجواهر بأنهم يقولون بأنها تقيد الإباحة فيما لو قصد المتعاطيان الإباحة دون التمليك .

ولقد بالغ مؤلف كاشف الغطاء في الكتاب المذكور في الإنكار على من نسب هذا الرأي إلى الكثرة من العلماء ، وادعى ان القول بذلك لا يجوز ان ينسب إلى أصاغر الطلاب فضلاً عن مثل هؤلاء العلماء ، وبعد ان هاجم هذا الرأي من جهات متعددة ، اختار كفاية التعاطي في حصول التمليك لكل من المتعاطين ، وأيد ذلك بالسيرة الجارية بين الناس على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الأملاك وترتيب آثار الملك عليه كعتق العبد المقبوض بالتعاطي ووطئ الجارية ونحو ذلك من التصرفات التي لا تصح إلا من المالكين (١) .

الرابع : ان المعاطاة لا تقيد أكثر من إباحة الإنتفاع بالعوضين ، اما التصرفات التي لا تصح إلا من المالك كالبيع والشراء والإقلاف وعتق العبد ونحو

(١) هو احد فقهاء الشيعة في القرن الثاني عشر الهجري وبعد ان ألف كتابه المسمى بكشف الغطاء اصبح اسم الكتاب علماً عليه وعلى من تناسل فيه الى اليوم ، وقد ولد سنة ١٦٥٦ هجرية وكتابه « كشف الغطاء » يدل على عظمته وسعة اطلاعه وعمق تفكيره .

ذلك فالمعاطاة لا تكفي لجوازها ، ولم ينسب هذا الرأي لغير الشهيد ، والشيخ الطوسي في المبسوط ومن مجموع ذلك تبين ان أكثر الآراء شيوعاً وانتشاراً بين الفقهاء الجعفرين القول بإفادتها الملك الجائز ، وإفادتها إباحة جميع التصرفات ، وقد ذكرنا ان هذا الرأي الأخير على كثرة أنصاره كان هدفاً لهجوم عنيف من القائلين بإفادتها الملك الجائز وبخاصة من الشيخ جعفر في كتابه كشف الغطاء .

وقد حاول الحونساري في تقريراته ان ينتصر اليه بما حاصله ، ان البيع عبارة عن تبديل مال بمال ، ومرد ذلك إلى تبديل طرف في الاضافة المالكية ، وهذا النوع من التبديل بما انه ليس من الأمور الخارجية لا بد له من شيء يدل عليه ، والأفعال بنفسها قاصرة عن اداء هذا المعنى ، وإباحة التصرفات من آثار تسليط كل من المالكين الطرف الآخر على ملكه ، وليست من آثار قصد التمليك ، لأن المعاطاة هي عبارة عن تسليم كل واحد ماله للآخر بنحو المعاوضة ، وبهذا التسليط المالك يباح لكل واحد منهما ان يتصرف فيما وصل إليه وان لم يكن مقصوداً بنفسه ، فاذا لم يتحقق الملك المقصود بالمعاطاة ، يبقى لكل من الطرفين الحق في التصرف لأنه معول للتسليط المالك الحاصل بالمعاوضة بين المالكين (١) .

ورجع بعض الفقهاء ان تكون إباحة التصرفات المطلقة بالعوضين قد أباحها الشارع بقصد التسهيل على الناس نظراً لكثرة التعامل بالتعاطي بدون الصيغة ، ولازم ذلك ان المعاطاة لا تؤثر شيئاً ، ولكن انتشارها بين الناس كان سبباً للتسهيل عليهم وإقرارهم على ما جرت سيرتهم عليه (٢) .

وقال السيد محمد بحر العلوم في بلغة الفقيه : ان المقصود بالمعاطاة أمران التمليك ، وإباحة التصرفات بمعنى ان تسليط كل من الطرفين للآخر على ماله

١ - انظر منية الطالب للحونساري في البحث المعاطاة .

٢ - انظر المكاسب للشيخ الانصاري .

اثر ان بنظر المتعاطين التمليك وإباحة التصرفات ، وبما ان قصد التمليك لا يكفي في ملكية كل منها للعوض الذي انتقل إليه نظراً لأن الصيغة شرط في العقود الملكية ، يبقى الأثر الثاني لوجود سببه وهو التسليط الحاصل من كل منها (١) وبهذا اللحاظ تتميز المعاطاة عن البيع الفاسد ، ذلك لأن إباحة التصرفات في العين المقبوضة بالبيع الفاسد ، وان كانت من آثار تسليط كل من المتعاقدين للآخر على ماله ، إلا ان التسليط في العقود الفاسدة من توابع الملكية المترتبة على العقد يزعم المتعاقدين ، فاذا لم تحصل الملكية من جهة فساد العقد لا يبقى محل للتسليط لأنه من آثارها كما هو المفروض .

ومهما كان الحال فالمشهور بين المتقدمين من فقهاء الشيعة ان المعاطاة لا ينتج منها إلا إباحة التصرف في العوضين بكل أنواع التصرفات ، وعند المتأخرين من الفقهاء انها تفيد الملك الجائز على حد تعبيرهم ولكل واحد منهما ان يسترجع ما سلمه للآخر ما دام موجوداً وقد انتصر لهذا الرأي عدد كبير من فقهاء الشيعة المبرزين كصاحب الجواهر ، وصاحب بلغة الفقيه والشيخ الانصاري في مكاسبه ، وشرائعها للسيد كاظم اليزدي والشيخ محمد حسين الاصفهاني والحنساري في منية الطالب ، وغيرهم ، قال الشيخ الانصاري :

وذهب جماعة من الفقهاء تبعاً للمحقق الكركي (٢) إلى حصول الملك إذا كان البيع بالتعاطي المجرد عن الألفاظ للسيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك من حيث التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات التي لا تصح إلا من المالكين ، كعتق العبد وبيع الأعيان موضوع التعاطي وتوريثها ونحو ذلك ، ويدل عليه قوله تعالى : أحل الله البيع ، حيث تدل الآية بمنطوقها على صحة كل ما يسمى بيعاً بنظر العرف ، وبما لا شك فيه انها من أفراد البيع بنظر العرف

١ - انظر بلغة الفقيه في الفقه الجعفري .

٣ - احد فقهاء الشيعة في مطلع القرن العاشر هاجر من لبنان الى ايران وتوفى بها سنة ٩٤٠ هجرية ، وقد ذكرنا لحة عنه في بعض التعليقات السابقة .

والمشرعة أيضاً ، واستطرد يقول ، إنا لا نحتاج إلى قوله (ص) : الناس مسلطون على أموالهم لإثبات ان المعاطاة بيع بملك ، وذلك لأن الحديث الشريف ناظر إلى جعل السلطنة للمالك على ملكه من حيث التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات التي لا تتنافى مع المبادئ الشرعية ، ولا دلالة فيه على ان تصرف المالك بماله بالتعاطي بملكاً للطرف الآخر كما هو مفروض الدعوى .

وقال السيد كاظم في حاشيته على مكاسب الأنصاري : والاقوى انه مع ذلك بيع إذا كان في مقام البيع وبقصده ، بل الاقوى انه لازم لما سيأتي من الأدلة الدالة عليه بعد كونه بيعاً ، وأضاف إلى ذلك ان المتمسكين بالشرعية كانوا ولا يزالون يجرون على المعاطاة أحكام البيع ، ولا يفرقون بين المال المأخوذ بالمعاطاة وبين المال المأخوذ بالصيغة ، ولم يخالف بذلك أحد من فقهاء الإمامية ، على ان التردد في افادتها الملك يرجع الى ان العقود المملكة لا تتم إلا بالألفاظ ، وليس في النصوص الشرعية ما يضمن هذا الإدعاء ، على ان الأدلة العامة تكفي لإثبات كونها من العقود اللازمة ، ومن جملة ما أوفوا بالعقود ، وهذه العمومات وحدها تكفي لصحة المعاطاة ولزومها ، وعدم اعتبار الصيغة شرطاً في صحة العقود والمعاملات .

مركز تحقيقات كميته علوم اسلامی

وأقصى ما يمكن ان يستدل به على ان العقود المملكة لا تتم إلا بالصيغة الامور التالية :

الاول : الإجماع الذي ادعاه ابن زهره (١) ، وهو من الاجماع بخبر الواحد والتي لا تصلح دليلاً على الاحكام كما نص على ذلك أكثر علماء الإمامية (٢) .

١ - أحد فقهاء الإمامية في القرن السادس ، هو ابو المكارم الحمزة بن علي بن زهرة الحسيني من أفاضل فقهاء الإمامية وبيتهم من البيوت المعروفة بالعلم والفقه في حلب يوم كانت التشيع في تلك البلاد منتشرة بين اهلها وقد عد الشيخ عباس القمي في كتابه هدية الاحباب في الكنى والالقب جماعة من علماء بني زهرة وكانت وفاة ابو المكارم سنة ٦٨٥ هجرية ودفن في حلب .
- انظر رسائل الشيخ مرتضى الأنصاري ، وكتابنا المبادئ العامة للفقه الجعفري .

الثاني : النصوص الناهية عن بيع المنابذة والملازمة والحصاة ، وإلغاء الشارع لهذه العقود الثلاثة بوحى بأن العقود بيعاً كانت أو غيرها لا تتم إلا بالصيغة ، وهذا الدليل لا يكفي أيضاً لإثبات ذلك ، لأن هذه الطرق الثلاثة كانت تستعمل عند تعيين المبيع بعد انشاء البيع بالصيغة اللفظية ، وكان البائع يقول للمشتري بعثك ما تقع عليه الحصاة بكذا ، أو ما لامسته وقد منع الشارع عن أمثال هذه المعاملات من حيث اشتغالها على الغرر الحاصل من جهالة المبيع وعدم تعيينه حين البيع ، ولم يثبت أنهم كانوا يستعملون هذه الطرق في انشاء العقود ، ولو افترضنا ذلك ، فلا يلزم من المنع عنها عدم صحة البيع بالتعاطي .

الثالث : بعض المرويات التي تعرضت لكيفية بيع المصحف وغيره من الأعيان ، وقد اشتملت على الصيغة في مقام الإيجاب ، وقد جاء في بعضها : لا تشتري كتاب الله ، ولكن اشتري الحديد والجلود ، وقل اشتري منك هذا بكذا إلى غير ذلك من المرويات الموزعة في مختلف الأبواب الفقهية ، ومن هذه النصوص استفاد بعض الفقهاء اعتبار اللفظ شرطاً في صحة العقد ، ولكن الذي يبدو من تلك المرويات أنها بصدد بيان ما يصح التعامل عليه من الأعيان من حيث جواز وقوعه عوضاً في مقام البيع ، وليست ناظرة إلى الكيفية التي لا بد منها في صحة العقد .

الرابع : النصوص التي تصرح بأن التحليل والتحرير لا يكون بغير الكلام ، فقد روى ابن أبي عمير عن خالد بن الحجاج أنه قال : قلت لأبي عبد الله الصادق (ع) الرجل يجيئني ويقول اشتري لي هذا الثوب وارجمك عليه كذا وكذا ، فقال (ع) أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك قلت بلى ، قال لا بأس إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام ، فمن هذه الرواية وغيرها رجح بعض الفقهاء أن الكلام شرط في صحة العقد وإباحة التصرفات بالعوضين ، وعدم كفاية التعاطي في المعاوضات المملوكة ، ولكن من غير المستبعد أن يكون المراد من هذه النصوص أن الاتفاق الحاصل بين البائع والمشتري قبل شراء العين من مالكها الأول ، لا يمنع من شرائها وبيعها

له بالربح الذي اتفقا عليه ، اما لو باعها له قبل شرائها من مالها ، هذا البيع لا يصح ، لأنه قد باع ما هو ملك لغيره ، ويكون المعنى المتحصل من هذه الرواية ونظائرها ان الإتفاق والمقاولة بين البائع والمشتري لا تمنع من شرائها من المالك الاول وبيعها للذي اتفق معه ، لأن الاتفاق السابق معه لم يكن بعنوان البيع ، ولو كان بعنوان البيع يكون فاسداً من حيث ان المبيع ملك لغيره والذي يؤكد هذا المعنى من الرواية ان السائل قد استعلم من الإمام (ع) عن الإتفاق الحاصل بين البائع والمشتري ، وانه هل يمنع من صحة البيع بعد شراء العين من المالك الاول أم لا ؟ والإمام (ع) قبل الجواب النهائي تأكد من السائل عن نوعية هذا الإتفاق ، وبعد ان أجابه السائل بأن الما قول غير ملزم بشيء قبل شراء العين من مالها ، بعد ان أجابه بذلك قال (ع) انما يحلل الكلام ويحرم الكلام ، والمتحصل من جوابه هو ان المقاولة الأولى لا توجب تحريم البيع لأنها ليست بيعاً ، ولو حصلت بصيغة الإيجاب والقبول تكون فاسدة ، لأنها وقعت على ملك الغير (١) .

ومن مجموع ما تقدم تبين ان القول بصحة المعاوضة وافادتها الملك هو القول الشائع المشهور بين فقهاء الإمامية ، وان القول بفسادها لم ينسب إلا إلى العلامة الحلي في كتابه نهاية الاحكام ، وقد نص الشيخ الانصاري وغيره انه قد تراجع عنه في غير ما من كتبه ، كما رجح بعضهم عدم الفرق بينها وبين العقود التي تتم بالالفاظ من حيث لزومها ووجوب الإلتزام بها ، كما بينا ، ومن بين هؤلاء الشيخ المفيد ، والسيد كاظم اليزدي ، والشيخ الانصاري ، ولكنه لم يجزم بذلك تخوفاً من الإجماع المضمون وجوده على عدم لزومها ، وحتى ان القائلين بأنها لا تفيد سوى اباحة التصرفات بجميع أنواعها لم يدعوا بأنها من العقود الفاسدة ، بل يذهبون إلى انها معاملة قائمة بذاتها تؤثر في اباحة التصرفات لكل من الطرفين في العوض الذي انتقل إليه ، ومع ان النصوص الفقهية في كتب الإمامية صريحة بأنه لم

١ - انظر حاشية السيد كاظم على المكاسب .

يذهب إلى فسادها أحد من الفقهاء إلا العلامة الحلي في النهاية وتراجع عنه أخيراً ،
فقد نسب وحيد الدين سوار ، والسنهوري وغيرهما إلى الإمامية أنهم يقولون
بفساد المعاطاة ويحترمون الالفاظ إلى حدود التقديس ، وقد اعتمدا في نسبة هذا
الرأي إلى الإمامية على الجواهر ومفتاح الكرامة ، مع العلم بأن الشيخ النجفي
قد أكد لاكثر من مناسبة بأنها من العقود المملكة ، وهاجم القائلين بأنها لا تقيد
اكثر من اباحة التصرف بالعوضين لكل من المتعاطين .

قال السنهوري في مصادر الحق : ومذهب الشيعة الجعفرية كمذهب الشافعي لا
يميز التعاقد بالمعاطاة ، وأضاف إلى ذلك : وجاء في مفتاح الكرامة ، ولا بد من
الصيغة الدالة على الرضا الباطني ، فلا ينعقد بشيء من الكنايات كالتسليم ، وكذا
الحال في جانب القبول وسائر العقود ، ولا تكفي فيها المعاطاة ولا الإشارة إلا
مع العجز (١) .

وقال وحيد الدين سوار ناقلاً عن الجواهر : ولا يكفي مجرد الرضا في حصول
الملك بدون الإيجاب والقبول في الجليل والحقير لحصر الشارع أسباب الملك في
العقود ، فالمعاطاة تعتبر اباحة لا غير ، ونقل عن مفتاح الكرامة ما يشير إلى ذلك ،
ونسب هذا الرأي إلى فقهاء الشيعة ، وأكد في خلال حديثه عن المعاطاة ان فقهاء
الإمامية لا يسمون التعاطي بيعاً على سبيل الحقيقة (٢) .

والنص الفقهي الذي نقله وحيد الدين سوار عن الجواهر هو للمحقق صاحب
الشرائع (٣) الموسوعة الفقهية المسماة بالجواهر ، هي شرح لكتاب الشرائع ، وقد

١ - انظر مصادر الحق الجزء الاول ص ١٢٤ .

٢ - انظر التعبير عن الارادة ص ٢٤٧ و ٢٤٨ و ٢٥١ .

٣ - احد فقهاء الإمامية في القرن السابع الهجري وهو من اعيان فقهاء الشيعة ابرق ألف في
مختلف المواضيع ، ومن ابرز ما كتبه في الفقه كتابه المعروف بسرائع الاسلام وقد اتخذ جماعة
من الفقهاء المتأخرين عنه اساساً لمؤلفاتهم الفقهية ، توفي سنة ٦٧٤ .

ذكرنا ان الجعفرين لم يتفقوا على رأي واحد في حكم المعاوضة، وان الرأي المشهور بين فقهاءهم انها تفيد الملك، وأن بعضهم قد بالغ وادعى عدم الفرق بينها وبين غيرها من العقود من حيث افادتها للملك اللازم، وإذا صح لنا ان ننسب إلى الإمامية ما يعبر عن رأيهم في هذه المسألة فنسبة هذا الرأي إليهم أصدق من نسبة غيره من الآراء فيها إليهم، لأنه هو الرأي الشائع المنتشر بين فقهاءهم، وتؤيده الأصول والقواعد العامة التي وضعها الشارع مرجعاً في العقود وسائر أنواع المعاملات كما ذكرنا في الصفحات السابقة.

ويبدو من النصوص الفقهية ان المعاوضة التي اختلفت فيها آراء الفقهاء تختص بصورة ما لو حصل التعاطي من الطرفين بقصد انشاء العقد، فلو حصل الإعطاء من طرف البائع ولم يدفع المشتري الثمن، فالمشهور بين الفقهاء ان هذا النوع من التعاطي لا يكفي في انشاء المعاملة، ذلك لأن كفاية التعاطي من الطرفين في تكوين العقد من حيث ان التعاطي من الطرفين بنظر العرف والشرع من مصاديق العقد، ولا يكفي قصد عنوان المعاملة في انشاء العقود ما لم تكن الآلة المعبرة عن هذا العقد مصداقاً للعقد بنظر العرف، فاذا حصل الإعطاء من طرف واحد فقصد البيع بتسليم العين إلى الطرف الآخر لا يجعله بيعاً ما لم نحصل المبادلة بين المالين من الطرفين، لأن انشاء المعاملة بالتعاطي من الطرفين يقوم مقام الإيجاب والقبول اللفظيين، فكما لا يكفي في انشاء العقد إيجاب البائع وحده كذلك لا يكفي اعطاء مالك العين وحده بدون تسليم الطرف الآخر العوض المقابل لها (١).

وقد رجح الشهيد الثاني الإكتفاء بتسليم أحد الطرفين واستلام الآخر منه في انشاء البيع، فيكون اعطاء البائع إيجاباً منه للبيع، وأخذ المشتري منه بقصد

١ - انظر منية الطالب للخونساري ض ٦٨ و ٦٩.

المعاوضة قبولاً ويستقر الثمن في ذمته (١) ، وقد بينا ان مجرد الأخذ والإعطاء بقصد البيع لا يكفي ما لم يكن من مصاديق البيع بنظر العرف .

وهل تجري المعاوضة في غير البيع من العقود ، او تختص بالبيع ولا تكفي في غيره من أنواع العقود والمعاملات ؟ الظاهر من النصوص الفقهية الاكتفاء بها في جميع العقود ، قال العلامة الحلي في التذكرة : لا فرق بين البيع وغيره من هذه الجهة ، فاذا أمر شخص شخصاً بعمل على عوض معين فعمله استحق عليه الاجرة ، ولو كانت اجارة فاسدة لا يستحق عليه شيئاً ، ولا سيما مع علمه بالفساد ، ولو وهب انسان شيئاً لشخص بغير ايجاب وقبول لفظيين جاز للموهوب له أن يتصرف في العين الموهوبة بكل أنواع التصرفات (٢) وقال الشيخ مرتضى الأنصاري : والأظهر بناءً على جريان المعاوضة في البيع جريانها في غيره كالاجارة والهبة لكون الفعل مفيداً للملك فيها .

وقال في منية الطالب : ان الافعال لا بد وان تكون مصداقاً لعناوين العقود ليصح انشاؤها بها ، ومن ثم تصبح بعد الانشاء مصداقاً للعقد ، وتشملها أدلة ذلك العقد ، وبما ان الفعل يمكن وقوعه على وجوه متعددة فلا بد من القرينة المعينة لجهة الفعل الذي استعمل آلة لانشاء العقد ، فكون المعطي في مقام البيع قرينة على ان اعطائه بقصد انشاء البيع ، وهكذا لو كان في مقام القرض او الهبة ، او العارية والرديعة وغير ذلك من العقود ، وليس للقرينة المعينة لجهة الفعل أي أثر في انشاء المقصود بالفعل ، وبه وحده يتم انشاء المعاملة بعد تعيين جهة الفعل

١ - الشهيد الثاني احد فقهاء الامامية في القرن العاشر الهجري ، وهو زير الدين بن نور الدين علي بن احمد بن محمد الجبمي ، ومؤلفاته في الفقه من ابرز ما ألف فيه ، وله مسالك الافهام في شرح الشرائع ، والروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية للشهيد الأول ، وكانت وفاته سنة ٩٦٥ قتلًا على يد الحكومة التركية ظلمًا وعدوانًا في القرب من القسطنطينية .

٢ - احد فقهاء الشيعة في اوائل القرن الثامن الهجري وقد أشرنا الى هبة من تاريخه في الصفحات السابقة .

الصادر عن المتعاطين ، وأضاف إلى ذلك : ان المعاطاة تجري في البيع والهبة والقرض والاجارة والعارية والوديعة ، لأن الفعل اما بنفسه مصداق لأحد هذه العناوين ، او ملازم له ، فلو لم يكن اعطاء كل منها ما له للآخر بيعاً فلا أقل من كونه تسليطاً ، ومن جهة العادة والسيرة المستمرة من قصد البيع به يقع بيعاً ومن ذلك تبين ان الافعال يمكن ان تؤدي مهمة الألفاظ فيما لو كانت عنواناً للمعاملة المقصودة للمتعاطين من غير فرق بين انواع العقود وأصنافها ، أما ما لم يمكن وقوعه إلا بالألفاظ أما لأن مفهومه متقوم باللفظ كالوصية والضمان والعقود مثلاً ، وأما لأن الشارع قد جعل السبب المؤثر منحصراً في الألفاظ المخصوصة كالنكاح مثلاً ، على ان انشاء النكاح بالفعل لا ينفك عن المخالفات الشرعية في الغالب (١) .

ومع ان المعاطاة ليست من العقود اللازمة حتى عند اكثر القائلين بأن البيع بالتعاطي يفيد التمليك ، فقد اتفق الفقهاء على انها تلزم فيما لو تلف العوضان بأي سبب حصل التلف ، ولازم ذلك عدم الحق لكل منهما بالرجوع على الطرف الآخر بالمثل او القيمة على جميع الآراء والمذاهب فيها ، وقد حاول فريق من الفقهاء تعليل هذا الحكم بما حاصله ، انه على القول بافادتها الملك ، فالعوض التالف يذهب من ملك مالكة ولازم القول بجواز التراجع والرجوع الى المثل او القيمة ، لازم ذلك كون الانسان ضامناً لماله ، على ان جواز التراجع كان ثابتاً للمتعاطين في استرجاع العوضين وبعد التلف لا يبقى محل لذلك ، كما وانه لا مجال لاستصحاب الحق الذي كان ثابتاً لكل منهما في العوضين ، لأن حقهما كان متعلقاً باسترجاع العين ، وتبلغها ينفي الموضوع من أساسه ، ولا بد من الاستصحاب من وحدة الموضوع في القضيتين المتيقنة والمشكوك .

اما بناء على ان المعاطاة لا تفيد أكثر من اباحة التصرفات بجميع أنواعها فرجوع كل منهما على الآخر بعد التلف بالمثل أو القيمة يتوقف على ان تكون يد كل منهما على المأخوذ بالتعاطي بنحو الضمان ، وبناء على ان المعاطاة لا تفيد

١ - انظر منية الطالب ص ٨٠ والمكاسب وغيرها من المجموع الفقهي .

الملك ، فكل من العوضين يبقى على ملك صاحبه ولا يكون مضموناً على الطرف الآخر ، ولازم القول بالتراجع هو الرجوع إلى المثل أو القيمة ، والرجوع إلى الاستصحاب لا ينفع في المقام لما ذكرناه في الصورة الأولى ، هذا بالإضافة إلى الإجماع على لزوم المعاطاة فيما لو تلف العوضان (١) .

وقد ألحق الفقهاء بذلك ، ما لو باع كل من المتعاطين العين لشخص آخر بعقد لازم ، أو وهبها هبة لازمة ، لعدم التمكن من استرجاع العوضين والحالة هذه ، من غير فرق بين كونها بملكية ، أو مفيدة لإباحة التصرف لا غير .

ولو استرجع المتعاطيان العوضين بسبب فسخ العقد الثاني ، فهل يعود لهما الحق في التراجع فيما لو أراد أحدهما أن يرجع في المعاطاة ، أو تبقى المعاطاة على لزومها ولا يحق لأحدهما الرجوع فيما أعطاه للطرف الآخر عوضاً عن ماله ؟ لقد رجح جماعة من الفقهاء جواز الرجوع لكل منهما بما أعطاه للطرف الآخر ، وذلك لأن المانع من التراجع عدم التمكن من استرداد العين بسبب طرو العقد الثاني وحيث انحل العقد الثاني واسترجع كل منهما ماله من الآخر ، أصبح بإمكان المتعاطين الرجوع إلى ماله واسترداد من الطرف الآخر .

ورجح آخرون عدم الحق لهما في ذلك ، لأن هذا الحق كان ثابتاً لهما قبل خروج العوضين عن ملكهما بعقد لازم ، وبعد لزومها بسبب العقد الثاني الواقع على العوضين لا يبقى مجال للرجوع إلى حكمها الأول بمجرد انحلال العقد الثاني .

١ - انظر بلفة الفقيه وغيرها من الموسوعات الفقهية ، ورجح جماعة من الفقهاء جواز التراجع بعد التلف عملاً بالقواعد الشرعية لولا قيام الإجماع على عده ، أما بناء على أنها من العقود المملكة فلان حق الرجوع الثابت للمتعاطين في استرجاع العوضين كحق الخيار ، ومن المعلوم أن لصاحب الخيار الحق في فسخ العقد والرجوع إلى البديل فيما لو كانت العين نالقة ، وأما بناء على أنها لا تفيد أكثر من إباحة التصرف ، فكل من المتعاطين لم يسلم ملكه إلى الآخر مجاناً وبلا عوض ، بل سلمه له وسلطه عليه في مقابل العوض الذي استلمه منه ، وبما أنه لا يزال على ملك مالكه يكون مضموناً على من تلف بيده .

ولو امتزج العوضان بعد المعاطة بنحو لم يعد بالإمكان تمييزهما ، فبناء على أنها تفيد الملك لا بد وان يلتزم بازومها في مثل ذلك ، لعدم التمكن من ارجاع العوضين لمالكهما ، وبناء أنها لا تفيد أكثر من اباحة التصرف ، فلا موجب لارتفاع سلطنته على ماله التي كانت ثابتة له قبل امتزاجهما (١) .

اما لو تصرف المتعاطيان في العوضين تصرفاً مغيراً لصورتهما ، كما لو طعنا الحنطة ، وفصلا الثياب ونحو ذلك ، فالظاهر في مثل ذلك جواز التراجع على القولين لبقاء العوضين والحالة هذه ويمكن كل منها من استرداد ماله .

ولو مات المتعاطيان ، أو مات أحدهما ، فلو بنيينا على عدم لزوم العقد بالنسبة للمتعاطيين فجواز التراجع لهما في المعاملة مرجعه إلى فسخ العقد الواقع بينهما بالأخذ والعطاء ، لو كان مرجعه ذلك ، يكون جواز التراجع الثابت لكل منهما حقاً من حقوق المتعاطيين فينتقل هذا الحق لورثة الميت منها عملاً بقاعدة ما ترك الميت من حق فلوراثه اما لو كان جواز التراجع من الأحكام الثابتة للمتعاطيين ، فتلزم المعاطة بموتهما أو بموت أحدهما ، لأن الأحكام لا تورث كما أوضحنا ذلك في الفصول السابقة (٢) .

مركز تحقيقية كليات علوم إيسدي

ولو خرج المتعاطيان أو أحدهما عن أهلية التصرف لسبب الجنون أو السفه أو غيرهما ينتقل هذا الحق لوليّه الشرعي المكلف برعاية مصالحه (٣) .

ومن مجموع ما ذكرناه عن المعاطة بنظر الجعفرين تبين ان الفقه الجعفري لم يتعصب للألفاظ ، ولم يتشدد في تقديسها كما يزعم ذلك السنيون في مصادر الحق ،

١ - والحق عدم الفرق بين الصورتين ، إذ لم يكن متمكناً من استرجاع ماله كما هو المفروض لان جواز التراجع الثابت للمتعاطيين ثابت لهما في ظرف التمكن من استرجاع العوضين ، والمفروض عدم التمكن من ذلك كما هو محل الافتراض .

٢ - وقد رجح هذا الرأي الشيخ الانصاري ونسبه لجماعة من الفقهاء ايضاً .

٣ - انظر مكاسب الشيخ مرتضى الانصاري ، القنييه السادس من تنبيهات المعاطة .

ووحيد الدين سوار في كتابه التعبير عن الإرادة، ولم يذهب أحد من فقهاء المذهب الجعفري إلى أن المعاطاة غصب كما يدعي وحيد الدين سوار (١)، ذلك لأن الحاقها بالبيع الفاسد كما نسب إلى العلامة الحلي في كتابه المعروف بالنهاية، وعدم افادتها لغير إباحة التصرفات كما ذهب إلى ذلك جماعة من الفقهاء لا يجعلها مصاديق الغصب، لأن القائلين بأنها لا تكفي لتمليك العوضين يلتزمون بأنها من المعاملات الصحيحة القائمة بذاتها، وبصح للمتعاطين أن يتصرفوا بالعوضين بكل أنواع التصرفات حتى التي لا تصح من غير المالكين، وإذا بلغ التصرف حداً أصبح معه استرجاع العوضين متعذراً تتحول إلى عقد لازم لا يجوز التراجع فيه بأي نحو كان، وقد أشرنا إلى ذلك في خلال حديثنا عن أحكامها وآثارها.



١. انظر التعبير عن الإرادة ص ٢٢٩.

المعاطاة بنظر المذاهب الفقهية الأربعة

١٤

لقد ذكرنا فيما سبق ان الجعفرين لم يتشددوا في أمر العقود أكثر من فقهاء المذاهب الإسلامية الأخرى ، ومنهم من لا يرى للألفاظ ميزة على غيرها من الأدوات الكاشفة عن الارادة في الموارد التي يسوغ فيها استعمال غير الألفاظ ، وقد ذكرنا ان فقهاء الشيعة يجمعون على صحة المعاملة بالتعاطي من الطرفين ، وكل ما في الأمر انهم يبن من يقول بإفادتها التملك كغيرها من العقود اللفظية ، وبين من يقول بأنها معاملة صحيحة قائمة بذاتها تؤثر في اباحة التصرف لكلا الطرفين بالعوضين ، تستمد شرعيتها من العمومات والقواعد العامة التي أثبتت السلطنة للإنسان على ماله ، بينما يرى المذهب الشافعي لا يجيز التعاقد إلا بالألفاظ ، والمذهب الحنفي في بدايته لا يجيز التعاقد بها إلا في الحسيس من الأشياء ، ولعلنا لا نعدو الحقيقة لو قلنا بأن المذهب الجعفري أوسع من بقية المذاهب الإسلامية من حيث عدم التقديس للألفاظ ، وبالرغم من ذلك فقد اتهم المؤلفون في العقود بالجور والتحيز لجهة الألفاظ ، ولا منشأ لهذه النسبة سوى جهلهم بالفقه الشيعي وعدم تقصيصهم لنصوصه ومبادئه ، ولا بد لنا ونحن نحاول ان نثبت هذه الحقيقة عن عرض لبعض النصوص الفقهية من المذاهب الأربعة ، وعلى ضوءها نترك للقارى ان يحكم بما يريد .

قال العلامة السهوري في مصادر الحق نقلاً عن البدائع في الفقه الحنفي : ان

التعاطي يجوز في الأشياء الخسيسة ولا يجوز في الأشياء النفيسة ، ونسب هذا الرأي إلى القدوري أحد الفقهاء ، ورجع هو صحتها في الحسب والنفس لقيام حقيقة البيع بها من غير فرق بين الأمرين .

وجاء في الجزء الخامس من فتح القدير : انه ينعقد البيع بالتعاطي في الحسب والنفس ، وقد قدر النفس بنصاب السرقة فصاعداً ، والحسب بما دونه .
وجاء في الفتاوى الهندية : ان المشايخ قد اختلفوا في حكم المعاطاة ، فقال بعضهم : ان البيع بالتعاطي تم في الأشياء الخسيسة ، كالبلقل واللحم والخبز والخطب ونحو ذلك ، ولا يتم فيها هو أعلا من ذلك .

وقال آخرون : انه ينعقد بكل شيء مهما كانت كميته ، وجاء عن الزيلعي الجزء الرابع وغيره عدم كفاية التعاطي في غير الأشياء الخسيسة ، وكما لم يتفق الأحناف على رأي واحد في الاكتفاء بالتعاطي في انشاء البيع وغيره من العقود ، لم يتفقوا أيضاً على الإكتفاء بالإعطاء من طرف واحد ، ونقل جماعة من فقهاءهم عن محمد بن الحسن الشيباني أحد التلاميذ المقربين من أبي حنيفة ، أنه يكفي في انشاء البيع قبض أحد البدلين الثمن أو الثمن ، وانتصر له جماعة من فقهاءهم ، وأكثرهم على عدم الإكتفاء بالتعاطي من طرف واحد في انشاء العقد ، كما نص على ذلك الحلواني ، وصاحب الدر المختار وغيرهما (١) .

وجاء في التعبير عن الإرادة : ان الفقه الحنفي لم ينظر في أول الأمر إلى المعاطاة كوسيلة للتعبير عن الإرادة ، وإنما انتهى إليها بالتدريج ، وكانت تؤثر اللفظ أولاً ، ونظراً لذلك فقد حصروا التعاطي في الأشياء الخسيسة ، ولكن لا على أساس انه بيع ، ولذا فإن من حلف ان لا يبيع فباع بالمعاطاة لا يحنث ، ذلك لأن العقد قول له حكم المستقبل كما عرفه سعدي جلبي في شرح العناية على

١ - انظر مصادر الحق للسنهوري الجزء الاول ص ١٠٩ و ١١٠ و ١١١ .

المبادأة ، ومعنى ذلك انه لا يتم تنفيذه بمجرد صدوره ، والمعاطاة تكون نافذة بصورها لأنها عبارة عن تسليط كل من الطرفين الآخر على ملكه في مقابل ملك الآخر ، وأخيراً اتجه الرأي الراجع عندهم إلى جريانها في الحسيس والنفيس ، وأصبح العرف يراها وسيلة للتعبير عن ارادة المتعاقدين وكاشفة عن رضاها بتلك المبادأة (١) .

ويدعي السنيوري : ان الفقه الحنفي كما تطور وانتهى إلى جريانها في الحقيير والنفيس ، مر بمرحلة أخرى كان فيها ضيقاً في بدايته ، وانطلق إلى مرحلة أوسع منها ، فبعد ان كان لا يرى تمام العقد إلا بالتعاطي من الطرفين ، أصبح يكتفي بالقبض من أحدهما والإعطاء من جانب واحد ، وقد أنكر وحيد الدين سوار هذا التطور في الفقه الحنفي الذي أشاد به الاستاذ السنيوري ، وادعى ان الفقه الحنفي من ناحية الاكتفاء بها من طرف واحد لا يزال جامداً ، ولم يذهب إلى الإكتفاء بها بالإعطاء من طرف واحد إلا محمد بن الحسن الشيباني ونفر قليل من الفقهاء والمشهور بين فقهاء الأحناف عدم الاكتفاء بها في انشاء البيع إلا بالتعاطي من الطرفين ، وبعد ان عرض وحيد الدين سوار المراحل التي مر بها الفقه الحنفي بالنسبة للمعاطاة ، قال : ان المذهب الشيعي والشافعي جدا في مكانهما ولم يتزعزعا عن النقطة التي بدأ فيها المذهب الحنفي ، وتختلف المذهب الشيعي عنه في المرحلة الأولى من المراحل التي مر بها ، فبينما يرى افادتها الملكية ويعتد بها في المحقرات ، نرى الرأي السائد في المذهب الشيعي يتخلف عن المذهب الحنفي ويرى التعاطي وسيلة عاجزة عن انتقال الملكية في أي شيء كان (٢) .

ونحن بدورنا نتمنى للاستاذ سوار وغيره ان يطلعوا على الفقه الشيعي ويمارسوه قبل ان يحكموا عليه أو له بشيء ، ونعلم بأنهم لو اطلعوا عليه وتبعوا آراء فقهاء

١ - انظر التعبير عن الارادة ص ٢٣٩ .

٢ - انظر التعبير عن الارادة ص ٢٤٤ .

الشيعة لعرفوا ان الفقه الشيعي أكثر انطلاقاً ومرونة وتيسيراً من غيره ، وقد بينا في الصفحات السابقة ان أكثر الجعفرين يرون التعاطي وسيلة من الوسائل التي يتم فيها التمليك ، ويعتدون به في الحسيس والنفيس ، وبعضهم لم يفرق بينه وبين العقود المنشأة بالألفاظ الصريحة من حيث عدم جواز التراجع عن المعاملة إلا إذا طرأ ما يسوغ لها التراجع عنها .

وقد توسع المالكية في المعاطاة من حيث الإكتفاء بها في انشاء العقود ، ولم يفرقوا بين المحقرات وغيرها ولا بين التعاطي من الطرفين والإعطاء من طرف واحد ، وكل ما في الأمر انها لا تلزم في الاعطاء من طرف واحد إلا بعد استلام العوض الآخر ، وقد جاء في الشرح الكبير للدرديري الجزء الثالث : وان حصل الرضا بالمعاطاة بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا اشارة ولو في غير المحقرات ، فيلزم البيع فيها بالتقايض ، وما اصل البيع فلا يتوقف على ذلك ، فمن أخذ ما علم ثمنه من مالكة ولم يدفع له الثمن ، فقد أوجد أصل العقد لا لزومه ، ولا يتوقف العقد على دفع الثمن ، فيجوز ان يتصرف بالأكل ونحوه قبل دفع ثمنه ، وقد نص على ذلك الدسوقي وغيره .

وقال في تهذيب الفردق : لقد توسع العلماء فيه حتى جوز مالك وأبو حنيفة وابن حنبل البيع بالمعاطاة ، وهي الأفعال دون شيء من الأقوال ، وزادوا على ذلك فقالوا كلما عده الناس بيعاً فهو بيع .

ومن ذلك تبين ان المذاهب الثلاثة تلتقي كلها في الاكتفاء بالمعاطاة في تكوين العقد ولا خلاف بينهم في اصل المبدأ وهم بين من توسع بها بالنسبة لجميع الأشياء ولو كان الاقباض من طرف واحد ، وبين من لا يكتفي بها إلا في المحقرات إذا حصل التعاطي من الطرفين .

وقد وقف الشافعية في مقابل جميع المذاهب الفقهية في هذه المسألة ، وأمعنوا في التمسك بالألفاظ ، ولم يعتمدوا على غيرها في انشاء العقود ، وقد جاء في

المذهب لبعض فقهاء الشافعية : ولا ينعقد البيع إلا بالإيجاب والقبول ، فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع لأن اسم البيع لا يقع عليها ، ونص أحد فقهاءهم في الوجيز : بأنها لا تكفي لإنشاء البيع إلى غير ذلك من النصوص الفقهية التي تؤكد عدم الاعتداد بالتعاطي كوسيلة في التعبير عن ارادة المتعاقدين

ومن مجموع ما تقدم تبين ان المذاهب الاسلامية بأكثريتها تعتمد على الألفاظ أكثر من جميع الوسائل التي تعبر عن ارادة المتعاقدين باستثناء المذهب الحنبلي الذي يكتفي بكل ما يدل على التراضي ويكشف عن ارادة المتعاقدين ، ولو لم يكن بالألفاظ أو التعاطي .

قال ابن القيم في اعلام الموقعين : فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الادلة وجب اتباع مراده ، والألفاظ لم تقصد لذواتها وإنما هي ادلة على المقاصد ، فإذا ظهر مراده ووضع بأي طريق كان جاز الاعتماد عليه ، وتستوي في ذلك الإشارة والكتابة والإيحاء والقرائن والدلالة العقلية ونحو ذلك مما يكشف عن المراد (١)

والعقدة الوحيدة التي يقف عندها القائلون بعدم الاكتفاء بالتعاطي في إنشاء العقود من فقهاء السنة . هو ان التعاطي من الأدوات الظنية التي لا تترجم عما في النفس ترجمة تقطع التردد وتنفي الإحتمالات الأخرى ، ذلك لأن التعاطي يحمل معنى المبادلة ، وهو عنصر مشترك بين جملة من المفاوضات المسالية ولا يقتصر على البيع ، ولا يتسنى لنا التمييز بين هذه المفاوضات وقد جاء التعاطي خالياً عن كل لفظ يرسم حدودها ، فلا مناص اذن من الرجوع الى القول المترجم عما في النفس ، لانه الوحيد في تحديد نوع المبادلة التي تقصد من التعاطي ، وأضاف الى ذلك في الروض النضير . ان البيع ليس هو مجرد الرضا بالمبادلة ، والا لما كان ثمة فرق بينه وبين سائر الإنشاءات ، وقد ثبت كونها أنواعاً متباينة ، كالبيع والإجارة

١ - انظر اعلام الموقعين الجزء الاول ص ٢١٨ .

والرهن والهبة المعروضة ، والصلح على مال وغير ذلك ، ولكل واحد منها ماهية تخصه ، والرضا الذي لا بد منه في المعاوضة جنس لا بد منه في جميع تلك المعاوضات ، فلا بد في معرفة كون العقد بيعاً او اجارة او صلحاً او هبة من بيان كل منها باسم يخصه ، وليس الا القول المترجم عما في النفس ، والرجوع إلى غيره رجوع إلى غير ما أمر الله ، على ان الآيات القرآنية يستفاد منها حصر الوسائل التي يتم بها التعاقد بالألفاظ ، ومن ذلك قوله سبحانه : أحل الله البيع وحرم الربا ، وقوله واشهدوا إذا تباعتم ، وليس ببعيد كما يدعي صاحب الروض النضير . ان يكون المراد من هاتين الآيتين ان البيع الحلال هو الذي يتم التعبير عنه بصيغة البيع وما يؤدي معناها من الصيغ المتعارفة في المعاوضات على حد تعبيره (١)

ولقد وجد المتعصبون للألفاظ هجوماً عنيفاً من فقهاء الحنابلة الذين لم يروا للألفاظ أي ميزة على غيرها من الوسائل الكاشفة عن رأي المتعاقدين وأورد نقوضهم وأدلتهم ابن قدامة الحنبلي في المجلد الرابع من المغني ، وأبو بكر الجصاص في احكام القرآن وغيرهما (٢) . ولقد ناصر الاستاذات الشيخ محمد أبو زهره والشيخ علي الحنيف الرأي الحنبلي الذي يعتد بالتراضي بأي وسيلة كان لفظاً او غيره من التصرفات والافعال التي تكشف عن ارادة المتعاقدين ومقصودهما (٣)

ثم ان القائلين بأن البيع لا ينعقد بها كما نقلنا ذلك عن الشافعية بين من يقول

١ - وقد اورد ابن قدامة الحنبلي في المغني على من استدل بهاتين الآيتين على ان البيع لا يتم الا بالافاظ البيع وما يؤدي معناها بأن هاتين الآيتين ليس الغرض منها بيان الوسيلة التي لا بد منها في انشاء البيع ، بل المقصود منها اقرار ما تعارف بين الناس بعنوان البيع اذ لم يؤدي إلى الربا وأكل المال بالباطل وبلا عوض .

٢ - انظر احكام القرآن للبحصاص المجلد الثاني ص ١٧٣ وانظر التعبير عن الارادة لوحيده الدين سوار ص ٢٥٦ .

٣ - الملكية ونظرية العقد لابي زهرة ص ٢٠٥ و ٢٠٦ ، واحكام المعاملات لعلي الحفيق ص ١٥٥ و ١٥٦ .

بأنها معاملة فاسدة لا تبيح لأي من المتعاطيين ان يتصرف فيما وصل اليه من الطرف الآخر وعليه ارجاعه للمالكه ان كان موجوداً وإلا ارجع اليه مثله او قيمته ، وبين من يرى انها تبيح لكل منهما ان يتصرف فيما قبضه من الآخر .

اما الناحية الدينية على حد تعبيرهم ، فيظهر من بعض فقائهم ان المعاطاة من كبائر الذنوب ، قال في حاشية نهاية المحتاج للرملي : ان عقد المعاطاة من الكبائر ، ونص بعضهم انه من صفائر الذنوب وانه لو وقعت معاملة بالتعاطي بين شافعي ومالكي ، يكون المالكي عاصياً لانه سهل المعصية للشافعي واعانه عليها ويحرم على الشافعي ايضاً لا اعتقاده بعدم مشروعيتها ، ومن امثلة ذلك ما لو لعب الشافعي مع الحنفي بالشطرنج ، فيكون الشافعي عاصياً وان لم يذهب الى حرمة اللعب به ولكنه يكون عاصياً لأنه أغاث الحنفي على المعصية باعتقاده ، ونص الرملي في المجلد الثالث من نهاية المحتاج على عدم حرمة التعامل بالتعاطي (١)

والنزاع في المعاطاة من حيث الحكم التكليفي لا مورد له عند الجعفرين ، لأن لكل منهما ان يتصرف فيما انتقل اليه من الطرف الآخر حتى عند القائلين بأنها لا تقيد التملك ، نعم مع بقاء العوضين لو تراجعا وامتنع احدهما عن ارجاع ما أخذه من الآخر يكون أثماً وخامناً له فيما لو تلف بيده .

*

* *

الترتيب بين الايجاب والقبول

من المعلوم ان تسمية المعاملة عقد ، باعتبار ان ما أنشأ كل من الطرفين مرتبط بما أنشأ الطرف الآخر ، وهذا الارتباط قد يتحقق بايجاب أحدهما وقبول الآخر ، كما لو صدر منه بلفظ قبلت او رضيت وامضيت وغير ذلك مما يؤدي هذا المعنى ، وقد يحصل بلفظ آخر ، كاشتريت وارتهنت ونحو ذلك ، ذلك لأن العقود قسم منها يتقوم بالايعاء والأخذ من الطرفين كالبيع والإجارة والصلح والنكاح وغير هذه مما لا بد فيه من الأخذ والإعطاء والالتزام والالزام من الطرفين ، وقسم منها يتحقق بالايعاء من طرف واحد كالهبة والصلح الهباتي والرهن ، وقسم ثالث منها يحصل بمجرد الانشاء المجرد عن المعاوضة المالية كالعقود التي يقصد منها إباحة التصرف ، او حفظ الاعيان او الاستئابة ومن ذلك الوكالة والعارية والوديعة ، هذه العقود الثلاثة تحصل بالانشاء وحده ، ولا يتوقف تحققها على الأخذ والإعطاء من الطرفين او من أحدهما .

ثم ان تمييز البائع عن المشتري في القسم الأول من العقود ، مرة يكون بالقصد والإعتبار ، وأخرى يكون من مقتضيات العقد ، كما لو عبر المشتري عن ارادته بلفظ قبلت أو اشتريت مثلاً ، فان العقد بذاته يدل على ان الموجب هو الأول ،

والقابل هو الثاني ، وإذا لم يعبر المشتري بأحد هذين اللفظين أو ما يؤدي معناها فالتمييز بينهما يكون بالقرائن الخارجية عن العقد ، لأن العرف فيمن ملك داره لشخص يبلغ من النقود يرى مالك الدار هو البائع ، ومعطي النقود هو المشتري ، كما يرى الزوجة موجبة في عقد النكاح لأنها تعطي نفسها للزوج ، والزوج هو القابل ، لأنه يقبل منها ذلك ، ويعطيها مبلغاً من المال في مقابل ما أعطته إياه ، وإذا كان العوضان من النقود ، أو كانا من العقارات أو غيرهما من الأعيان الخارجية ، فإن من يقصد تمليك ماله لغيره بعوض فهو البائع ، ومن يقصد تملك ذلك المال بالعوض فهو المشتري ، فكل من البائع والمشتري ينشأ أمرين أحدهما بالمطابقة والآخر بالإلتزام ، فالبايع الموجب ينقل ماله إلى ملك المشتري مطابقة ، ويتملك مال المشتري عوضاً عن ماله التزماء ، والطرف الآخر القابل يتملك مال البائع بقبوله مطابقة ، وينقل ماله إلى البائع التزماء ، وبنتيجة ذلك لو أنشأ كل من الطرفين العقد بلفظ شريت وأعطيت مثلاً ، فالذي ينشأ هذا اللفظ أولاً هو البائع الموجب ، والذي أنشأ بعده هو القابل ، لأن البائع هو من يقصد تمليك ماله لغيره بعوض ، والذي أنشأ أولاً هو الذي قصد ذلك ، والطرف الثاني وهو المشتري قد أنشأ تملك ذلك المال بالعوض الذي اتفقا عليه ، فيكون المتقدم هو الموجب والمتأخر هو المشتري القابل ، ولا يجوز تقدمه على الإيجاب سواء كان بلفظ قبلت أو بغيره من الألفاظ الأخرى ، لأن إنشاء المشتري المتضمن نقل ماله عوضاً عن نقل البائع ماله إليه ، هذا النقل من المشتري لا يصدق إلا بعد صدور النقل من البائع ، وهو بخلاف الإيجاب الحاصل من البائع فإنه من حيث مفهومه لم يصدر منه للمصادقة على أمر سابق عليه ، وإن كان تأثيره الخارجي متوقفاً على القبول .

ومجمل القول ان تبديل المال بعوض من حيث كونه صادراً من الموجب لا يتوقف انشائه على القبول ، اما القبول من الطرف الثاني الحاصل بانشاء المشتري فلا بد وان يكون مسبقاً بانشاء البائع ، لان المعنى المقصود من القبول لا يمكن

ان يتحقق ولو في عالم الاعتبار إلا بعد وقوع الإيجاب من الموجب ، لانه مرتبط به انشاء وتأثيراً ، وعلى ذلك فعقود المعاوضة سواء كانت المعاوضة من طرفين كالبيع والاجارة والنكاح ، أو من طرف واحد كالهبة والرهن وغيرهما لا بد فيها من تقديم الايجاب على القبول ، ولا يلزم ذلك في بقية العقود التي لا تفيد أكثر من اباحة التصرف والاستئمان كالعارية والوكالة والوديعة ، باعتبار ان الغرض من هذه العقود يحصل بأي نحو كان (١) .

وقال في الجواهر : الاشهر بين فقهاء الامامية تقديم الايجاب على القبول ، ورجح جماعة منهم جواز تقديم القبول على الايجاب إذا لم يكن بلفظ قبلت ، ذلك لان صدق العقد لا يتوقف على الترتيب بين الايجاب والقبول ، ومن جهة ثانية فان كلاً من الثمن والمثمن عوض عن الآخر ، وبهذا الاعتبار يمكن ان يكون المشتري موجباً والبائع قابلاً ، وليس المراد من تبعية القبول للايجاب تبعية اللفظ للفظ ، بل المراد منها التزام المشتري بما التزم به الموجب سواء تقدم انشاءه أو تأخر (٢) .

وقد اعتمد انصار هذا الرأي بالاضافة إلى ما تقدم على مروية ابان بن تغلب عن الصادق (ع) التي تعرضت لكيفية عقد النكاح ونصت على صحته ولو في حال تقدم القبول على الايجاب من الزوجة وقد جاء فيها تقول لها : أتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه ، فان قالت نعم فهي امرأتك . وجاء عن الرسول (ص) : انه زوج امرأة من سهل الساعدي واكتفى بالقبول الصادر منه قبل ايجابها وجاء فيها انه قال له زوجنيها يا رسول الله . فقال عليه وعلى آله الصلاة والسلام : زوجتكها بما معك من القرآن .

والذي رجحه الشيخ الانصاري في المكاسب ان المتعاقدين اذا اعتمدا لفظ

١ - انظر منية الطالب للخونساري ص ١١٠ و ١١١ .

٢ - انظر الجواهر كتاب المتاجز شروط العقد .

البيع والقبول في انشاء المعاوضة لا يصح تقديم القبول على الايجاب ، واذا اعتمدا
غيرهما من الالفاظ ، كاشتريت وملكت وغلكت وابتعت ونحو ذلك بناء على
انه يتم العقد بهذه الالفاظ ونحوها ، فاذا اعتمدا هذه الالفاظ يصح تقديم القبول
من المشتري ويتم العقد بذلك (١)

ويبدو ان الخلاف الواقع بين الجمعيين في هذه المسألة واقع بين فقهاء المذاهب
الفقهية الاربعة ، وفي ذلك يقول الاصفهاني : ان القبول باعتباره قبولاً للايجاب لا
يتم العقد بتقديمه عليه ، ذلك لان الايجاب هو ما صدر أولاً سواء كان بائعاً أم
مشترياً ، فكما انه لو قال المالك بعثك الدار بعشرة دنانير يكون موجباً ، كذلك
لو قال الطرف الآخر اشتريت هذه الدار منك بعشرة دنانير يكون موجباً ،
وعلى هذا الاساس لا يتصور تقديم القبول على الايجاب لأن من يبادر إلى الانشاء
اولاً يكون هو الموجب والذي ينشأ بعده هو القابل ، ونص المالكية على جواز
تقديمه اذا كان بلفظ الامر ، كما لو قال المشتري للمالك الدار : بعني هذه الدار ،
فقال له المالك بعثك . فان العقد عندهم يتم بمجرد ذلك ولا يحتاج إلى القبول من
المشتري بعد ايجاب البائع ، ومع انهم قد اتفقوا على ان العقد يتم في هذه الحالة
فقد رجح جماعة منهم عدم لزومه وجواز التراجع لكل منهما فيما التزم به للآخر .

وقال الشافعية : اذا كان القبول بلفظ الامر يصح تقديمه على الايجاب ويتم
العقد بالقبول المتقدم والايجاب المتأخر ، وإذا كان بلفظ الاستفهام كما لو قال له
المشتري : هل تبيعني الدار ؟ فقال له المالك : بعثك اياها ، فلا بد من القبول في
هذه الحالة .

وقال الحنابلة : إذا كان القبول بلفظ الامر والماضي والمضارع يصح تقديمه
ويتم بذلك العقد ، وإذا كان بلفظ الاستفهام فلا ينعقد البيع إلا بانشاء المشتري
القبول بعد ايجاب البائع (٢) .

١ - انظر المكاسب شروط العقد .

٢ - انظر الفقه على المذاهب الاربعة الجزء الثاني ص ١٥٦ و ١٥٧ و ١٥٨ .

اتصال القبول بالايجاب

١٥

لقد نص جماعة من فقهاء الإمامية على انه لا بد من الاتصال بين الايجاب والقبول ، ذلك لأن كل ماهية تتألف من مجموعة من الاجزاء التدريجية لا تتحقق الماهية الا بعد وجود الاجزاء بكاملها ، ومن المعلوم ان الفصل بين اجزاء المركب اذا كان موجباً لعدم صدق العقد الذي اعتبره المشرع موضوعاً للأثار المقصودة للمتعاقدين وجب تعاشيه والاقباض بالاجزاء بنحو يصدق وجود العقد بعد وجود الاجزاء بكاملها ، وبما لا شك فيه ان العرف لا يرى مانعاً من وجود العقد فيما لو كان الفاصل يسيراً ، كما لو تأخر القبول عن الايجاب فترة من الزمن ليتأكد المشتري من صلاح هذه المعاملة بالنسبة اليه ما دام في مجلس العقد ، أو تكلم الطرفان بين الايجاب والقبول بكلام خارج عن المعاملة قبل ان يعبر المشتري عن ارادته ، اما لو سكث طويلاً وانتهى مجلس العقد وتفرق الطرفان عنه ، ثم رجع بعد يوم او بعض يوم وانشأ القبول ، فلا يصدق العقد في مثل هذه الحالة ، ويبطل اثر الايجاب الصادر من البائع .

قال الشيخ مرتضى الانصاري : ثم ان المعيار في الموالاة موكل الى العرف كما في الصلاة والقراءة والآذان ونحو ذلك ، والاتصال الحقيقي ليس شرطاً في صحة العقد ، والعرف لا يرى الفصل بالكلام الطويل ما دام المتعاقدان في مجلس العقد مخلاً بالموالاة ومانعاً عن صدق العقد ، وفصل في منية الطالب بين العقود العهدية كالبيع والاجارة والصلح والهبة والرهن وبين غيرها كالعارية والوديعة

والوكالة، فأكد اعتبار الموالاة في النوع الاول من العقود، وعلى ذلك بأن صدق العقد عليها مفاده ان كلاً من انشاء البائع والمشتري مرتبط بالآخر ويراهما العرف كلاماً واحداً، كما هو الحال في كل امرين او أمور يجمعها عنوان واحد، ومع الفصل الطويل يصبح كل واحد من الاجزاء عنواناً مستقلاً قائماً بذاته، اما النوع الثاني من العقود فمن حيث انها لا تنشأ التزاماً ولا ترابطاً بين ارادتين لم تكن في واقعهما من العقود، والمقصود منها اباحة التصرف واستتابة الغير في حفظ العين المودعة كما هو الحال في الوديعة والقيام عنه ببعض الاعمال، وهذه الغايات يمكن التوصل اليها بأي نحو كان من انحاء الاقوال والافعال (١).

وقال الدكتور محمد يوسف : يشترط لانعقاد العقد اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد إذا كان الطرفان حاضرين معاً فيه وهذا الاتصال يكون بأن يعلم كل من الطرفين بما صدر عن صاحبه، وبأن لا يصدر منه ما يعتبر اعراضاً عن العقد، من طرف الموجب أو القابل على حد سواء، وأضاف إلى ذلك : بأن من مصلحة الموجب كالبائع أو المؤجر مثلاً معرفة رأي الآخر حتى يعلم بإيجابه، ومن مصلحة هذا ان يبادر بالقبول ان أراد قبل ان يرجع صاحبه عن إيجابه، واستطرد يقول : وما دمتنا قد استوطننا اتحاد مجلس الإيجاب والقبول فان صاحب الإيجاب لو ترك المجلس قبل قبول الآخر يبطل إيجابه، فلو قبل صاحبه بعد ذلك لا يعتبر هذا القبول متمماً للعقد، لأن الإيجاب ذهب ولم يبق له وجود بقيام صاحبه وتركه المجلس فلم يتلاق به القبول، وكذلك لا يتم العقد ان كان الذي ترك المجلس هو الطرف الآخر بعد صدور الإيجاب من الأول (١).

والمتحصل من ذلك ان العقد موضوع الأثر الشرعي والقانوني لا يبقى له صفة التأثير المقصود للمتعاقدين فيما لو تخلل الإيجاب والقبول فصل طويل من الاعمال

١ - انظر منية الطالب، والمكاسب للشيخ الانصاري.

٢ - انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات في الشريعة الاسلامية ص ٣٢٦.

بنحو يصبح الايجاب الصادر من البائع مثلاً بعد هذا الفاصل الطويل غير صالح للتأثير بنظر العرف ، وفي حكمه ما لو انشأ الطرف الثاني القبول بعد فترة طويلة في مجلس آخر ، ومع اتحاد المجلس لو تداخل بين الايجاب والقبول كلام أو سكوت بنحو لا يعد اعراضاً من الموجب عن ايجابه بنظر العرف ، هذا النوع من الفصل بين الايجاب والقبول لا يمنع من تحقق العقد وتأثيره فيما لو لحقه القبول من الطرف الآخر وهما في مجلس الايجاب .

وتحديد الاتصال بين أجزاء العقد بذلك يتفق اتفاقاً كلياً مع الذي نقلناه عن الجعفرين ويقره العرف ولا يتعارض مع أدلة التشريع التي تعرضت لاحكام العقود والمعاملات .

وقال الدكتور سليمان مرقس : إذا جمع العاقدان مجلس واحد ، فإن التعبير الذي يصدر من أحدهما يصل إلى علم الآخر فوراً فينتج أثره بمجرد صدوره ، فالايجاب يصل في الحال إلى علم الموجه إليه ، أي انه لا يكون ثمة فاصل زمني بين صدور التعبير وبين انتاج أثره وصلاحيته لاقتران القبول به ، فيصبح الايجاب صالحاً لاقتران القبول به ولو لم يصدر القبول فور صدور الايجاب بشرط حصول القبول قبل انقضاء مجلس العقد ، أي قبل انقضاء الطرفين ، أو افتراقهما ، لان انقضاء المجلس دون قبول يعد رفضاً للايجاب مسقطاً له ، وأضاف إلى ذلك : وقد نص التقنين على ذلك حيث قرر في المادة ٩٤ منه : إذا صدر الايجاب في مجلس العقد دون ان يعين ميعاد القبول فإن الموجب يتحمل من ايجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الايجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق آخر ، وجاء في المادة المذكورة : ومع ذلك يتم العقد ولو لم يصدر الايجاب فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على ان الموجب قد عدل عن ايجابه في الفترة ما بين الايجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل ان ينقض مجلس العقد (١) ، فالقانون لم يشترط أكثر من وحدة المجلس في هذه المسألة ولا

(١) انظر العقد لسليمان مرقس ص ١٢٧ .

يرى الفواصل منها بلغت مانعة من صدق العقد إلا إذا دلت على أن الموجب قد عدل عن إيجابه .

ومع أن المذاهب الأربعة متفقة على أنه لا بد من وحدة المجلس نجد فريقاً منهم بشرط الفورية بالإضافة إلى ذلك .

قال السنهوري في مصادر الحق : وجاء في الجزء الخامس من البدائع : وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس ، فإن اختلف لا ينعقد ، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول ، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد البيع ، وأضاف إلى ذلك : وعند الشافعي لا بد من الفورية في مجلس العقد ولا يتم العقد بدونها ، وجاء في الفقه على المذاهب الأربعة : أن الفصل بين الإيجاب والقبول بالكلام الأجنبي سواء كان قليلاً أو كثيراً يمنع من تأثير الإيجاب عند الشافعية وكذلك السكوت الطويل وعند الأحناف أن الفاصل الذي لا يمنع من تأثير الإيجاب هو الفاصل اليسير ، كما لو قال البائع للمشتري : بعثك هذا الثوب بعشرة دنانير مثلاً وبعد أن شرب الماء أو أنهى حديثه أنشأ القبول ، أما لو أنشأ القبول بعد أن تناول الطعام أو نام وانتبه من نومه ، فلا يؤثر قبوله في تكوين العقد (١)

ويبدو أن الشافعية والأحناف يلتقيان من حيث اعتبار الفورية بين الإيجاب والقبول ، ولكن الأحناف يدعون بأن الفواصل مهما كان نوعها توجب تعدد مجلس العقد ، والشافعية يعتبرون الفورية من حيث أن الفواصل بين إيجاب البائع وقبول المشتري بأي عمل من الأعمال تكشف عن أعراض المشتري وانصرافه عن المعاوضة ، مع اعترافهم بأن وحدة المجلس لا تتأثر بأي عمل من الأعمال ما لم يتفرق الطرفان بأبدانهم عن المحل الذي أنشأ فيه البائع صيغة الإيجاب . وعند المالكية

١ - انظر الفقه على المذاهب الأربعة ص ١٢٧ .

ان الفصل بكلام اجنبي بين الايجاب والقبول لا يمنع من تأثير القبول من المشتري ما دام المتعاقدان في المجلس ، وأكد ذلك احد فقهاءهم ، وجاء في الجزء الرابع من الخطاب ص ٢٤٠ :

والذي تحصل عندي من كلام اهل المذهب انه اذا اجابه في المجلس بما يقتضي الإمضاء والقبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقاً ، وإن تراخي القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقاً ، وكذا لو حصل فاصل يقتضي الاعتراض عما كان فيه حتى لا يكون جوابه جواباً للكلام السابق في العرف لم ينعقد البيع ، ولا يشترط ان لا يحصل بين الايجاب والقبول فصل بكلام اجنبي عن العقد ولو كان يسيراً كما يقول الشافعية ، ويتفق الحنابلة معهم في ذلك ، فقد جاء في الشرح الكبير على المقنع لبعض فقهاء الحنابلة ص ٤ من الجزء الرابع : فإن تراضى القبول عن الايجاب صح ما دام في المجلس ولم يتشاعلاً فيما يقطعه والا فلا لأن حالة المجلس كحالة العقد فان تفرقا عن المجلس او تشاعلاً بما يقطعه لم يصح العقد ، لأنه انما يتم بالقبول ولا يتم مع تباعده عن الايجاب ، كالاستثناء بالنسبة الى المستثنى والشرط بالنسبة الى المشروط والخبر بالنسبة الى المبتدأ (١)

واذا تباعيا وهما ماشيان او راكبان على دابتين او عمل واحد ، فان اتصل القبول بالايجاب يتم العقد ، وإن تأخر القبول عن الايجاب ولو قليلاً لا يتم العقد ، لأن المجلس يتبدل بالمشي او السير وان قل ، وفرق بعض الاحناف بين مالو تباعيا ماشيين او راكبين ، وبين مالو تباعيا في السفينة ، ففي الأول يتبدل المجلس ولو بخطوة واحدة اذا تأخر الايجاب عن القبول ، لان المشي من فعلها وكذا بالنسبة الى سير الدابة من حيث انها تحت سيطرتها ، وفي الثاني يتم العقد بينها ولو كان الفاصل طويلاً بين الايجاب والقبول ، لأن سير السفينة مسبب عن جريان الماء فيها في مجلس العقد ولو طال بها السير (٢) .

(١) انظر مصادر الحق للسنهوري الجزء ٢ ص ٥ و ٦ .

(٢) نفس المصدر ص ٨ .

ومها كان الحال فاتحاد مجلس العقد بمعنى عدم الفصل الطويل بين الايجاب والقبول الموجب لعدم ارتباط كل من جزئي العقد بالآخر ، هذا النوع من الاتحاد متفق عليه بين جميع المذاهب الاسلامية وهو الذي اختاره الجعفيون كما يبدو من النصوص الفقهية المنتشرة في مجاميع الفقه الشيعي ، اما الاتحاد بمعنى صدور القبول من المشتري فور صدور الايجاب من البائع ، وعدم الفصل بينها ولو بالكلام اليسير كما يدعي الشافعية وبعض الاحناف ، هذا النوع من الاتحاد لا تؤيده مصادر التشريع ولا يقره العرف العام ، كما وان اختلاف مجلس العقد بتتابع السير ولو خطوة أو خطوتين قبل صدور القبول من المشتري فيما لو تعاقدوا وهما ماشيان أو راكبان ، وعدم اختلافه فيما لو تعاقدوا في سفينة ونحوهما وان طال بهما السير ، هذا التحديد لمجلس العقد كما يبدو من النصوص الفقهية الموجودة في كتب الأحناف ينطوي على تصوير مجلس العقد تصويراً مادياً لا تساعد عليه النصوص الشرعية ولا يقره العرف الذي لا يمكن تجاهله في هذه المسألة وأمثالها من المسائل التي لم يتخط فيها الشارع طريقة الناس في عقودهم ومعاملاتهم .



مركز تحقيقات كليات علوم إيسدي

*

* *

التعليق في العقود

١٦

التعليق الواقع من المتعاقدين أو من أحدهما ، أما ان يرجع إلى المعنى الموضوع له الإيجاب والقبول ، وأما ان يرجع للمعنى المقصود للمتعاقدين وهو التمليك والتملك ، فإن رجع إلى الأول يكون لغواً ، لأن المعنى الموضوع له اللفظ وجوده تابع لوجود اللفظ فلا يتصور فيه ان يكون مشروطاً بشيء آخر ، كما هو الحال في جميع المعاني الإيجابية التي توجد بوجود الألفاظ ولو لم تكن مقصودة للمتكلم ، فلا بد وان يكون المراد من التعليق الذي تعرض له الفقهاء بهذا العنوان هو التمليك المقصود للمتعاقدين من صيغة العقد ، وقد نص جماعة من الفقهاء على ان صيغة العقد انما تؤثر الأثر المقصود للمتعاقدين إذا أنشأ التمليك والتملك ، والانشاء المعلق على أمر متأخر مرجعه إلى عدم الجزم بالمعاوضة بين المالكين كما هو ظاهر .

وبجمل القول ان الشرط اما ان يكون معلوم الحصول ، وأما ان يكون مشكوكاً ، وعلى التقديرين اما ان يكون متأخراً عن العقد أو مقارناً له ، وعلى جميع التقادير اما ان يكون مما يتوقف عليه صحة العقد ، أو أجنبياً عنه ، فما كان من الشروط معلوم الحصول حين العقد ، فلا يمنع اشتراطه من صحة العقد ، كما لو قال البائع : ان كان هذا العقار ملكي فقد بعته منك ، وقد نص جماعة من الفقهاء على جواز ذلك وعدم كونه مانعاً عن تأثير العقد ، اما إذا كان معلقاً على أمر متأخر معلوم

الحصول أو مشكوك الحصول ولا تتوقف عليه صحة المعاملة ، فلا يصح العقد في مثل ذلك ، لأن البائع لم ينشأ تمليك ماله للمشتري على جميع التقادير ، وكذلك فيما لو كان معلقاً على أمر متأخر تتوقف عليه صحة العقد ، وإن كانت هذه الصورة أقل خطراً على العقد من الصورتين المتقدمتين ، لأن المتعاقدين لم يشترطاً إلا ما يقتضيه إطلاق العقد ، فيكون الشرط مؤكداً لما يقتضيه نفس العقد (١) .

ونص في منية الطالب على أن التعليق بجميع فروضه لا يمنع من صحة العقد لأن الأحكام الشرعية المترتبة على موضوعاتها من نوع القضايا الحقيقية والحكم في القضايا الحقيقية مشروط بوجود موضوعه ، بالإضافة إلى أن التعليق واقع في بعض العقود والابتعاثات ، كالوصية والتدبير والنذر والعهد واليمين ، وأضاف إلى ذلك : أن الإجماع الذي ادعاه جماعة على بطلان العقد المعلق لو صح أن الفقهاء مجمعون على ذلك ، فإنما هو من حيث بنائهم على أن التعليق يتنافى مع الجزم الذي لا بد منه في إنشاء المعاوضة ، والإجماع بعد الاطلاع على مدركه يسقط اعتباره كدليل شرعي لاثبات الأحكام ، نعم الذي يمكن الاعتماد عليه لإبطال العقود المعلقة ، أن التعليق في العقود المتعارفة بين الناس غير متعارف بين المتعاقدين ولم تجر العادة على استعماله في العقود ، وبهذه الملاحظة يصبح العقد المعلق غير مشمول لأدلة العقود والعناوين الأخرى لجواز أن يكون المراد منها العقد المتعارف الذي اعتاد الناس على استعماله (٢) .

واستطرد بقول : ومن هذا البيان يظهر وجه الصحة فيما لو علق العقد على ما يتوقف صحته عليه سواء كان المعلق عليه معلوماً أو مشكوكاً لجريان العرف والعادة على التعليق عليه ، سيما إذا كان مشكوكاً فإن طريق التخلص منوط به ، ونرى وقوعه كثيراً بين عامة الناس وبعد كونه متعارفاً يصدق العقد عليه فتشمله

(١) انظر المكاسب للشيخ الأنصاري ، شروط العقد .

(٢) لا يخفى أن تعليق المنشأ إذا لم يكن غلًا في العقد ولم يتنافى مع إنشاء التمليك كما يفترض في منية الطالب فعدم كونه متعارفاً بين الناس لا يمنع من صدق العقد عليه إذا توفرت فيه أركان العقد وشروطه .

ادلة العقود والعناوين الاخرى (١) .

وقد فصل الشافعية بين التعليق على مشيئة الموجب او المشتري بشرط ان يكون هو المنشأ اولاً وبين التعليق على مشيئة الله او على شرط لا يقتضيه العقد ، فحكموا ببطالان العقد في الصورة الثانية وصحته في الأولى ، وجاء في النص الفقهي المنسوب اليهم : هو انه لا يضر تقييد اللفظ بالمشيئة كقوله : اشترى مني ان شئت ، ولكن بشروط اربعة .

الأول : ان يردا الشرط في كلام المنشئ للعقد اولاً سواء كان بائعاً او مشترياً ، الثاني : ان يخاطب مفرداً ، فان خاطب بها جماعة فلا يصح العقد ، الثالث : ان يرد الشرط بصيغة الخطاب ، الرابع : ان يتأخر الشرط عن الصيغة المقترنة بالشرط سواء كانت ايجاباً او قبولاً ، اما اذا كان التعليق على مشيئة الله او على امر آخر يقتضيه العقد ، كما لو قال : بعثك ان شاء فلان مثلاً ، فلا يصح العقد .

وجزم الحنابلة بصحة العقد المعلق على مشيئة الله من غير فرق بين ان يكون التعليق من البائع او المشتري (٢) .

وقال الدكتور سليمان مرقس : وكذلك يسقط التعبير بوجه عام اذا كان من وقت صدوره معلقاً على شرط يتخلف هذا الشرط ، ومثل لذلك بما اذا باع انسان داره لشخص بشمن معين اذا انتقل من البلد الذي هو فيها ، فاذا لم ينتقل من البلد يسقط التعبير ايجاباً كان او قبولاً (٣) ومن ذلك تبين ان التعليق على شرط ونحوه لا يبطل العقد سواء كان من طرف الموجب او القابل ، وانما يبطل الايجاب او القبول المعلق اذا لم يحصل الشرط مهما كان نوع ذلك الشرط ، كما هو مفروض المثال .

(١) انظر منية الطالب ص ١١٢ و ١١٣ .

(٢) الفقه على المذاهب الاربعة الجزء ٢ ص ١٥٨ و ١٥٩ .

(٣) نظرية العقد ص ١١٢ .

التطابق بين الإيجاب والقبول

١٧

لا بد في تكوين العقد باعتبار أن الإيجاب والقبول من أركانه الأساسية من موافقة كل منهما للآخر ، لأن الإرادة الظاهرية التي تدل عليها صيغة العقد تعكس إرادة المتعاقدين ، فلو اختلف الإيجاب عن القبول لا يمكن من تلك الصيغة أن نكتشف إرادتهما الموحدة ، ولا يكون كل منهما ملزماً بما ألزم به نفسه للآخر ما دام الطرف الآخر لم يستجب لالتزامه ، وقد نص فقهاء الشيعة على وجوب التقيد بهذا الشرط في مقام التعاقد في أكثر المجاميع الفقهية .

قال الشيخ مرتضى الأنصاري في المسالك : ومن جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب والقبول فلو اختلفا في المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري أو الثمن والمثمن ، أو توابع العقد من الشروط فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد ، ومن أمثلة ذلك ما لو قال البائع بعث الدار لموكلك فقبل الطرف الآخر لنفسه أو لشخص آخر لم يكن مقصوداً للبائع ومن أمثلة ذلك ما لو قال البائع بعثك الدار بكذا درهماً فقبل البائع نصفه بنصف الثمن الذي عينه البائع إلى غير ذلك من أمثلة عدم التوافق بين الإيجاب والقبول ، وقد علل ذلك بأن العقد امر واحد مركب من إيجاب البائع وقبول المشتري ، فإذا لم يلتزم المشتري بما ألزمه به البائع والزم به نفسه ، يكون في هذه

الحالة قد التزم بأمر جديد لم يلتزم به البائع فلا يحصل التعاقد بين الطرفين ، لان العقد يتكون من ايجاب البائع وقبول المشتري فكل من الايجاب والقبول متمم للآخر ، فاذا لم يتوافقا لا يرتبط احدهما بالآخر ، ويستثنى من ذلك ما اذا كان الاختلاف بينهما لا يرجع الى اركان العقد كالعوضين . او المتعاقدين ولا الى شروطه كما لو اعتقد البائع ان المال لزيد وهو في واقع الامر لعمر فتوجه لزيد باعتباره المالك للثمن وانشاء البيع قبل عمر باعتباره المالك للدراهم التي هي العوض عن المبيع ، فهذا الاختلاف لا يوجب التباين في محل الايجاب والقبول ، لأن المقصود للبائع هو المالك الحقيقي للثمن وتعيينه لزيد مثلاً باعتباره هو المالك باعتقاده ، فاختلاف القبول عن الايجاب يرجع الى الاختلاف في التطبيق لا غير (١) .

وقد فصل بعض الفقهاء بين ما لا يتحقق العقد بدونه ، وبين غيره من الشروط والأوصاف ، فإن رجع الاختلاف بين الايجاب والقبول الى الأجزاء التي يتكون منها العقد يبطل في هذه الحالة ، وان رجع الى الشروط والأوصاف كما لو أوجب البائع بشرط يرجع الى الثمن مثلاً أو وصف فيه ، وقبل المشتري بدون الشرط أو الوصف فلا يبطل العقد من أساسه ، لان فوات الأوصاف والشروط لا يوجب البطلان بناء على ان ايجاب البائع ينحل الى أكثر من ايجاب واحد فيكون العقد صحيحاً فيما اتفق فيه ايجاب البائع مع قبول المشتري ، ولكنه تردد فيه أخيراً (٢) .

ونص الشيخ محمد حسن في الجواهر: ان التطابق الذي لا بد منه بين الايجاب والقبول هو بالنسبة الى المبيع والثمن لا في كل شيء ، لان الفقهاء قد اتفقوا على صحة الايجاب بلفظ بيعت والقبول بلفظ اشتريت ، والمراد من المطابقة بينهما هي التي لو لم تحصل لا يكون القبول الصادر من المشتري قبولاً لايجاب البائع ، ولا

(١) انظر المكاسب ومنية الطالب ص ١١٤ .

(٢) انظر نهج الفقهاء للسيد الحكيم ص ١١٢ .

إيجاب البائع موافقاً لقبول المشتري ، ومن امثلة ذلك كما جاء في الجواهر : ما لو قال أحدهما بعثك هذين العقارين بألف فقبل أحدهما بخمسة ، ولو توجه بالايجاب إلى شخصين ، فقال بعثكما هذين العقارين بألف درهم فقبل أحدهما بنصف الثمن ، ولو قال بعثك بعشرة دراهم فقبل بأكثر من هذا المبلغ لا يصح العقد أيضاً لعدم موافقة القبول للإيجاب ولكنه تردد أخيراً في هذا الفرض من حيث ان المشتري قد قبل بإيجاب البائع ، والزيادة التي وقعت منه إذا لم يرض بها البائع تكون ملغاة ، وهذا بخلاف الفروض السابقة فان القبول الصادر من المشتري لا يعبر عن إرادته ، ومعلوم ان العقد انما يؤثر الأثر المقصود منه عندما تلتقي الإرادتان ، إرادة البائع والمشتري على أمر واحد (١) .

والظاهر ان هذه المسألة من المسائل المتفق عليها بين فقهاء المذاهب الإسلامية كما يبدو ذلك من النصوص الفقهية التي أوردها الدكتور محمد يوسف في كتابه المدخل ، والسنهوري في مصادر الحق ، فلقد جاء فيه عن الجزء الخامس من البدائع : والذي يرجع إلى نفس العقد فهو ان يكون القبول موافقاً للإيجاب ، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع ، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق لقبول المشتري ، فلو قال المالك لرجلين بعثكما هذا العبد أو هذين العبدين فقبل أحدهما دون الآخر لا ينعقد البيع .

ونص في فتح القدير على ان المشتري ليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا في بعض الثمن لعدم رضا الطرف الآخر بتفريق الصفقة لأن غرضه قد يتعلق بالجملة بسبب حاجته الى الكل وقد اورد مجموعة من النصوص الفقهية وكلها تؤكّد هذا الشرط (١)

(١) الجواهر كتاب المتاجر شروط العقد .

(٢) انظر مصادر الحق الجزء ٢ ص ٤٦ و ٤٧ .

والظاهر ان الفقه المدني اكثر تصلباً ونسكاً بهذا الشرط من الفقه الاسلامي كما يبدو ذلك من النصوص التي وردت في الوسيط للسنهوري، وفي نظرية العقد للدكتور مرقص وغيرهما، قال الدكتور مرقص : ويجب ان يطابق القبول في ذلك ما انجبت اليه ارادة الموجب ، واذا انطوى الايجاب على احكام معينة حددها وفصلها باعتبارها منظمة آثار التعاقد الذي يعرض الموجب ان يرتبط تعين ان يطابق القبول الايجاب في كل التفاصيل التي شملها ، فاذا انعدم هذا التطابق التام امتنع تطابق الارادتين ، ذلك الاقتران اللازم لنشوء العقد .

واضاف الى ذلك : وليس معنى ذلك انه يجب في كل اتفاق تطابق الارادتين في كل المسائل التي تدخل في العقد او تتفرع عنه ، بل تطابقها في المسائل الرئيسية او الأركان التي لا يتم العقد بدون الاتفاق عليها ، وفي حال عدم اختلافها في المسائل التفصيلية لوجود التطابق والتوافق بشأنها ، او من جهة ارجائها الى ما بعد انعقاد العقد ، وفي هذه الحالة الاخيرة يتم العقد ، ولا يؤثر في انعقاده تعذر الاتفاق على المسائل المرجأة ما دامت نية العاقدين لم تنبج الى جعل انعقاد العقد معلقاً على شرط حصول الاتفاق على تلك المسائل ولها ان يرجعا في المسائل المرجأة الى القاضي ليفصل بينهما فيها كما نصت على ذلك المادة ٩٥ من القانون المدني . (١)

وقال السنهوري في الوسيط : اذا اختار المشتري ان يقبل وجب ان يكون قبوله مطابقاً للايجاب مطابقة تامة ، وان يكون متفقاً كل الاتفاق مع الموجب في جميع المسائل التي تناولها الايجاب ، وقد تضمنت المادة ١٣٧ انه لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان اتفاقاً تاماً على كل المسائل التي تفاوضا فيها بشأن العقد ، اما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت هذا

(١) انظر نظرية العقد ص ١٢٢ ، والمدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٣٢٤ و ٣٢٥ .

الاتفاق في ورقة مكتوبة ، و اضاف الى ذلك . انه ليس من الضروري لبرام العقد ان يتم الاتفاق على جميع هذه المسائل مسألة مسألة ، فقد نصت المادة ٩٥ من القانون المدني الجديد على انه اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد تاماً ، والذي يبرر هذا الحكم هو ان هذه المسائل ليست جوهرية في العقد ، واخيراً انتهى الى النتيجة التالية .

يجب ان يكون القبول مطابقاً للإيجاب على النحو الذي قدمناه ، اما إذا اختلف عنه زيادة او نقصاناً او تعديلاً فان العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن ايجاباً جديداً ، وهو الذي تقضيه المادة ٩٦ من القانون الجديد (١)

ومجمل القول ان القوانين المدنية الحديثة والقديمة تعتبر موافقة القبول للإيجاب في المسائل الجوهرية التي تحقق أغراض المتعاقدين كالثمن والمبيع ونوابعها وغير ذلك من الأركان التي لا بد منها في العقود ، اما المسائل الأخرى سواء اتفق عليها الطرفان قبل الإيجاب أو تركا الاتفاق عليها إلى ما بعد إبرام العقد ، فعدم موافقة القبول للإيجاب بالنسبة إليها لا يمنع من إتمام العقد وتأثيره ، وهذا النص يتفق مع الرأي الذي تبناه بعض فقهاء الشيعة ، ومنهم الشيخ في الجواهر ، فلقد اختار في الجواهر ، ان التطابق بين الإيجاب والقبول لا بد منه بالنسبة إلى المبيع والثمن لا مطلقاً وفي كل شيء مما لا يرجع إلى الأركان والشروط التي تحقق غرض المتعاقدين ، كما وان السيد الحكيم في نهج الفقاهة قد عرض هذه الفكرة في سياق حديثه عن هذه المسألة ، ولم يجزم بها .

ومها كان الحال فالمراد من موافقة القبول للإيجاب هو المطابقة بينها بنحو

(١) انظر الوسيط ص ٢١٨ و ٢١٩ و ٢٢٠ .

يكون القبول الصادر من المشتري قبولاً بالايجاب الصادر من البائع ومعبرا عن ارادتها المتجهة إلى المبادلة والمعاوضة من الطرفين ، ولا يتم ذلك إلا بعد موافقة القبول للايجاب من حيث الأركان وغيرها من الصفات المحققة لأغراض المتعاقدين، اما التقيد بالألفاظ الصادرة من الموجب وبعض الخصوصيات الأخرى التي لا يتوقف عليها تكوين العقد ولا تقتضيها طبيعة المعاوضة هذا النوع من الموافقة ليس من شروط العقد ولا تتوقف عليه صحة المعاوضة .



بقاء المتعاقدين على صفة الأهلية الى ان يتم العقد

١٨

ومن جملة الشروط التي لا بد منها في تكوين العقد المؤثر شرعاً وقانوناً ، هو بقاء كل من المتعاقدين صالحاً للايجاب والقبول إلى حين انتهاء العقد ، ذلك انه لو عرض الجنون والاعماء أو السفه ونحو ذلك من العوارض على أحد الطرفين قبل إتمام العقد لم يعد صالحاً للانشاء المطلوب منه فلا يتم العقد موضوع الاثر الشرعي على الايجاب وحده ولا على القبول وحده ، لان الآثار المقصودة للمتعاقدين والتي أقرها الشرع والقانون عند حصول أصنامها إنما تترتب على العقد المؤلف من ايجاب احدهما وقبول الآخر ، فلو لم يكن الموجب صالحاً حين انشاء المشتري بأن عرض عليه الجنون أو غيره من عوارض الأهلية قبل صدور القبول من المشتري يسقط ايجابه عن الاعتبار ، وكذلك فيما لو عرض على المشتري ما يمنع من صحة تصرفاته فلا يتم العقد بينهما .

قال الشيخ مرتضى الانصاري : ثم ان عدم قابليتها ان كان لعدم كونها قابلين للخطاب ، كالموت والجنون والاعماء والنوم فالوجه في اعتبار هذا الشرط عدم تحقق المعنى المقصود من المعاقدة والمعاودة في مثل هذه الحالات الطارئة ، وان كان من جهة عدم الاعتداد برضاها كالمجبر عليهم لسفه أو تفليس أو لمرض أو لعروض الرقية على البائع أو المشتري ، من حيث ان التراضي من شروط صحة المعاوضة ، والتراضي الحاصل منها مع وجود أحد هذه العوارض مسلوب

الأثر بنظر الشارع ، فيكون المبرور لبقاء كل من المتعاقدين على صفة الأهلية ، هو عدم حصول العقد منها والحالة هذه ، لأن العقد المؤثر بنظر الشارع هو الكاشف عن رضا الطرفين بالمعاوضة ، وإذا طرأ على أحدهما ما يمنع من الاعتداد برضاه كما هو المفروض فلا يكون العقد الحاصل بينهما موضوعاً للأثر الشرعية ولم يفرق الشيخ الأنصاري وجماعة من الفقهاء بين عوارض الأهلية بجميع صورها واشترط بقاء كل من المتعاقدين سليماً منها إلى أن يستكمل العقد جميع أركانه ومقومات وجوده .

وقال السيد كاظم في حاشية المكاسب : ان عدم صدق العقد بطرو هذه العوارض انها يتصور في مثل النوم والاعماء والجنون ، اما لو طرأ السفه او الفس او الاسترقاق على أحدهما قبل تمام العقد ، فالمعاملة تتم ولو مع طرو هذه الحالات ولكن نفوذها يتوقف على اجازة الولي بالنسبة للسفيه ، وصاحب الحق في المال بالنسبة إلى المفسد والمولى بالنسبة إلى العبد لأن المانع من نفوذ التصرفات بالمال في مثل هذه الحالات انما هو لأجل المحافظة على حق المالك ، لا لقصور في المتعاقدين عن قابلية التعاقد كما هو الحال بالنسبة إلى الجنون والنوم والاعماء ، ولذا فإن الشارع قد ألغى انشاءهم واعتبره بمنزلة العدم (١) .

ويطرد اعتبار هذا الشرط في جميع العقود ، لأن التعاقد مع الغير لا بد فيه من أن يكون كل من المتعاقدين ملتفتاً وقاصداً لما يلتزمه للطرف الآخر والقصد إلى التعاقد لا يتحقق من العاقل الرشيد مع من هو كالجدار كما هو الحال في النائم والمغمى عليه والجنون ونحو ذلك ، والظاهر انه لم يشذ عن هذا المبدأ إلا مسألة قبول الموصي له بعد موت الموصي ، حيث انه من المتفق عليه بين الفقهاء الجعفرين ، انه لا يشترط في صحة الوصية أن يقع قبول الموصي له في حياة الموصي ولو وقع في حياته فقد نص جماعة على انه لا بد من تجديده بعد موت الموصي ،

(١) انظر حاشية السيد كاظم ونهج الفقاهة للسيد الحكيم .

ورجع أكثرهم على أن الموصى له إذا مات قبل القبول ينتقل الحق في قبول الوصية لوارثه اعتماداً على رواية محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر (ع) وقد جساء فيها : أن أمير المؤمنين علياً (ع) : قضى في رجل أوصى لأخيه والموصى له غائب وقد توفي قبل الموصي ، أن الوصية لو ارث الذي أوصى له أن يرجع في وصيته قبل موته (١) .

ومقتضى ذلك أن الإيجاب الصادر من الموصي لا يسقط بموته ، أو بموت الموصى له قبل القبول ، ولكن ثبوت ذلك في الوصية لا يصلح أن يكون تخصيصاً للقاعدة العامة الثابتة في العقود ، التي هي عبارة عن بقاء المتعاقدين أهلاً للتعاقد بينما يتم العقد ، ذلك لأن حقيقة الوصية إلى الغير ، هي الإيضاء إليه بتنفيذ شؤونه بعد موته ، والوصية بهذا المعنى أشبه بالإقاعات منها بالعقود ، كما وإن الوصية التمليلية عبارة عن تمليك المال إلى الغير بعد موت مالكه ، ولا بد من القبول فيها من جهة أن ادخال شيء من المال في ملك شخص بدون رضاه يلزمه التسلط على الغير ، ولم يجعل الله لأحد سبيلاً على غيره ، فالوصية التمليلية بواقعها وسط بين العقد والإيقاع ، فهي من حيث توقفها على رضا الموصى له وقبوله تشبه العقود ، ومن حيث أنها عبارة عن تمليك الغير بعد الموت ، ولا تتضمن معنى المعاوضة والمعاودة على التمليك ، فهي من هذه الناحية تشبه الإقاعات كالطلاق والعتق ونحوهما (٢) .

والظاهر اتفاق المذاهب الأربعة على هذا الشرط ، لأنهم يعتبرون سلامة المتعاقدين من الجنون والاعماء والنوم شرطاً في صحة العقد ، وسلامتها من العوارض الأخرى شرط في لزومه .

وقد نص الشافعية على أن من شروط صحة العقد استمرار أهلية المتعاقدين

(١) انظر بلغة الفقيه للسيد محمد بحر العلوم كتاب الوصية ص ٣٦٣ و ٣٦٥ .

(٢) انظر حاشية المكاسب للشيخ محمد حسين الاصفهاني .

إلى أن يتم القبول ، فلو قال البائع للمشتري بعثك العقار بكذا مثلاً ثم عرض عليه الجنون قبل أن يقبل المشتري يبطل العقد (١) .

وقال الدكتور محمد يوسف : وقد يحدث أن لا يبقى الموجب أهلاً للتعاقد بعد إيجابه كما لو جن أو مات قبل قبول الطرف الآخر فهل يبقى إيجابه قائماً والحال هذه ؟ في الفقه أن إيجابه يبطل حينئذ ، فلو قبل الطرف الآخر لا يتم العقد ، لأن قبوله لم يلاق إيجاباً قائماً ، حيث أن ذلك الإيجاب قد ذهب بخروج صاحبه عن أهلية إنشاء العقد ، وأضاف إلى ذلك : أن في إبطال هذا الإيجاب تضييعاً لحق الغير وهو الطرف الآخر ، فلماذا لا يعتبر موجوداً حكماً حتى إذا قبل من وجه إليه يتم العقد ؟

واستطرد يقول : وبما يجب أن نلاحظه هنا أن الجاري في مذهب مالك أن الموجب لو عدل عن إيجابه قبل تعبير الطرف الآخر عن إرادته لم يعتبر رجوعه ، وكان لصاحبه القبول لو أراد لتعلق حقه بإيجاب الأول ، ومن باب أولى على ما نرى أن يعتبر إيجاب من خرج عن الأهلية قائماً ، فانه قد نتأكد في حالة الرجوع أن الموجب لا يريد إنشاء العقد ، على حين أن في حالة فقدان الأهلية لا نتأكد من ذلك ، والراجع بحكم الاستصحاب أنه سيبقى مصراً على إيجابه لو بقي على أهليته (٢) .

وبلاحظ أن الدكتور محمد يوسف يعتمد على الاستحسان في ترجيحه لبقاء الإيجاب بعد خروج الموجب عن أهلية التعاقد ويقدم مصلحة الطرف الآخر في هذه الحالة ، وقد فاتته أن إنشاء الإيجاب من طرف المالك بمجرد لا يؤثر النقل ولا التملك ما لم ينضم إليه الجزء الآخر من الإنشاء ، لأن التملك المقصود من العقد لا يحصل إلا بعد تمامه من الطرفين ، فإذا فقد أحدهما أهلية التصرف

(١) الفقه على المذاهب الأربعة جزء ٢ ص ٢٦٥ .

(٢) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٣٢٨ .

والمعاوضة يسقط انشائه عن الاعتبار ، ولم يعد صالحاً للتأثير فيما لو انضم إليه الجزء الآخر ، على ان التعاقد لما يتم بالقبول كما ذكرنا ، ولا يتحقق القصد من المشتري لإنشاء التملك في حالة خروج الموجب عن أهلية التعاقد .

وقد أكد وحيد الدين سوار : ان جمهور فقهاء السنة يشترطون لصحة القبول بقاء الموجب والقابل حائزين على شرائط الأهلية إلى ان يتم العقد ، ولم يشذ عنهم إلا فقهاء المذهب الإباضي من الحوارج ، فقد جاء عنهم : ان الإيجاب إذا صدر من البائع ومات أو عرض عليه الجنون قبل القبول من المشتري يستقل الإيجاب وتبقى له آثاره فيما إذا انضم إليه القبول من طرف المشتري ، وقد أورد بعض النصوص الفقهية لمشاهير الفقهاء التي تؤكد بطلانه إذا فقد أحد المتعاقدين أهلية التصرف بأمواله قبل تمام العقد ، وأضاف إلى ذلك : ان قانون الأحوال الشخصية السوري قد تبنى الرأي الشائع بين الفقهاء ، ونصت المادة ١١ منه على بطلان الإيجاب إذا فقد الموجب أهليته قبل القبول ، أو حصل منه ما يدل على اعراضه عن العقد (١) .

وقال السنهاوري : ان سقوط الإيجاب بموت الموجب أو جنونه معمول عليه في القانون المدني العراقي ، ولكن القانون المصري بقي متمسكاً بالإيجاب الصادر من الموجب مهما طرأ عليه أو على القابل بعد ذلك ، وقد جاء في المادة ٩٢ من القانون المدني المصري : انه إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل ان ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بمن وجه إليه (٢) .

وقال الدكتور مرقس : ان القانون المدني بعد ان أثار اعتراضاً شديداً روي

(١) التعبير عن الإرادة لوحيدي الدين سوار ص ١٠٩ و ١١٠ .

(٢) مصادر الحق ص ١٣ .

قصره على حالة ما لو مات من أصدر التعبير أو فقد أهليته ، دون ما لو مات الموجه إليه أو فقد أهليته ، وأصبح النص النهائي للقانون المدني ، انه إذا مات من وجه التعبير أو فقد أهليته قبل وصول التعبير إلى علمه سقط التعبير ولم ينتج أثره ، وإذا مات الموجه إليه التعبير أو فقد أهليته بعد وصول التعبير إلى علمه ، فان كان التعبير قبلاً أنتج أثره وانعقد به العقد قبل موت الموجه ، وإذا كان إيجاباً أنتج أثره وكان لورثة الموجه إليه إذا علم بالإيجاب ومات قبل القبول ان يقبلوا التعاقد ، ونص السنيهوري في الوسيط ان هذا التفصيل كان نتيجة لاقتراح لم توافق عليه لجنة القانون المدني ، لان التعبير عن الارادة متى صدر صريحاً ارتبطت به مصالح لا يجوز اهدارها بسبب حادث طارئ وهو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقد أهليته من غير فرق بين طرورها هذه العوارض على من صدر منه التعبير وبين طرورها على من وجه إليه (١) .



مركز تحقيقات كميوتير علوم اسلامی

*

* *

(١) انظر نظرية العقد ص ١١٧ والوسيط ص ١٨٦ حاشية رقم ١ .

الفصل الثالث^٢ في المتعاقدين

الارادة وأثرها في العقود

١٩

هذا العنوان لم يرد في الفقه الجعفري ولا في فقه المذاهب الاسلاميه الأخرى وقد اعتبر الجعفريون في فقههم قصد المتعاقدين لمدلول العقد من الشرائط التي لا بد منها في صحة المعاملة والمراد من قصد المتعاقدين ان المعنى الذي تدل عليه صيغة العقد المؤلف من ايجاب البائع وقبول المشتري هذا المعنى لا بد وان يكون مراد الكل منهما ومقصوداً مسن قبل الطرفين، لذلك اخترنا هذا العنوان لهذه المسألة .

وجمل القول فيها . ان ارادة المتعاقدين اي كون المعنى المدلول عليه بالصيغة مراداً ومقصوداً منها من الأمور الحفية القائمة بالنفس، فلا بد لها من مظهر وكاشف بأحد الوسائل المتعارفة لتأدية المعاني والقائماً الى مخاطبين كالالفاظ والكتابة والإشارة وغير ذلك من وسائل البيان والإظهار ، ومعلوم ان الارادة الحقيقية من العناصر الأولية التي لا بد من احرازها أولاً وقبل كل شيء لترتيب الآثار على العقود وغيرها من أنواع المعاملات والكلام ، ولكن الارادة القائمة في نفس المتعاقدين لما كانت من الأمور التي يعسر الإطلاع عليها بدون مظهر لها . فقد اعتبر الشرع والقانون طريقة العرف والعقلاء الجارية بينهم على الاعتماد على الألفاظ وغيرها من الوسائل الكاشفة عن مراد المتكلم ، وعلى هذا الأساس يجري التفاهم

بين الناس وتنجلي المقاصد والأغراض وتنشأ العقود وتتم الإتفاقات ، وتؤخذ الأحكام من مصادرها ، وقد بحث الأصوليون هذه المسألة في كتب الأصول بحثاً وافياً يحيط بجميع جوانبها ، ومن ذلك تبين ان ارادة المتعاقدين ما دامت قائمة بالنفس لا يترتب عليها شيء من الآثار ، ولا تكون موضوعاً لحكم من اي نوع كان الا بعد التعبير عنها بوسيلة من الوسائل المتعارفة بين الناس في التعبير عن الارادة وتمهيداً لهذه الحقيقة لا بد من الاشارة الى الأمور التالية .

الأول : ان المتكلم قد يصدر منه اللفظ من غير ان يكون قاصداً مختاراً في ذلك ، كما لو صدر منه غفلة او غلطاً وسهواً ونحو ذلك .

الثاني : ان يصدر منه عن قصد واختيار مع الجهل بالمعنى الموضوع له ذلك اللفظ ، ولا يلزم من ذلك دلالة اللفظ على معناه في هذه الحالة ، ذلك لأن دلالة اللفظ على معناه من خصائص نفس اللفظ ، ولا تتوقف على ارادة المتكلم له او فهمه لذلك المعنى ، والذي يتوقف على فهم المعنى هو استعمال اللفظ في المعنى ، لأن حقيقة الاستعمال هو اللقاء المعنى بالألفاظ من غير ان يكون منظوراً اليه لذاته .

الثالث : ان يكون اللفظ والمعنى مقصودين للمتكلم ، ويصدر اللفظ منه بقصد الحكاية عن تحقق المعنى في الخارج أو الذهن ، أو بقصد ايجاد المعنى المقصود من الألفاظ بنحو يكون الاستعمال بهذا القصد ، فإذا صدر الكلام بدون قصد إليه كما في كلام النائم والمجنون والصبي الصغير ، ففي هذه الحالة يكون بحكم المهملات التي لا تصلح لأن تستعمل في شيء ، على ان كلام النائم والمجنون والصغير ليس محلاً للآثار الشرعية ، فكما لا يصح العقد من هؤلاء لا يصح منهم الطلاق والعق والابراء والإقرار وغير ذلك ، قال في الجواهر : لا يصح طلاق المجنون والسكران ومن زال عقله باغماء أو نوم أو شرب مرقد ، لعدم القصد الذي لا بد منه في ترتيب الآثار ، بالإضافة إلى النصوص الكثيرة التي تصرح بأنه لا طلاق

وقد فصل فقهاء السنة بالنسبة إلى السكران بين أن يسكر لعذر شرعي وبين أن يسكر تشبهاً، فإن كان تشبهاً وبلا مسوغ شرعي، فتصح منه جميع التصرفات كالطلاق والبيع والاجارة واليمين والنكاح وغير ذلك تأديباً له وعقوبة على جريمته، ولم يخالف بذلك سوى البعض من فقهاء المالكية والحنابلة وعليه العمل في المحاكم المصرية، وإن كان السكر لسبب مسوغ لشرب المسكر فلا تصح تصرفاته في هذه الحالة (٢) .

وإذا صدرت الألفاظ من المتكلم عن قصد واختيار من غير أن يكون عارفاً بمعانيها بأن لقنها شخص لآخر وأنشأها الثاني جاهلاً بمعانيها، كما لو قال بعت أو أجزت ووقفت وهو لا يعرف مداليل هذه الألفاظ، فلا تكون في هذه الحالة موضوعاً للأثار التي رتبها الشارع على العقود والايقاعات، ولا بد في الألفاظ الكاشفة عن المقاصد والأغراض أن تكون مقصودة وإن يكون المتكلم عارفاً بمعانيها، وإن يقصد مداليل تلك الألفاظ على سبيل الحكاية أو الایجاد، بحيث يكون الدافع له على استعمال اللفظ في المعنى الحكاية عن وجود مدلوله في موطنه من ذهن أو خارج، أو يقصد ايجاد المعنى المقصود من بعت وقبلت مثلاً، وهو النقل والانتقال، باعتبار أن هذا اللفظ ونحوه قد أصبح آلة وطريقاً لإنشاء المبادلة بين الأموال، فلو لم يقصد المنشأ ذلك بأن كان هازلاً أو لاغياً لا يترتب الأثر الشرعي على الألفاظ ولو كان المتكلم عارفاً بمعانيها وقاصداً للتلفظ بها .

قال الشيخ مرتضى في المكاسب : ومن جملة الشروط قصد المادلول العقد الذي تلفظ به، واشتراط القصد بهذا المعنى في صحة العقود بل في تحقق مفهوم العقد بما لا خلاف ولا اشكال فيه، فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ كما في

(١) انظر الجواهر كتاب الطلاق .

(٢) انظر احكام المعاملات للشيخ علي الحقيف ص ٧٦ .

الغالط ، أو إلى المعنى ، بل لا بد بالاضافة إليهما من كون ذلك المعنى مقصوداً
أو مراداً للعاقدة ، وبمجرد ايجاد المعنى باللفظ لا يكفي في صدق العقد .

وقد فصل بعض فقهاء السنة فيما لو تخلفت الارادة المبرزة باللفظ عن الارادة
الباطنية بين طلاق المازل وبقية عقودهم فحكموا بصحة الطلاق
الصادر منه هزلاً وبدون قصد ، وفساد جميع عقودهم والحق بعضهم النكاح
بالطلاق .

قال في اعلام الموقعين : فأما طلاق المازل فيقع عند الجمهور ، وكذلك نكاحه
كما جاء به النص (١) وهذا هو المحفوظ عن الصحابة والتابعين ، وحكاه أبو حفص
أيضاً عن أحمد وهو قول أصحابه وطائفة من أصحاب الشافعي على ان طلاق
المازل يصح دون نكاحه ، ومذهب مالك الذي عليه العمل بين أصحابه . ان
هزل النكاح والطلاق لازم بخلاف البيع ، وقال أبو الخطاب في انتصاره : يصح
بيعه وطلاقه ، ومن قال بصحته فقد قاس سائر التصرفات على النكاح والطلاق
والرجعة ، وقد علل ذلك في اعلام الموقعين بأن المازل قد أتى بالكلام غير ملزم
بحكمه ، وترتيب الاحكام على الاسباب يعود للشارع لا للعاقدة ، فاذا أتى بالسبب
لزمه حكمه شاء أم أبى (٢) .

وجاء في الفقه الاسلامي للاستاذ محمد سلام : ان بعض المالكية لا يرتبون أثراً
على عقود المازل وجميع ابقاعاته سواء تعلق بها حق الله او حق عباده (٣)

وقال الاستاذ محمد يوسف : إذا لم تتفق الارادة الظاهرية مع الارادة الحقيقية

(١) المزداد من النص الذي أشار إليه ما جاء عن أبي الدرداء : ثلاثة لا لعب فيهن الطلاق
والعتاق والنكاح ، وجاء عن ابن مسعود كما في رواية أبي حفص : النكاح جده ولعبه سواء .

(٢) انظر اعلام الموقعين جلد ٣ ص ١٣٦ .

(٣) التعبير عن الارادة ص ٣٩٥ .

للمتعاقدين كما لو اتفقا في عقد النكاح على مهر سر او عقدا على أكثر منه جهرة ، لا يجب أكثر من المهر السري المتفق عليه ، ولا يبطل عقد النكاح في المقام لان الهزل بالمهر دون العقد ، على انه لو كان في العقد نفسه لما أبطله لان فيه حق الله ، فلا يؤثر فيه الهزل عند الجميع ، وأضاف إلى ذلك : ان الاحناف والحنابلة وبعض المالكية لا يرون الهزل في الطلاق والزواج والرجعة والعتاق واليمن مبطلاً ، وان الهزل والجد فيها سواء (١) .

وقال الاستاذ وحيد الدين سوار : ان الفقهاء المسلمين وقفوا من العقود الصورية موافق ثلاثة فمنهم من ذهب إلى صحتها معتداً بإرادة المتعاقدين الظاهرية ، ومنهم من ذهب إلى بطلانها معولاً على إرادتها الباطنية ، ومنهم من توسط الامرين فذهب إلى فسادها .

والذين ذهبوا إلى تصحيح العقد الصوري كل من الشافعي في قوله الاصح ، وأبو حنيفة كما نص على ذلك ابن قدامة في المجلد الرابع ص ٢١٤ من المغني (٢) ، وأبو الخطاب من الحنابلة ، والدرديري من المالكية ، وقد سلك كل واحد من هؤلاء مسلكاً في البحث الموصل لهذه النتيجة ، فمنهم من صححها تحيزاً للإرادة الظاهرة التي تنعكس بالالفاظ ، ومنهم من استند في تصحيحه للعقد الصوري على قياس الاتفاق السابق على العقد على الشرط الفاسد المتقدم على العقد ، فكما بلغوا الشرط إذا وقع العقد خالياً عنه ، فكذلك الاتفاق السابق المعبر عن الإرادة الباطنية للمتعاقدين يقع لغواً ويصح العقد وان لم يكن معبراً عن إرادتها ، والمراد من العقد الصوري الوارد في فقه المذاهب الأربعة ، هو أن يتفق المتعاقدان على ان العقد الذي سيقع منها لغواً لا يعبر عن إرادتها ، ويقع بينهما العقد صورة ،

(١) المدخل لدراسة نظام المعاملات ض ٣٤٨ عن المعني لابن قدامة .

(٢) ولكن الدكتور محمد يوسف موسى لم يقر ابن قدامة على هذه النسبة ، وأورد نصوحاً للمذهب الحنفي مفادها ان الأحناف يقولون ببطلان العقد الصوري انظر في ذلك التعبير عن الإرادة ض ٢٩٨ .

وهذا النوع من العقود هو المعروف بعقود التلجئة باعتبار ان الطرفين يلجئان إلى التفاهم السابق منها على صورية العقد (١) .

وجاء في النص الفقهي للشيرازي أحد فقهاء الشافعية : وصورة بيع التلجئة ان يتفق المتعاقدان على ان يظهر العقد لسبب من الاسباب ولا يترتب عليه أي أثر من الآثار ، فاذا عقدها انعقد عندنا ويبطل الاتفاق السابق ، وكذا لو اتفقا على ان البيع بالف وعقدها بالفين ، وجاء في البدائع والمغني لابن قدامة عن أبي حنيفة ان هذا النوع من البيوعات صحيح كغيره من العقود المقصودة للمتعاقدين ، لأن ما شرطاه في السر لم ينصا عليه في العلانية ، والآثار الشرعية امرها بيد الشارع فله ان يلزم بها المتعاقدين ولو لم تكن مقصودة لهما (٢) .

وقد أوردنا بعض النصوص الفقهية للمالكية والحنابلة التي تصرح بصحة طلاق المأزول ونكاحه وبعض عقود .

وجاء في التعبير عن الارادة لوحيد الدين سوار : ان كلا من مالك وأحمد بن حنبل والشافعي في أحد قوليه لا يعتدون بالارادة الظاهرة في العقود الصورية ويرونها باطلة ، وقد نقلنا بعض النصوص الفقهية كما أوردها ابن القيم وغيره وهي تصرح بصحتها في النكاح والطلاق دون البيع ، كما نقلنا عن الاحناف بالنسبة إلى البيع ما يشير إلى صحته كبيع التلجئة ونحوه ، ومهما كان الحال فالذي بصح نسبه إلى الأحناف بمجموعهم انهم سلكوا طريقاً وسطاً بين القائلين بالبطلان والقائلين بالصحة ، وذلك انهم يدعون ان العقد يتصف بالبطلان والفساد والصحة ، فيكون صحيحاً إذا كان صالحاً لترتب الآثار الشرعية عليه كما اذا تكون من إيجاب وقبول بشروطها من حيث تطابقها وصدورها في مجلس واحد على محل ممكن

(١) انظر التعبير عن الارادة ص ٣٩٦ وما بعدها .

(٢) المصدر السابق ص ٣٩٨ وما بعدها .

الوجود ومعين يقبل المعاوضة بنظر الشارع ، بشرط ان يكون المتعاقدان صالحين للتصرف غير مكرهين ولا هازلين إلى غير ذلك من الشروط الراجعة إلى العاقدين والعوضين ، ويكون باطلاً إذا اختل ركن من أركان العقد كما لو صدر ممن ليس له أهلية التصرف كالصبي الصغير والمجنون ، أو كان محله مقتراً بالجهالة أو الغرر ، أو كان مما القى الشارع مالهته بنحو لم يعد صالحاً للمعاوضة ، ويكون فاسداً إذا وجدت أركانه ومحله وتحقق معناه ، كما لو باع شخص داره أو كتابه إلى غيره بشمن مؤجل إلى وقت مسيره ، فقد أنشأ البائع عقداً توافرت فيه أركانه من الإيجاب والقبول الصادرين من أهلها على المحل المعين الصالح للمعاوضة ، ولكن حيث اقترن البيع بوصف منهبي عنه وهو التأجيل إلى أمد مجهول ، وكانت ذلك مؤدياً إلى النزاع والتخاصم لم يكن العقد صحيحاً بنهات مراتب الصحة ولا باطلاً من الأساس ، لأن النهي لم يتجه إلى العقد من أساسه بل اتجه إلى صفة مقترنة بالعقد ليست دخيلة في أركانه وأجزائه ، فالعقد الفاسد ليس باطلاً من الأساس ولا محققاً لنهات رغبة المتعاقدين .

ومجمل القول ان للعقد عندهم لحاظين ، مرة يلاحظ من حيث أصله وأخرى من حيث وصفه ، فاصله هو ما يتكون منه كالأيجاب والقبول بشروطهما وكونها صادرين ممن له أهلية التصرف ، بدون جبر أو اكراه ، ولحاظه من حيث وصفه ، بأن لا يكون ثمة ضرر في تسليم العوضين خالياً من الغرر والربا والشروط الفاسدة ونحو ذلك ، فإذا اختل ركن من أركانه أو شرط من شرائطه انهار العقد من أساسه ، وإذا اختل وصف من أوصافه ، كما لو كان ضربياً أو غريباً أو اقترن ببعض الشروط الفاسدة يكون العقد فاسداً ، والفرق بين الباطل والفاسد ، ان العقد الباطل فاسد من أساسه ، لا يصلح ان يكون موضوعاً لأي أثر من الآثار الصحيحة ، والفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه وتلقاه الاجازة والرضا وتترتب عليه بعض الآثار المقصودة للمتعاقدين .

ومن خصائصه انه قبل القبض لا أثر له من جميع وجوهه ، ولكل من

المتعاقدين ان يتمسك بفسخه ، ولا تثبت فيه الشفعة ولا ينتقل به الملك ، وله وجود شرعي بالإضافة إلى وجوده المادي ، ولولا وجوده لما كانت الحاجة داعية لفسخه ، ولكن وجوده ضعيف ولا سيما قبل قبض المبيع ، فإذا تم القبض بإذن البائع بقوى وجوده لأن العاقدين قد أكدّا نيتها على تنفيذه بالرغم من فساد ، على ان هذا التنفيذ لا يعتبر اجازة للعقد ، ويبقى لكل منهما حق الفسخ ، إلا إذا كان فساد لوجود شرط فاسد فيه وزال المفسد بتراضيها ، وأضاف وحيد الدين سوار إلى ذلك : ان العقد الفاسد من أسباب الملك في الجملة ولكنه ملك من نوع خاص ليس كالملك الذي يترتب على العقد الصحيح ، ملك يجوز لكل منهما التراجع فيه بفسخ العقد ، مضمون بالقيمة لا بالثمن ، يفيد اباحة التصرف بالعوضين ، وتبدو ثمرة هذه الملكية بوجه خاص عندما يتصرف المشتري بالمبيع إلى شخص آخر حيث ينفذ تصرف المشتري في حق البائع ، ويبدو أيضاً في حالة تغير المبيع في يد المشتري بالشراء الفاسد ، إذ يترتب على هذا التغير حماية المشتري نفسه وثبات ملكيته واستقرارها بعد ان كانت مزعومة مهددة بالفسخ (١)

ومها كان الحال فالذي يدعيه الأحناف ان العقود الصورية بجميع أشكالها من العقود الفاسدة لأن العقد تام بجميع أركانه وشروطه ، ولم يفقد إلا الارادة الباطنة ، وهي رغبة المتعاقدين وقصدهما إلى المعاوضة بين ماليتها ، فان رضا بعد ذلك بالعقد انقلب صحيحاً ، لأن الفساد كان بسبب عدم الرضاء والرغبة لوجود الهزل ، وقد زال بالإعراض عنه ، والرغبة في احكام العقد (٢) .

ومن الموارد التي تتخلف فيها الصيغة عن الارادة الخطأ الواقع من العاقد في مقام التعبير عن ارادته ، وقد عرفه صدر الشريعة في متن التنقيح . بأن يفعل

(١) انظر مصادر الحق جزء ٤ ص ١٨٧ واحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ص ١٢٨

و ١٢٩٩ و ١٣٠٠ و ١٣٢٠ .

(٢) الملكية ونظرية العقد للاستاذ محمد ابي زمرة صفحة ١٩٢ واحكام المعاملات الشرعية

لعلي الخفيف صفحة ٢٢٥ و ٢٢٦ .

فعلاً أو يتكلم بكلام من غير أن يكون قاصداً له ، وعرفه السنيهوري في مصادر الحق . بأنه مغايرة التعبير الذي صدر منه للتعبير الموافق لإرادته ، وعرفه آخرون بما هو قريب من ذلك ، والمعنى المتحصل من تعاريفهم ، بأنه عبارة عن تخلف الصيغة عن المعنى المراد انشائه بالعقد غلطاً منه ، وقد مثلوا له بما لو قال إنسان لزوجته اسقني الماء فغلط وقال لها أنت طالق : وبما لو قال الأب للغاطب زوجتك ابنتي رنا ، وهو يقصد ابنته ندا ، وفي المثالين لا يمنع هذا الغلط من وقوع الطلاق في المثال الأول وصحة النكاح في الثاني عند الأحناف ، وجاء في البدائع : أن العمد ليس بشرط ، أعني يجوز نكاح الحاطيء وهو الذي يسبق لسانه كلمة النكاح من غير قصد ، لأن الثابت بالخطأ ليس إلا القصد وهو ليس بشرط لصحة النكاح ، بدليل صحة نكاح الهازل .

ومن أمثلة الغلط ما لو توجه الغلط على محل العقد ، كما لو كان لشخص بنتان وأراد تزويج الكبرى منهما فأوقع العقد على الصغرى صح العقد بالنسبة لها ، وكما لو قال إنسان لآخر : زوج بنتك لابني ، فقال زوجتك قاصداً ابنه ، فإذا قبل الأب يصح النكاح له دون الابن ، ولو طلقها الأب لا تصح لولده لأن معقودة الأب تحرم مؤبداً على أولاده ، ومن أمثلة ذلك : ما لو قال زوجتك ابني لابنتك فقبل الأب يصح له دون الابن كما جاء في الدر المختار ، لاسناد الضمير إليه ، (١) ويبدو أن الأحناف يعتدون بيمين الحاطيء والهازل كما نص على ذلك في البدائع ، وبالنسبة إلى العتق ، فقد روى محمد بن الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يصح منه إذا وقع غلطاً ، وروى عنه أبو يوسف أنه يصح كالطلاق .

أما الغلط في العقود كالبيع ونحوه ، فلو ادعاه أحدهما وصدقه الطرف الآخر ، فقد اختلفت آراء الأحناف في ذلك ، فرجع بعضهم قياسه على عقد المكره بمعنى

(١) الدر المختار ج ٢ صفحة ٢٨٢ و ٢٨٣ كما جاء في التعبير عن الإرادة لوحيد الدين سوار صفحة ٤٢٧ .

(٢) المصدر السابق صفحة ٤٣٠ و ٤٢٩ .

انه بنعقد ولا ينفذ ، كما نص على ذلك البزدوي ومنلا خسرو ، فيكون العقد فاسداً لقوات الرضا ووجود الاختيار فيه ، كالمكره لأن التلفظ به ليس من لوازم الطبيعة ، بل هو نتيجة حركة اختيارية ، كما نص على ذلك في كشف الاسرار ج ٤ ص ٣٨١ ، وفي مرآة الاصول ص ٣٥٨ (١) .

وذهب آخرون من الاحناف إلى قياسه على عقد الهازل بمعنى انه يكون فاسداً مثله وأسوأ حالاً منه لأن الخطيء ليس بقاصد للفظ ولا لحكمه ، ومع ذلك فهو ملحق به في الحكم فلا ينتقل المبيع إليه بالقبض كالهازل ومثلوا لذلك بما لو أراد ان يقول : سبحان الله فجرى على لسانه بعث هذا منك بألف وقبل الطرف الآخر (٢) .

وهناك رأي ثالث اختاره جماعة ومنهم الاستاذ علي الحنيف ، وهو بطلان عقد الخطيء لأن الخطيء لا إرادة له ، وهو مغلوب على أمره في انحرافه عن التعبير المقصود إلى غيره (٣) .

وذهب الشافعية والحنابلة وابن حزم الظاهري إلى عدم الإعتداد بعبارة الخطيء عملاً بالإرادة الباطنة المقدمة على الإرادة الظاهرة المستفادة من ظاهر اللفظ ، كما تنص على ذلك كتب الأحناف (٤) .

وأكد ابن القيم الفقيه الحنبلي وجوب الأخذ بالإرادة الباطنة وعدم جواز التعويل على الصيغة الصادرة خطأ ، وقال في اعلام الموقعين : ان فعل الناسي

(١) المصدر السابق .

(٢) انظر صفحة ٤٣٥ من التعبير عن الإرادة .

(٣) انظر احكام المعاملات الشرعية صفحة ٢٢١ .

(٤) انظر التعبير عن الإرادة ، حيث نقل ذلك عن التقدير والتجبير ، وكشف الاسرار والبدائع ، ولكن النصوص التي اردها وحيد الدين سوار عن الشوافع صريحة في وجوب العمل بالإرادة الظاهرة في التصرفات في صورة الخطأ في التعبير انظر صفحة ٤٣٨ من الكتاب المذكور.

والمحطىء بمنزلة فعل النائم في عدم التكليف ، وقد رتب الله الاحكام على الالفاظ من حيث دلالتها على قصد المتكلم وإرادته ، فإذا ثبتنا انه قصد الكلام ولم يقصد المعاني ، فإن الشارع لا يلزمه بما لم يقصده ، وغندما نعلم ان المعنى لم يكن مقصوداً له لم يجوز ان نجعل اللفظ دليلاً على ما ثبتنا خلافه (١) .

وجاء في المحلى لابن حزم الظاهري : ومن طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لكن أخطأ لسانه فإن قامت بينة قضي عليه بالطلاق ، وان لم تقم عليه بينة لم يلزمه الطلاق ، برهان ذلك قول الله عز وجل : ليس عليكم جناح فيما أخطأتم ولكن ما تعمدت قلوبكم ، وقول الرسول (ص) انما الاعمال بالنيات ، ولكل امرئ ما نوى .

وقد فصل الدكتور محمد يوسف بين ما لو كان مرجع الغلط إلى اختلاف جنس المبيع مثلاً وبين ما لو كان مرجعه إلى اختلاف وصفه ، وجزم بطلان العقد في الاول وصحته في الثاني مع ثبوت الخيار للمشتري في الفسخ ، ومثل لذلك بما لو اشترى رجل داراً على انها مبنية بالاسمنت المسلح فتبين انها مبنية بالحجارة والخشب ، وعد ذلك من نوع الغلط في الجنس وحكم بطلان العقد من أساسه لقوات المحل الذي اتجهت إليه إرادة المشتري ، ومثل للثاني بما لو باع انسان حيواناً على انه ذكر فبان انثى ، فالعقد في مثل ذلك صحيح والمشتري الخيار في فسخ العقد ، لانه لم يقدم عليه إلا لانه ذكر وقد فاته هذا الوصف ، وهذا بالنسبة إلى العقود التي يدخلها الخيار كالبيع وغيره ، اما العقود التي لا تقبل الفسخ كالنكاح مثلاً ، فانه يقع لازماً إلا عند أحمد بن حنبل فقد جوز الفسخ للطرف الثاني ، ومن أمثلة ذلك ما لو تزوجت فتاة شاباً على ان أتم تعليمه العالي وليس به ما يخل بالخلق والكرامة ، فبان لها بعد العقد خلاف ذلك ، أو تزوج الشاب فتاة

(١) انظر اعلام الموقعين ح ٤ صفحة ٧٢ .

على انها بكر فبانت ثيباً (١) .

ويسمى الدكتور السنهوري في كتابه مصادر الحق : الغلط في الجنس والغلط مع التفاوت الفاحش ولو كان الجنس واحداً هذان النوعان من الغلط يسميهما بالغلط المانع ، ويقصد من هذه التسمية ان هذين النوعين من الغلط يمنعان من صحة العقد، ويمثل لذلك بمن باع ياقوتاً أو ماساً فتبين للمشتري بعد ذلك انه زجاج، فيبطل العقد في مثل ذلك لانعدام المحل الذي انجبت إليه إرادة المشتري ، اما إذا اتحد الجنس واختلف الوصف ، وكان التفاوت بين فاقد الوصف وواجده يسيراً ، فإن البيع يتم بينهما ويقع صحيحاً ، والمشتري الخيار بين الإلتزام بالعقد وبين فسخه ، ومن أمثلة ذلك ما لو باع ياقوتاً أحمر فبان انه أصفر، أو عبداً كاتباً فتبين انه فاقد لهذه الصفة ، فمحل العقد موجود لم يتخلف منه إلا الصفة المرغوبة للمشتري ، فإذا ثبت له الحق في فسخ العقد والتحلل منه يتمكن من تدارك الغبن اللاحق به بسبب فسخ العقد واسترجاع ماله ، وأضاف إلى ذلك ان المعيار في كون الغلط مؤثراً في صحة العقد، هو ما لو كان جوهرياً يبلغ بنظر المتعاقدين حداً انهما يمتنعان عن إبرام العقد لو كانا على بينة من الأمر قبلها ، وقد نصت المادة ١٢٠ من القانون المدني الحديث على ان للمتعاقد إبطال العقد إذا كان الغلط جوهرياً (٢) .

ومجمل القول : ان الفقه الجعفري لا يقدر الألفاظ كما يتهمه بعض المؤلفين في العقود ، ولا ينظر إليها لذاتها ، ويعتمد على إرادة المتعاقدين وينالغ في احترامها ، ولكنها لما كانت من الأمور الخفية التي لا بد لها من مظهر ، وكانت

١ - انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٤٠٣ و ٤٠٤ .

٢ - انظر مصادر الحق ص ٢ ص ١١٢ الى ١١٧ و ص ١٠٦ ونظرية العقد للدكتور

مرفس ص ٢٤٨ .

الألفاظ هي السبيل الأفضل للحاكي عما في النفس ، لذلك رتب عليها الشارع الآثار واعتبرها في مختلف المواضيع بصفاتها معبرة عن إرادة المتكلم وكاشفة عن أغراضه ومقاصده ، إلا إذا تبين أن المتكلم لم يأت بها لهذه الغاية ، كما لو صدرت منه خطأ أو على سبيل اللغو والهزل ، ففي مثل هذه الحالات تسقط قيمة الألفاظ ولا يكون لها أي أثر عند الشارع من غير فرق بين العقود بجميع أنواعها والإيقاعات على اختلافها ، وعلى هذا الأساس ، كان عقد السكران والمأزول والمخبط ، والنائم والمجنون ونحو ذلك ممن يتكلم بالألفاظ من غير قصد لها ولا لمعانيها ليست موضوعاً للآثار الشرعية دنيوية كانت أو أخروية ، ولا يمكن أن يطرأ عليها بعد ذلك ما يجعلها في مصاف العقود الصحيحة ما دامت حين صدورها فاقدة للعنصر الأساسي الذي لا بد من توفره حين إنشاء العقد للتعبير عما في النفس .

أما أقسام الخطأ التي ذكرها السنيهوري وغيره والتي عدد فيها الغلط في القيمة أو الباعث ، هذه الأصناف من الغلط لا توجب بطلان العقد عند الفقهاء الجعفرين لوجود القصد في هذه العقود إلى الألفاظ ومعانيها ووقوعها بقصد المبادلة بين المالين ، والغلط الحاصل منهما قد نشأ عن جهل البائع أو المشتري في هذه الموارد ، هذا النوع من الغلط الناشئ عن الجهل يجعل العقد قابلاً للإبطال ، بمعنى أن المشتري الغلط أو البائع لو فرض كون الغلط من جانبه ، يحق لهما أن يفسخا العقد ليتداركا ما يلحقهما من الحيف والضرر المترتبين على هذه المعاوضة ، ويلتقون بذلك مع الفقه المدني ، فإن المادة التي أشرنا إليها تنص على أن العاقد الذي وقع في الغلط له أن يبطل العقد ويتحلل منه ، أما إذا كان الغلط في التعبير ، كما لو قال الأب للخاطب زوجتك ابنتي زينب ، وهو يريد غيرها ، وقبل منه الزوج مع العلم بأن المراد ابنته الثانية هذا النوع من الغلط وأمثاله مفسد للعقد لعدم كون المعنى مقصوداً للمتعاقدين ، والقصد من الشروط التي لا يمكن تجريدها عن العقود منها ،

والكلام بعينه يجري بالنسبة إلى الإيقاعات ، فلو أراد الزوج ان يقول لزوجه
 اسقني الماء فغلط وقال لها أنت طالق ، لا يقع الطلاق ، ولا تترتب أحكامه ،
 وقد ذكرنا ان الاحناف قد رجحوا وقوع النكاح والطلاق في المثالين وتحيزوا
 إلى الالفاظ متجاهلين إرادة المتعاقدين ومقاصدهما ، متمسكين بالإرادة الظاهرية
 التي لا تنفك عن إنشاء اللفظ سواء طابقت الإرادة الباطنية القائمة في نفس المتكلم ،
 أو تخلفت عنها .



نظرية السبب في العقود

٢٠

لقد اهتم المؤلفون في الفقه المدني بهذه النظرية اهتماماً بالغاً وبحوثها بحثاً مسهباً في جميع مؤلفاتهم حول العقود وعرضوا المراحل التي مرت إلى ان انتهت للمرحلة الأخيرة التي أقرتها القوانين المدنية الحديثة .

وبجمل القول في ذلك ، ان السبب بمعناه عند الفلاسفة والمتكلمين ، هو ما كان علة لوجود شيء آخر ، وكون الشيء علة لغيره ، مرة يكون بوجوده التكويني سبباً موجداً له كالنار بالنسبة إلى الإحراق ومرة يكون بالجعل الشرعي أو العرفي كما هو الحال بالنسبة إلى العقود والإيقاعات على اختلاف أنواعها ، فإن اعتبار العقد بملكاً لكل من البائع والمشتري للبيع وثمنه ، إنما هو بالإعتبار العرفي الذي أقره الشرع والقانون ، وهكذا الحال بالنسبة إلى العقود التي تم بإرادة واحدة ، والإيقاعات التي اعتبرها ورتب عليها آثارها وأحكامها ، كالطلاق الموجب لحل عقد الزواج ، والعتق الموجب للحرية ونحو ذلك ، وبهذا المعنى ورد استعمال السبب في مجاميع الفقه الشيعي ، كما سنعرض ذلك بعد حديثنا عن المراحل التي مرت بها هذه النظرية .

قال الدكتور سليمان مرقس في نظرية العقد ، والسنهوري في الوسيط : ان لفظ السبب يمكن ان يراد منه أصل الشيء ومصدره وبهذا المعنى يصدق على العقد

لأنه سبب من اسباب كسب الملكية ، وليس هذا المعنى هو المقصود بالسبب في المقام ، والمعنى المراد منه عندما يتحدثون عنه كركن من أركان العقد أو من أركان الإلتزام ، هو عبارة عن الغرض الذي من أجله وقع العقد أو الإلتزام ، ويعبرون عنه بالباعت الدافع إلى التعاقد ، وهذا المعنى للسبب هو آخر ما وصل إليه الفقه المدني بعد المراحل الطويلة التي مر بها والتطورات التي عرضت عليه من الفقهاء الغربيين وغيرهم (١) .

وبجمل المراحل التي مرت بها نظرية السبب ، هو ان القوانين الرومانية في أوائل عهدها لم تكن تتعرف على هذه النظرية ، لأن العقود كانت شكلية ولم يكن لإرادة أي كات دخل في تكوينها ، ثم ظهرت عديم في عقود البيع والإيجار والشركة والوكالة ، ففي عقد البيع اعتبر التزام البائع سبباً للإلتزام المشتري ، فإذا هلك المبيع قبل التزام البائع لا يبقى محل للإلتزام المشتري في هذه الحالة لإنعدام سببه ، لأن البائع يمتنع منه الإلتزام بسبب هلاك محله ، فينحصر أثر السبب في تكوين العقد إذا تم تكوين العقد بتوافر السبب ، بمعنى انه إذا تم التزام البائع وجد السبب للإلتزام المشتري ، وبعد تامة العقد يتوافر سببه تكون التزامات كل من الطرفين مستقلة عن التزام الطرف الآخر ، فإذا استحال على أحدهما الوفاء بالتزامه لا يؤثر ذلك على التزامات الطرف الآخر ، فلا يجوز لأحد المتعاقدين في ظل هذه النظرية ان يمتنع عن دفع الثمن حتى إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع ، وهكذا الحال بالنسبة إلى البائع ، كذلك ليس لأحدهما فسخ العقد إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه ، وإذا هلك المبيع وهو في يد البائع كان من المشتري ، وقد تناول فقهاء الكنيسة فكرة السبب بعد ان اعتبروا للإرادة المقام الاول في تكوين العقد واشتروطوا في إرادة العاقد ان تتجه الى تحقيق غاية مشروعة من العقد ، فنظروا إلى الغرض الباعث على التعاقد ، فإن كان مشروعاً مضى العقد وأثر اثره ، وإلا كان باطلاً ، وبذلك يكون السبب عديم عبارة عن الباعث الذي دفع المتعاقدين على التعاقد ، وبقيت نظرية السبب بمعنى

١ - انظر مصادر الإلتزام لعبد المجيد الحكيم ص ٢١٩ .

الباعث على العقد والالتزام إلى حدود القرن السابع عشر ، فرجع بها بعض الفقهاء الفرنسيين وهو « دوما » إلى معناها الروماني ، ونص على أنها في عقود المعاوضات عبارة عن التزام كل من الطرفين بما التزم به الآخر ، وفي عقود التبرعات كالهبة وغيرها هي نية التبرع ، ومضى التشريع الفرنسي على ذلك إلى أواخر القرن الثامن عشر ، وفي أواخره ابتداءً لهجوم عليها من رجال القانون ، وظهرت عليهم الخصومة لنظرية السبب ، وانتصر لها جماعة من الفقهاء حاولوا إصلاح النواحي التي كانت هدفاً لهجوم خصومها إلى أن استقرت أخيراً في القوانين الحديثة على الباعث الدافع إلى التعاقد ، وطرح النظرية التقليدية في السبب (١) على حد تعبير السنهوري في الوسيط ص ٤٥١ .

فالسبب بالمعنى الروماني المعبر عنه بعد المراحل الطويلة بالنظرية التقليدية موضوعي داخل في العقد ، أما السبب بالمعنى الثاني الذي انتهى إليه الفقه الحديث وأقرته القوانين المدنية الجديدة في فرنسا وغيرها فهو ذاتي خارج عن العقد وقائم بنفس العاقد يختلف باختلاف الأشخاص .

قال السنهوري في الوسيط : وما دامت الإرادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشئ ما تشاء من التزامات لا بد لها من باعث يدفعها إلى الالتزام ، فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث مشروعاً ، وأن يكون الغرض الذي ترمي الإرادة إلى تحقيقه لا يحرمه القانون ، ولا يتعارض مع النظام العام والآداب .

١ - والمراد من النظرية التقليدية ، هي النظرية الرومانية التي تعتبر السبب عبارة عن التزام البائع المسبب لالتزام المشتري ، ونية التبرع في عقود التبرعات كالهبة ونحوها ، وإنما سمي السبب بهذا المعنى بالنظرية التقليدية ، لأن رجال القانون في القرن السابع والثامن قد رجعوا إليها بعد أن مانت تقريباً من عهد فقهاء الكنيسة الذين فسروا السبب بالدافع إلى حدود القرن السابع عشر ، فأحيوها دوماً ومن تابعه من الفقهاء أمثال نابليون وغيره من المشرعين .

ومهما كان الحال ، فالسبب في العقود وان صح ان يراد منه العقد الذي ينشأ به المتعاقدان المبادلة بين المالين كما نص على ذلك الدكتور مرقس في نظرية العقد ، والسنهوري في الوسيط ، ولكنه بهذا المعنى ليس مقصوداً من اجاث المدينين القدامي والمحدثين ، وانما المقصود منه في اجاثهم هو ، اما الغرض القريب الذي يسمى إليه المتعاقد ، ففي عقد البيع مثلاً يكون السبب في التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بتسليم الثمن ، كما وان سبب التزام المشتري بتسليم الثمن هو التزام البائع بتسليم المبيع ، والسبب بهذا المعنى هو الذي أقرته مبدئياً القوانين الرومانية وادخلت عليه بعض التعديلات من بعض المشرعين الفرنسيين وغيرهم ، بعد الهجوم العنيف عليه من المشرع البلجيكي «ارنست» والفقيه الفرنسي «بلانيول» واتباعهما ، وكان من جملة التعديلات التي ادخلت عليه التعديل الذي ادخله «كابتان» فنص في العقود الملزمة للجانبين : ان السبب في التزام احدهما هو تنفيذ الالتزام من الطرف الآخر ، واعتمد في هذا التعديل على انه لو اعتبرنا كل من الالتزامين سبباً للآخر يتم العقد بمحصل الالتزامين المتقابلين ، فلا يبقى مسوغ للتدخل من العقد فيما إذا طرأ ما يوجب عدم وفاء احدهما بالتزامه ، ومن شأن هذا التعديل جعل التقابل والارتباط بين العقدين مستمراً الى ان يتم تنفيذ التزامات الطرفين ، ومن هذا الارتباط المستمر يثبت الحق لكل منهما بفسخ العقد إذا أخل احدهما بتنفيذ التزامه ، وينفسخ العقد اذا هلك محل احد الالتزامين ، او اصبح التنفيذ مستحيلاً لسبب لاحق للعقد .

وفي عقود التبرعات كالهبة ونحوهما ، فقد اعتبر الباعث عليها سبباً لها اذا اشترط الواهب على الموهوب له امراً ، كما لو وهب شخص ماله لشخص على ان يبني فيه معهداً ، فيكون انشاء المعهد سبباً للهبة ، فاذا لم يتحقق يسوغ للواهب فسخ الهبة واسترجاع ماله ، واذا لم يشترط الواهب شيئاً ، يكون السبب فيها نية التبرع التي هي عبارة على العزم على دفع المال بدون مقابل (١) .

١ - نظرية العقد ص ٢٠٨ ومصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم ص ١١١ و ١١٢ .

أما الفقه المدني الجديد فقد انحاز إلى مذهب فقهاء الكنيسة في السبب واعتبره عبارة عن الباعث إلى التعاقد ما دامت الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها، ولا بد فيه أن يكون مشروعاً لا يجرمه القانون ولا يتنافى مع الآداب والنظام العام، ولا بد في بطلان العقد إذا لم يكن الباعث مشروعاً من علم الطرف الآخر بذلك، وقد مثلوا له بما لو وقع عقد البيع أو الإجارة على منزل يريد المشتري أو المستأجر أن يتخذه محلاً للعاهرة، فإن الباعث على العقد غير مشروع، ويتنافى مع الآداب العامة، ولكن بطلان العقد في المقام إنما يتم إذا كان البائع عالماً بذلك لكي يتحقق السبب المنافي للآداب من طرفه، ومن أمثلته أيضاً ما لو اقترض أناس من شخص مالاً لغرض المقامرة فيه، وكان المقرض عالماً بالغاية من هذا القرض (١).

ومن مجموع ذلك تبين أن فكرة السبب في العقود متفق عليها بين المدنيين والشرعيين، والسبب في الفقه العربي سواء أريد به الباعث على التعاقد الخارج عن حقيقة العقد، أو أريد به المعنى الروماني للسبب بما له من التطورات التي عرضت عليها من المشرعين الغربيين كما ذكرنا، هذا المعنىان للسبب اللذان بحثهما الفقه الغربي وأعطاهما تلك الأهمية البالغة قد تعرض لها الفقه الإسلامي الجعفري في خلال مباحث العقود ولكن لا بعنوان السبب، وأعطاهما حقهما فيما يعود إلى النتائج الفقهية المترتبة عليهما، ولا سيما فيما يعود إلى السبب بمعنى الدافع الباعث على التعاقد كما انتهت إلى ذلك النظرية الحديثة في السبب عند المدنيين، ذلك لأن هذه النظرية في السبب حسب اصطلاحهم تتجه اتجاهاً كلياً نحو المبدأ العام المتبع عند

١ - لا يخفى أن بطلان العقد في هذين الفرعين وامتثالهما متفق عليه بين فقهاء الجعفرين. قال في منية الطالب: «كل فعل لا يقع الحرام به، بل يتوقف على أمور وأفعال أخرى، كبيع العنب ممن يجعله خمراً، إذا قصد البائع تمكين المشتري من فعل الحرام، هذا الفعل وإن لم يكن تمام العلة للحرام، إلا أنه يكون محرماً لكونه من صفريات المعاونة على الإثم». ومن أظهر مصاديق القاعدة العامة يبيى السداد للدعارة واقراض المال للمقامرة ونحو ذلك مما يكون الدافع على العمل غير مشروع ومخالف للنظام العام.

الشرعيين والذي ينص على احترام قصد المتعاقدين وتبعية العقود للقصد ، ولكن الشرعيين لم يعتبروا هذا الارتباط بين العقد ومقاصد المتعاقدين تسيبا ، بل من ناحية احترام ارادة الانسان واعطاءها الحق في التصرف وقد أشرنا في أول هذا البحث إلى ان السبب عند الشرعيين هو عبارة عن العلة الموجودة ولو بالاعتبار واجعل الشرعي ، ولذا فقد اعتبروا العقد من أسباب التملك .

قال الحونساري في منية الطالب : الأمر الثاني قد اشتهر بين الفقهاء ان باب الفاظ العقود وما ينشأ بها باب الاسباب والمسببات ، والمراد من ذلك ان بيعت من البائع بقصد التملك وقبلت من المشتري بقصد انشاء التملك سبب لنقل كل من الثمن والمثمن من ماله الاصيل للمالك الثاني .

وقال الشيخ مرتضى الانصاري : بأن الشهيد الثاني قد نص على ان اطلاق البيع بمعنى الأثر على العقد مجاز لعلاقة السببية والمسببية ، ومعنى ذلك ان اطلاق البيع بمعنى الأثر الحاصل من العقد على العقد هذا الاطلاق لا بد وان يكون على سبيل التجوز ، لان العقد سبب للنقل والانتقال وهما مسبيان عنه ، وأضاف إلى ذلك الشيخ مرتضى الانصاري : ان المسبب هو الأثر الحاصل بنظر الشارع عن العقد ، لانه المسبب عنه إلى غير ذلك من النصوص الفقهية التي تكررت من الفقهاء في صدر مباحث العقود ، وقالوا في المسألة المعروفة عند الاصولين بالصحيح والأعم : ان البيع وغيره من العقود ان أريد بها المبادلة بين المالين ، فلا مجال للنزاع في انها موضوعة للصحيح أو للأعم منه ومن الفاسد ، ذلك لانها بهذا المعنى لا تتصف إلا بالوجود والعدم ، والذي يقبل الاتصاف بهذين الوصفين هي العقود التي يتم بها انشاء المبادلة بين المالين المعروفة بالاسباب .

ومع ان الفقه الاسلامي الجعفري قد اعتبر العقود التي بها ينشئ المتعاقدان المبادلة بين المالين ، واعطاءها صفة الاسباب والعلل المولدة ولو بنحو الاعتبار واجعل الشرعيين ولكنه لم يكتف بالعقد بمجرد في حصول المبادلة بين الاموال ،

بل ضم اليه شروطاً في المتعاقدين وفي العوضين ، وأقرّ مبدأ الرضا في المعاملة كشرط أساسي لا يتم العقد بدونه ، والغى جميع النواحي الشكلية التي كانت تنظر اليها الشرائع والقوانين القديمة بعين الاعتبار ، ذلك لان الشريعة الاسلامية رفعت من شأن الانسان واطلقت له حرية التصرف إلى أبعد الحدود ونظرت إلى تصرفاته من زاوية قصده واختياره ، وأخذت بالالفاظ باعتبارها معبرة عن إرادته في عقودهِ وسائر شؤونهِ ، وإلى جانب ذلك فقد فسح له التشريع المجال للتراجع ، ما دام في مجلس العقد ليحصل له تمام الرضا في المعاملة ، لان العقد قد يصدر أحياناً بغفلة من غير ترو ولا نظر صحيح من العاقدين أو أحدهما ، فاقتضت الحكمة أن يكون المتعاقدان في فسحة ليعيدا النظر ويستدرك كل منهما ما قد يظهر له خلال هذه المدة ، واعتبر الشارع مع ذلك كله ان يكون الباعث والواقع على المعاملة مشروعاً وموافقاً للنظام العام والآداب فاجارة الدار للفساد والدعارة واقراض المال للمقامرة وبيع العنب لكي يصنع خمر او نحو ذلك ، لم يقره الشارع ولم يعتبر العقد فيه مؤثراً في نقل الاموال والاتجار بها إلى غير ذلك من النظريات التي أخذ بها التشريع الاسلامي وقيد بها سببية العقد وحدّ من سلطنة الارادة ، ومن بين هذه النظريات والقيود التي أدخلها الفقه الاسلامي على العقد بصفته سبباً مؤثراً في المبادلة بين الأموال ، من بين هذه النظريات ما يقوم بدور السبب في الفقه الغربي ، الذي يؤدي المهمة التي يؤديها السبب في الفقه الاسلامي ، حيث انهم قد اعتبروا السبب هو التزام كل من الطرفين المسبب عن التزام الآخر (١) او تنفيذ الالتزام (٢) او الدافع الباعث على التعاقد (٣) كما ذكرنا ورتبوا على ذلك بطلان العقود التالية :

١- إذا اشترى شخص شيئاً معيناً ثم تبين ان ذلك الشيء قد تلف قبل العقد عليه ، فيبطل العقد لعدم وجود السبب ، لأن تسليم البائع للمبيع هو سبب لإلتزام

١ - كما هو في الفقه الروماني .

٢ - كما يرى ذلك انصار هذه النظرية من الفقهاء الغربيين بعد التعديلات التي أدخلت عليها .

٣ - كما يرى ذلك انصار النظرية الحديثة في السبب .

المشتري بتسليم الثمن ، وبتعذر تسليم المبيع لا يوجد السبب فيكون العقد باطلاً.

٢ - إذا اعتقد أحد الوراث ان موثره قد أوصى لشخص بشيء من تركته، فاشتراه منه ثم تبين بعد ذلك انه لم يوصي له ، فيبطل العقد أيضاً لعدم وجود سببه وهو تسليم البائع المبيع للمشتري .

٣ - إذا استأجر انسان شخصاً على ارتكاب جريمة يبلغ من النقود ، فالعقد باطل لعدم مشروعية السبب وهو ارتكاب الجريمة .

٤ - إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة او بعدم الزنا والسرقه ونحو ذلك من المحرمات في مقابل مبلغ من المال ، فيبطل التعهد لعدم تأثير السبب في مثل ذلك .

٥ - لو استأجر انسان شخصاً على عمل مستحيل بحسب العادة ، فالعقد في مثل ذلك باطل لتعذر سببه .

٦ - لو قال ان جثتي بعدي الأبقى او بعيري الشارد او بمتاعي الضائع فلك عندي كذا ، فلو كان المتاع او البعير عنده يكون العقد باطلاً لانعدام سببه ، ذلك لأن الجعل الذي التزمه صاحب المتاع ليس سبباً في التزام من عنده المتاع بوجوب رده . لان وجوب رده لمالكه واجب بحكم كونه امانة عنده .

وقد حكم الفقه الغربي على هذه الامثلة من العقود بالبطلان لانعدام سببها ، او لعدم مشروعيتها كما في بعض الامثلة السابقة (١) اما الفقه الاسلامي فانه يحكم عليها بالبطلان لانهايار العقد من حيث عدم توافر شروطه .

١ - انظر مصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم ص ١٩٩ و ٢٠٠ والتعبير عن الإرادة

لوحيد الدين سوار ص ٤٨٨ و ٤٨٩ .

ففيما لو تعين فساد المبيع قبل بيعه يبطل العقد ويرجع المشتري على البائع بالثمن الذي دفعه اليه ، لأن البيع مبادلة مال بمال ، ولا تتحقق المبادلة بين المالكين فيما لو تبين تلف المبيع قبل العقد عليه ، قال الشيخ مرتضى الانصاري : إذا تبين فساد المبيع فإن لم يكن له قيمة يبطل العقد لوقوعه على ما ليس بتمول ، هذا إذا تبين فساده ، فلو تبين تلفه قبل وقوع العقد عليه كان أولى بالبطلان لقوات الموضوع من أساسه والظاهر اتفاق الفقهاء على ذلك (١)

والمتحصل من ذلك ان البطلان في هذا الفرض لعدم وجود محله واقعاً ، وفيما لو باع عقاراً معتقداً بأن المالك قد أوصى له به فتبين بطلان الوصية ، او باع معتقداً بأنه أحد الوراث فتبين انه ليس بوارث ، فقد تعرض الفقهاء لحكم هذا الفرض في خلال مجتهد لعقد الفضولي ، وقد ذكروا في ذلك المقام . ان العقد لا يصح بالنسبة إلى العاقد لعدم كونه مالكا للمبيع ، فلا يمكن دخول الثمن في ملكه وخروج المبيع من ملك غيره ، ويكون العقد بالنسبة إلى المالك فضولياً ، ورجعوا اعتبار هذه النوع من المعاملة من مصاديق الفضولي ، وحكموا بصحته للمالك إذا أجاز العقد الواقع على ماله ، ونص أكثر الفقهاء على بطلان العقد في هذه الحالة ، لأن المنشئ للعقد لم يكن مالكا للمبيع ، ولم يقصد البيع لمالكه ليكون العقد من مصاديق عقد الفضولي ، ولا يمكن تجاهل قصد المتعاقدين في المعاوضات .

وفي مسألة ما لو وقع العقد على فعل محرم او فعل واجب ، فقد نص الجعفيون على بطلان العقد في مثل ذلك ، لأن العقد لا يحدث الزاماً في حق الأجير لكون العمل موضوع الإجارة محرماً عليه كما في صورة الاستئجار على المحرم وواجب عليه كما في الاستئجار على ترك الزنا مثلاً ، ويشترط في العمل موضوع العقد ان يكون مملوكاً للأجير وداخل تحت سلطته ، بنحو لا يكون مسلوب الاختيار بالنسبة اليه ، وإذا كان محل العقد واجباً يكون الاجير ملزماً به فلا

١ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري شروط الموضين .

يكون تركه مقدوراً له ، ولو كان محرماً يكون لازماً بتركه وفعله ليس داخلاً تحت قدرته شرعاً .

ومجمل القول : ان المحرمات بأجمعها لا تصح العقود عليها لعدم كونها مملوكة للمتعاقدين وإذا لم تكن مملوكة فلا يصح تملكها بالعقد وغيره ، فيكون التزام المؤجر بدفع العوض في مقابلتها تملكاً للعوض بدون مقابل ، وهكذا الحال لو كان موضوع العقد واجباً عينياً على كل مكلف بعينه .

قال الخونساري في منية الطالب : يعتبر في المعاملة امران ، الأول : ان يكون العمل الذي يأخذ الاجرة عليه ملكاً له ، بأن لا يكون مسلوب الاختيار بإيجاب او تحريم شرعيين ، لأنه ان كان واجباً لا يقدر على تركه ، وان كان محرماً لا يقدر على فعله .

الثاني : ان يكون العمل ممكن الحصول للمستأجر ، فلو لم يكن كذلك كما لو تعلق به تكليف مباشر لا تصح الإجارة عليه لخروجه عن ملكه في مثل ذلك (١) .

مركز تحقيقات مكتبة نور علوم رسدي

ومن ذلك تبين ان عقد الإجارة على عمل غير مقدور للاجير بحسب العادة أو عقلاً ، هذا النوع من العقود محكوم بفساده ، لأن القدرة على تسليم كل من العرضين من الشرائط المتفق عليها بين الفقهاء ، وكما لا تصح الإجارة في مثل ذلك ، لا تصح الجعالة على عمل واجب على الطرف الآخر ، كما جاء في المثال السابق ، لقد توصل الفقه الإسلامي إلى ابطال هذا النوع من العقود وأوجد لكل من المتعاقدين المخرج للتحلل من العقد ، بواسطة عدم توافر الشروط التي اعتبرها المشرع في العقود ، ومعها لا تحتاج إلى اعتبار الالتزام من كل منها والدوافع الخارجة عن العقد الباعثة على التعاقد أسباباً في العقود كما يدعي انصار نظرية السبب ، على ان الذين

يهاجمون نظرية السبب من الفقهاء الغربيين يلتقون مع الشرعيين من حيث ان ابطال هذا النحو من العقود لا يتوقف على انعدام السبب الذي هو شرط لصحة العقد ، واعتبار هذه العقود باطلة لانعدام السبب كما قرر ذلك انصار هذه النظرية ، قال « بلانيول » الفرنسي : نستطيع ابطال العقد بفكرة المثل وبفكرة الارتباط بين الالتزامين ونستغني بذلك عن فكرة السبب فيكفي ان نقول ان الالتزامين المتقابلين مرتبطان ببعضهما بحيث يتوقف مصير احدهما على مصير الآخر ، ففي الحالات التي يدعي انصار السبب بطلان العقد لانعدام سببه ، او لعدم مشروعيته نستطيع ابطال العقد لانعدام محله ، او لعدم مشروعيته ، فلو باع شيئاً لا وجود له يطل العقد ، لأن التزام المشتري كان معلقاً على شرط وهو التزام البائع بنجاحه بتسليم المبيع ، وبما ان هذا الالتزام لم يوجد ، فان الالتزام الثاني المعلق عليه لا يمكن ان يحصل ، فتنتهات التزامات الطرفين في وقت واحد ، وهكذا لو كانت محل أحد الالتزامين غير مقدور ، او كان أحد المتعاقدين ملزماً به بنظر الشرع مثلاً كما في الأمثلة السابقة (١) .

ومها كان الحال فالفقه الجعفري كما أوجد الحلول للتخلص من العقد في الموارد التي يدعي انصار السبب فيها أن بطلان العقود لانعدام أسبابها ، كذلك أوجد الحلول للتخلص من العقد في موارد تخلف العقد عن الدافع الباعث على التعاقد الذي يسميه الفقه المدني الحديث بالسبب ، وربط بين الدوافع والعقود اعتماداً على المبدأ الذي ينص على ان العقود تابعة للقصد ، وقد حدد الفقهاء هذا الارتباط ونصوا في مجاميعهم الفقهية على وجوب مراعاة قصد المتعاقدين واحترامه بمعنى ان المتعاقدين ليس لهما ان ينحرفا في تنفيذ العقد عن المعنى المقصود لهما ، ولا يصح العقد إذا لم تترتب الآثار المقصودة للمتعاقدين عليه ، وهذا هو الذي يعنيه قولهم : العقود تتبع القصد .

١ - انظر مصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم ص ٢٠٣ بينما يدعي انصار السبب بان التزام كل منهما باطل لتخلف سببه كما ذكرنا .

قال في منية الطالب : كل فعل لا يقع الحرام به بل بتوقف على أمور أخرى ، كبيع العنب ممن يجعله خمرأ فهذا لا يتدرج تحت الإعانة على الإثم ، إلا إذا قصد به البائع توصل المشتري بالعنب إلى التخمير ، وأضاف إلى ذلك : وبالجمله لو لم نقل بجرمة شراء الطعام للتقوي على المعصية ، إلا ان البيع بقصد التوصل إلى صدور الحرام من المشتري حرام (١) .

والمقصود من هذا النص الفقهي ان بيع العنب والطعام بذاتهما باعتبارهما ليسا علة للحرام لا يجرمان على المالك ، ولكنه إذا قصد البائع بالبيع توصل المشتري إلى الحرام والتسهيل عليه بممارسة الحرام ، يكون البيع باطلاً وحراماً لأنه قصد به الحرام .

وقال السيد كاظم في العروة الوثقى : الخامس من شروط العقد ان تكون المنفعة مباحة ، فلا تصح اجارة الساكن لإحراز المحرمات والدكاكين لبيعها والدواب لحملها والجارية للغناء ونحو ذلك وتحرم الاجرة عليها .

وجاء في منية الطالب ، ان تبعية العقد للقصد انما هي لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الآثار المقصودة عليه ، فلا يعقل الحكم بالصحة مع عدم ترتب المقصود عليه ، وأضاف إلى ذلك : ان تبعية العقد للقصد في كلمات العلماء لا تختص بالعقد الذي هو من افراد قوله تعالى : او فوا بالعقود بل يجري في جميع المنشآت وليست هذه التبعية حكماً تعدياً حتى تختص بمورد دون آخر ، بل حكم فطري ارتكازي منشأه ان الموجد الاعتباري انما يوجد بآلة ايجاده إذا صدر عن قصد فتعقق غير ما قصد لا يعقل في طريقة العقلاء ، وليس حكم الشارع في باب العقود إلا امضاء ما هو طريقهم (٢) .

ونص الشيخ مرتضى الانصاري في مبحث المعاطاة : بأن الحكم بصحة العقد

١ - منيطة الطالب في شرح المكاسب ص ١٢ و ١٣ من المجلد الاول .

٢ - المصدر السابق ص ٥٢ .

يلزمه ترتب الاثر المقصود عليه للمتعاقدين .

وقال السيد محسن الحكيم في نهج الفقاهة : ان هذه القاعدة لا تختص بالعقود بل تطرد في جميع الأسباب الإنشائية من غير فرق بين العقود والإبقات (١) .

ومن ذلك تبين انه إذا لم يتحقق الغرض المقصود من العقد يكون العقد لغواً ، وان قصد امرأ مشروعاً لا يتنافى مع الشرع والآداب العامة يصح العقد وتترتب عليه آثاره ، اما إذا قصد التوصل إلى غرض يحرمه الشرع والقانون كما لو باع العنب لأجل ان يصنعه المشتري خمرأ ، او أجر داره للدعارة او أقرض ماله للقمار ونحو ذلك من المقاصد التي حرمتها الشرائع والقوانين يبطل العقد لعدم مشروعية الغاية أو الباعث الذي يسميه الفقه المدني الحديث بالسبب .

قال الدكتور عبد المجيد الحكيم : فالنظرية الحديثة للسبب تسير إذن نحو ما قرره الفقهاء المسلمون ، ولكنها لم تبلغ بعد الشأو الذي وصل إليه هؤلاء الفقهاء ، فهم قد صاغوا من ذلك نظرية عامة تنطبق على جميع أفعال الانسان بما فيها التصرفات القولية والفعلية والعبادات وغير ذلك من الأمور ، ونحن نعتقد ان انصار النظرية الحديثة من الفقهاء امثال « اهرنك » و « جوسران » لو اطلعوا على ما يقوله الفقهاء المسلمون في هذا الباب لأبدعوا فيما يقولونه ايما ابداع ، ولصاغوا منه نظرية متماسكة الأجزاء تسيطر على القانون بأجمعه (٢) .

١ - نهج الفقاهة ص ٢٢ .

٢ - الموجز في شرح القانون المدني ص ٢٢٢ .

عيوب الرضا بالعقد

٢١

لقد نص الدكتور سليمان مرقس وغيره على ان عيوب الرضا في القانون الجديد لا تتجاوز العيوب الأربعة التالية :

الغلط والتدليس ، والإستغلال والإكراه ، وهذه العيوب قد نظر إليها الفقه الاسلامي وبخاصة الجعفري بعين الاعتبار ، وحدد موقف المتعاقدين من العقد فيما إذا كان الرضا به مشوباً بأحد هذه العيوب ، وقد تحدثنا في المباحث السابقة بعنوان الارادة وأثرها على العقد عن الغلط وأنواعه ومقدار تأثيره على العقد عند الجعفريين ، بعد ان استعرضنا آراء الاسلاميين والمدنيين فيه .

ويتخلص ما ذكرناه في البحث السابق ، ان الغلط في العقد إذا رجع إلى عدم القصد للفظ أو للمعنى ، ينحو لم تتعلق ارادته به لا يصح منه العقد ، كما نص على ذلك الشيخ مرتضى الأنصاري في مكاسبه في شروط المتعاقدين .

وإذا رجع الغلط في العقد إلى الغلط في القيمة كما لو باع شيئاً ببلغ معين من المال ، ولم يعلم بأن قيمته قد تضاعفت لسبب من الأسباب ، او رجع إلى الغلط في الباعث ، كما لو باع شيئاً بدافع الحاجة الملحة فبين عدمها ، او رجع إلى الغلط في موضوع الالتزام ، كما لو اشترى خاتمه معتقداً انه من ذهب فبين انه من نحاس ، هذا النوع من الغلط لا يوجب بطلان العقد ، بل يجعله قابلاً للإبطال ،

في بعض الفروض ، وذلك فيما إذا رجع الغلط إلى تخلف صفة في المبيع مثلاً ، على شرط ان يكون المشتري جاهلاً بأن المبيع فاقد لتلك الصفة (١) وفيما إذا رجع الغلط إلى تباین مادة الشيء موضوع الإلتزام يبطل العقد ، لأن إرادة المشتري لم تنبج إلى المادة الثانية (٢) .

أما إذا رجع الغلط إلى الدافع على التعاقد فلا يؤثر ذلك على العقد ، ولا يعرضه للبطلان ، نعم إذا رجع الغلط إلى القيمة يصبح العقد قابلاً للإبطال (٣) وقد أسرفنا في المبحث السابق إلى الجهات التي يلتقي بها الجعفريون مع غيرهم من شرعيين ومدنيين .

العيب الثاني - التدليس

وهو عبارة عن تضليل العاقد ببعض الوسائل الموجبة لإقدامه على العقد ، باظهار محاسن المبيع ، وستر عيوبه ، وبإيجاد صفة فيه عرضية بقصد ترغيبه في الإقدام على المبيع .

وقد مثل له الفقهاء بما ترك لب الداية في خرعها إياها لغاية اغراء المشتري بها ، وبما لو وصف المبيع بما ليس فيه أو أخفى بعض عيوبه أو زين الجارية ونحو ذلك

١ - ومن أمثلة ذلك ، ما لو اشترى خاتماً ذهبياً على أنه أثري ، ثم انصح أنه من الذهب الخالص ولكنه غير أثري ، ونحو ذلك من الأمثلة المتشابهة .

٢ - ومن أمثلته ، ما لو اشترى خاتماً من ذهب فتبين أنه من نحاس .

٣ - وذلك كما لو باع شيئاً ثمين معين ، ولم يعلم بأن قيمته قد تضاعفت ، فيثبت للبائع الخيار في فسخ العقد من حيث الغبن في قيمة البيع ، أما لو باع شيئاً بدافع الحاجة تبين عدمها ، فلا يؤثر هذا النوع من الغلط على العقد . ومجمل القول : أنه إذا رجع الغلط بجميع صورته إلى عدم كون الشيء الذي وقع الغلط فيه مقصوداً للعاقد ومراداً من العقد ، فلا يبعد البطلان في بعض الفروض والخيار في البعض الآخر ، وإذا لم يبلغ إلى هذا الحد فلا يؤثر على العقد .

بقصد اغراء المشتري وترغيبه ، وقد نص الفقهاء في ذلك على ان للمشتري الخيار في هذه الحالات .

قال الشيخ محمد حسن في الجواهر : والمشهور بين الاصحاب انه تدليس فيثبت به الخيار بين الرد والإمساك كغيره من أنواع التدليس ، الذي لم أجد خلافاً في ثبوت الخيار به ، بل سمعت الاجماع في التصرية التي هي فرد منه (١) .

ومن ذلك تبين ان التدليس الدافع على التعاقد هو ما لولاه لما أقدم المشتري أو البائع على المعاملة ، هذا النوع من التدليس يجعل العقد قابلاً للإبطال ، بمعنى انه يثبت للمدلس عليه الخيار بين فسخ العقد وامضائه .

وقال الدكتور سليمان مرقس : وتنص المادة ١٢٥ من القانون المدني الجديد ، على انه « يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد العاقدين أو نائبه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد » .

وأضاف إلى ذلك : انه لا بد ان تتوافر في التدليس الشروط الثلاثة التالية :

١ - استعمال طرق احتيالية بقصد التضليل .

٢ - ان يكون استعمال تلك الطرق حاصلًا من العاقد الآخر ، أو يكون علماً به .

٣ - ان يكون التضليل الناشئ من استعمال هذه الطرق الإحتيالية هو الدافع على التعاقد .

واستطرد يقول : ان مجرد الكتمان قد يعتبر في بعض الحالات من الطرق

١ - والمراد من التصرية ، هو ان يترك اللبن في صرع النساقة او الشاة أياما ليغرب المشتري في شرائها ، انظر الجواهر كتاب المتاجر ملحقات خيار العيب .

الإحتيالية ، لأن ظهوره يؤثر في ارادة العاقد الآخر ، فيعتبر كتمان هذا الأمر فيها من قبيل الطرق الإحتيالية .

وقد نصت المادة ١٢٥ فقرة ثانية مدني جديد، على انه يعتبر تدليسا السكوت عمداً عن واقعة او ملابسة إذا ثبت ان المدلس عليه ما كان يبرم العقد لو علم بتلك الواقعة او هذه الملابسة (١) .

العيب الثالث من عيوب الرضا - الاستغلال

والمقصود من الاستغلال ، الغبن الواقع في المعاملة ، وهو عبارة عن عدم التعادل بين التزامات كل من العاقدين في العقد الملزم للجانبين ، كما لو باع شخص ما يساوي مائة جنيه بسبعين جنيهاً او أقل من ذلك .

وسنحدث عن موقف الفقه الجعفري من هذا العيب، وموقف فقهاء المذاهب الأربعة والفقه الرضوي منه في الفصل الأخير من فصول هذا الكتاب .

العيب الرابع - الاكراه

ومن الشرائط التي لا بد منها في صحة العقد ان يكون المتعاقدان مختارين في انشاء التمليك او الزواج وغيرهما من العقود والإيقاعات بمعنى ان ارادة المتعاقدين المتجهة نحو المبادلة في البيع والزواج في النكاح والتمليك في الهبة والانتفاع بالعين في العارية والفرقة في الطلاق ونحو ذلك من العقود والإيقاعات ، هذه الارادة

١ - نظرية العقد ص ٢٥٥ و ٢٥٦ ، وقد نقل الشيخ الانصاري في المكاسب عن جماعة من الفقهاء : ان من باع شيئاً فيه عيب ولم يبينه فعل حراماً ، وكان المشتري بالخيار ، و اضاف الى ذلك : ان كتمان العيب الخفي وهو الذي لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع غش ، اما العيب الظاهر فان ترك اظهاره لا يعد تدليسا .

لا بد وان تكون بدافع الرغبة والرضا منها بحصول مدلول العقد، فلو استندت ارادتها او ارادة أحدهما إلى إكراه أو إلجأ من شخص آخر لا ينفذ العقد من حيث انه يفقد الركن المقوم لصحة المعاملة وهو الرضا بالعقد، والكلام في هذه المسألة بعد افتراض ان العقد جامع لجميع الشرائط والأركان التي لا بد منها في صحة العقد ما عدا الاختيار. وقد ارجع الشيخ الأنصاري الاختيار الذي اعتبره الفقهاء شرطاً لصحة العقد، إلى ان قصد المتعاقدين لمدلول العقد لا بد وان يكون بدافع الرضا وطيب النفس منها بحصول مضمون العقد، ونص على ذلك الشاهدان والعلامة الحلي ايضاً، والنص الفقهي المنسوب إليهم هو ان المكروه قاصد للفظ غير قاصد لمدلوله، والمراد من عدم قصد المدلول هو عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد خارجاً لا مجرد الكلام بدون قصد للمعنى كما هو الحال فيمن يتكلم تقليداً أو تلقيناً كالطفل الصغير والمجنون ونحوهما. واستدل الشيخ الأنصاري وغيره على اعتبار هذا الشرط بالكتاب والسنة والاجماع.

فمن الكتاب قوله تعالى : ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض .

ومن السنة ما جاء عن الرسول (ص) انه قال : لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه، وقوله في حديث الرفع المشهور بين جميع المسلمين، رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما اكرهوا عليه وما اضطروا إليه، وليس في الحديث ما يشير إلى ان المرفوع هو خصوص المؤاخذه، كما رجح ذلك بعض الشراح لهذا الحديث، ذلك لأنه باطلاقة يشمل الحكم التكليفي والوضعي، ولا سيما بعد ان استشهد به الامام أبو الحسن موسى بن جعفر (ع) على رفع الحكم الوضعي، فقد جاء في رواية البرزطي انه سأل عن الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعناق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك؟ قال (ع) لا : ان رسول الله (ص) قال وضع عن امتي ما اكرهوا عليه وما لا يطبقون وما اخطأوا .

فقد نفى وقوع الطلاق والعتي والصدقة من المكروه على الحلف واعتبر هذا

المورد من الموارد التي ينطبق عليها الحديث، هذا بالإضافة إلى أن الرواية قد تعرضت لحكم الطلاق من المكروه ونصت على عدم لزومه، مع العلم بأن الإكراه إذا أوجب فساد الطلاق الصادر عن إكراه أوجب فساد غيره من العقود الصادرة بهذا الدافع (١)

والمراد من الإكراه المانع من صحة العقد هو أن يتوعد إنسان شخصاً إذا لم يبيع ماله، أو يطلق زوجته بضرر في ماله أو نفسه، فينشئ المكروه العقد دفعاً للضرر الذي توعد به المكروه، ولا بد في الضرر الذي توعد به المكروه أن يكون مضرراً بحال المكروه في نفسه أو عرضه أو ماله، وأن يكون مضروب الوقوع، وإلا فمجرد صدور العقد من المالك لدفع الضرر المحدق به لا يوجب بطلان العقد، ذلك لأن أكثر معاملات الناس لدفع المفساد وجلب المنافع، فلو اكتفينا في موضوع الإكراه بمجرد صدور الفعل توقياً من الضرر، لزمنا أن نقول بفساد الكثير من المعاملات المتعارفة بين الناس.

كما وأنه لا بد وأن يكون الإكراه على نفس العقد والإيقاع، أما لو كانت الضرر الذي تدعو به الظالم متجهاً إلى موضوع آخر، ولكن المكروه أراد أن يدفع الضرر المتوجه إليه بالبيع أو الطلاق وغيرها من العقود، كما لو أكره شخص على دفع مبلغ من النقود، وتوقف دفع المبلغ المطلوب على بيع داره أو عقاره، فالبيع الصادر منه وإن كان لدفع الضرر المنتظر ولكنه طيب النفس بذلك (٢).

١ - انظر مكاسب الشيخ الانصاري شرائط المتعاقدين من كتاب البيع .

٢ - لا يبعد أن يكون هذا الفرض داخلاً في موضوع الإكراه المفسد للعقد، لأن العرف لا يرى فرقاً بين أن يكون الشخص مكرهاً على نفس العقد أو على أمر آخر ينحصر التخلص منه بالبيع نعم لو أمكن التخلص بدفع المال المكروه عليه بالقرض مثلاً أو بعمل آخر غير البيع، يكون اختياره للبيع في مثل ذلك موجبا لخروج هذه المعاملة عن موضوع الإكراه، هذا كله بناء على أن الدليل على مانعية الإكراه هو الآية والحديث السابقين، أما لو كانت مانعية الإكراه من جهة تعلق الإكراه بالعقد فينتجه التفصيل المذكور.

ومجمل القول : ان الاكراه المانع عن صحة العقد يرجع بنظر العرف إلى عدم استقلال العاقد في التعرف بنحو يكون الدافع إلى انشائه حكم العقل القاضي بدفع الضرر عن النفس او ترجيح أقل الضررين ، والإقدام على العقد بهذا الدافع يلزم كون العاقد غير طيب النفس بالمعاوضة (١) .

ويؤكد السيد محسن الحكيم في نهج الفقاهة : ان الاكراه بنفسه مانع عن صحة العقد ، لأن العقد الصادر عن إكراه يفقد الرضا وطيب النفس ، ذلك لأن اختيار العقد وترجيحه على غيره يتوقف على ترجيح وجوده على عدمه ، وترجيح وجوده يلزم الرضا به وميل النفس إليه ، ويستتبع ذلك تعلق ارادته به ، وليس معنى طيب النفس إلا ميلها ورضاها بوقوع ذلك الشيء خارجاً ، والاختيار المبحوث عنه في المقام هو عبارة عن عدم الاكراه على العقد ، فيكون عقد المكره باطلاً لأنه صادر عن إكراه ، لا لأنه فاقد للرضا وطيب النفس بضمون العقد ، فإن الرضا وطيب النفس يلزمان القصد إلى وقوع مدلول العقد ، وهما موجودان مع الاكراه وعدمه ، وكل ما في الأمر ان الرضا وطيب النفس الموجودين مع الاكراه قد حصلا بدافع التخلص من الضرر الذي توعد به المكره لا من حيث ان ذات العقد محبوبة له ، ولا يشترط في صحة المعاملة الرضا وطيب النفس الذاتيان ، لأن أكثر المعاملات الصحيحة إنما تتعلق بها الرضا وطيب النفس بملاحظة ما يترتب عليها من دفع المفسد وجلب المنافع .

ومن ذلك تبين ان عقد المكره إنما يبطل إذا صدر عن إكراه ، لا لأنه يفقد الرضا وطيب النفس (٢) .

ومهما كان الحال فلا اكراه الموجب لفساد العقد يحصل بإلزام شخص ببيع

١ - المصدر السابق .

٢ - انظر نهج الفقاهة للسيد محسن الحكيم ص ١٨٨ و ١٨٩ .

عقاره مثلاً بنحو يظن بالضرر الذي توعده به إذا لم يباشر البيع ، فلو لم يحصل
يكن العقد بدافع الاكراه يقع صحيحاً ولو حصل بدافع التخلص من الضرر ،
فالمرضى المحتاج إلى العلاج والدواء إذا باع داره أو عقاره للتخلص من الضرر المحدق
به بسبب المرض يصح بيعه ولو كان كارهاً لذلك .

ولو اكراه الحاكم شخصاً على إيجاد عمل ولم يتمكن من إيجاده إلا ببيع داره
أو سيارته أو غيرها من ممتلكاته ، فلا تشمل الأدلة الدالة على ما تعية الاكراه من
صحة العقد ، ذلك لأن أصرح الأدلة على حكم هذه المسألة هو حديث الرفع ، وهو
من حيث اطلاقه وإن كان شاملاً لكل عمل يصدر بدافع الاكراه ، سواء تعلق
به الاكراه مباشرة أو تعلق به بواسطة أمر آخر كالمثال المتقدم ، إلا أنه لما كان
وارداً مورد التسهيل والتوسعة على العباد لا بد من التخطي عن ظاهره والاقتصار
في تطبيقه على الموارد التي تحقق منه هذه الغاية ، والحكم بفساد البيع في المقام
اعتماداً على هذا النص يؤدي إلى التفسير والتضييق على هذا الشخص الذي أُلجأته
الضرورة لبيع سيارته ليتسكن من أداء العمل المكروه عليه .

ومن أمثلة ذلك ما لو اضطر إنسان إلى بيع ممتلكاته لوفاء ديونه المستعقة
عليه التي أجبره الحاكم على أدائها ، فهو وإن كان مكراً على بيعها في مثل هذه الحالات
ويشمله الحديث بمقتضى اطلاقه ، إلا أن تطبيقه على هذه الموارد يؤدي إلى تضييع
الحقوق وإضرار الناس وبالتالي يفقد الحديث أبرز فوائده وأغراضه التي فيها التسهيل
على الناس والتيسير بهم .

وبما ذكرناه في تحديد معنى الاكراه تبين أن الاكراه المفسد للعقود
والإيقاعات لا بد فيه من أن يكون الفعل مكروهاً للفاعل ، وإن يكون الرضا
بوقوعه فراراً عن الضرر الذي توعده به المكروه ، بنحو يكون الاتيان بالعقد من
باب ارتكاب أخف المذورين وأقل القبيحين فلو أمكن التخلص من الضرر بعمل
آخر لا ضرر فيه على المكروه لا يكون العقد الصادر منه والحالة هذه موجباً

لفساده ، لأن العاقد يتمكن ان يتخلص من ضرر المكروه بغير البيع ، فلا يكون في فعله قد ارتكب أقل الضررين ، بل يكون مختاراً في اقامة على المعاملة ، لأنه متمكن من التهرب من ضرر الظالم بغير البيع كما ذكرنا .

وقد أكد السيد الحكيم في نهج الفقاهة : ان الاكراه لا يكون مفسداً للعقد مع امكان التخلص من ضرر المكروه بغير البيع من غير فرق بين ان يتخلص بعمل آخر لا ضرر فيه او بالتورية التي هي عبارة عن اظهار أمر واردة خلافه .

فقد جاء في الكتاب المذكور : وعلى هذا يمتنع صدق الاكراه مع امكان التفصي بما لا ضرر فيه على المكروه ، إذ حينئذ لا يكون تراحم بين الضررين كي يكون من باب ارتكاب أخف المذورين ، لا مكان الفرار من المذورين معاً بارتكاب الأمر المتفصي به ، وأضاف إلى ذلك : والظاهر عدم الفرق فيما به التخلص بين التورية وغيرها (١) .

ونص الشيخ مرتضى الأنصاري في مكاسبه : على ان عدم التمكن من التخلص من ضرر المكروه ليس شرطاً في صدق الاكراه المفسد للعقد ، سواء أمكن التخلص بالتورية او بغيرها ، فيصدق الاكراه المفسد للعقد حتى لو أمكن التخلص من المكروه بغير العقد .

قال في المكاسب : ثم انه هل يعتبر في موضوع الاكراه او حكمه عدم امكان التفصي عن الضرر المتوعد به بما لا يوجب به ضرراً آخر كما عن جماعة من الفقهاء أم لا ؟ الذي يظهر من النصوص والفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية ، لان حمل عموم رفع الاكراه الوارد في حديث الرفع ، وخصوص النصوص الواردة في طلاق المكروه وعتقه ، ومعاقدة الاجاعات والشهوات المدعاة في حكم المكروه

على صورة العجز عن التورية لجهل او دهشة بعيد جداً (١) مع ان القدرة على التورية لا تخرج الكلام عن حيز الاكراه ، هذا بالإضافة إلى ان المستفاد من بعض النصوص عدم اعتبار العجز عن التورية مطلقاً ، فقد جاء في رواية عبد الله بن سفيان عن أبي عبد الله الصادق (ع) انه قال : « لا يمين في قطيعة رحم ، ولا في جبر او اكراه ، قلت اصلحك الله : وما الفرق بين الجبر والاكراه ، قال (ع) الجبر من السلطان ويكون الاكراه من الزوجة والأم والأب . »

فإن الاكراه من الزوجة والأب والأم يمكن التخلص منه في الغالب بغير التورية من الأعمال فضلاً عنها ، ومع ذلك فقد اعتبره الإمام (ع) اكراهاً منه بقول مطلق ، مع العلم بأن حالة العجز عن التخلص من ضرر المكروه هي الحالة النادرة بالنسبة للأبوين والزوجة ولا يصح تنزيل الاطلاق عليها في مثل ذلك .

وبعد ان استظهر الشيخ مرتضى الانصاري من ادلة الاكراه عمومها لحالتي امكان التخلص من الضرر وعدمه رجع عدم صدق الاكراه مع امكان التخلص بعمل آخر غير التورية ، وذلك فيما لو كان الاكراه على عمل محرم كالزنا او القتل ونحوهما ، أما لو كان الاكراه على العقد او الايقاع فلا يرتفع حكم الاكراه ولو امكن التخلص بالتورية او غيرها من الأعمال ، ذلك لأنه لو أكرهه على فعل الحرام وتمكن من التخلص منه يكون الضرر مترتباً على ترك الحرام من جهة ، وعلى ترك التخلص منه لو أمكنه التخلص من جهة ان الضرر عن الحرام واجب

١ - المراد من قوله : حمل عموم لرفع الاكراه وخصوص النصوص ومعاقبة الاجماعيات على صورة العجز عن التورية لجهل او دهشة ، هو انه لو قلنا بأن أدلة مانعية الاكراه من تأثير العقود مختصة بصورة عدم امكان التخلص من المكروه بالتورية لو قلنا بذلك يلزم ان يكون المستفاد من الحديث والنصوص التي تعرضت لحكم طلاق المكروه والاجماعيات على فساد عقوده هذه الأدلة يلزم ان تكون محمولة على صورة العجز عن التورية لجهل او دهشة ، وفي غير هاتين الحالتين لا يتصور العجز ، لأنها أي التورية تتحقق بعدم قصد مدلول العقد او قصد معنى آخر .

بحكم الشرع ، فلو فعل الحرام والحال هذه يكون مختاراً بالنسبة إليه ، لأن الضرر مترتب على ترك المكروه عليه وترك التخلص منه ، فاقدامه على المحرم مع التمكن من التخلص منه من غير أن يناله شيء من ضرر المكروه هذا الاقدام باختياره واردة وان كان بدافع الاكراه عليه ، فيكون الاكراه على المحرم الراجع للحكم التكليفي بمعنى الاجاء والاضطرار . أما الاكراه الراجع لأثر العقود والمعاملات فيبقى له أثره ولو مع امكان التخلص من ضرر المكروه بعمل آخر ، لأن الاكراه المفسد للعقد قد أفسده من حيث عدم الرضا وطيب النفس به ، وهما مفقودان حتى مع امكان التخلص من ضرر المكروه ، ومن أمثلة ذلك . ما لو فرض ان شخصاً أكرهه غيره على بيع داره أو عقاره مع العلم بأن المكروه لو خرج من المحل الذي وقع فيه الاكراه وجد من اعوانه وجيرانه من يكفيه شر المكروه في خارج المحل ، ومع ذلك فقد باع داره أو عقاره لأنه يكره الخروج من ذلك المحل ، فيصدق الاكراه بمعنى عدم الرضا وطيب النفس في هذه الحالة ، ولا يصدق فيما لو كان معه في المحل الذي وقع فيه الاكراه من يكفيه شر المكروه فيما لو استعان به ، ومع ذلك أوقع البيع ولم يكلف أنصاره بإعائته على المكروه ودفع ضرره ، وقد انتهى الشيخ الانصاري من هذه التفرقة إلى النتيجة التالية :

ان الاكراه على الهرمات لا يكون اكراهاً مؤثراً إلا إذا رجع إلى الجبر والإجاء بمعنى انه لو تمكن من التخلص بما يدفع عنه ضرر المكروه ومع ذلك باشر العمل موضوع الاكراه لا يترتب على عمله حكم الاكراه .

أما الاكراه على العقود والمعاملات فمن حيث انه يرجع إلى عدم الرضا وطيب النفس بالعقد : لا يرتفع حكمه مع امكان التخلص من ضرر المكروه بالتوربة او بعمل آخر (١) .

١ - المكاسب مبحث شروط المتعاقدين ، وقد فرق بين الاضطرار والاكراه ، بأن الاضطرار لا يكون من فعل الغير كالجوع والعطش والمرض ونحو ذلك ، والاكراه يكون من الغير ، وهو بالنسبة إلى الهرمات بمعنى الجبر والاجاء ، وبالنسبة إلى العقود والمعاملات يكفي فيه توعده الغير الموجب لعدم الرضا وعدم طيب النفس بالمعاملة .

وليس في ادلة الاكراه ما يشير إلى هذا التفصيل ، وقد ذكرنا انه مع امكان التخلص من ضرر المكره بعمل من الاعمال او بالتورية ونحوهما لا يكون الدافع على العقد الفرار من الضرر الذي توعد به الظالم ، ولو تجاهلنا التورية في المقام وقلنا بأنها لا تتفق مع طبيعة الاستعمال في الغالب فلو أوقع البيع او الطلاق قاصداً لمغناهما بدافع الاكراه لا يكون العاقد طيب النفس ومختاراً في تلك المعاملة ، اما بالنسبة الى الوسائل الأخرى التي يتمكن بسببها من دفع ضرر المكره ، فلو تيسر له التخلص من الضرر بعمل او بشخص يدافع عنه ، ومع ذلك اوقع العقد ، فالعرف لا يراه مكرهاً في هذه الحالة (٢) .

ومها كان الحال فمن أمثلة الاكراه ما لو أكره انسان شخصاً على ايجاد عقد من غير أن يعين له نوع العقد ، بأن يكون محل الاكراه عنواناً جامعاً لاكثر من فرد واحد ، وحينئذ فلو كان هذا العنوان موضوع الاكراه هو الموضوع للأثر الشرعي فكل واحد من أفراد هذا العنوان لو أتى به المكره للتخلص من الضرر يقع فاسداً من حيث انطباق العنوان على ذلك الفرد ، أما لو كان الأثر الشرعي من مختصات فرد أو نوع من انواع ذلك العنوان العام الذي تعلق به الاكراه ، فلو اختار المكره ايجاد الفرد الذي يختص من بين تلك الافراد بالأثر الشرعي لا يكون مكرهاً على ايجاده ، لأن الاكراه قد تعلق بالعنوان العام الذي ينطبق عليه وعلى غيره ، وكان باستطاعته ايجاد الفرد الآخر الذي لا أثر له ، فإيجاده له والحالة هذه يكشف عن اختياره ورضاه بالمعاملة .

ومن أمثلة ذلك ، ما لو أكره الزوج على الطلاق بالمعنى الأعم من كونه صحيحاً او فاسداً ، فطلقها طلاقاً صحيحاً ، فيصح منه الطلاق ، لأن الاكراه لم يتعلق بهذا الفرد الصحيح بخصوصه ، ونظير ذلك ما لو كان لكل من فردي الجامع الذي تعلق به الاكراه أثر شرعي ، وكان أحد الفردين واجباً عليه ، كما

لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه ، وكان طلاق واحدة معينة منها واجباً عليه لعجزه عن الانفاق عليها أو لغير ذلك من الأسباب ، فلو طلق الزوجة الثانية التي لا يجب عليه طلاقها يصح منه الطلاق لكونه مختاراً في ذلك .

ومن أمثلة ذلك ما لو أكرهه على بيع داره أو وفاء ديونه المستحقة عليه ، فلو باع الدار في هذه الحالة يقع البيع صحيحاً نافذاً ، لأن المكره كان متمكناً من التخلص من ضرر المكره بوفاء ما عليه من الديون المستحقة عليه ، ولو تعلق الإكراه بأحد أمرين أو أمور ، كما لو أكرهه على بيع داره أو فرسه أو بستانه بنحو يكون كل واحد من هذه الأفراد مطلوباً للمكره في ظرف عدم الآخر ، ففي مثل ذلك أي فرد من هذه الأفراد أقدم المكره على بيعه يكون مشمولاً لأدلة الإكراه ولا ينفذ البيع بالنسبة إليه ، لأن الإكراه قد تعلق بالأفراد بنحو الواجب التخييري ، فالفرد الذي يختاره المكره هو الموضوع للإكراه (١)

وقد تعرض فقهاء الشيعة بمناسبة الحديث عن الإكراه المتعلق بالعقود إلى الإكراه المتعلق بالطلاق ، وتتلخص الوجوه التي يمكن أن تنتج من الإكراه بالأمور التالية :

الأول : أن يكون الطلاق بذاته مبغوضاً للمطلق ، ولكنه بالإكراه يصبح محبوباً له باعتبار أن ضرر الإقدام عليه أقل من الضرر الذي توعد به المكره ، فيكون وقوعه من الزوج ترجيحاً لأقل الضررين ، وفي مثل ذلك يقع الطلاق باطلاً كما تنص على ذلك الأدلة التي تعرضت لحكم الفعل الصادر بدافع التخلص من ضرر المكره .

الثاني : أن يكون الطلاق محبوباً للمطلق من حيث ذاته ، فيكون الإكراه

١ - انظر هذه الفروض في نهج الفقهانة للسيد الحكيم ص ١٩٥ و ١٩٦ ، والمكاسب

مسألة الإكراه على العقد .

عليه مؤكداً رغبته في إيجاده ، ولا أشكال في صحة الطلاق في هذه الحالة ، لان بطلان الفعل الصادر عن إكراه إنما هو من حيث ان الفعل مكروه للفاعل وغير مرغوب فيه ، ويكون اختيار إيجاده ترجيحاً لأقل الضررين ، ولا يتأتى جميع ذلك فيما لو كان الفعل محبوباً للفاعل كما هو المفروض .

الثالث : أن لا يكون الإكراه هو الدافع المستقل لانشاء الطلاق ، بل يكون الدافع متكوناً منه ومن رغبة المطلق في انشاءه على نحو تكون الدوافع النفسية المرجحة له لا تكفي بدون الإكراه لإيجاده ، كما وان الإكراه بمجردة لا يلزم الزوج بانشاء الطلاق ، وقد رجح بعضهم في هذه الصورة بطلان الطلاق لتعلق الإكراه به ، ولأن الجهات المرجحة له عند المطلق لا تكفي وحدها لأن تبعث الزوج على انشاء الطلاق ، فالرغبة في إيجاده ليست بأقوى من الجهات المقتضية لمبغوضيته ، فيكون انشاءه والحال هذه بدافع التخلص من ضرر المكره (١)

ثم ان الضرر الذي يتوعد به المكره ، نارة يكون موجهاً على أحد المتعاقدين ، وأخرى يتوجه على غيرهما كالزوجة والولد ونحوهما بما يهمه أمره ، ومرة يكون متجهاً لاجنبي عن المتعاقدين ، كما لو قال المكره لشخص طلق زوجتك او بع سيارتك والا قلت فلاناً ، وقد يكون الضرر الذي توعد به المكره موجهاً إلى المكره نفسه ، كما لو قال له بع دارك وإلا قتلت نفسي او ولدي ، أما الصورة الأولى والثانية ، فيصدق فيها الإكراه لأن إيجاد الفعل الذي تعلق به الإكراه لم يكن إلا بدافع التخلص من ضرر المكره ، وفي غيرهما من الصور لا يؤثر الإكراه في العمل المكره عليه شيئاً ، لأن الفعل لم يصدر عنه بدافع التخلص من

١ - لا يبعد في هذه الصورة ان يصبح منه الطلاق ولو تعلق به الإكراه ، ذلك لان الباعث على إيجاده يتألف من عنصرين خوف الضرر الذي توعد به المكره وموافقة الإكراه لما هو كامن في نفس المكره من حيث وجود بعض الجهات المقتضية لمحبيته ، والإكراه ينحصر فيما يكون الداعي الفرار من الضرر الذي توعد به المكره .

الضرر ، حيث ان قتل الأجنبي عن العاقد ليس ضرراً عليه ليتهرب منه بالعقد او الطلاق .

ولا فرق في الضرر بين أن يكون دنيوياً كما لو توعده بأخذ ماله ، أو دينياً كما لو توعده بمنعه عن الصلاة والصيام ونحوهما من الواجبات (١)

وكيف كان فالرأي الشائع بين المتأخرين من فقهاء الإمامية : ان المكره لو رضي بالعقد بعد صدوره منه بدافع التخلص من الضرر وطابت نفسه به يصح العقد ويؤثر في النقل والانتقال .

ونص السيد محمد في الرياض ، والشيخ يوسف البحراني في موسوعته الفقهية الحداثي : ان المتأخرين من الفقهاء متفقون على ان عقد المكره يصح ويلزم إذا لحقه الرضا وطابت نفس العاقيه ، ذلك لأن العقد الصادر عن اكراه جامع لكل ما يشترط في العقد من الصيغة والقصد وغير ذلك من الشروط والاجزاء التي يتكون منها العقد ، ولم يفقد سوى الرضا وطيب النفس ، فاذا رضي به بعد ذلك يزول المانع عن صحته ويؤثر الأثر المطلوب منه .

وفي مقابل هذا الرأي نص جماعة من الفقهاء القدامى على ان عقد المكره بعد ان صدر منه فاقد للرضا وبدافع التخلص من الضرر الذي توعده به المكره لا يؤثر فيه الرضا اللاحق ، لأن الأدلة العامة المشرعة للعقود تدل على مشروعيتها إذا اقترنت بروضا المتعاقدين ، اما بنحو سابق على العقد او مقارن له كما يظهر ذلك من الآية الكريمة .

ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض ، هذا بالإضافة إلى حديث الرفع الذي يدل بمقتضى اطلاقه على رفع جميع الآثار الثابتة

١ - انظر نهج الفقهية ص ٢٠٠ و ٢٠١ .

للعقد إذا صدر عن اكراه ، على ان عقد المكره بعد ان كان الاكراه موجباً
لسلبه الآثار الثابتة له ، يصبح كعقد الهازل والصبي ونحوهما ، ومن الثابت ان
الرضا المتأخر لا يسترجع به العقد حياته بعد موته كما نص على ذلك جميع الفقهاء .

وقد اعتمد انصار القول بكفاية الرضا المتأخر في صحة العقد وتأثيره على ان
الآية الكريمة التي اعتبرت الرضا وطيب النفس من الشرائط الأساسية في العقود ،
لا يستفاد منها أكثر من اقرار مبدأ الرضا في الإتجار الذي تستباح به الأموال ،
وليس في الآية ما يدل على ان الرضا لا بد وان يكون سابقاً او مقارناً للتجارة
بنحو لا يكفي لو كان لاحقاً لها ، ولو افترضنا ان التراضي في الآية اخذ بنحو
الصفة للتجارة لو افترضنا ذلك لا ينتج منها عدم حلية أكل المال إذا لم تكن
التجارة متصفة بهذه الصفة كما يحاول بعضهم ان يثبت عدم كفاية الرضا اللاحق من
هذه الناحية ، وذلك لأن القضية الموصوفة انما يستفاد منها انتفاء الحكم عن
الموضوع الفاق للصفة بشرطين الأول : ان يكون الوصف وحده علة لثبوت الحكم ،
الثاني : ان لا يكون ذكر الوصف في القضية من جهة انه من الأوصاف التي
تلازم افرادها في الغالب ، ومن الجائز القريب ان يكون الوصف في الآية لو
اعتبرنا الرضا وصفاً للتجارة منزلاً على الغالب لا خصوصية فيه ، كما هو الحال في
آية تحريم الربائب ، قال سبحانه تعالى : « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم
اللاتي دخلتم بهن » .

وعليه فلا يكون اشتراط الرضا ولو كان وصفاً مقارناً مقتضياً لعدم حلية المال
بالرضا المتأخر . اما حديث الرفع الذي استدل به انصار القول بعدم كفاية الرضا
اللاحق ، هذا الحديث لا ينفع القائلين بذلك ، لأن المرفوع بالحديث المذكور هو
الشيء الثابت على المكره لولا الاكراه ، اما الشيء الثابت له فلا يرتفع بالحديث
الشريف ، والرضا بالعقد حق له لا عليه هذا بالإضافة إلى ان المستفاد من حديث
الرفع ان الحكم الثابت للفعل لولا الاكراه مرفوع بسبب الاكراه ، وهذا المعنى
موجود حتى لو بنينا على الاكتفاء بالرضا اللاحق ، لأن أثر العقد لولا الاكراه

نقل الملكية من كل من الطرفين إلى الآخر ، هذا الاثر مرفوع بحديث الرفع ، والاكتفاء بالرضا اللاحق لا يتنافى مع هذه النتيجة ، حيث ان الاكتفاء بالرضا المتأخر يرجع في واقع الامر إلى ان العقد جزء السبب الناقل والجزء الآخر هو الرضا اللاحق له ، وكون العقد جزء السبب الناقل انما حصل بواسطة الاكراه ، فلا يمكن ان يكون الاكراه رافعاً له . على ان الاعتماد على حديث الرفع لا يبطال مفعول الرضا اللاحق وعدم الاكتفاء به ، يتنافى مع الغاية التي من أجلها انشأ الشارع العقود والافعال التي توجد نتيجة للاكراه والاضطرار ، فان الغناء هذه الافعال للتسهيل والتوسعة على العباد ، وعدم الاكتفاء بالرضا اللاحق اعتماداً على الحديث مخالف للغاية نفسها وموجب للتضييق على المكره الراضي بضمون العقد .

ومن مجموع ذلك تبين ان الادلة التي تدل على عدم تأثير العقد الصادر عن اكراه لا تدل على عدم تأثير الرضا اللاحق وكفايته في ترتيب الاثار المقصودة للمتعاقدين ، فيتعين الرجوع إلى الادلة العامة التي منها قوله تعالى ، أو فورا بالعقود ، واحل الله البيع ، ونحوهما الدالة باطلاقها على نفوذ العقد بعد أن يستكمل جميع مقوماته وشرائطه من جملتها الرضا وطيب النفس (١)

ثم انه بناء على ان العقد يصح بالرضا اللاحق ، فهل يصح العقد من حين صدوره وتترتب عليه آثاره ، بمعنى ان الرضا اللاحق يكشف عن صحته من أول الأمر ؟ او يصح من حين الرضا وطيب النفس بالعقد ؟ فمن نظر إلى ناحية الرضا باعتبار انه عبارة عن الموافقة على وقوع مضمون العقد خارجاً ، فإذا قام الدليل على الاكتفاء بالرضا اللاحق تعين ان يكون المراد منه اعادة الحياة إلى العقد واعتباره مؤثراً من حين صدوره ، ومن نظر إلى الرضا كشرط من شروط العقد واثم العقد بدونه لا يؤثر التمليك اعتبر الرضا المتأخر كالقبض في بيع الصرف

١ - ورجع في الجواهر عدم الاكتفاء بالرضا اللاحق ، لان الاكراه موجب لخلو العقد عن القصد فيصبح كمقد الهازل والمجنون وغيرهما من العقود التي القاهها الشارع .

والسلم والهبة ، فكما ان التملك في هذه العقود لا يحصل إلا بعد القبض فيها المتأخر عن العقد ، فكذلك الرضا المتأخر فانه لا يؤثر في التملك إلا من حين صدوره ، فهو نظير الفسخ بالخيار الموجب لإبطال العقد من حين صدوره (١) .

وبعد ان انتهينا إلى هذا الحد من أحكام الاكراه بقي علينا ان نشير إلى أحكامه ولو اشارة موجزة في المذاهب الاسلامية الأربعة جرياً على المخطط الذي اتبعناه في هذا الكتاب .



١ - لا يخفى ان تشبيه الرضا المتأخر بالقبض في العقود الثلاثة وبفسخ العقود الخيارية ، هذا التشبيه لا مبرر له ذلك لان القبض في العقود الثلاثة بوجوده المتأخر عن العقد من اركان العقد المملك ، فالعقد في باب الصرف والسلم والهبة لا يتم بدونه ، وعند حصوله يتم العقد بجميع اركانه ومقوماته فتترتب عليه اثاره ، اما الفسخ في مورد ثبوت الخيار فمرجه الى عدم استمرار اثر العقد وانقطاعه من حين اختيار صاحب الخيار لفسخ العقد ، وتسميته فسخاً للعقد باعتبار ان العقد اذا ارتفعت اثاره يكون كالعدم من اساسه ، فقياس الرضا المتأخر بهذه الامور من اسوا انواع القياس .

الأكراه والمذاهب الأربعة

٢٢

لقد جاء في تعريفه كما في المبسوط للسرخسي والبدائع وغيرهما : انه فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضا ويفسد فيه الاختيار ، من غير ان تنعدم به الأهلية عن المكره او يسقط عنه الخطاب ، وهو قسمان ، تام وفاقص ، فالأكراه التام هو ان يجد الانسان نفسه مضطراً لفعل ما اكراه عليه فراراً من القتل او قطع بعض الأعضاء .

والأكراه الناقص ، هو التهديد بالحبس او الضرب او منعه عن العمل ونحو ذلك بما لا يبلغ حدود القتل او التشويه بقطع بعض الأعضاء ، ولا بد من كون المكره قادراً على فعل ما هدد وتوعده به سواء كان صاحب نفوذ وسلطان او لم يكن (١) .

ويدعي الاحناف ان الأكراه الملجئ يزيل الاختيار والرضا معاً ، وغيره لا يزيل سوى الرضا ويبقى للمكره اختياره في الفعل ، وذلك لأن المكره قد توعده بالأذى في نفسه وماله ان لم يباشر ما أمره به ، وهو في هذه الحالة لا يخرج عن

١ - كما رجح ذلك الصحابان ابو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني ، في حين ان استاذهما ابا حنيفة يرى ان الأكراه لا يكون الا من السلطان ، لانه ان اراد مكروها باحد لا يستطيع احد دفعه .

كونه مختاراً وقادراً على ان يفعل دفعا لضرر المكروه وعلى ان يترك يتحمل الضرر الموعود به .

ومجمل رأي الاحناف في المقام : ان الاختيار من العناصر الأولية في العقود ، فإذا وجد الاختيار مع غيره من الاركان يتم العقد ، وليس للرضا وطيب النفس تلك المزية التي هي للاختيار ، ذلك لأنه ليس من شرائط العقد ، وإنما هو من شرائط صحته فيتم العقد بدونه ويقع فاسداً ، فإذا كان أحد العاقدين مكرهاً وغير طيب النفس بالعقد يتم العقد ، لوجود جميع أركانه التي من جملتها الاختيار ، والمفقود ليس إلا الرضا وهو من شروط الصحة لا من شروط العقد (١) .

وقال الشافعي : ان الاختيار والرضا متلازمان فإذا ذهب أحدهما بالاكراه يذهب معه الآخر ، ذلك لأن المكروه لا يمكن ان يكون مختاراً في الفعل المكروه عليه وإذا فعله تهرباً من الضرر الموعود به فذاك لأنه أخف الضررين وأقلها خطراً عليه ، ولازم ذلك بطلان عقد المكروه لانه يفقد الاختيار حيث ان المنشئ للعقد لم يقصد المبادلة والتعليك وإنما قصد دفع الأذى والضرر عن نفسه .

واستدل الشوافع على ذلك بقول الرسول (ص) : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، ولم يفرقوا في ذلك بين البيع والنكاح وغيرهما .

وبعد ان بنى الاحناف على ان الاكراه يوجب سلب الاختيار فرقوا بين النكاح والطلاق والعق و بين العقود الاخرى التي يمكن ان لا تترتب عليها آثارها بمجرد

١ - انظر الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد ابي زهره ص ١٩٢ ، وقد اورد وحيد الدين سوار من نصوص الفقه الحنفي ما يؤكد ان الرضا ليس عنصراً أساسياً في تكوين العقود وانه من شرائط الصحة ص ٢٤٧ .

صدورها كالبيع والإجارة ونحوهما ، فالنوع لاول من العقود والابقاعات لا
تفسد بالاكراه ولا يمنع من صحتها عدم الرضا من المتعاقدين ماداما يختارين في
الانشاء ، لان أحكامها وآثارها لا تنفصل عن صيغة العقد ، على ان الرضا ليس
شرطاً في صحة النكاح والطلاق ، فان الرجل قد يتزوج من ابنة عمه مثلاً غير
راض بها خضوعاً لتقاليد اسرته او لسبب آخر ، كما قد يطلق الرجل زوجته وهو
سعيد بعشرتها ، ولكنه يفعل ذلك لركة دينها او لإنحراف أخلاقها فيصح منه
الزواج والطلاق مع عدم رضاه بها .

اما العقود الاخرى كالبيع والاجارة وغيرهما بما يقع منجزاً وغير منجز فلا
تقع صحيحة مع الاكراه عند الفقهاء جميعاً لقوله تعالى :

يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن
تراض منكم .

ومع ان الشوافع والاحناف متفقون على ان عقود المعاوضات لا تصح مع
الاكراه يبدو انهم يختلفون في حكمها من حيث صحتها بالرضا المتأخر ، فالشوافع
يدعون بأنه لو زال الاكراه ورضي المتعاقدان بالمعاملة تبقى على حكمها ولا
ينفعا زوال الاكراه ، بينما يدعي أبو حنيفة وصاحبا أبو يوسف ومحمد بن الحسن
ان العقد يصح منها بالرضا اللاحق وتترتب على العقد آثاره (١) .

ونص الاستاذ الشيخ علي الخفيف : على ان الاحناف يكتبون بالرضا اللاحق
في عقود المعاوضات كالبيع والاجارة والرهن والكفالة وغيرها ، وفي غير هذا
النوع من المعاوضات كالنكاح والطلاق والعق واليمين والرجعة فإن الاكراه لا
يغير من طبيعتها شيئاً وتترتب آثارها بمجرد النطق بها اعتماداً على الحديث الذي

١ - انظر الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٢٩٨ و ٢٩٩ و ٤٠٠ و ٤٠١ .

ينص على ان هذه الامور يستوي فيها الجدل والهزل (١) .

ومن مجموع ذلك تبين ان احكام الاكراه لا تتعدى المعاوضات المالية ، ويتفق الاحناف مع غيرهم بالنسبة للنكاح وغيره من الايقاعات إذا استثنينا الشوافع الذين لم يفرقوا بين النكاح وغيره من العقود ، وفيما عدا ذلك فقد تفرد الاحناف في الاكتفاء بالرضا المتأخر ، بينما المذاهب الاخرى وقفت موقفاً سلبياً من هذه الناحية واعتبرت الاكراه موجباً لسلب الاختيار ، وان المكره لم يقصد ، بانشائه الافصاح عما في نفسه ، بل قصد الصيغة باعتبارها حركة لسانية تنجيه من الاذى المحدث به فهي من هذه الناحية أشبه بعبارة الناسي والخطيء حيث انها لم يقصدا من كلامها شيئاً .

ومع هذا التصلب بالنسبة إلى المكره او الحاقه بالناسي والخطيء نراهم بالنسبة إلى الهازل على العكس من ذلك ، فيصحبون عقودهم وجميع تصرفاته ، لأنه على حد زعمهم قد انشأ اللفظ عن قصد واختيار ، وبجرد ذلك يكفي لترتيب الآثار ، وبما انه قاصد مختار فهو لا يملك تجريد الصيغة عن آثارها التي تلازم وجودها (٢) .

ويبدو من ذلك ان الجعفرين يتفقون مع غيرهم في تحديد شروط الاكراه كما ذكرها الامتاز الحنيف في كتابه احكام المعاملات ، ويختلفون معهم بالنسبة إلى التفصيل بين المعاوضات المالية وغيرها كالنكاح والطلاق والعقود واليمين والرجعة ، فأحكام الاكراه تعم الجميع من غير فرق بين نوع وآخر ، كما يلتقي الاحناف مع الرأي المشهور الشائع بين فقهاء الشيعة من حيث الاكتفاء بالرضا المتأخر عن العقد كما ذكرنا .

وإذا لاحظنا آراء المدنيين في هذه المسألة نراهم في الغالب لا يتخطون آراء الاسلاميين وبخاصة الجعفرين .

١ - انظر احكام المعاملات الشرعية ص ٧٧ و ٧٨ و ٧٩ .

٢ - المصدر السابق ص ٢٢٧ .

قال الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد : ان الاكراه ضغط مادي او ادبي يقع على شخص فيبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد ، وإذا كان الضغط مادياً وبلغ حداً من القوة لا سبيل إلى دفعه فانه يعطل الارادة تعطيلاً كاملاً ويجعل الرضا معدوماً والعقد باطلاً (١) وليس هذا هو الاكراه الذي يعتبر عيباً من عيوب الارادة ، وانما المقصود فيه الاكراه الذي يدع للمكره شيئاً من الحرية ليختار بين ضرر يهدده وبين ابرام العقد المقترح عليه ، فاذا كان الخوف من الضرر الذي يهدده يحمله على تفضيل ابرام العقد تفادياً لحدوث ذلك الضرر ، أمكن القول بأن ارادته انجبت فعلاً إلى ابرام العقد ولكنها لم تكن حرة كل الحرية في هذا الاتجاه ، بل كانت مضطرة إلى سلوكه باعتباره أخف الضررين ، ولذلك يعتبر المشرع الاكراه الذي دفع الارادة في هذا الاتجاه عيباً يشوبها ويسمح بالألا يترتب عليها مثل الأثر الذي يترتب على الارادة الحرة السليمة ، فيجعل عقد المكره قابلاً للإبطال (٢) وقد نصت المادة ١٢٧ من القانون المدني الجديد على تحديد معنى الاكراه وحكمه ، وجاء فيها يجوز ابطال العقد للاكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس .

فلا بد وان يحدث تهديد الأمر رهبة في نفس العاقد ، وان تكون تلك الرهبة بلا حق ، أما لو كان الحق عليه كوفاء دين مستحق او اطعام عياله وأمثال ذلك فلا يتحقق الاكراه . ولا بد وان يكون الخوف الحاصل في نفس العاقد على نفسه او ماله او من يهيم أمره له منشأ صحيح ، فلو كان وهمياً لا يستند على أساس صحيح لا يبطل العقد . ولا فرق في وسائل الضغط على المكره الموجبة لحصول

١ - لقد ذكرنا ان هذا النوع من الاكراه هو الاجراء ، وهو من مصاديق الاضطراب عند الجعفرين ولا يدخل في موضوع الاكراه البحوث عنه في هذه المسألة ، وهو من جملة العناوين التي وردت في حديث الرفع .

٢ - لقد ذكرنا في تحديد معنى الاكراه عند الجعفرين . ان ارتكاب الفصل المكره عليه من حيث ان الاقدام عليه اخف من ضرر المكره واقل خطراً منه لا من حيث ان العاقد مختار في اقدامه عليه .

الخوف بين ان تكون واقعة على المكره نفسه كما لو تهدده بالضرب او القتل والابذاء ، وبين ان تقع على شخص عزيز عليه كآبيه وأمه وولده وغير ذلك من يهمة أمره (١)

أما الضغط الحاصل من الأب على ولده ومن الزوج على زوجته ومن الاستاذ على تلميذه بنحو يكون الدافع على العقد مجرد الاحترام والتعظيم من غير ان يكون هناك ضرر مترب الوقوع على تقدير المخالفة ، هذا النوع من الضغط لا يحقق الاكراه الموجب لبطلان العقد كما نصت على ذلك المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي (٢) .

والمهم ان يكون الضغط مهما كان مصدره موجباً لحصول الخوف والاضطراب في نفس العاقد ، بحيث يدفعه ذلك الخوف الى العقد تهرباً من الضرر الأقوى ، وكما ذكرنا لا بد وان يكون للخوف مصدر صحيح ، كما لو صدر من الحاكم ، او بمن هو اقوى من العاقد ، ودلت ظروف الحال ان الضرر سيلحقه إذا لم ينفذ ما اكراه عليه .

وجاء في المادة ١٢٧ في تحديد معنى الرهبة الباعثة على اجراء العقد : بأنها هي التي تقوم في ذهن العاقد نتيجة اعتقاده المستفاد من ظروف الحال ان خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو او غيره في النفس او الجسم او الشرف او المال سواء كان حالاً او مستقبلاً ، على شرط ان يكون التعاقد الواقع من المكره واقعاً بدافع

١ - لقد ذكرنا سابقاً . انه لا فرق في الاكراه بين ان يكون الضرر وارداً على العاقد او على من يهمة أمره كزوجته وولده ونحوهما ، واذا كان على اجني عنه ، كما لو قال له بيع دارك والا قتلت فلانا فلا اكراه في مثل ذلك ، انظر نهج الفقهة ص ٢٠٠ و ٢٠١ ووسيلة النجاة للسيد ابوالحسن كتاب الفصب .

٢ - جاء في النص الفقهي الجعفري : لا بد في حدث الاكراه من توعداً لامر بالضرر على ترك الفعل بنحو يحصل منه الخوف فيختار انشاء العقد باعتبار ان ضرره اقل من الضرر الذي توعده به الامر .

الخوف من ذلك الضرر ، ويجب بالإضافة إلى ما تقدم ان يكون الضغط الذي
بعث في نفس التعاقد الخوف غير مستند الى حق للمكره .

اما لو كان الاكراه على البيع لوفاء الدين المستحق ، او للاتفاق على من يجب
نفقته عليه فلا يكون الاكراه موجباً لإبطال العقد ، ذلك لأن البيع وقع منه
مقدمة لأداء واجب لا يمكنه ادائه إلا بالبيع ، ولو قلنا بفساد هذا النوع من
العقود لزمنا ان نقول بفساد اكثر المعاملات (١) .

ومن شروط الاكراه في الفقه المدني ان يكون الخوف من الضرر هو الباعث
على اجراء العقد ، فلو خاف البائع من ضرر المكره ، ولكن البيع بذاته كان
محبوباً له ، او كان له مصلحة في التعاقد تكفي بذاتها لأن تدفعه إلى البيع لا يؤثر
الاكراه في المعاملة وقد نصت المادة ١٢٧ على هذا الشرط ، وجاء فيها إذا تعاقد
اثنان تحت سلطان رهبة بعثها في نفسه (٢) .

وقد ذكرنا ما يتلائم مع هذه الشروط من نصوص الفقه الجعفري ، وجاء
فيها : ان الفعل المكره عليه لا بد وان يكون مبرحاً بذاته للمكره ، اما إذا
كان محبوباً له وتعلق به الاكراه ، فلا يكون الاكراه والحالة هذه موجباً
لإبطال العقد ، وكذلك لو كان له مصلحة لإيجاده بالإضافة إلى الاكراه عليه ،
او كان الدافع على ايجاده مشتركاً بين الاكراه ومصلحة التعاقد على نحو لا يكون
كل واحد منهما بانفراده كافياً لأن يبعثه على التعاقد (٣) .

ولو لم يكن الاكراه من أحد المتعاقدين او من الغير ، بل كان من ظروف
تهيات بنحو الصدقة لا يد لأحد فيها ، ولكن أحد المتعاقدين قد استغلها لمصلحته

١ - انظر نظرية العقد للدكتور مرفس ص ٢٥٩ الى ص ٢٦٩ .

٢ - المصدر السابق .

٣ - انظر نهج الفقه للسيد الحكيم ص ٢٠٠ و ٢٠١ .

بما حمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد تهرباً من الضرر ، كما لو وقع شخص في خطر الغرق ، فتقدم شخص لانقاذه بعد ان حصل منه على تعهد ببلغ كبير من المال في مقابل انقاذه ، وكما لو استغل طبيب جراح مريضاً واقعاً تحت خطر الموت فاستأجره على اجراء عملية جراحية ببلغ من المال لا يعطى على مثلها عادة ، وكما لو كان على شخص مال مستحق لا سبيل له إلى وفائه إلا ببيع داره ، ولم يوجد مشتري لها إلا بنصف ثمنها ، فاستغل شخص آخر حاجة صاحب الدار لوفاء دينه وعدم وجود مشتري لها ، فاشتراها بنصف ثمنها ، ففي هذه الامثلة ونظائرها لم يتوجه الاكراه من الغير ولا من احد المتعاقدين ، ولكن الظروف المفاجئة الضاغطة قد تهيأت من باب الصدقة فاضطرته إلى التعاقد ليتخلص مما هو فيه من الضغط إلى بيع داره واستئجار الطبيب ونحو ذلك ، هذه الظروف المفاجئة مها بلغت لا توجب بطلان العقود الواقعة بسببها ، لأن بطلان عقد المكره اما لأنه قد اكراه عليه بنحو يصبح مضطراً اليه ليتخلص من الضرر المحدق به ، او لأن الاكراه ينتج منه عدم الرضا بالمعاملة كما ذكرنا ولا شيء منهما في المقام ، لأن هذا النحو من العقود المفترضة لم تصدر من العاقد إلا بداع الحاجة الملحة إلى صدورها ولم تفقد الرضا وطيب النفس ، وكل ما في الأمر ان الرضا بالنسبة اليها ليس ذاتياً ، ولا يشترط في صحة المعاملة اكثر من الرضا بها ولو كان عرضياً ، ولذلك لم يتردد احد من الفقهاء بصحة العقد فيما لو اضطرته الظروف اليه لوفاء ديونه او للاتفاق ونحو ذلك ولو كان بأقل من الثمن (١)

وقال الدكتور السنهوري في الوسيط : وقد ذهبت النظرية التقليدية في الاكراه إلى التمييز بين هذا الفرض ، والفرض الذي يصدر فيه الاكراه من الغير ، فان الاكراه من الغير يقصد به الضغط على المتعاقد حتى يتزعزع منه الرضا ، ومن ثم يؤثر في صحة العقد ، أما الفرض الذي نحن بصدده فالظروف الضاغطة

١ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري شروط التعاقدية ونهج الفقاهة للسيد الحكيم وغيرهما من مجاميع الفقه الشيعي .

على الارادة قد نهيات مصادفة ، ولم يكن الفرض منها الضغط على ارادة المتعاقدين ، ولم يفعل المتعاقد الآخر شيئاً إلا انه استغلها عند تعاقدده ، وقد اعتبرت المادة ١١٠٩ من القانون المدني الفرنسي في الاكراه أن يكون منتزعا للرضا ، لذلك فان هذا النوع من الاكراه الذي نهيات ظروفه صدفة لا يؤثر على صحة العقد ، وبعد أن اورد هذه التفرقة عن القانون المدني الفرنسي رجح تحقيق الاكراه في جميع هذه الفروض من غير فرق بين الاكراه الصادر من الغير وبين هذا النوع من الاكراه ، لأن ارادة المتعاقدين لم تكن حرة في المقام ولم تصدر إلا تحت تأثير الضغط ، ولا فرق بين ان يكون مصدر الضغط أحد المتعاقدين او شخص غيرهما او ظروف خارجية لا يد لأحد فيها (١)



مركز تحقيقات كميوتير علوم إسلامي

*

* *

الفضولية في العقود

٢٣

ونعني بهذا النوع من العقود ، ان يتصرف الانسان في ملك غيره بالبيع او الشراء او بغيرهما من انحاء التصرفات من غير ان يكون مأذوناً او وكيلًا او ولياً عن المالك في شيء من تلك التصرفات ، فيكون والحالة هذه فضولياً في تصرفاته في هذه الحالة ، ومن أمثلته ما لو زوجت الباكورة الرشيدة نفسها من شخص من غير ان يأذن لها الولي بذلك بناء على ان اذن الولي شرط في صحة العقد ، او زوجها شخص من آخر بدون اذنها ، وكما لو باع الراهن العين المرهونة والسفيه المال الذي بيده والأجير العين المستأجرة ونحو ذلك ، ويكون العاقد فضولياً حتى ولو علم برضا المالك بالبيع ما لم يكن مأذوناً في اجراء العقد .

قال الشيخ مرتضى الانصاري : وكيف كان فالظاهر شموله لما اذا تحقق رضا المالك بالتصرف باطناً وطابت نفسه بالعقد من دون حصول اذن منه صريحاً او فحوى ، لأن العاقد لا يصير مالكاً للتصرف ومسلطاً عليه بمجرد علمه برضا المالك ، ويؤيده اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكاً او مأذوناً او ولياً ، وأضاف إلى ذلك : ان الفقهاء استدلوا على صحة الفضولي بحديث عروة البارقي (١) ، مع

١ - فلقد جاء فيها ان النبي (ص) دفع له دينارا ليشتري به شاة للاصحية فذهب واشترى به شاتين باع احدهما بدينار وابقى واحدة جاء بها مع الدينار الى النبي (ص) فقال له : بارك الله لك في صفقة يمينك ، مع العلم بانه لم يكن مالوناً في شراء شاتين ولا بيع الشاة بعد ان اشتراها وقد اقر النبي منه هذا التصرف .

ان ظاهر الحال يدل على انه كان يعلم برضا النبي (ص) في هذه المعاملة ، ولكنه رجع أخيراً ورجع خروج ما لو علم العاقد برضا المالك عن الفضولي ، سواء علم بذلك حين العقد او انكشف له بعد ذلك ولا يتوقف لزومه على الاجازة من المالك ، لأن أدلة الوفاء بالعقود وحلية الأموال بالتجارة شاملة لهذا الفرض وأضاف يقول : ولو توسعنا في الفضولي لكل عاقد يتصرف في أموال الغير ولو كان عالماً برضا المالك حين العقد ، لو توسعنا وسمينا العقود الصادرة من غير المالك فضولية في مثل هذه الحالات يتعين الاكتفاء بالرضا المقارن او الحاصل بعده عن الاجازة من المالك (١) .

ثم ان الفضولي تارة ينشأ العقد نيابة عن المالك ، وأخرى ينشأ العقد لنفسه ، وفي الصورة الأولى مرة يكون مسبوقاً بنوع المالك ، وأخرى لا يكون العاقد مسبوقاً بعدم رضا المالك وهذا الفرض من أظهر المصاديق المبحوث عنها في هذه المسألة ، والرأي الفقهي الشائع بين الفقهاء الجعفرين هو صحة العقد إذا لم يكن مسبوقاً بنهي المالك عنه ، ونص العلامة الحلبي في التذكرة على اتفاق علماء الطائفة عليه ، وحببتهم في ذلك ان هذا النوع من العقود لم يفقد إلا الاذن من المالك في المعاملة ، وليس في أدلة العقود ما يشير إلى ان الاذن السابق على العقد شرط في صحته ، ولا يستفاد من تلك الأدلة أكثر من اعتبار الاذن إذا لم يكن العاقد مالكا ، فإذا أجاز المالك العقد ورضي به بعد صدوره من الفضولي يتم العقد بجميع مقوماته وشروطه .

وجاء في نهج الفقهاء : ان المراد من قوله تعالى : اوفوا بالعقود هو وجوب الوفاء على كل عاقد بعقده باعتبار انه قد التزم به ، والالتزام المصحح لنسبة العقد إلى المالك كما يحصل بالاذن لغيره في انشائه كذلك يحصل باجازته له بعد قيام الغير بانشائه ، ذلك لأن نسبة العقد إلى المالك لا تتوقف على صدوره منه ، لأن عقد

١ - انظر شرط المتعاقدين مبحث الفضولي من المكاسب .

الوكيل والمأذون تصح نسبتها إلى الموكل والآذن مع انهما لم يصدرا منهما، فيتعين كفاية الالتزام في جواز نسبة العقد إلى المالك ، والالتزام كما يحصل بإنشاء العقد مباشرة يحصل أيضاً بالآذن بأجراء العقد وبالإجازة والرضا المتأخرين عنه (١) .

ومن جملة الأدلة على صحة الفضولي ما جاء في الحديث : ان النبي (ص) دفع إلى عروة البارقي ديناراً ليشتري له شاة للأضحية ، فاشترى به البارقي شاتين وباع أحدهما بدينار وجاء بالشاة والدينار إلى النبي (ص) فقال له : بارك الله لك في صفقة يمينك .

فإن البيع الصادر من عروة للشاة لم يكن مأذوناً به ولو كان الفضولي فاسداً لم يملك المشتري الشاة ولا البائع للدينار ، مع ان النبي (ص) بارك هذا العقد وأقر عروة على معاملته .

على ان فريقاً من الفقهاء يرى ان التصرف الحاصل من عروة البارقي كما جاء في الحديث الحماكي له خروج عن حدود الفضولية المبحوث عنها في هذه المسألة، ذلك لأن عروة قد استلم الثمن وسلم الشاة إلى المشتري ، وليس للفضولي حق التصرف في المبيع وثمنه ، حتى ولو بيننا على صحة العقد الصادر منه ، فلا بد والحالة هذه من أحد أمرين ، اما خروج هذا النوع من المعاملات المقرونة برضا المالك عن الفضولية والاكتفاء بالرضا الباطني عن الآذن الصريحة في مقام التصرف بمال الغير بيعاً وشراء وغير ذلك .

واما بأن يكون التسليم الصادر من عروة إلى المشتري مصدراً عنه برضا النبي (ص) واستلامه للثمن كان بنحو الامانة باعتبار ان المشتري كان يعلم بأن البائع غير مالك ولا مأذون في مثل هذا التصرف فيكون العقد فضولياً في مثل

ذلك ، ويصح اعتبار الحديث الحاكي لفعل عروة واقرار النبي (ص) له دليلاً على صحة الفضولي ، ولكن ليس في الحديث المذكور ما يرجع ارادة هذا المعنى منها (١) .

ومن أدلة الفضولي ما جاء عن محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر (ع) : ان عليا (ع) قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه ، فجاء سيدها فقال وليدتي باعها ابني بغير اذني ، فقال علي (ع) : الحكم ان يأخذ وليدته وابنها ، فناسده الذي اشتراها ، فقال (ع) خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك ، فلما رآه أبوه قال : ارسل ابني . قال : لا والله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني ، فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه .

ومجمل المعنى المتحصل منها ، هو ان الامام (ع) أشار على المشتري ان يأخذ ابن المالك في مقابل ولده حينما رفض امضاء البيع الصادر من ولده ، وكان من نتيجة ذلك ان المالك حينما رآه مصراً على ان يأخذ ابنه عوضاً عن ولده ، أجاز البيع وتم للمشتري ملك الجارية بالعقد الصادر فضلاً وبالإجازة من المالك ، وهذه الرواية أصرح على صحة الفضولي من رواية عروة السابقة ، ولكن الشيء الذي دعا جماعة من الفقهاء للتشكيك في دلالتها على صحة الفضولي ، هو ان القائلين بأن العقد الواقع من غير المالك يصح وينفذ بإجازة المالك إنما يقولون بذلك إذا لم يرفض المالك العقد أولاً ، اما إذا رفض العقد فلا تنفع الإجازة بعد ذلك ، والذي يستفاد من هذا الحديث ان المالك لم يوافق على العقد الصادر من ولده ووقف مع المشتري موقف الخصومة ، ولولا ان المشتري قد حاول ان يجبس له ولده لما أجاز البيع (٢)

١ - انظر المكاسب للشيخ الانصاري ومنية الطالب للخونساري .

٢ - انظر الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي مبحث الفضولي من كتاب المتاجر ، والذين اعتمدوا على الحديث واعتبروه من ادلة الفضولي لم يفلتوا عن ان الاجازة بعد الرد لا تنفع لتصحيحه ولكنهم يدعون ان موقف المالك من المشتري ليس صريحاً في رد البيع وعدم الموافقة عليه ، فامضائه بعد ذلك دليل على انه كان متردداً في الرد او الالتزام .

واستدل انصار الفضولي بالاضافة إلى ما ذكرناه ببعض النصوص التي تدل على صحة النكاح الواقع فضولاً عن احد الزوجين او وليها ، ومن ذلك ما جاء في رواية زرارة عن أبي جعفر الباقر (ع) قال : سألته عن مملوك تزوج بغير إذن من سيده : فقال (ع) ذاك إلى سيده ان شاء أجازته وان شاء فرق بينهما ، قلت اصلحك الله : ان الحكم بن عيينه وابراهيم النخعي واصحابها يقولون ان اصل النكاح فاسد لا تحلله اجازة السيد فقال (ع) : انه لم يعص الله وإنما عصي سيده ، فاذا أجاز فهو له جائز ، .

فقد وضع الإمام (ع) مبدأ عاماً مفاده ان معصية الله سبحانه لا يمكن لأي شخص ان يكفر عنها ، واما معصية العباد بعضهم لبعض فمن حيث ان مخالفة بعضهم لبعض فيما هو مشروع بذاته ، هذه المعصية يمكن زوالها باجازة صاحب الحق وموافقة على العقد ، وما نحن فيه العقد الصادر من المملوك باعتبار انه مشروع بذاته وليس فيه معصية إلا للمالك فلو أجازته ورضي به يكون صحيحاً وناظراً ، وإذا صح النكاح فضولياً بالايجازة من صاحب الحق تصح الفضولية في البيع وغيره من العقود بالأولية لأن الشارع قد تشدد في النكاح واحتاط فيه اكثر من الاموال ، هذا بالاضافة إلى ان السؤال وان كان بالنسبة للنكاح الواقع من العبد بدون اذن من سيده ، إلا ان الإمام عليه السلام في الجواب لم يقتصر على مورد السؤال بخصوصه ، بل وضع أصلاً عاماً ينطبق على كل تصرف في حقوق الآخرين من غير فرق بين النكاح وغيره من العقود ، لأن المقصود بقوله (ع) لم يعص الله وإنما عصي سيده ، هو ان كل ما كان مشروعاً وليس معصية لله ولو كان فيه حق للغير يصح وينفذ اذا رضى صاحب الحق وأجاز ذلك التصرف ، وبناء على ذلك يكون الحديث بعمومه دالاً على حكم بقية العقود ، ولا نحتاج إلى الأولية التي اعتمد عليها بعض الفقهاء في تسرية هذا الحكم من النكاح إلى غيره من العقود المالية .

وقد أضاف القائلون بصحة العقد الواقع فضولياً إلى هذه الأدلة بعض النصوص

التي تعرضت لحكم الإنجار بال عبي وعقود المضاربة كما يبدو ذلك للمتبع في
الجاميع الفقهية الجعفرية ، ولا يعني ان تعرض لكل ما قيل حول هذه
المواضيع .

ومهما كان الحال فقد تبين بما ذكرنا ان القول الشائع المشهور بين الفقهاء هو
الاكتفاء بالعقد بعد الإجازة من المالك اعتماداً على القواعد العامة وبعض النصوص
الواردة في البيع والنكاح وغيرهما .

اما القائلون بالفساد فقد استدلوا بقوله سبحانه : ولا تأكلوا أموالكم بينكم
بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض ، حيث ان الآية قد نصت على ان التجارة
التي يحل فيها أكل الاموال هي التي تقتون برضا المتعاقدين ، والتجارة بنحو الفضولية
لم تقتون برضا المالك .

وأجاب القائلون بصحة عقد الفضولي إذا ألحقته الإجازة من المالك : بأن الآية
لا تدل على اكثر من الرضا بالتجارة شرط لحلية أكل المال ، والمفروض وجود
هذا الشرط بعد إجازة المالك ، على ان الخطاب بالآية لأصحاب الاموال ، والتجارة
الواقعة فضولاً انما تنسب الى مالك المبيع بعد الإجازة ، وفي هذا الظرف تكون
مقرونة بالرضا فتشملها الآية حتى ولو بنينا على ان الاستفادة منها مقارنتها لهذا
الشرط وهو الرضا .

ومن أدلتهم ما جاء عن النبي (ص) انه قال لحكيم بن حزام : لا تبع ما
ليس عندك .

حيث ان النهي عنه لأجل انه لا يقدر على تسليمه للمشتري ، والفضولي لا يقدر
على تسليم المبيع وليس له هذا الحق حتى عند القائلين بصحة عقده إذا ألحقته إجازة
المالك .

وجاء عن الامام الحسن العسكري (ع) انه قال : الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها او بأمره او برضا منه .

وروى محمد بن مسلم : ان رجلاً اشترى من امرأته بعض القطائع فكتب اليها كتاباً قد قبضت المال ولم يقبضه ، أيعطيها المال أم يمنعها؟ قال الامام (ع) بـل يمنعها أشد المنع : انها باعت ما لم تملكه . وقد أجاب القائلون بصحة الفضي عن هذه الرويات ، بأن المنع عن بيع ما ليس ملكاً للبائع ، وما ليس عنده متجعة بصورة ما لو باع العاقد لنفسه كما هو الظاهر منها ، فيكون النهي عن هذا النوع من البيع مرجعه إلى عدم تماميته للبائع ، وهذا لا يمنع من وقوعه للبائع إذا جاز البيع الواقع على ماله .

والنص الذي رواه محمد بن مسلم عن الإمام (ع) لا يدل إلا على عدم جواز تسليمها الثمن ، والقائلون بصحة الفضي لا يعارضون في ذلك ، ويلتزمون بأن المشتري ليس له ان يسلم الثمن الى العاقد الفضي إلا اذا اذن له المالك .

الصورة الثانية : ان يكون البيع من الفضي مسبقاً بمنع المالك ، وقد نص جماعة من الفقهاء القائلين بصحة البيع في الصورة الأولى على بطلان العقد في هذه الصورة ، واحتجوا لذلك بأن المنع السابق على العقد يبقى أثره مستمراً إلى ما بعد العقد ، فلا تنفعه الاجازة من المالك .

قال الشيخ مرقضى الانصاري: والمشهور ايضاً صحته، وحكي عن فخر الدين (١) ان بعض المجوزين للفضي ، قد اشترط ان لا يسبقه المنع من قبل المالك وأضاف الى ذلك قوله : ويلوح اليه ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل البنوي ، ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ، على انه ان نكح بعد منع مولاه وكراهته

١ - فخر الدين احد فقهاء الامامية .

له ، ومن ذلك تبين ان القول بفساد العقد في هذه الصورة لا مدرك له إلا ان المنع السابق يبقى أثره مستمراً الى ما بعد العقد ، وعدم الرضا بالعقد ولو زمناً يسيراً بعده يكفي لبطلانه وعدم تأثير الاجازة المتأخرة فيه ، ويؤيد ذلك ان المحقق عال فساد بيع الغاصب ، بأن الغصب قرينة على عدم الرضا بالعقد ، والمنع السابق يبقى مستمراً ما لم يتبين من المالك خلافه .

ولكن أكثر الفقهاء لم يفرقوا بين هذه الصورة والصورة السابقة ، ذلك لأن عدم الرضا المستصحب الى ما بعد العقد ليس رداً للعقد حتى لا تنفع فيه الاجازة ، هذا بالإضافة الى ان رواية محمد بن قيس المتقدمة قد نصت على صحة البيع بعد الاجازة المتأخرة مع العلم بأن المالك لم يرض بالبيع الصادر من ولده بدليل انه قد وقف مع المشتري موقف الخصومة الكاشف عن عدم رضاه ، ولولا ان المشتري أراد ان يجبس ولده لما أجاز البيع .

على ان النصوص التي تعرضت لحكم نكاح العبد ، لقد نصت على ان معصية السيد لا تمنع من تأثير الاجازة ، ويؤيد ذلك ان المكروه إذا رضي بعد ذلك وأجازه بصح منه ، مع ان العقد حين صدوره من المكروه كان فاقداً للرضا الى حين صدور الاجازة المتأخرة .

ومهما كان الحال فالمشهور بين الفقهاء عدم الفرق بين ان يكون العاقد مسبقاً بمنع المالك عن العقود وبين عدمه ، لان العقد تام من جميع جهاته ما عدا اذن المالك ورضاه ، فاذا رضي بعد ذلك يستوفي العقد جميع شروطه ولم يعد ما يمنع من تأثيره الاثر المقصود للمتعاقدين .

الصورة الثالثة : ان يبيع الفضولي لنفسه ، وأكثر ما يكون ذلك في بيع الغاصب المتملك للمغصوب عدواناً ، فانه يبيع المال المغصوب بقصد تملك الثمن ،

والمشهور بين الفقهاء صحة البيع في هذه الحالة للمالك الواقعي إذا أجاز العقد، لأن العقد تام من جميع جهاته، ولم يفقد سوى رضا المالك، فإذا رضي به وأجاز البيع تشمله تلك الأدلة التي تنص على وجوب الوفاء بالعقود والعمل بما يقتضيه ذلك العقد ولا يمنع من ذلك قصد البائع أن يكون البيع لنفسه، لأن المبادلة المقصودة بالبيع تقتضي وضع كل من العوضين مكان الآخر ودخول الثمن في ملك من خرج الثمن عن ملكه، وقصد البائع ليس جزءاً من المعاوضة لانه لم يقصد ذلك إلا لانه يرى نفسه مالكا ولو ادعاء فيكون المقصود في واقع الامر البيع للمالك، هذا بالإضافة إلى أن صحيحة محمد بن قيس السابقة التي نصت على نفوذ العقد بالإجازة هذه الصحيحة موردها هذه الصورة كما يبدو ذلك بعد التأمل فيها، كما وإن بقية الأدلة والمؤيدات التي اعتمد عليها انصار الفضولي في الصورتين السابقتين، بعينها تجري في هذه الصورة، وتنفرد هذه المسألة عن غيرها من مسائل الفضولية بأن الحملة ضدها اوسع انتشاراً وأكثر انصاراً وقد تناولها خصوم الفضولية بالنقد من جهتين .

الاولى : ان البائع اذا قصد البيع لنفسه، هذا القصد منه لا يتفق مع المعاوضة الحقيقية لان مقتضى المعاوضة ان يكون كل من العوضين قائماً مقام الآخر، فإذا كان المبيع ملكاً لغير البائع فمن اللازم ان يكون الثمن للمالك المبيع بمقتضى كونه عوضاً عنه، فإذا قصد البائع ان يكون الثمن له هذا القصد مع قصد المعاوضة الحقيقية متنافيان، لأن قصده ان يكون الثمن له يرجع إلى عدم كونه عوضاً عن المبيع، وقصد المعاوضة الحقيقية معناه ان الثمن قائم مقام البيع .

الجهة الثانية : ان الإجازة الصادرة من المالك إذا تعلقت بالعقد كما أوقعه العاقد، لزم ان يكون الثمن للعاقد الفضولي لا للمالك المحيز، وإن لم تتعلق بالعقد كما انشاء العاقد بأن أجاز البيع لنفسه، لم تكن إجازة للعقد، فلا يكون

العقد الواقع من الفضولي مجازاً .

والجواب عن الجهة الأولى : ان المنافات بين قصد البائع البيع لنفسه والمعاوضة الحقيقية انما تلزم إذا لم يكن الغاصب بانياً على ملكية المغصوب ولو عدواناً وادعاءً ، حيث انه بناء على ذلك لا يتأتى منه قصد المعاوضة الحقيقية ، اما لو كان الغاصب البائع بانياً على ملكية المبيع او على كفاية التسلط عليه في مقام البيع ، فيتم منه قصد المعاوضة الحقيقية ، ولا يترتب أثر على قصده بخصوص ملكية الثمن بمعنى ان هذا القصد لا يملكه الثمن .

والجواب عن الجهة الثانية : ان المقصود من العقد هو المعاوضة بين المالكين ، وخصوصية كون الثمن للبائع ، والمبيع للمشتري من المقارنات الخارجية عن المقصود الأولي للمتعاقدين الذي هو عبارة عن تبديل المالكين لا غير ، والاجازة للعقد مرجعها الى الرضا بالثمن في مقابل المبيع والخصوصيات المقارنة للعقد لم تتعلق بها اجازة المالك ، وليست موضوعاً لأثر شرعي من حيث ان الشارع قد ألغى قصد العاقد في مثل هذه الحالات ، نعم لو كانت خصوصية كون الثمن للبائع او للمالك هي المقصود الأصلي من العقد او من جملة مقاصد المتعاقدين ، فلا تكون اجازة المالك اجازة للعقد ويكون المجاز غير المقصود من العقد (١) .

ورجع الشيخ جعفر كاشف الغطاء ، ان البيع في المقام يصح للغاصب ، وذلك لأن اجازة المالك للعقد الواقع من الغاصب القاصد لتملك الثمن ، هذه الاجازة للعقد من المالك الواقعي للمبيع مرجعها الى تملكه المبيع ، نظير ما لو قال له المالك اشترى بمالي داراً او طعاماً لنفسك حيث ان الاذن له بالشراء يرجع إلى تملكه المال فيكون الشراء من ماله ، والاجازة في المقام تعطي هذه النتيجة ، وليس في ادلة العقود ما يعين دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض ، وكل ما يستفاد منها

حلية البيع ووجوب الوفاء به ، وليس هو إلا المبادلة بين المالكين (١) .

ولا فرق بناء على صحة الفضي بالاجازة بين ان يكون بالعقد او التعاطي عند أكثر القائلين بصحته .

قال الشيخ الانصاري في المكاسب : والظاهر انه لا فرق فيما ذكرنا من اقسام بيع الفضي بين البيع العقدي والمعاطاة ، بناء على افادتها للملك ، فان التقابض بين فضولين أو فضولي وأصيل إذا وقع بقصد انشاء التمليك واجازة المالك يتم به البيع من حين الاجازة او من حينه وتشمله عمومات البيع والتجارة كما تشمل التعاطي بين أصيلين أو وكيلين ، هذا كله بناء على ان المعاطاة تفيد الملك اما بناء على انها لا تفيد أكثر من اباحة التصرف كما رجح ذلك جماعة من الفقهاء ، فلا مجال لصحتها من غير المالك ، لان قصد الاباحة بالإعطاء من الطرفين انما يؤثر في اباحة التصرف إذا كان من المالك ، فلا وقع من غير المالك يكون لغواً ، ولا تنفعه اجازة المالك لانها عبارة عن تسليط الغير على التصرف ، وهي بهذا المعنى اباحة للتصرف لا اجازة لعمل سابق في الوجود عليها .

ومهما كان الحال فتحقق الفضولية بالتعاطي بين فضولي وأصيل أو بين فضولين كانت هدفاً لهجوم جماعة من الفقهاء ، من حيث ان التعاطي قوامه التسليم والتسلم من الطرفين ، وهما من شؤون المالك أو المأذون في التصرف ، والفضولي ليس مالكا ولا مأذوناً ، فلا يحل له ان يتصرف في أموال غيره أخذاً وإعطاءً هذا بالإضافة إلى ان التمليك بالفعل لولا السيرة الجارية بين الناس على الاكتفاء به في التعبير عن ارادة المتعاقدين ، لولا ذلك لكانت الالفاظ هي الوسيلة الوحيدة في

١ - لا يخفى أن اجازة العقد من قبل المالك انما يتصور رجوعها الى تمليك العاقد المبيع فيما لو اجاز العقد مع علمه بالقبض ولم يكن قاصداً باجازته تملك الثمن ، اما لو قصد ذلك كما هو الغرض في المقام فلا يبقى مجال لقياس هذه المسألة بمن اذن لغيره بشراء دار أو طعام بعاله حتي ولو كان عالماً بالقبض ، انظر منية الطالب والمكاسب .

المعاملات والمقود ، والسيرة الجارية بين الناس على الاكتفاء بالتعاطي مختصة بالتعاطي من المالكين ، فالتعدي إلى التعاطي من غير المالك بقصد انشاء التمليك يحتاج إلى دليل (١) .



١ - وقد اجاب الذين توسعوا في الفضولية: بان الفضولية لا تحتاج الى التسليم والتسلم في جميع الحالات لان الفضولي قد يشتري لغيره في الذمة كما لو استلم المبيع من ماله بضمن في ذمة المشتري ، هذا بالاضافة الى انه قد يحصل الاقباض والاستلام من الفضولي برضا المالك ، بناء على ان مجرد الرضا لا يوجب خروج العقد عن الفضولية كما رجح ذلك جماعة من الفقهاء ، على انه لو التزمنا بحرمة التسليم والتسلم من طرف الفضولي ، فلا يلزم من ذلك فساد المعاملة لان النهي عن المعاملة لا يقتضي فسادها فيما لو تعلق بانشاء المعاملة ومن خصوص انشاء التمليك بالتعاطي ، فان العرف لا يفرق بين انشاءه بالتسليم والتسلم من المالكين او من فضولي واصيل بعد ان كان يعتبر التعاطي من وسائل التمليك والمعارضة .

اجازة المالك لعقد الفضولي

٢٤

لقد ذكرنا ان المشهور بين فقهاء الجعفرين ان العقد الصادر من غير المالك فضولاً عنه يصح بالاجازة المتأخرة من المالك ويصبح نافذاً كغيره من العقود الواقعة بين اصليين ، والقائلون بأن العقد لولا الاجازة يكون لغواً اختلفت آرائهم في ان الاجازة تؤثر في العقد من حين صدوره او من حينها فذهب إلى كل رأي فريق من العلماء ، وقد وصفها القائلون بأنها لا تؤثر إلا من حين صدورها بالنقل ، ووصفها القائلون بأن لها مفعولاً رجعيّاً بالكشف ، ومعنى ذلك هو ان الاجازة اللاحقة إذا لم تكن كافية لترتيب الآثار على العقد من حين صدوره من الفضولي تكون ناقلة لآثار العقد الذي هو آلة لإنشاء التمليك والتملك إلى حين صدورها ، اما إذا كانت بوجودها المتأخرة تكفي لإحياء العقد وترتيب الآثار عليه من تاريخ صدوره ، تكون كاشفة عن ان العقد بوجوده السابق هو المؤثر في التمليك المقصود للمتعاقدین .

والقائلون بأن الاجازة بوجودها المتأخر تكشف عن ان العقد قد اثر التمليك والتملك من حين صدوره ، هؤلاء بين من يرى أنها كاشفة عن السبب المؤثر المتقوم بالعقد ، كما يظهر ذلك من المحقق الكركي والشهيد الثاني ، وبين من يرى أنها كاشفة عن وجود الشرط الذي يتوقف عليه تأثير العقد وهو لحوق الاجازة بالعقد ، وفسر بعضهم الكشف بأنها كاشفة عن الأثر المترتب على العقد ، باعتبار

انها شرط متأخر لترتب ذلك الأثر ، وقال آخرون : ان المراد من الكشف هو انها موجبة لحكم الشارع بشبوت آثار العقد من حين صدوره ، ويجمع هذه التفسيرات للكشف هو اعتبار العقد مؤثراً من حين صدوره من الفضي ، اما لأنه السبب الكامل كما يدعي الكركي في جامع المقاصد ، او لأنها كاشفة عن الشرط المقارن للعقد وهو الرضا التقديري من المالك (١) او لأنها كاشفة عن الشرط الذي هو عبارة عن لحوقها بالعقد ، او لأنها بنفسها وبوجودها المتأخر شرط لتأثير العقد وتأخير الشرط عن المشروط بمنع في الأمور العقلية والتكوينية ، اما في الشرعيات فمن حيث انها تابعة لجعل الشارع لا يضر فيها ذلك لأن مرجع الشروط الشرعية إلى ان الشيء الفلاني مثلاً قيد للمشروط بنحو يكون تقييد المشروط به محددًا لإطلاقه من غير ان يكون لهذا الشيء المسمى بالشرط دخل في وجوده المقيد ، وعلى هذا فمن الممكن ان يعتبر العقد مؤثراً في التملك من حين وجوده إذا أجاز المالك ولو وقعت الاجازة متأخرة عن العقد ، وتقام العلة للملكية المجهولة هي ارادة الجاعل ، وتقييد الملكية بالاجازة المتأخرة من حيث ان الغرض المقصود من جعل الملكية لا يحصل إلا في ظرف حصول الاجازة ، فإذا حصلت الاجازة في الزمن المتأخر عن العقد تكون الملكية السابقة عليها موضوعاً للغرض ، فيرجع تقييد الملكية بالاجازة بناء على هذا التوجيه ، إلى ان الملكية المجهولة في عقد الفضي هي المضافة إلى الاجازة ، والاضافة حاصلة حين العقد ، وتأخر الاجازة لا يوجب كون الاضافة متأخرة عن العقد .

ومها كان الحال فالذين التزموا بهذه الأمور من الفقهاء إنما لجأوا إليها تهرباً من المجهوم الموجه إلى اعتبار الاجازة بوجودها المتأخر شرطاً في تأثير العقد وهي مع ذلك بوجودها تكشف عن حصول التملك والمبادلة من حين صدور العقد ، فيحصل الغرض من المشروط قبل وجود شرطه المتأخر ، هذا الإشكال قد اضطر

١ - كما يدعي ذلك المحقق الرشدي احد فقهاء الشيعة في كتاب الاجارة .

القائلين بأن آثار العقد تترتب عليه من حين صدوره إلى هذه التأويلات التي ذكرناها .

وبالإمكان أن نستغني عن كل ما قيل في المقام من المحاولات التي ذكرها الفقهاء والرجوع إلى العرف في مثل ذلك ، وبلا شك أن العرف يرى إجازة المالك ورضاه بالعقد الذي أوقعه الفضي على ماله اقراراً للتصرف الواقع منه وأما له من حين صدوره (١) .

ولكن الفقهاء قد اعتبروا البحث في هذه الناحية جوهرياً وموضوعاً لبعض الآثار الشرعية التي تختلف أشد الاختلاف بلعاط كونها كاشفة أو ناقلة على حد تعبيرهم . فمن ذلك جواز التصرف لكل من البائع والمشتري فيما انتقل إليه بناء على الكشف الحقيقي وبناء على أن الشرط هو الرضا أو لحق الإجازة للعقد .

أما بناء على النقل أو الكشف الحكمي فلا يسوغ لهما التصرف بمجرد العقد ، ذلك لأنه بناء على النقل لا يترتب الأثر على العقد إلا من حين الإجازة ، ولازم ذلك بقاء كل من العوضين على ملك مالكة ، وبناء على الكشف الحكمي الذي هو عبارة عن حكم الشارع تبعاً بترتيب آثار العقد من حين صدوره ، فالعقد قبل الإجازة وقبل الحكم بترتيب الآثار عليه لم يؤثر في النقل والتملك ، ومقتضى ذلك عدم جواز التصرف من كل منهما بالعوضين ، ويجوز للأصيل على هذين التقديرين أن يتصرف في العين التي عقد عليها بكل أنواع التصرفات لبقائها على ملكه ، ولو تصرف بها بالبيع أو الشراء ونحو ذلك من التصرفات المملكة يعتبر ذلك رجوعاً منه عن العقد ، ولم تعد الإجازة من المالك صالحة لإبرام العقد الواقع بين الفضي وبين الطرف الثاني الأصيل .

أما بناء على الكشف فليس للأصيل أن يتصرف بما يناقض العقد الصادر منه ،

١ - انظر الجواهر كتاب المتاجر والمكاسب ومنية الطالب وغيرها من مجاميع الفقه الشيعي .

لان المؤثر في النقل والتمليك هو العقد وقد تم من جهته ، فإن رد الطرف الثاني المالك للعين يفسخ وان أجاز كانت اجازته امضاء من طرفه لا غير ، وقد توسع المحقق الكركي وبعض الفقهاء فعمموا هذا الحكم في حق الأصل حتى ولو كانت الاجازة ناقلة بحجة ان العقد تام من جهته فيكون مشمولاً لعمومات الوفاء بالعقود .

ومن الآثار الشرعية التي يختلف الحكم بالنسبة إليها بين القول بالكشف والنقل هو ان البناء الناتج من العوضين بناء على ان العقد لا يؤثر في النقل والتمليك إلا من حين الاجازة ، يكون للمالك الأول لأنه نتج في ملكه ، واما بناء على الكشف فهو للمالك الثاني من غير فرق بين أنواع الكشف وصوره .

قال الشهيد الأول في الروضة : وتظهر الفائدة في البناء ، فان جعلناها كاشفة فالبناء المنفصل المحلل بين العقود والاجازة الحاصل من المبيع يكون للمشتري ، وغاء الثمن المعين للبائع ، وان اعتبرناها ناقلة فهما للبائع (١) .

ومن الآثار التي يختلف حكمها على القولين : هو ان الاجازة لو كانت ناقلة يصح للطرف الثاني الأصل ان يتراجع عن التزامه وانشائه حيث انه يجوز لكل من المتعاقدين ان يبطل انشائه قبل تمام العقد ، والاجازة بناء على النقل متممة للعقد ، وبناء على الكشف لا يتسلط الأصل على ابطال انشائه لأن العقد تام من الجهتين وللطرف الآخر الحق في ابطال العقد واقراره من حيث ان العاقد اوقعه فضلاً عنه (٢) .

ومن الآثار ما لو خرج أحد المتعاقدين عن قابلية التملك بموت ونحوه ، او

١ - انظر نهج الفقهاء ص ٢٣٧ .

٢ - نفس المصدر ص ٢٣٨ ، وقد تردد في هذه النتيجة من حيث انها مبينة على جواز ابطال العقد قبل تمامه ، والاجازة حتى بناء على النقل ليست من اجزاء العقد وانما هي من شرائط صحته ، وفي مثل ذلك لم يثبت جواز التراجع عنه .

خرج أحد العوضين عن قابلية الملك بتلف ونحوه ، فبناء على أن العقد لا يتم إلا بالاجازة يبطل العقد في هذه الحالة لفوات موضوعه قبل تمام اجزائه وبناء على الكشف لا يبطل العقد وينتقل الحق في الاجازة إلى الوارث لحدوث هذا العارض بعد تمام العقد .

ومقتضى القواعد العامة ان خروج أحد المتعاقدين عن قابلية التملك ، أو خروج أحد العوضين عن قابلية الملك لا يقتضي بطلان العقد الواقع فضولياً على القول بالنقل كما ادعاه جماعة من الفقهاء ، ذلك لأن الذي خرج عن القابلية ان كان هو الأصل فإن العوض ينتقل إلى ورثته بالارث من أبيهم ، فإن أجازوا العقد يصح بالنسبة لهم وإلا يبطل لأن المال الذي جعله عوضاً عن المبيع لم يخرج عن ملكه بمجرد انشاء العقد قبل الاجازة من المالك ، والتمليك بناء على النقل لا يحصل إلا بعد الاجازة ، وحينئذ لا يبطل العقد بمجرد موت الأصل بل يكون موقوفاً على اجازة الوارث والطرف الآخر الذي وقع العقد فضولياً عنه .

اما لو خرج عن الأهلية مالك المبيع الذي اوقع الفضولي العقد عنه فالمال الذي وقع العقد عليه قبل الاجازة ينتقل إلى ورثته وهم بدورهم يقومون مقام مورثهم بالنسبة إلى اجازة العقد ورده من غير فرق بين ان تكون الاجازة كاشفة او ناقلة .

ولو خرج أحد العوضين عن قابلية الملك بأن تلف أو عرض عليه ما يسقط ماله ، فإن كان التالف مال الأصل بعد ان اقبضه إلى الطرف الآخر فلو أجاز يصح العقد بناء على الكشف لأن الملك يتم بالعقد والتلف قد حصل بعد القبض فيصح العقد ويكون التلف من مال القابض ، ويبطل العقد بناء على النقل ، لأنه يتلف في ملك مالكة الأول وقبل الاجازة لا يحصل الملك بناء على ذلك ، ولو كان التلف قبل القبض يكون من مال البائع ويبطل العقد سواء كانت الاجازة كاشفة

او نافذة ، وان كان التالف المال الذي وقع عليه العقد فضولاً يبطل العقد على التقديرين الكشف او النقل لأنه بعد التلف لا يبقى موضوع الاجازة (١) .

ثم انه لو استفدنا من الأدلة ان اجازة العقد الواقع فضولياً ليس لها مفعول رجعي بالنسبة إلى ما مضى وان الآثار لا ترتب إلا من حين حدوثها ، فلو قصد المجهز ترتيب الآثار من حين العقد يكون قصده لغواً لأن الاجازة لا تشرع حكماً في مقابل الأدلة ولا يستفاد منها أكثر من التعبير عن رضا المالك ورغبته في المعاملة ، وكذلك فيما لو قصد المجهز ترتيب الآثار من حين الاجازة بناء على ان العقد الواقع بين الفضولي والأصيل يتم به التملك إذا ألحقته الاجازة كما هو مفاد الكشف عند القائلين به ، ولا يجدي منه هذا القصد ما دامت الاجازة كاشفة عن ان العقد مؤثر في التملك من حينه .

وقال الشيخ الأنصاري في مكاسبه : فلو قصد المجهز الامضاء من حين الاجازة على القول بالكشف أو الامضاء من حين العقد على القول بالنقل ففي صحتها وجهان فبلحاظ مخالفة هذا القصد للواقع واعتباره قيداً في الاجازة يلزم بطلانها لعدم موافقة الاجازة المقيدة بهذا القصد للواقع ، وبلحاظ ان القصد المذكور ليس قيداً للاجازة بنحو وحدة المطلوب بل هو أمر خارج عنها بهذا اللحاظ يلزم الاكتفاء بالاجازة وإلغاء القصد (٢) .

ويبدو من النصوص الفقهية ان الاجازة كما تصح باللفظ الصريح كذلك تصح بالفعل والكتابة ونحوهما بما يعبر عن رغبة المالك واراادته ، وبؤيد ذلك ان النبي (ص) أجاز المعاملة التي أجراها عروة البارقي فضولاً بقوله بارك الله لك في صفقة يمينك ولم يستعمل الألفاظ الصريحة في الاجازة بل استعمل هذه الكلمات التي تدل

١ - انظر نهج الفقاهة ص ٢٤٣ .

٢ - المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري مبحث الفضولي وشرحها للسيد كاظم اليزيدي

عليها بالملازمة ، ونص العلامة الحلي على ان الزوجة المعقود عليها فضولاً لو مكنت الزوج من نفسها كان ذلك اجازة منها .

ورجح الشيخ الانصاري في مكاسبه ان المول على الرضا في الفضولي وبيع المكره بأي طريق كان كما يظهر ذلك من فتاوى الفقهاء وبعض النصوص عن الأئمة (ع) ، وأيد دعواه هذه بأن جماعة من الفقهاء لم يكتفوا بالسكوت في الموارد التي تحتاج إلى الرضا من حيث ان السكوت لا يدل عليه ، ولو كان اللفظ شرطاً في التعبير عنه لكان هذا التعليل منهم لغوياً ، على ان جماعة من الفقهاء يكتفون بسكوت البكر ويعتبرونه اجازة للعقد الواقع عليها فضولاً لأنه يكشف عن رضاها بالعقد ، هذا بالإضافة إلى بعض المرويات عن الأئمة (ع) وقد جاء في بعضها ما يؤكد بأن كل ما يدل على الرضا يكون اجازة للعقد .

فقد روى عبدالله بن وهب : ان رجلاً جاء إلى الإمام الصادق (ع) وقال له : اني كنت مملوكاً لقوم وتزوجت امرأة حرة بغير اذن من مولاي ثم أعتقني بعد ذلك فأجدد نكاحها أم لا ؟ قال (ع) أكلوا علموا انك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟ قال نعم وسكنوا عني ولم يغيروا علي ، قال (ع) سكونهم عنك بعد علمهم اقرار منهم أنت على نكاحك .

وفي بعض النصوص ان المولى إذا قال لعبده المتزوج بدون اذنه طلق زوجتك يكون ذلك اقراراً منه للزواج ورضا منه ، فقد روى علي بن جعفر عن أخيه موسى عن آبائه (ع) : ان رجلاً أتى علياً (ع) بعبدته ، وقال انه تزوج بغير اذني ، فقال (ع) لسيدة فرق بينها ، فقال الرجل لعبده : يا عدو الله طلق . قال (ع) للعبد ان شئت طلق وان شئت امسك ، فقال الرجل عند ذلك : يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي جعلته إلى غيري ، قال (ع) لأنك حين قلت له طلق أقررتك على نكاحه (١) .

١ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى وشرحها للسيد كاظم اليزدي .

ولكن الشيخ الانصاري بعد ان رجح كفاية الرضا في مقام الاجازة بالتقريب المتقدم ، تروده فيه أخيراً للأمر التالية :

الاول : ان الاكتفاء بالرضا من المالك يستلزم ان تكون الكراهة بذاتها فسخاً للعقد ولو لم يعبر عنها المالك باللفظ وغيره من الوسائل التي تعبر عما في نفس المالك ، ولازم ذلك بطلان الفضي المسبوق بمنع المالك ، وبيع المكره ولو كان ملحقاً بالرضا المتأخر عنه .

الثاني : لو اكتفينا بالرضا في مقام الاجازة ولو لم يحصل من الألفاظ التي تدل عليه ، يلزم ان نكتفي به إذا وقع مقارناً للعقد او متقدماً عليه ، كما لو علم المنشئ للعقد برضا المالك ببيع ماله ، فباعه فضلاً عنه ، لان الرضا إذا كان مؤثراً في العقد مع تأخره عنه يكون أولى بالتأثير فيما لو كان مقارناً او متقدماً عليه ولا يلتزم الفقهاء بذلك .

الثالث : ان أدلة العقود لا تشمل الفضي فيما إذا لم يكن ملحقاً بما يصح اضافته إلى الخطابين ، لان قوله تعالى : اوفوا بالعقود ، يدل على وجوب الوفاء بالعقود المضافة إلى المالكين ، ومعلوم أن العقد لا يكون مضافاً إلى المالك إلا بالانشاء من الطرفين ، او بالاجازة المتأخرة ، او بالفعل المعبر عن ارادتها كما هو الحال في المعاطاة ، اما الرضا النفسي من المالك فلا يصح هذه الاضافة (١) .

ويكتفي القانون المدني في الاجازة بأي نحو وقعت من المالك ، فقد جاء في المادة ١٣٦ من القانون المدني العراقي : اجازة العقد الموقوف تكون دلالة وصراحة ، والاجازة دلالة تستنتج من قيام من له حق الاجازة بتصرف يدل على اجازته كبناء في الارض التي اشتراها الفضي ونحو ذلك من التصرفات ، وتصح

العقد بأثر رجعي فيعتبر صحيحاً من وقت إبرامه لا من وقت الاجازة (١).

ولا بد في الاجازة المصححة لعقد الفضي ان لا يسبقها رفض المالك للعقد ، لانه يفسخ بمجرد رد المالك فلا يبقى عقد لكي تلحقه الاجازة ، لان صيغة العقد إنما تنتج الأثر المطلوب إذا لم يحصل ما يمنع من صدق العقد الذي يؤدي معنى التعاقد والترايط من الطرفين ، وإذا رفض المالك البيع الواقع من الفضي ينتفي العقد من أساسه فلا يبقى محل للاجازة المتأخرة .

ولكن الفقهاء لم ينفوا صفاً واحداً في هذه المسألة ، فقد تردد بعضهم في مانعية الرد عن الاجازة ، من حيث ان الرد لا يمنع من صدق العقد ، وكل ما في الأمر انه لا ينتسب إلى المالك إلا إذا انشاء مباشرة او أجاز انشاء الغير له ، فإذا أجاز له ولو بعد الرد تصح نسبته إليه وتشمله أدلة الوفاء بالعقود ، وهذا بخلاف العقد الصادر من المالكين ، فإن الرد الواقع قبل القبول يمنع العقد عن الالتئام والتكامل ، على ان عقد الفضي لا يوجب أي تبديل بالنسبة للبيع الذي وقع عليه العقد ، فهو على ملك مالكة الأصلي قبل الاجازة فلا يكون للرد أي أثر بالنسبة إلى المال المعقود عليه فضلاً ولم يثبت للمالك إلا الاجازة وعدمها ، أما الرد بمعناه الوجودي المقابل للاجازة فليس موضوعاً لأي أثر من الآثار لكي يكون ثابتاً للمالك فلا يمنع حينئذ عن حقوق الاجازة من المالك ، نعم لو ثبت له الرد بماله من المعنى الوجودي الذي هو عبارة عن إلغاء بيع الفضي بنحو لم يعد صالحاً لأن تلحقه الاجازة ، لو ثبت له الرد بهذا المعنى يكون الرد مانعاً عن الاجازة حينئذ .

ولكن الانصاف ان مقتضى السلطنة الثابتة للانسان على ماله ان للمالك السلطنة على إبطال العقد واجازته بمعنى اقرار العقد وحله نظير السلطنة الثابتة لذي الخيار التي هي عبارة عن اقرار العقد وإزالته ، وعلى ذلك فمقتضى سلطنة

١ - انظر ص ٢٥٢ من مصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم .

المالك على ماله ان له ابطال هذا الانشاء الصادر من الفضولي وإلا فان سلطنته تكون مقصورة على طرف واحد ، فإذا أبطله لم يعد قابلاً لأن تلحقه الاجازة كما يمتنع أحد الضدين في حال وجود ضده الآخر (١) .

وهل تنتقل الاجازة إلى ورثة المالك فيما لو مات قبل الاجازة أم لا ؟ الظاهر انها لا تنتقل إليهم بالإرث ، لأنها من الأحكام الشرعية الثابتة للمالك كجواز البيع والهبة والنكاح والصلح وغير ذلك من العقود التي له إيجادها بما يدل عليها من الألفاظ والأفعال ، فكما ان للمالك ان يبيع ماله مباشرة أو توكيلاً، له ان يحيز العقد الواقع عليه فضولاً ، فلو مات ينتقل المال إلى ورثته ، ولمن يملك منهم المبيع مثلاً ان يحيز العقد الواقع عليه لا من جهة إرث الاجازة ، بل من جهة ملكيتهم للمال موضوع الاجازة لأنه ينتقل إليهم بالإرث كبقية أموال المورث قبل اجازته للعقد الواقع عليه فضولاً ، ومن آثار تسلطهم عليه نفوذ اجازتهم فيما يتعلق به من التصرفات .

وبما يدل على ان الاجازة ليست من الحقوق التي تنتقل إلى الورث هو انها لا تسقط بالإسقاط ولا تقع عليها المعاوضات كما هو الحال في غيرها من الحقوق ، والفرق بين إرث الاجازة وإرث المال ، هو ان الاجازة لو انتقلت إلى الورث بالإرث لا بد وان يشترك فيها جميع الوراث حتى الزوجة التي لا ترث في العقارات، وهذا بخلاف ما لو قلنا بأن المال هو الذي ينتقل إليهم وحده بدون الاجازة، فمن له الحق في اجازة المبيع هو الوراث للمال لا غير ، هذا كله بناء على انه لا يشترط في الفضولي ان يكون المجيز هو المالك حين العقد ، اما لو قلنا بأن المجيز للعقد لا بد وان يكون هو المالك حين العقد كما رجح ذلك بعض الفقهاء فلا يبقى محل للاجازة فيما لو مات المالك قبل الاجازة (٢) .

١ - انظر المصدر السابق ومنية الطالب للخنساري ص ٢٥٤ و ٢٥٥ .

٢ - انظر ابلغة الفقيه للسيد محمد بحر العلوم وغيرها من فقه الشيعة .

ثم ان الاجازة التي لا بد منها لتصحيح العقد الفضولي لا يتعين على المالك المبادرة إليها بمجرد اطلاعه على العقد ، بل يبقى له الحق في الاجازة أو الرد ولو بعد مضي مدة من الزمن كما يقتضيه اطلاق الأدلة التي نصت على صحة العقد باجازة المالك .

هذا بالإضافة إلى صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر (ع) حيث نصت على كفاية الاجازة من المالك بعد ان أولدا المشتري الجارية التي باعها ابن المالك بغير اذن من والده (١) .

على انه ليس للطرف الآخر الأصل حق على المالك لكي يتعين عليه المبادرة إلى الاجازة لبقاء المال على ملكه سيما بناء على ان العقد لا يؤثر في التمليك إلا بعد الاجازة من المالك كما هو مفاد القول بالنقل ، نعم بناء على ان الأصل ليس له ان يتصرف في العوض الذي جرى عليه العقد من قبله ، فلو لزم من منعه عن التصرف ضرر عليه من حيث عدم مبادرة المالك إلى الاجازة أو الرد ، له ان يتراجع عن العقد دفعاً للضرر اللاحق به ، بناء على ان العقد بملك من حين صدوره كما هو مفاد القول بالكشف ، لان الضرر الذي لحق به قد جاء من قبل لزوم العقد في حقه ، فإذا ارتفع اللزوم بقاعدة لا ضرر ولا ضرار يصبح المالك الأصل مخيراً بين الفسخ والبقاء على المعاملة ، اما الزام المالك للعين الذي باعها العاقد فضولاً بالاجازة أو الرد كما هو أحد الحلول لهذه المسألة هذا الاحتمال لا مبرر له أصلاً ، ذلك لأن الطرف الأصل ليس له حق على المالك لكي يلزمه

١ - وقد جاء في الرواية : ان علياً (ع) قضى في وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب فاستولوها الذي اشتراها ، فجاء سيدها فقال وليدتي باعها ابني بغير اذني ، فقال علي (ع) الحكم ان ياخذ وليدته وابنتها ، فناشده الذي اشتراها ، فقال (ع) : خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع ، فلما رآه ابوه قال له : ارسل ابني ، قال والله لا ارسل ابنتك حتى ترسل ابني ، فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه .

بالإجازة أو الرد حيث أن الضرر الذي لحقه لم يحصل من قبله ، ولذا هو من جهة
إقدامه على المعاملة مع علمه بأن البائع غير مالك للمبيع وقد أوقع العقد فضولاً
عن المالك (١) .

ومهما كان الحال بعد البناء على أن الفضيولي يصح بالإجازة فهل يجب المطابقة
بين الإجازة والعقد الواقع بين الأصيل والفضولي أو لا يجب فيها ذلك فتصح
العقد ولو لم تكن مطابقة له من جميع الجهات ؟ لا اشكال بعدم كفاية الإجازة
فيما لو تعلقت بغير الثمن أو غير المبيع ، كما لو باع الفضولي العقار لشخص ، فأجاز
المالك بيع الدار أو السيارة مثلاً ، وكما لو اشترى الفضولي الدار بألف درهم ،
فأجاز البيع بمائة درهم مثلاً فلا تنفع الإجازة في مثل ذلك لأنها ليست لإجازة
للعقد ، وإن كان الاختلاف بين العقد والإجازة من حيث الكيفية التي وقع عليها
العقد ، كما لو باع الفضولي الدار والبستان ، فأجاز المالك بيع الدار وحده أو
البستان وحده ، فالظاهر كفاية الإجازة في مثل ذلك لأن العقد الواقع على أمور
متعددة ينحل إلى عقود متعددة حسب تعدد الأمور التي وقع عليها العقد ، ومن
أمثلة ذلك ما لو باع الشريك قام العين المشتركة ، فإن أجاز الشريك البيع في
سهمه صح البيع في الجميع وإن رد البيع فيه ثبت للمشتري الأصيل خيار تبعض
الصفقة ، نظراً لصحة البيع بالنسبة لسهم البائع ، ومن أمثلة ذلك أيضاً ما لو كان
العقد مشروطاً بشرط فأجاز المالك البيع بدون الشرط فيصح العقد بدون
الشرط ، لأن الشرط التزام محله العقد وليس قيداً في التملك المنشأ بالصيغة التي
تعاقدا بها .

نعم لو كان الشرط على مالك البيع وأجاز بدونه يثبت للمشتري خيار تخلف
الشرط ، ولو كان الشرط للمالك وأجاز بدونه يتم العقد ويلزم في حقهما ، ويكون

١ - انظر المكاسب وشرحها للسيد كاظم ومنية الطالب للخونساري .

المالك بذلك مسقطاً لحقه في الشرط ، ولو وقع العقد مجرداً عن الشرط وأجاز
 المالك بشرط لمصلحته ولم يرض به الطرف الآخر الاصيل تصح الاجازة ويبطل
 الشرط ، لان الشروط الصحيحة هي التي يلتزم بها الطرفان حين التعاقد ، إلا إذا
 كانت الاجازة من المالك مقيدة بالشرط ، بنحو تكون اجازته مرتبطة بذلك
 الشرط ، فلو لم يرض الطرف الاصيل بالاجازة مع هذا القيد يبطل العقد لعدم
 حصول الاجازة من المالك حينئذ (١) .



المجيز لعقد الفضولي

٢٥

لقد نص الفقهاء على ان المجيز المالك للبيع فضولاً لا بد أن تتوفر فيه الشروط التالية :

الأول : أن يكون حين الاجازة حائراً على أهلية التصرف لأن الاجازة تتعلق بالمال فلا بد من وجود الشروط التي يتوقف عليها صحة التصرف ، كالبلوغ والعقل والرشد وذلك ، هذا بالإضافة إلى ان الاجازة من المالك نظير العقد الابتدائي ، فكما يشترط في المتعاقدين البلوغ والعقل والرشد فكذلك الحال بالنسبة إلى المجيز من غير فرق بين أن تكون الاجازة كاشفة عن تأثير العقد من حينه أو من حين صدورها .

فلو كان حين العقد غير صالح للتصرف وحين الاجازة أصبح صالحاً له ، كما لو باع الولي مال اليتيم من غير أن يراعي مصلحته في ذلك ، او زوج شخص صغير من غير أن تكون له ولاية عليه ثم بلغ الصغير فاجاز النكاح او البيع الواقع على ماله فهل تكفي اجازته والحال هذه ، ام يكون العقد لغواً لا تنفعه الاجازة الذي رجحه اكثر الفقهاء الاكتفاء بوجود مجيز للعقد صالح للاجازة حين انشاؤها ، وان لم يكن صالحاً لها حين العقد اعتماداً على الادلة العامة التي تنص على صحة عقد

الفضولي إذا أجاز له المالك ، وعلى النصوص التي تدل على جواز تزويج الصغار فضولاً
الشاملة لمثل ذلك .

وقد خالف في هذه المسألة العلامة الحلي في القواعد والفقيه الاسكافي ، واحتج
الحلي بأن العقد إذا لم يمكن له مجيز يكون باطلاً وإذا بطل في زمان لا يرجع
صحيحاً فيما سيأتي من الأزمنة ، على أن المشتري قد يتضرر بالانتظار لا مكان أن
لا يجيز المالك حيناً يصبح أهلاً للاجازة .

ومجمل القول في هذه المسألة أن المجيز إذا لم يكن صالحاً للاجازة حين العقد
لسفه أو جنون أو لأن المبيع قد تعلق به حق للغير كما لو كانت أموال المالك
مستغرقة بالديون أو مرهونة لشخص آخر ، أو كان البائع غير مالك للعين حين
البيع فباعها ثم اشتراها منه ونحو ذلك ، فلو لم يكن صالحاً للتصرف حين البيع من
حيث التحجر عليه لسفه أو صغر أو لكون العين مرهونة وحين الاجازة أصبح
صالحاً لها كما لو فك الرهانة أو أدى ما عليه من الديون أو بلغ الصبي وأصبح
راشداً يحسن التصرف بأمواله فتصح الاجازة في مثل ذلك ويلزم العقد بعد
الاجازة ، وقد ذكرنا أن أكثر الفقهاء يكتفون بالاجازة المتأخرة إذا كان المجيز
صالحاً للتصرف بأمواله حين الاجازة ، ورجع الشيخ الانصاري في مكاسبه عدم
الحاجة إلى الاجازة فيما لو كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير ، كما لو باع
وفك الرهن قبل مراجعة المرتهن بشأن الاجازة (١)

ومن فروع هذه المسألة ما لو كان المالك حين الاجازة مغايراً للمالك حين
العقد ، كما لو باع شخص ملك غيره فضولاً لنفسه أو للمالك ثم اشتراه من مالكه
قبل اجازته للعقد الصادر من الفضولي ، فلو أجاز المشتري الثاني الذي أوقعه
فضولاً فهل تكفي اجازته لتصحيح العقد الواقع منه فضولاً أم لا ؟ الذي رجحه

١ - انظر المكاسب مبحث شرائط المجيز .

جماعة من الفقهاء هو الاكتفاء بالاجازة من المالك الجديد لتصحيح العقود لو كان المشتري هو البائع فضولاً ، بل يظهر من بعضهم عدم الحاجة إلى الاجازة في مثل ذلك (١) وقد اعتمد القائلون بصحة العقد الاول باجازة المالك الثاني على الادلة العامة التي تدل بعمومها على كفاية الاجازة ولو تجدد المالك بعد العقد الاول ، بالإضافة إلى اصاله الصحة في العقد المجاز من المالك الجديد .

ونص جماعة على بطلان العقد الأول وعدم كفاية الاجازة من المالك الثاني للأسباب التالية :

الاول : انه يلزم خروج المال عن ملك المجير قبل دخوله فيه بناء على ان الاجازة كاشفة ، ذلك لأن من لوازم الكشف خروج المال عن ملك المجير من حين العقد ، والمفروض ان المجير حين العقد لم يكن مالكاً وانه ملك بالعقد الثاني .

الثاني : انه من المقرر الاكتفاء بالاجازة والرد بكل فعل يدل عليها مطابقة او بنحو الالتزام ، كما لو أخرج المالك العين عن ملكه بعد علمه بوقوع العقد عليها فضولاً ، فإن ذلك يعتبر رداً وإلغاء للعقد الذي أوقعه الفضولي ، وفي المقام لو باعها المالك من العاقد عليها فضولاً او من غيره قبل اجازته يكون بيعه هذا معبراً عن رده وعدم رضاه بالعقد الأول الواقع من الفضولي فيلزم من العقد الثاني بطلان العقد الأول .

الثالث : ان العقد الاول إنما صح وترتب عليه أثره باجازة الفضولي أي المالك الثاني ، وهي متوقفة على صحة العقد الثاني وصحة العقد الثاني تتوقف على بقاء الملك على ملك مالكة الاول ، ولازم ذلك ان صحة العقد الاول تتوقف على ان يكون المال ملكاً للأول والمشتري في زمان واحد ، لأن ملكية الاول تتوقف

١ - والقائل بذلك هو الشيخ الطويس كما نقل عنه في المكاسب .

على الاجازة والاجازة تتوقف على كونه ملكاً للمعيز الذي هو المشتري الثاني .

الرابع : النصوص المروية عن الرسول (ص) والائمة (ع) التي تدل باطلاقها على فساد هذا النوع من العقود ، فقد جاء عن النبي (ص) انه قال : لا تبع ما ليس عندك ، ولا تبع ما لا غلك ولا بيع إلا في ملك ، وهي باطلاقه تشير إلى فساد هذا النوع من العقود .

وجاء في رواية يحيى بن الحجاج : انه سأل أبا عبد الله الصادق (ع) عن الرجل يأتيه ويقول له اشترى هذا الثوب أو هذه الدابة بعينها واربحك عليها كذا وكذا . قال (ع) لا بأس بذلك اشترها ولا تواجهه البيع قبل ان تستوجبها او تشتريها .

وفي رواية خالد بن الحجاج انه قال لأبي عبد الله الصادق (ع) : الرجل يجيئي ويقول اشترى هذا الثوب واربحك كذا وكذا ، قال (ع) أليس ان شاء أخذ وان شاء ترك ، قلت : بلى ، قال : لا بأس به إنما يحلل الكلام ويجرم الكلام ، إلى غير ذلك من الرويات المتفقة من حيث مضمونها . وقد نهت الرواية الاولى عن انشاء البيع للمشتري الثاني قبل أن يشتره أولاً ويملكه بالعقد الشرعي ومقتضاها ان تملكه بالشراء من ماله لا يكفي لتصحيح العقد اذا أوقعه أولاً قبل ان يملك المبيع ، كما نصت الرواية الثانية على ان مجرد المقابلة والاتفاق على البيع قبل شراء العين من مالكها لا يمنع من بيعها له بعد ان يشترها من مالك ، لأن الذي يحلل ويجرم هو الكلام الملزم لكل منهما ، أما الوعد بالشراء بعد ما يشترها فلا يمنع من بيعها له بعد تملكها ، والمفهوم الضمني من هذا النص انه لو باعها قبل ان يشترها من مالكها كان البيع باطلاً لانه وقع على ملك الغير ، ولا ينفع تملكه المتأخر في تصحيح البيع المتقدم .

ولكن انصار القول بصحة العقد الواقع فضولاً في المقام بعد اجازة المالك الجديد لم يجدوا بداً من تأويل هذه الرويات بما لا يتنافى مع الرأي الفقهي الذي

اختاروه في هذه المسألة ومحصل ما جاء في تأويلهم لهذه الروايات ان المراد منها هو عدم كفاية العقد السابق على الشراء بدون اجازة المشتري للعقد الذي أوقعه أولاً ، بمعنى ان مجرد تملكها بالشراء من مالكتها الاصلية لا يكفي لصحة العقد وترتيب الاثر عليه بدون الاجازة ، ولا دلالة فيها على بطلان العقد السابق حتى ولو اجازته المالك الجديد ، وبعد أن رجح الشيخ الانصاري في مكاسبه ارادة هذا المعنى منها رجح عنه اخيراً ثم قال :

والانصاف ان ظاهر النهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع وعدم ترتيب اثر الانشاء المقصود منه مطلقاً حتى مع الاجازة ، وأما صحته للمالك اذا أجاز ، فلأن النهي راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع ، ولا تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز فيرجع فيه إلى مسألة الفضولي (١) والظاهر انه لا يصح للمالك في هذه الحالة لأنه اخرج عن ملكه بالبيع إلى العاقد الفضولي كما هو مفروض النصوص فيبطل الاول ويصح الثاني ، وتكون النتيجة بجانب القائلين بعدم صحة الفضولي في هذه المسألة .

وقد أجاب القائلون بصحة الفضولي في هذه المسألة عن الاشكالات الثلاثة بالاجوبة التالية :

الاول : ان الاجازة انما تكشف عن حصول الملك من حين العقد فيها لو كان المجيز هو المالك حين العقد ، أما لو كان المجيز هو المالك الجديد كما هو المفروض في هذه المسألة فتكون الاجازة كاشفة عن حصول الملك من التاربيع الذي يمكن فيه تأثير الاجازة في التمليك ، وبعد ان انتقل المبيع إلى البائع فضلاً وأجاز البيع الواقع منه لا يمكن تأثير اجازته في التملك قبل العقد الثاني ، فلا يلزم خروج المال عن ملكه قبل دخوله فيه كما نتج من الاشكال الاول .

الثاني : ان الرد في الفضولي إنما يكون بالألفاظ التي تدل عليه ، وأما الفعل

١ - انظر مسألة الفضولي ، ما لو باع لنفسه ثم ملك واجاز .

المتناهي لنفوذه كنزويج المعقودة فضولاً نفسها من شخص آخر وبيع المالك ماله المبيع فضولاً فليس فسخاً له لا سيما مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي ، نعم في مثل ذلك يكون الفعل المتناهي مفوتاً محل الاجازة إذا وقع من المالك جامعاً للشرائط الصحة ، مطلقاً بالنسبة إلى مثال التزويج ، وبالنسبة إلى غيره فانما يفوت محل الاجازة بالنسبة إلى المالك الاول ، من حيث خروج المال عن ملكه ، وبالنسبة إلى المالك الثاني فلم يفت محل الاجازة منه لأنه هو المالك للمبيع فعلاً وقد سبق منه ان باعه فضولاً وأصبح حين الاجازة مالكا .

الثالث : ان القائل بصحة الفضولي بالاجازة من البائع بعد تملكه للمبيع ، انما يلتزم بترتب الأثر على العقد الاول وتملك المشتري للمبيع من حين دخوله في ملك العاقد الذي هو المالك الجديد لا من حين العقد الاول في مثل هذه الحالات لعدم قابلية الاجازة للتأثير من ذلك التاريخ كما ذكرنا في الجواب عن الاشكال الاول ، وحينئذ تتوقف اجازة العقد الاول على صحة العقد الثاني وارتباط كل منهما بالآخر هذا الارتباط لا بد منه ، كما وان ارتباط العقد الثاني الذي أوقعه المالك مع العاقد الاول الفضولي ببقاء الملك للمالك الاصيل وتوقف صحة العقد الثاني على ذلك ، كل ذلك مسلم أيضاً ، ولكن تسليم هاتين المقدمتين لا ينتهي إلى النتيجة التي وردت في الاشكال الثالث وهي كون المال ملكاً للمالك والمشتري في زمان واحد ، بل يلزم من صحة العقد الاول خروج المال عن ملك مالكه الاصيل ، لأنه انما يصح بالاجازة والاجازة انما تصح من العاقد الفضولي بعد فرض كونه مالكا ، وقد ذكرنا ان الاجازة في المقام لا تكشف عن تملك المشتري الاول من حين العقد بل من حين قابليتها للتأثير أي بعد العقد الثاني ، ولا يتصور كون المال ملكاً للمالك والمشتري في زمان واحد إلا إذا كانت الاجازة مؤثرة في تملك المشتري من حين العقد الذي أوقعه معه الفضولي ، وقد بينا في الجواب عن الاشكال الاول ان الاجازة في المقام لا تؤثر في التملك إلا من حين العقد

الثاني (١) . هذا كله فيما لو باع الفضولي مال غيره ثم ملكه بالشراء وغيره من الاسباب المملكة وأجاز العقد الذي أوقعه أولاً بعنوان الفضولية .

ولو باع لنفسه فضولاً ثم ملك ولم يجز العقد الذي أوقعه فضولاً ، فقد نص أكثر الفقهاء على فساد العقد في هذه الحالة عملاً بالنصوص السابقة الناهية عن البيع قبل التملك ، بالإضافة إلى أن البائع فضولاً بعد أن ملك المبيع بالشراء من مالكه الأصلي أصبح مسلطاً عليه ، فإذا لم تطب نفسه بتمليكه المشتري لا دليل على إلزامه بذلك والالتزام الذي صدر منه أولاً لا يجب الوفاء به لأنه تعلق بمال الغير حين ذاك (٢) .

ومن جملة فروع الفضولي ، ما لو باع مال غيره معتقداً بعدم جواز تصرفه فأنكشف جواز تصرفه لكونه ولياً أو مالكاً ، وعلى التقديرين أما أن يبيع لنفسه أو لحساب المالك فلو باع عن المالك فضولاً فتبين أنه ولي أو مأذون في البيع ، قال الشيخ الأنصاري في حكم هذه الصورة : لا أشكال في اللزوم حتى على القول ببطولان عقد الفضولي ، ولا يبعد أن يكون الوجه في ذلك . إن العقد في المقام خارج عن الفضولية لكونه جامعاً لجميع الشرائط ، ولصدوره ممن يجوز له أن يتولى إنشاء المبادلة بين المالكين ، ولا يضر في ذلك اعتقاده بأنه لا يجوز له التصرف في المبيع ، لأن اعتقاده لا يغير الواقع ما دام جائز التصرف ، ويبدو من الشيخ الأنصاري في مكاسبه . أن هذه المسألة لم يخالف بها سوى ابن البراج

١ - انظر المصدر السابق .

٢ - وقد ذهب فخر الدين في الإيضاح والشهيد الثاني في المسالك والشيخ كما نقل عنه المحقق في الاعتبار ، أن أدلة لزوم العقود والشروط مفادها لزوم كل عقد على البائع بمجرد انتقال المال إليه وقبل ذلك لا يجب الوفاء عليه ، وفي المقام بعد أن حصل منه العقد وملك المبيع بالشراء من مالكه ثم بجميع أركانه وشروطه لم يعد ما يمنع من شمول أدلة وجوب الوفاء بالعقود لمثل ذلك .

المعروف بالقاضي ، والنص الفقهي المنسوب اليه ، هو انه إذا أذن السيد لعبده في التجارة فباع واشترى وهو لا يعلم بإذن السيد ، ولا علم به احد لم يكن مأذوناً في التجارة ولا يجوز شيء مما فعله ، فان باع واشترى بعد ما علم جاز ما فعله بعد الاذن ولم يحجز ما فعله قبله .

الصورة الثانية : ان يبيع مال الغير لنفسه عدواناً فتبين انه مأذون في البيع وقد نص جماعة على صحة العقد في هذه الصورة ، ولا يمنع من ذلك قصده البيع لنفسه ما دام مأذوناً من قبل المالك في أصل البيع ، وهذا القصد لا يوجب فساد العقد ، لكونه خارجاً عن حقيقة العقد .

الصورة الثالثة : ان يبيع عن المالك فضولاً لا اعتقاده ان المال لغيره مع كونه له واقعاً ، كما لو باع مال أبيه معتقداً حياته ، فتبين انه ميت وان المال قد انتقل إليه بالإرث ، قال في المكاسب : المشهور بين الفقهاء صحة العقد في هذا القرض ، وادعى العلامة في القواعد والارشاد في باب الهبة الاجماع على الصحة ، وأضاف إلى ذلك : بأننا لم نعثر على مخالف صريح في هذه المسألة ، إلا ان الشهيد ذكر في قواعده انه لو قيل بالبطلان أمكن ذلك ، كما وان العلامة وولده فخر المحققين في النهاية والايضاح قد احتملا ذلك ، لأنه إما قصد البيع عن أبيه لا عنه (١) .

الصورة الرابعة : ان يبيع الفضولي لنفسه معتقداً بأن المبيع لغيره مع كونه له واقعاً ، والظاهر صحة العقد في هذا الفرض حتى عند القائلين ببطلان الفضولي ، لأن العقد وقع من المالك على ماله لنفسه ، ولا يضر في ذلك اعتقاده

١ - واجيب في ذلك بان قصده لا يمنع في صحة العقد من حيث انه لم يقصد البيع عن أبيه الا باعتبار انه المالك الواقعي ، فهو في الحقيقة قاصد للبيع عن المالك الواقعي وقد قصد أباه مثلاً لا اعتقاده انه المالك ، فيكون قصده هذا من نوع الخطأ في التطبيق .

بأن المال لغيره ، لأن هذا الاعتقاد لا يغير الواقع ، ولأجل ذلك رجع الشيخ
الانصاري وجماعة من الفقهاء عدم احتياج هذا العقد للإجازة ، هذا بالإضافة إلى
أن أدلة الإجازة تختص في صورة العقد على مال الغير من حيث احتياجه إلى
موافقة المالك والمفروض في المقام أن العقد وقع على ماله لنفسه بانياً على أن المال
لغيره (١) .



١ - انظر المكاسب والجواهر كتاب المتاجر ونهج الفقهاء وغيرها ، وقد تعرض الفقهاء
لهذه الفروض وتوسعوا في البحث عنها وعن جميع الاحتمالات التي يمكن افتراضها ونحن
لا يسعنا استقصاء جميع ما قيل في المقام .

إذا امتنع المالك من الاجازة

٢٦

من المتفق عليه بين الفقهاء ان العقد الواقع على ملك الغير فضولاً يبطل إذا لم يوافق المالك على البيع بعد اطلائه على العقد ، لأن ادلة الوفاء بالعقود مفادها وجوب الوفاء على كل انسان بالعقد الصادر منه ، والعقد على مال الغير لا يكون عقداً للمالك إلا بإجازته وموافقة عليه ، فلو رفض العقد ولم يوافق عليه لا تشمله أدلة العقود .

مركز تحقيقات كميتر علوم رسدي

وكما يحصل الرد بكل لفظ يدل عليه يحصل أيضاً بكل فعل يتنافى مع العقد ، كما لو أخرجه عن ملكه بأحد النواقل كالبيع والهبة والصلح والائلاف بالأكل ونحوه مما يوجب فوات محل الاجازة .

ولو تصرف في المبيع تصرفاً لا يوجب انعدام الموضوع كما لو وطئ جاريته فأولدت أو أجاز داره وزوج امته من شخص آخر ونحو ذلك ، فهذه التصرفات لا توجب خروج العقد عن قابلية الاجازة من المالك ، ولكن البناء على صحة هذه التصرفات منه يوجب بطلان الاجازة بناء على انها تؤثر في التملك من حين وقوعها كما هو مفاد القول بالنقل ، او تؤثر في ترتيب الآثار على العقد من حينه ولو لم يكن ملكاً من حين وقوعه كما هو مفاد الكشف الحكمي ، لأن هذه

التصرفات تكشف عن عدم موافقة المالك على البيع الواقع من الفضولي ، لانه باع العين بما لها من المنافع ، وفي مثال الزواج لا يمكن تأثير الاجازة مع الالتزام بصحة تزويجه لامته أو تزويج المرأة نفسها لعدم قابلية الاجازة للتأثير مع هذا الافتراض .

وأما بناء على ان الاجازة من المالك تكشف عن ان العقد من حيث صدوره قد أثر في التملك والمبادلة بين العوضين ، فانتقال المبيع عن ملك المالك يكون من حين العقد ، والتصرفات المنافية من المالك مبنية منه على الظاهر لعدم انقطاع الصلة بينه وبين المبيع قبل الاجازة ، ولا سيما إذا كان جاهلاً بوقوع العقد على ماله فضولاً ، فاذا أجاز بعد ذلك يتعين بطلانها لوقوعها في ملك غيره (١) .

أما التصرفات التي لا تنافي ملك المشتري للمبيع من حين العقد ، كما لو عرض المالك المبيع فضولاً للمبيع أو باعها بعقد فاسد وأمثال ذلك ، فقد فصل جماعة من الفقهاء بين ما لو وقعت منه هذه التصرفات مع علمه بوقوع العقد على العين فضولاً ، وبين ما لو وقعت منه وهو غافل عن العقد عليها ، ففي الصورة الاولى يكون هذا النوع من التصرف رداً للعقد الفضولي بنظر العرف وتشمله النصوص التي تدل على بطلان الفضولي بالرد حيث أنها لم تعين ماهية الرد وكيفية وكل موضوع أو عنوان يتعرض الشارع لبيان حقيقته يتعين الرجوع فيه إلى العرف ، والعرف يرى بيع العين ولو بالعقد الفاسد أو تعريضها للبيع وعرضها على من يريد الشراء ، يرى

١ - المكاسب للشيخ الانصاري مبحث الفضولي في الرد واحكامه ، وفي منية الطالب للخونساري . ان هذه التصرفات لا تمنع من الاجازة سواء الملك حصل بالاجازة من حين العقد كما هو فماد الكشف الحقيقي أو من حينها كما هو مقاد القول بالنقل ، قال في الكتاب كذلك تصح اذا تعلق الاجازة بها فان حكمها حكم استيفاء منفعة العين بنفسه المذكور ص ٢٨٦ : كما تصح الاجازة اذا كانت منفعة العين تحت يده أو استوفها بنفسه ، فبناء على النقل لا اشكال في ان العين تنتقل الى الطرف مسلوكة بالمنفعة في مدة الاجازة ، واما بناء على الكشف الحقيقي فحيث ان الاجازة تكشف عن وقوع التصرف في ملك الغير فعليه اجرة المثل ، ولا اشكال في صحة الاجازة .

ذلك اعراضاً عن العقد الواقع فضولاً إذا كان عالماً بذلك العقد .

أما لو وقعت هذه التصرفات من المالك مع غفلة عن العقد الواقع على العين فضولاً ، فالظاهر في مثل ذلك ان هذا النوع من التصرف لا يكون رداً للعقد ، لأن الرد للعقد من الأمور التي لا بد في صدقها من القصد إليها ، والإتيان بهذه الأفعال بقصد الرد لا يمكن ان يكون إلا مع الإلتفات إلى الشيء المردود ، والمفروض ان المالك غافل عن العقد كما ذكرنا .

هذا كله بناء على ان الرد كما يكون بالألفاظ يكون بالفعل الكاشف عن عدم موافقة المالك على العقد ، أما بناء على عدم كفايته وأنه لا يتم إلا بالألفاظ كما رجح ذلك جماعة من الفقهاء لا يبقى مجال للاكتفاء بمثل هذا النوع من التصرفات في إلغاء العقد الواقع فضولاً ، وفيما يخص التصرفات المتلفة للمبيع يبطل الفضي في فيها من حيث انتفاء الموضوع لا من حيث ان التصرف من مصاديق الرد المبطل لعقد الفضي (١) .

ومجمل القول : انه بعد البناء على ان الرد ليس للشارع اصطلاح خاص بالنسبة إليه وأنه يتحقق بالفعل الكاشف عن عدم موافقته على العقد كما يتحقق بالألفاظ بعد البناء على ذلك فكل تصرف في المبيع الذي وقع عليه العقد فضولاً إذا صدر من المالك بقصد الإعراض عن العقد سواء في ذلك البيع أو الإجازة أو الرهن ونحو ذلك من التصرفات ، هذا التصرف يكون من مصاديق الرد ولا تنفع بعده إجازة المالك إذا صدر هذا التصرف من المالك بعد علمه بالعقد .

فلو كان المالك جاهلاً بوقوع العقد على ماله أو غافلاً وتصرف في المبيع بهذا النحر من التصرفات ، أو كان تصرفه لا يتنافى مع تملك الغير كما لو أجر المبيع

١ - انظر منية الطالب ، ويلقة الفقيه والمكاسب وغيرها .

مثلاً أو أعاره للانتفاع به بعض الوقت ونحو ذلك من التصرفات التي لا يراها
العرف منافية لإمضاء البيع وإقراره فلا تكون هذه التصرفات مانعة عن نفوذ
العقد بالاجازة من المالك .

ثم انه إذا لم يجز المالك العقد الواقع على ماله فضولاً ، فإن كان ماله بيده فلا
حق له على أحد ، وان كان بيد المشتري فله ان ينتزعه منه ، ويرجع عليه بمنافعه
التي استوفاهما كما ذهب إلى ذلك جماعة من الفقهاء بالنسبة إلى منافع المبيع بالبيع
الفاسد ، وان تلف المبيع في يد المشتري فللمالك ان يرجع على من تلف بيده
بقيمة يوم التلف كما هو المشهور بين الفقهاء (١) .

هذه صورة مجملة عن حكم المال التالف الذي جرى عليه العقد فضولاً ، واما
حكم الثمن المدفوع من قبل المشتري إلى البائع ، والنفقات والغرامات التي تحملها
المشتري نتيجة لذلك العقد والمنافع التي استوفاهما من المبيع ونحو ذلك .

ومجمل القول في ذلك ان المشتري إذا كان جاهلاً بأن البائع لا يملك المبيع
وانه يبيع عن غيره فضولاً ، ففي مثل ذلك له ان يرجع على البائع بالثمن الذي
دفعه إليه في مقابل المبيع إذا رفض المالك العقد الواقع على ماله ، وقد ادعى في
مفتاح الكرامة الإجماع على ذلك ، لأنه قد سلطه عليه في مقابل المبيع لإعتقاده
بأنه يملك التصرف فيه والمعاوضة عليه ، هذا بالإضافة إلى الحديث الذي اعتبره
الفقهاء أصلاً من أصول الضمان (وهو حديث على اليد ما أخذت حتى تؤدي ،
حيث انه ينص على ان ما أخذته اليد واستولت عليه مضمون إلى ان تؤديه بنفسه
أو بدله ، وان كان المشتري عالماً بأن البائع لا يملك المبيع وانه يتصرف فيه

١ - وذهب جماعة إلى انه يرجع عليه بأعلى الثمن من تاريخ استيلائه عليه إلى
يوم تلفه فيما لو تفاوتت قيمته خلال هذه المدة ، وللفقهاء اقوال أخرى في هذه المسألة
يجدها المتتبع في المجاميع الفقهية كجواهر الكلام والمكاسب وجوامع المقاصد والحدايق
والرياض وغيرها .

فضولاً ، فلو دفع الثمن إلى البائع والحال هذه وكانت عينه لا تزال قائمة فقد اختار أكثر الفقهاء عدم تغريم البائع للثمن المدفوع له عوضاً عن المبيع ، كما نص على ذلك المحقق في جامع المقاصد والشهيد في الروضة وغيرهما ، ونص جماعة من الفقهاء منهم العلامة الحلي على أن المشتري الرجوع على البائع بما دفعه إليه في مقابل المبيع ، لأنه وإن كان عالماً بأن البائع لا يملك المبيع ولكنه لم يدفع له الثمن مجاناً وبدون مقابل ، وإنما سلطه عليه في مقابل المبيع على أمل أن يقر المالك العقد الواقع بينه وبين الفضولي ، على أنه لو افتروا أن المشتري قد سلطه عليه بدون مقابل ، فمجرد التسليط لا يكفي في تمليك البائع للثمن ، ولذا فإن البائع لا يملك الثمن فيما لو كان البيع فاسداً ولو كان المشتري عالماً بالفساد مع أنه في هذه الحالة قد سلطه على الثمن (١) .

وان كان الثمن تالفاً فالمشهور بين الفقهاء أن المشتري لا يرجع على البائع بالعوض ، قال الشيخ الأنصاري في المكاسب : وأما لو كان الثمن تالفاً فالمعروف عدم رجوع المشتري ، بل المحكي عن العلامة وولده والشهيد والمحقق الحلي وغيرهم من الفقهاء الاتفاق على ذلك ، لأنه قد سلطه على الثمن بلا عوض ، ومجرد أنه قد دفعه في مقابل المبيع لا يكفي لكونه مضموناً عليه ما دام يعلم بأنه لا يملك المبيع وإن المالك قد يقر البيع وقد لا يقره (٢) .

أما بالنسبة إلى الغرامات التي دفعها المشتري إلى المالك كزيادة قيمة المبيع على الثمن فيما لو تلف بيد المشتري ، وعوض المنافع المستوفاة ، كما لو باع الفضولي داراً لغيره وسكنها المشتري ولم يقر المالك البيع ورجع عليه بعوض المنفعة التي استوفاه ، وكذا بالنسبة إلى الغرامات التي دفعها المشتري كما لو

١ - انظر نهج الفقاهة ص ٢٦٥ .

٢ - وليس ببعيد شمول أدلة الضمان للمقام من غير فرق بين أن يكون الثمن باقياً أو تالفاً لأن مالك الثمن لم يقدم على إتلاف ماله ولم يسلط الغير عليه بدون مقابل وإنما دفعه إليه فلنا منه بأن المالك سيقر هذا التصرف من الفضولي كما هو ظاهر .

احتاجت العين المبيعة لبعض النفقات ونحو ذلك مما يفرمه المشتري للمالك او بنفقه على المبيع ، والظاهر ان الفقهاء متفقون على ان المشتري لا يرجع على البائع بشيء من ذلك .

قال السيد الحكيم في نهج الفقه : والظاهر انه لا إشكال في عدم الرجوع على البائع بشيء إذا كان المشتري عالماً بالفضولية .

وقل في الجواهر : لا خلاف ولا إشكال في ذلك لعدم الدليل على الرجوع على البائع ، والأصل يقتضي عدمه ، ويبدو من الجواهر انه لم يخالف أحد من الفقهاء في ان المشتري مع علمه بالفضولية ليس له ان يرجع على البائع فيما أنفقه على المبيع وفيما دفعه إلى المالك عوضاً عن المنافع وغيرها ، اما إذا كان المشتري جاهلاً بالفضولية ومعتقداً بأن البائع هو المالك للمبيع ، فالذي نص عليه جماعة من الفقهاء ان للمشتري الحق في الرجوع على البائع فيما اغترمه للمالك وفيما أنفقه على المبيع لأنه قد غرر به وسبب له هذه المصارفات ، وأضافوا إلى ذلك بأن هذه المسألة أشبه بشاهد الزور من أي شيء آخر حيث يرجع عليه المدعي عليه فيما يفرمه بشهادته إذا تراجع عن شهادته بعد ذلك ، بالإضافة إلى قاعدة لا ضرر ولا ضرار في الدين ، وإلى ما جاء في رواية جميل بن دراج عن الإمام الصادق (ع) وقد سأله عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ، ثم يجيء مستعق الجارية ، قال (ع) : يأخذ الجارية مستعقها ، ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه .

هذا بالنسبة إلى ما أنفقه المشتري على المبيع بدون مقابل له ، اما لو استفاد منه في مقابل ما أنفقه عليه ، كما لو سكن الدار مثلاً واستفاد بلبن الدابة التي استلمها من الفضولي فقد الحق هذه الصورة جماعة من الفقهاء بالصورة الأولى ، لأنه غرر به ولأن المقام شبيه بمن قدم لآخر طعام غيره فأكله معتقداً بأنه له فتبين انه لشخص آخر ، فانه يضمن له ما يدفعه إلى مالك الطعام ، بالإضافة إلى رواية

جميل بن دراج المتقدمة حيث نصت على رجوع المشتري على البائع بما يغرمه للمالك الجارية مع العلم بأن المشتري قد استمتع بالجارية في مقابل الثمن وأصبح ولده منها حراً ، وحريته من المنافع التي تعادل الثمن الذي دفعه في مقابله .

ورجح جماعة من الفقهاء ومنهم السيد في الرياض والشيخ في الجواهر عدم الرجوع على البائع في هذه الصورة ، لأن المشتري قد استفاد في مقابل المال المدفوع للمالك (١) .

والخلاف بعينه واقع بالنسبة إلى المال المدفوع للمالك عوضاً عن الزيادة الطارئة على قيمة المبيع ، كما لو ارتفعت قيمة المبيع وهو في يد المشتري قبل تلفه ، وكما لو باع الفضولي ما تساوي قيمته عشرين بعشرة مثلاً وتلف عند المشتري ونحو ذلك ، وليس بعيد أن يكون الرجوع على البائع في المقام أكثر انصافاً من الرجوع عليه في مسألة ما لو استفاد المشتري في مقابل ما أنفق أو اغترمه للمالك ، حيث أن غرامته لم تذهب بدون مقابل في تلك المسألة بخلاف مسألتنا هذه فإنه لم يستقد في مقابل الزيادة شيئاً وقد تسببت عن اغراء البائع وتغريه له .

وقد اعتبر بعض الفقهاء التغرير من جملة أسباب الضمان اعتماداً على بعض النصوص الواردة فيمن زوج رجل امرأة ووصفها له بما يخالف واقعها وقد اجاب الإمام (ع) بأن الزوج يرجع بالمهر على من غره ودلس عليه ، والنصوص الواردة لبيان حكم شاهد الزور وأنه يضمن للمشهد عليه ما يغرمه للمدعي بسبب شهادته ، بالإضافة إلى الحديث المروي عن النبي (ص) وقد جاء فيه «المغرور يرجع على من غره» ومن مجموع هذه الأدلة بضميمة قاعدة الضرر استنتج بعض الفقهاء قاعدة التغرير واعتبرها أصلاً عاماً في باب الضمان ، ولكن جماعة من الفقهاء لم تتوفر لديهم القناعة التامة من

١ - انظر نهج الفقهة والجواهر كتاب التاجر .

مجموع هذه الادلة ولم يعتبروا الغرور بنفسه كافياً لتضمن الغار إلا إذا توفرت في الغار الشروط التي لا بد منها في التضمن بنحو يرجع الغار إلى كونه متلفاً بنظر العرف لمال المغرور أو سبباً في الإثلاف ونحو ذلك من الموارد التي اعتبرها الشارع من موجبات الضمان (١) .



١ - انظر نهج الفقاهاة للسيد الحكيم ص ٢٧٢ و ٢٧٣ وانظر كتابنا المبادئ العامة للفقه الجعفري ص ١٢٦ و ١٢٧ .

الفضولي والمذاهب الاربعة

٢٧

لقد تبين من جميع ما تقدم ان عقد الفضولي بجميع صوره وأقسامه التي أوردناها من العقود الصحيحة إذا أجازها المالك عند أكثر الفقهاء الجعفرين ، ولا سيما إذا باع الفضولي أو اشترى للمالك ، ويبدو من مصادر الفقه على المذاهب الاربعة ان فقهاء هذه المذاهب أقل تحمساً وقسماً بالفضولي من الجعفرين ، فقد جاء في بداية المجتهد : ان الشوافع قالوا بفساده سواء كانت الفضولية في البيع أو الشراء ، وصححه المالكية في الحالتين ، وفصل الاحناف بين البيع فضولاً والشراء فأجازوه في الأول وأبطلوه في الثاني .

قال في بداية المجتهد : واختلفوا في بيع الفضولي هل ينعقد أم لا ، وصورته ان يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضي به صاحب المال امضى البيع وإلا فسخ ، وكذلك في شراء رجل لآخر بغير أذنه على انه ان رضي صح الشراء وإلا فلا ، فمنعه الشافعي في الحالتين ، وأجازه مالك فيهما ، وفرق ابو حنيفة بين البيع والشراء فقال : يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء ، وأضاف إلى ذلك : ان عمدة المالكية هو ما روي عن النبي (ص) انه دفع ديناراً إلى عروة البارقي ليشتري به شاة فاشترى شاتين .

واعتمد الشوافع على المرويات عن الرسول (ص) الناهية عن بيع ما ليس

ملكاً للبائع (١) .

ويؤيد ذلك ما جاء في الفقه على المذاهب الأربعة . ان الشافعية يشترطون لصحة البيع اثنين وعشرين شرطاً ، منها أربعة في العاقد ومن جملتها أن يكون له على المبيع ولاية ، فاذا لم يكن له ذلك يبطل العقد الواقع منه فضلاً .

وجاء فيه ان الأحناف يشترطون في المبيع ان يكون مملوكاً للبائع إذا أراد أن يبيعه لنفسه ، ولم يرد نص صريح على التفصيل الذي نسب اليهم في بداية المجتهد ، ولعله انتزعه من قولهم : لا بد وان يكون مملوكاً للبائع إذا أراد أن يبيعه لنفسه ، ومعنى ذلك انه لو أراد ان يبيعه لملكه تكفيه اجازة المالك وموافقته على العقد كما يفهم من اشتراط كونه مملوكاً للبائع فيما لو باع لنفسه .

ونص في الكتاب المذكور على ان المالكية يعتبرون في العاقد ان يكون مالكا أو وكيلًا عن المالك وان بيع الفضولي يقع صحيحاً ولا يلزم إلا بعد اجازة المالك له .

وجاء فيه أيضاً : ان الحنابلة يشترطون في المبيع ان يكون مملوكاً لبائعه وقت العقد ملكاً تاماً ، ولذلك فقد نسب اليهم القول بالبطلان كما نص على ذلك الدكتور محمد يوسف (٢) .

وقال الاستاذ الشيخ علي الحنيف : ان الشرعيين يريدون بالفضولي من يتصرف

١ انظر بداية المجتهد لابن رشد المجلد الثاني ص ١٧١ .

٢ - انظر الفقه على المذاهب الأربعة قسم المعاملات ص ١٦٦ و ١٦٧ و ١٦٨ والمدخل لدراسة نظام المعاملات حيث نسب الى الاصناف والمالكية القول بالصحة مع الاجازة ، ونسب الى الشوافع والحنابلة البطلان ص ٢٩٢ و ٢٩٣ وانظر فيما يتعلق بالفضولية في البيع ، والشراء عند الاصناف المدخل للدكتور محمد يوسف ص ٣٩٦ حيث نقل من البدائع المجلد الخامس والحموي على الاشبيسiah والنظائر لابن نجيم ما يشعر بالتفرقة بينهما .

تصرفاً لا شأن له به وليست له ولاية اصداره ، كمن يبيع ملك غيره بدون اذن منه ولا ولاية له عليه ، او يرهنه او يؤجره او يزوج غيره بدون اذنه .

ثم قال : ان حكم ما يباشره الفضولي إذا تولى عقداً من العقود يكون موقوفاً على اجازة من له الشأن فيه ، فان باع او أجر او رهن كان عقده موقوفاً على اجازة مالك المبيع والعين المستأجرة او المرتبته ، وان طلق كان الطلاق موقوفاً على اجازة الزوج ، فان أجاز نفذ العقد من حين وقوعه وان رفض بطل ايضاً (١)

وفى ما يتعلق بالاجازة فقد نص الامتداد الخفيف انها انما تؤثر في صحة العقد بشرطين . الاول ان لا يجد العقد نفاذاً على الفضولي نفسه ، بأن لا يكون بالامكان تنفيذه عليه ، فان وجد نفاذاً ولم يجزه من له الشأن نفذ على الفضولي ولزم ان كان لازماً ، وذلك كما لو اشترى الفضولي عيناً من الاعيان لشخص ، فان الشراء يكون نافذاً على الفضولي نفسه إذا لم يرض به ذلك الشخص لنفسه ، لأن الفضولي ملتزم بالعقد أمام البائع ، ولا يسأل أمام البائع غيره وفي الامكان إلزامه باعتباره مشترياً لنفسه ، فينفذ العقد عليه ويلزم به . أما إذا باع ملك غيره لم يكن بالامكان إلزامه بذلك العقد إذا لم يجزه ذلك الغير ، لأن نفاذه عليه يستلزم الاضرار به ، وذلك ببيع ملكه من غير رضاه فلا ينفذ هذا العقد على أحد (٢)

ويبدو من ذلك انه يفرق بين الفضولية في البيع والشراء ، فالشراء فضولاً ينفذ على المشتري اذا رفض من وقع الشراء له الاجازة ، والبيع عن المالك فضولاً ينفذ على المالك إذا أجازته وإذا رفضه يقع لغواً ولا ينفذ على أحد .

ومقتضى التعليل الذي اعتمده للفرق بين الأمرين هو عدم نفوذه على المشتري

١ - انظر احكام المعاملات الشرعية ص ١٢٣ .

٢ - نفس المصدر ص ١٢٣ .

لأنه لم يلتزم الشراء لنفسه بل التزمه لغيره ، فإذا لم يجز الغير ورفض الشراء يجب أن يكون العقد لغواً لأن الزام المشتري به في هذه الحالة اضرار به ، هذا بالإضافة إلى أن قصد المتعاقدين لا بد من مراعاته في العقود ، والمفروض أن المشتري قد اشترى لغيره ولم يقصد الشراء لنفسه .

الشرط الثاني : من شرطي نفوذ الإجازة أن يكون للعقد مجيز حين انشائه ، كأن يبيع عقار رشيد أو عقار صغير بمثل قيمته ، فإن للمالك الرشيد الحق في إجازته وينفذ العقد من حين صدوره ، لأن له أن يتولى البيع بنفسه ، ولولي الصغير الحق في إجازة العقد ، لأن له انشائه أيضاً ، ولو باع عقار الصغير فضولاً بغبن فاحش لا يتسامع الناس بمثله ، أو طلق زوجته أو وهب ماله فضولاً يكون العقد باطلاً لا تصححه الإجازة لأن هذا العقد ليس له مجيز حين صدوره ، حيث أن الصغير ليس أهلاً للإجازة ، والولي ليس له الحق في إجازته مع الغبن الفاحش المضر بحال الصغير ، كما وأنه لا يملك الموافقة على طلاق زوجة الصغير وهبة أمواله (١) .

وقد ذكرنا رأي الجعفرين في هذه المسألة ، وإن أكثرهم يرجع صحة الفضولي ولو لم يكن للعقد مجيز حين انشائه ، كما لو باع شخص مال اليتيم ولم يكن البيع مصلحة له ، أو زوج شخص الصغير الذي لا ولي له حين العقد ، فإذا بلغ تصح منه الإجازة وينفذ العقد ، ولم يخالف بذلك إلا العلامة الحلي والاسكافي من فقهاء الشيعة .

والظاهر أن النزاع بين الجعفرين في أن الإجازة تصحح العقد من حين صدوره أو من حين صدورها ، هذا النزاع لا أثر له في فقه السنة ، ذلك لأن القائلين بصحة الفضولي ولزومه بالإجازة يصرحون بأن آثار العقد تترتب عليه من حين صدوره ، وإن جميع زوائد المبيع ونوائه الحاصلة بين العقد والإجازة هي للمشتري .

١ - انظر المصدر السابق ص ١٢٤ والفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٢٩٦

وقال الشيخ علي الحقيف : واجازة العقد تجعله وكيلاً في اصداره ، وكأنه قد وكله بذلك قبل مباشرته ، ولذا قال الفقهاء : الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة فيصير العقد نافذاً من وقت انشائه .

وأضاف إلى ذلك ان الاجازة لا تكون صحيحة إلا إذا توفرت فيها الشروط التالية :

الأول : ان تكون بمن له ولاية انشاء العقد ، فلو وقعت من غيره لا تؤثر في صحته .

الثاني : ان تصدر حال حياة الفضولي لأنه ينقلب بها وكيلاً عنه في بيع ماله ، فإذا توفي الفضولي البائع ار الفضولي المؤجر لم يصح العقد باجازة المالك ، نعم إذا كان فضولياً في الزواج والطلاق ونحوهما من العقود التي لا ينقلب الفضولي فيها إلى وكيل بعد الاجازة ، هذا النوع من العقود يصح بالإجازة من المالك ولو كانت بعد وفاة العاقد الفضولي ، لأن الفضولي في هذه العقود تنتهي مهمته بإنشاء الصيغة ولذا فإنه لا يملك ابطالها بعد انشائها ، وينتج من تصنيف العقود من ناحية الاجازة ، انه لو باع شخص مال غيره فضولاً ومات قبل اجازة المالك لم تعد الإجازة صالحة لتصحيح العقد وترتيب الآثار عليه ، ولو زوج شخص امرأة فضولاً ومات قبل اجازتها فلها ان تجيز بعد وفاته ويصح نكاحها .

الثالث : ان تكون الإجازة في حياة الطرف الآخر الأصيل ، فلا تكفي اجازة عقد البيع بعد وفاة المشتري ، ولا اجازة عقد النكاح بعد وفاة الزوج الأصيل (١) .

١ - لقد ذكرنا ان العقد لا يبطل بموت الاصيل قبل الاجازة عند الامامية ، لان المال الذي انشأ الاصيل المعاوضة عليه ينتقل بموته الى ورثته من غير فرق بين ان تكون الاجازة ناشئة او نافذة ، واذا اصبح المال ملكاً للوارث فلا بد من اجازتهم للعقد الصادر من مورثهم فان اجازوه صح العقد من جهتهم وباجازة المالك الاخر يصح من الطرفين ويلزمهما الوفاء به

الرابع : ان لا يعرض على المبيع او الثمن ما يوجب هلاكه قبل الاجازة ،
فلا تكفي اجازة العقد بعد تلف المبيع ، لانه يترتب على الاجازة نفاذ العقد ،
ونفاذه بظهور أثره في محله ، وإذا كان محله معدوماً لا يظهر له أثر فيه (١)



١ - لقد ذكرنا ان الجعفرين يذهبون الى بطلان العقد وعدم كفاية الاجازة لتصحيحه
في مثل هذه الحالات .
١ - انظر احكام المعاملات الشرعية للتخفيف ص ١٢٥ .

الفضولي في التشريع المدني

٢٨

يدعي الدكتور سليمان مرقس في كتابه نظرية العقد . ان الفضولي الذي بحثه الشرعيون وتعرضوا لاحكامه مسكوت عنه في التشريع المدني ، وقد تعرض التشريع المدني لنوع من التصرفات بعنوان الفضالة ، وتعرض لاحكامها ونتائجها ولم يلتزم الجانب الذي حدده الشرعيون في اجرائهم عن تصرفات الفضولي ، ومع ذلك فالناحية التي بحثها التشريع بعنوان الفضالة ليست بعيدة عن الفضولية في الفقه الاسلامي بل تلتقي معها في كثير من الاحكام والآثار .

وقد عبر عن الفضولي المبحث عنه في الفقه الاسلامي بالعقد الموقوف ، وفرق بينه وبين العقد القابل للابطال ، بأن القابل للابطال تترتب عليه آثاره من حين صدوره في حين ان العقد الموقوف لا يترتب عليه أثر إلا بعد الاجازة ممن له التصرف كالمالك والوصي والولي ، مع العلم ان كلاً منها قد توافرت فيه شروط الانعقاد وشروط الصحة ، ومثل للعقد الموقوف بما لو صدر العقد من شخص لا ولاية له على انشائه ، وبما لو تخطى الوكيل والوصي حدودا الوكالة والوصاية ، واستطرد يقول : وحكم هذا النوع من العقود انه لا يترتب عليه أي أثر من آثاره على الرغم من انه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده ، بل يتوقف ترتب اثره على اجازته ممن له حق مباشرته ، فان اجاز اجازة صحيحة نفذ العقد من وقت صدوره ، وان رفض بطل ، فالاجازة في عقد الفضولي تبعث فيه الحياة ،

ومضى يقول: ان الفضولي بالمعنى المتقدم مسكوت عنه في التشريع المدني، وهذا السكوت بخول وفقاً للمادة الأولى فقرة ثانية من التقنين المدني الرجوع في شأن هذا العقد إلى مصادر القانون الأخرى، ومنها الشريعة الإسلامية، ويجوز لنا ان نستمد من هذه الشريعة فكرة العقد الموقوف لنسد بها النقص البادي في التقنين المدني، وقد أقر المشرع صراحة في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١١٦ سنة ١٩٥٢، الحاص بالوبة على المال حيث صرح بأن عقد الوصي خارج حدود الوصاية يكون موقوفاً على اجازة المحكمة ولا ينتج أي أثر إلا متى تمت اجازته.

ومن ذلك تبين ان الفضولي المبحوث عنه في الفقه الاسلامي بالرغم من ان المشرعين المدنيين قد أهملوا الناحية التي اهتم بها الشرعيون في ابحاثهم عنه ومع ذلك فهو لا يعد من العقود الفاسدة عندهم، بل هو عقد صحيح يتم ويتكامل باجازة من له التصرف في اصداره، ويكون للاجازة مفعول رجعي بالنسبة إلى الآثار المقصودة للمتعاقدين، ويشترك الفضولي مع العقد القابل للإبطال الذي تعرض لأحكامه الفقه المدني كما جاء في نظرية العقد للدكتور مرقس، ان كلاً منها يحتاج إلى الاجازة غير ان اجازة العقد القابل للإبطال تبعد عنه عوامل الفناء وتقوي فيه عوامل الصحة وتؤيد ما انتجه من الآثار، اما الاجازة في عقد الفضولي فإنها تبث فيه الحياة وتسمح بأن تترتب عليه الآثار المقصودة منه، في حين ان الفضولي يختلف عن العقد القابل للإبطال (١) في ان القابل للإبطال ينتج جميع آثاره من وقت ابرامه، وعقد الفضولي لا ينتج اي اثر قبل ورود الاجازة عليه، ويشترط في صحة اجازة العقد القابل للإبطال الشروط التالية:

الأول: علم المجيز بالسبب الذي جعل العقد قابلاً للإبطال واتجاه ارادته نحو

١ - والعقد القابل للإبطال هو الذي يكتمل وجوده وتتوافر اركانه، ولكنه يفقد شرطاً من شروط صحة اهم ركن ن اركانه وهو الرضا، وذلك فيما لو كان الرضا فيه مشوباً بغلط او تدليس او اكراه ونحو ذلك من بواعث الرضا بالعقد.

التنازل عن حقه في ابطال العقد .

الثاني : زوال ذلك السبب فمن كان عقده قابلاً للإبطال لنقص أهليته او لكونه مكرهاً لا تصح اجازته إلا بعد زوال هذا السبب بأن يزول عنه الإكراه ، او يصبح كامل الأهلية .

الثالث : أهلية المجيز وقت الاجازة ، فلو كان العقد قابلاً للإبطال لغلط او تدليس ونحوهما من عيوب الارادة ، ولكن العاقد لم يجز العقد إلا بعد ان أصبح محجراً عليه لسفه او به وغيرهما فلا تصح اجازته في هذه الحالة (١) .

وبما يجدر بنا ذكره ان القانون المدني العراقي قد عالج العقود الموقوفة على حد تعبيرهم في المواد ١٣٥ و ١٣٦ ، وتعرضت المادة ١٣٥ لعقد الفضولي ، والمادة ١٣٦ للاجازة واحكامها ، وقد جاء فيه من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك ، فإذا أجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلاً ، ويطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من الطرف الآخر ، وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي يبطل العقد ، ويرجع المشتري على الفضولي بالبدل إذا كان قد دفعه اليه ، فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الأصيل عالماً انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء (٢) .

وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها للمشتري وهلك في يده بدون تعد منه

١ - انظر نظرية للدكتور مرقس ص ٢٨٢ و ٢٨٣ و ص ٢١٢ و ٢١٣ و ٢١٤ وقد اخذ الفقه الجعفري هذه الشروط بعين الاعتبار ولم يعتن بالاجازة بدونها وقد ذكرنا ذلك خلال حديثنا عن الفضولي في الفقه الشيعي .

٢ - لقد ذكرنا ان اكثر الفقهاء الجعفريين ومنهم الشيخ الانصاري في مكاسبه قد ذهبوا الى ان المشتري ليس له ان يرجع على البائع الفضولي فيما لو تلف العوض في يد الفضولي اذا كان عالماً بأنه فضولي في بيعه ، لانه قد سلطه عليه مع العلم بان المالك قد لا يجيز العقد ، كما رجح جماعة من الفقهاء عدم الرجوع عليه بالثمن ولو كان باقياً .

او تفريط بها فللمالك ان يضمن قيمتها ايها شاء ، فإذا اختار احدهما ورجع عليه سقط حقه عن الآخر (١) .

وجاء في المادة ١٣٦ فيما يتعلق باجازة عقد الفضولي : اجازة العقد الموقوف تكون صراحة ودلالة ، وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد، وبشروط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد، ولا يشترط قيام العاقدین او المالك الأصلي او المعقود عليه وقت الاجازة (٢) .

والتحصل من هذه المادة ان الاجازة كما تكون بالألفاظ الصريحة تكون بالفعل الدال عليها وانما تؤثر في العقد من حين صدوره كما هو مفاد الكشف الحكمي والحقيقي عند الجعفرين ، وبكفي في صحتها وجود من يملكها حين العقد (٣) .

وقد بحث السنهاوري في الوسيط موضوع التصرف في ملك الغير بعنوان الفضالة بحثاً موسعاً وكما ذكرنا قد يلتقي في كثير من أمثله ونتائج مع الشرعيين في أبحاثهم عن الفضولي وهي من الناحية الموضوعية تركز على الأركان الثلاثة التالية :

الأول : ان يقوم الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر كبيع وشراء واجارة وعمل من الأعمال ، وهذا هو الركن المادي على حد تعبير السنهاوري .

الثاني : ان يقصد الفضولي بعمله مصلحة رب العمل وهو الركن المعنوي .

١ - وقد اختار اكثر الجعفرين هذا الرأي في مسألة تعاقب الايدي على ملك الغير .

٢ - انظر الموجز في شرح القانون المدني لعبد المجيد الحكيم ص ٢٨٢ .

٣ - وقد اختار العلامة الحلبي والفقيه الاسكافي عدم الاكتفاء بوجود الجبر للعقد

حين الاجازة بل لا بد من وجوده حين العقد .

الثالث : ان لا يكون ملزماً بما قام به ولا موكلاً فيه ولا منياً عنه ، وقد مثل للركن الأول بما لو كان وكيلاً عن رب العمل وتجاوز حدود الوكالة ، او استمر بعمله بعد انتهاء مدة وكالته من موكله ، او قبل هبة من الواهب للموهوب له او اجر عيناً مشاعة بينه وبين شخص آخر ، ولا يكفي في الفضالة ان يكون ذلك العمل نافعاً للمنوب عنه ، بل لا بد مع ذلك من كونه من الشؤون العاجلة بالنسبة اليه ، فإذا كان كذلك كان لازماً على رب العمل ، وإذا كان نافعاً ولم يكن من الشؤون العاجلة فلا يجوز للفضولي ان يتدخل ويباشر ذلك العمل ، وإذا تدخل لا يكون صاحب العمل ملزماً به ، وله ان يجيز تدخل الفضولي في هذه الحالة أي ان العمل لا يكون نافذاً إلا بعد اجازته ، والمراد بكونه من الشؤون العاجلة لرب العمل ان يكون ضرورياً بالنسبة اليه ، بنحو يكون العمل الذي قام به الفضولي من الأعمال التي لا يتوانى عنها صاحبها ، وذلك كما لو أجر ملكاً لغيره لا يمكن استغلاله إلا بالاجارة وكما لو باع بعض محصولاته التي هي في معرض التلف ، او تعاقد الفضولي مع شخص لإصلاح منزل لغيره (١) .

ويبدو ان السهوري يفرق بين الفضولي والفضالة ويعتبر في الفضالة ان تكون نية الفضول متجهة إلى العمل لمصلحة الغير ، لأن الفضالة من التفضل على حد تعبيره ، فإذا انجهد نية إلى العمل لمصلحة نفسه فلا يكون فضولياً حتى ولو عاد العمل على الغير بالمنفعة ، ويرتب على ذلك انه لو ظن او اعتقد انه يعمل لمصلحة نفسه فتبين ان العمل للغير لا يكون فضولياً ، وذلك كما لو باع أو أجر مالا ظن انه ملكه ، فإذا هو لغيره ففي مثل ذلك لا يكون فضولياً بالمعنى المقصود من الفضالة (٢) .

اما الفضولية بما لها من المعنى الواسع عند الشرعيين التي تشمل التصرف في

١ - انظر الوسيط ص ١٢٣٦ و ١٢٤٠ .

٢ - نفس المصدر .

مال الغير حتى ولو لم يكن فيه مصلحة له ، وتشمل تصرف العاقد لنفسه كما لو ظن او اعتقد ان المال له فباءه لنفسه وتبين انه لغيره ، هذا النوع من الفضولية ليس من الفضالة ، ولو اجاز المالك العمل الصادر من غيره يخرج عن عنوان الفضالة ويصبح وكيلاً ذلك الغير فيه ، لأن الوكالة كما تكون بالاذن السابق كذلك تكون بإجازته المتأخرة سواء كان القائم بالعمل مستوفياً للشروط التي هي من اركان الفضالة ، او لم يكن ، فالاجازة المتأخرة تجعل القائم بالعمل وكيلاً من حين تدخله في شؤون الغير ، ولو كان المالك او رب العمل حين تصرف الفضولي غير صالح للاجازة كما لو كان قاصراً او مكرهاً ، ولكنه وقت الاجازة أصبح كامل الأهلية فإجازته تصح تصرف العاقد من حين صدوره (١) .

وقد فرق السهوري بين ان يتصرف الفضولي لنفسه بمال الغير وبين ان يتصرف به لصاحب المال ، فقياً إذا تصرف فيه لصاحب المال بأث باع لصاحب المال او أجر له فلا يشترط فيه ان يكون كامل الأهلية ، ويكفي فيه ان يكون مميزاً ولو لم يبلغ سن الرشد ، اما إذا تصرف لنفسه بالبيع او الشراء ، او باشر عملاً في مال الغير باسمه الشخصي فلا بد وان يكون كامل الأهلية لأنه قد التزم البيع والعمل لنفسه (٢) .

ولم يفرق الجعفريون بين الفضولي والأصيل من حيث اعتبار الأهلية الكاملة فيها كالبلوغ والرشد والاختيار وغير ذلك من الشروط التي لا بد منها في المتعاقدين ، وليس الفضولي كالوكيل في اجراء العقد ، لأن الوكيل يمكن ان يكون آلة في ايجاد العمل المكلف به بنحو لا يكون له أكثر من هذه الصلاحية ،

١ - نفس المصدر ص ١٢٤٢ وقد ذكرنا ان اكثر الجعفريين في فقههم يرون ان الاجازة المتأخرة تكفي لترتيب الآثار على العقد من حين صدوره كما يكتفون بها ممن هو كامل الاهلية حين صدورها وان لم يكن صالحا للاجازة حين العقد .

٢ - المصدر السابق ١٢٥٦ .

ولذا لم يشترط بعض الفقهاء فيه اكثر من كونه مميّزاً ولو لم يكن بالغاً رشيداً ،
على ان اكثر الفقهاء لا يفرقون بين الوكيل والاصيل من هذه الناحية ، ويشترطون
فيه أن يكون صالحاً لأن يستقل بنفسه في جميع تصرفاته ، كما يبدو ذلك من
الجاميع الفقهية الشيعية كالجواهر والحدائق وغيرها .

وجاء في الوسيط : ان الفضالة لا تنتهي بموت رب العمل بل يبقى الفضولي
قائماً بالتزاماته نحو الورثة كما كان قائماً بها مع مورثهم ، وأضاف إلى ذلك بأن
موقف الفضولي من ورثة رب العمل هو عين موقفه من رب العمل نفسه فهو
فضولي بالنسبة اليهم كما كان فضولياً بالنسبة لمورثهم (١) .

والمقصود من ذلك ان تصرفات الفضولي تبقى صالحة للتأثير فيما لو لحقتها
الاجازة من الوراث لأنها متعلقة بأموال مورثهم وأمواله تنتقل اليهم بمجرد موته
فيقومون مقامه فيما يعود إلى الاحكام والاثار المترتبة على هذه التصرفات ، ولا
يضر في ذلك تبدل المالك .

وبلغني السنيوري في هذا الرأي مع اكثر الفقهاء الجعفرين حيث نصوا على
انه لو مات المالك ينتقل المال موضوع العقد إلى ورثته فلم اجازته ورده كما
كان لمورثهم ذلك ، لا من جهة انهم يرثون الاجازة ، بل لأنهم يرثون أصل المال
الذي باعه الفضولي او تصرف فيه بنحو من انحاء التصرف المحتاج إلى موافقة
المالك ، فلا بد من اجازتهم وموافقتهم على تصرفات الفضولي (٢) .

وبجمل القول ان الفضالة التي يبحث عنها الفقه المدني لا تختلف من الناحية
الموضوعية عن الفضولية التي بحثها الشرعيون ذلك لأن قوامها التصرف في مال
الغير بيعاً وشراء واجازة ونحو ذلك ، ولكن الشرعيين يبحثون عن هذه

١ - انظر ص ١٢٦١ من الكتاب المذكور .

٢ - انظر صفحة ٢٤٢ من نهج الفقاهة للسيد الحكيم .

التصرفات من حيث كفايتها ونفوذها بعد الموافقة عليها من المالك سواء كانت من الشؤون العاجلة بالنسبة اليه او لم تكن وسواء أ كانت لمصلحته او لمصلحة العاقد او لغير ذلك من الجهات ولا يرون المالك ملزماً بشيء لمصلحة الفضولي حتى ولو أنفق على المال الذي تصرف فيه بالبيع والشراء أو بغيرهما من الاعمال أو تحمل في سبيله بعض المتاعب والاضرار لأنه متبرع في أعماله وتصرفاته . والمدنيون يبحثون عن الفضالة بعد وجود أركانها الثلاثة التي ذكرناها من ناحية الفوائد المترتبة عليها للفضولي ولرب العمل ، ويرون المالك ملزماً بأربعة أمور للفضولي :

الأول : تنفيذ التعهدات وجميع الاعمال التي قام بها الفضولي بالنيابة عنه .

الثاني : أن يدفع إلى الفضولي تعويضاً عن التعهد الذي عقده باسمه .

الثالث : أن يرد اليه النفقات الضرورية التي أنفقها ، وأن يدفع له اجراً على عمله إذا كان العمل الذي قام به من اختصاصه .

الرابع : أن يعرض على الفضولي في مقابل الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل .

هذه الالتزامات الاربعة لا بد من تنفيذها كما تنص على ذلك المادة ١٩٥ ، وإذا لم يكن لرب العمل مصلحة في العمل ولم يكن من المصالح المستعجلة بالنسبة اليه لا يجوز للفضولي أن يتدخل وأن يقوم بأي تصرف في مال الغير ، وإذا تصرف والحال هذه لا يكون رب العمل ملزماً له بشيء ، ولكنه إذا رأى أن يجيز تصرفه ، فان الاجازة تجعل العمل نافذاً في حق المجيز وفقاً للقواعد العامة ويصبح وكيلاً عنه في التصرف أي ان احكام الوكالة تعطى لهذا التصرف ويخرج بذلك عن الفضالة التي يبحث عن احكامها واثارها الفقه المدني (١) .

١ - انظر الوسيط ص ١٢٢٦ ، وقال الدكتور محمد يوسف في كتابه المدخل : وقد نظر القانون المدني نظرة طيبة لتصرفات الفضولي اذا فرض فيه حسن النية بما يقوم به من تصرفات للغير بقصد الخير لهم ، ولهذا تقول المادة ١٩٠ تسري قواعد الوكالة اذا اقر رب العمل ما قام به الفضولي .

الفصل الثالث في محل العقد

الشروط التي يجب ان تتوفر في محل العقد

٢٩

لا يعطي العقد النتائج المطلوبة للمتعاقدين إلا إذا توفرت فيه الشروط التالية :

الأولى : ان يكون للعوضين مالية بنظر العرف والشرع ، ومعنى ذلك ان لا يكون الشيء الذي يراه العرف من الأموال قد نهى الشارع عن التعامل به ، كالحمر والخنزير والحشرات ونحو ذلك ، والمراد من المال هو الذي يصلح للانتفاع سواء أمكن الانتفاع به مع بقاء أصله كالأموال والعقارات ونحوهما ، أم كان الانتفاع به مستلزماً لإتلافه كالحبوب وجميع المأكولات وما أشبه ذلك ، وسواء كانت مالية الشيء بالإعتبار وقوة النفوذ كالأوراق النقدية وغيرهما بما تعارف التعامل به وبذل الأموال في مقابله ، أم كانت ماليته من حيث ذاته كالحبوب التي لا يستغني عنها عامة الناس والمجوهرات والذهب والفضة ونحو ذلك بما لا يحتاج إلى السلطان وغيره ممن بيدهم القوة والنفوذ ، ومن ذلك تبين ان الشيء الذي تصح المعاوضة عليه لا بد وان يكون مالاً بنظر العرف من غير فرق بين ان تكون ماليته ملازمة لذاته وبين ان تكون عارضة عليه بسبب اعتبارها من اصحاب القوة والنفوذ او من غيرهما ، كما لو دعت الحاجة إلى استعمال بعض الأعشاب للتداوي ، وشاع نفعها لذلك المرض بين الناس فبطبيعة الحال يصبح لذلك الدواء

مالية بنظر العرف ، وقد يذلون في سبيله أغلى الأثمان ويتنافسون على الإنجار به ، وحينئذ فما ليس مالا بنظر العرف كالحشرات ونحوها لا يصح التعاقد عليه ، كما وان الأشياء التي أمسقط الشارع ماليتها كالحمر والخنزير والميتة والفضلات ونحو ذلك لا يصح الإنجار بها لأن الشارع لم يحترم ماليتها ولم يقر التعامل بها ، ولا ملازمة بين سلب المالية عن الشيء وسلب الملكية عنه ، ذلك لأن الملكية قوامها ذات الشيء ، والمالية تتقوم بما يترتب على الشيء من الفوائد والمنافع ، ومعلوم ان الانجار والتعامل بين الناس لغاية الانتفاع ودفع الضرورات ، وإذا لم يكن للشيء مالية لا تحصل الغاية المطلوبة من المعاملة ، ولذلك لا يكفي في العوضين ان يكونا مملوكين للمتعاقدين إذا لم يكن لهما مالية بنحو من الأثمان التي ذكرناها .

قال الشيخ مرتضى الانصاري : ان كل ما تحقق انه ليس بمال عرفا فلا أشكال ولا خلاف في عدم وقوعه عوضاً في المعاملة ، وما لم يتحقق فيه ذلك فان كان أكل المال في مقابله اكلاً بالباطل بنظر العرف فالظاهر فساد المقابلة بينه وبين المال ، وإذا لم تتحقق ذلك من العرف ، فان ثبت بدليل من نص او اجماع عدم جواز بيعه فهو ، وإلا فلا يخفى جواز الرجوع فيه إلى عمومات صحة البيع والابارة ، بالإضافة إلى ما جاء عن الإمام (ع) : كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات ، فذلك حلال بيعه وشرائه .

ولم يخالف في اعتبار هذا الشرط في العوضين أحد من الفقهاء الجعفرين ، وغيرهم من فقهاء المذاهب الاسلامية كما يبدو ذلك من بعض النصوص الفقهية .

فقد جاء في كشف القناع المجلد الثاني : ان من شروط المبيع والتمن ان يكونا مالين ، والمال شرعاً هو ما أبيع الانتفاع به من الاعيان والمنافع من غير حاجة او ضرورة ، ويخرج من ذلك ما لا نفع فيه أصلاً كالحشرات وما فيه منفعة محرمة كالحمر او منفعة للحاجة كالكلب ، او للضرورة كالميتة حال

وقال في المجلد الثاني من الفقه على المذاهب الاربعة : الشرط الرابع أن يكون المبيع مالاً متقوماً شرعاً ، فلا ينعقد بيع الخمر ونحوه من كل ما لا يباح الانتفاع به شرعاً ، وكذلك لا ينعقد بيع اليسير من المال كحبة من حنطة لأنها ليست مالاً متقوماً ، وأضاف إلى ذلك : انه يشترط في كل واحد من العوضين ان يكون مالاً قائماً فاذا عدم أحدهما لا ينعقد البيع (٢) .

الشرط الثاني : ان يكون الثمن والمبيع مملوكين للبائع والمشتري ، ولازم ذلك عدم جواز بيع المشاعات بين جميع الناس كالماء والاعشاب والهواء والاسماك قبل اصطيادها والطيور في الهواء والوحوش في البراري وغير ذلك مما يشترك به جميع الناس قبل حيازته ومن ذلك الاراضي التي يستولي عليها المسلمون في حروبهم مع غير المسلمين بقوة السلاح وذلك إذا كانت عامرة حينذاك ، ذلك لأنها ملك لجميع المسلمين ، والمراد من ملكيتهم لها هو انها تصرف في مصالحهم حسبما يراه الحاكم العادل المتولي لأمرهم .

قال الشيخ مرتضى في المحكاسب : وإن رفعت يده عنها قهراً وغنوة فهي كسائر ما لا ينتقل من الغنيمة كالنخل والاشجار والنبات للمسلمين كافة اجماعاً على ما حكاه في الخلاف والتذكرة وغيرهما (٣) وأضاف إلى ذلك : ان النصوص بذلك مستفيضة ، منها رواية الحلبي عن الإمام الصادق (ع) . ان السواد لجميع المسلمين لمن هو اليوم ، ولمن دخل في الاسلام بعد اليوم ، ولمن لم يخلق بعد .

١ - انظر الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٢٦١ و ص ٥٩ من احكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف .

٢ - انظر ص ١٦٧ من المجلد الثاني الفقه على المذاهب الاربعة .

٣ - الخلاف والتذكرة كتابان في الفقه الجعفري الاول منهما للشيخ الطويس والثاني للعلامة الحلبي .

وجاء في رواية حماد بن عيس عن احد الائمة (ع) : والارض التي اخذت بخيل وركاب هي موقوفة متروكة في يد من يعمرها ويحييها ، ويقوم عليها على قدر ما صالحهم الوالي من الحراج النصف او الثلث او الثلثين على ما يكون صالحاً لهم ولا يضر بمالهم (١) .

ومن ذلك تبين ان السبب في عدم جواز بيعها هو عدم كونها مملوكة لهم ملكية مطلقة تبسح لهم التصرف بكل انواعه ، والمراد من ملكيتهم لها من وجد وسيوجد كما جاء في رواية الحلبي عن الصادق (ع) انها تصرف في مصالحهم برعاية السلطان المثولي لأموالهم .

والظاهر اتفاق المذاهب على ذلك ، فقد جاء في المدخل لنظام المعاملات ان الأملاك العامة التي هي تحت اشراف الدولة حالها حال المباحات في عدم جواز بيعها ، والنص الحرفي لعبارة : ومثل هذه المباحات في انها لا تكون موضوعاً للعقد ، الأملاك العامة للدولة كالطرق والأنهار والجسور والقناطر العامة .

وأضاف إلى ذلك في الهامش من ص ٣٦٢ : وفي القانون المدني اشتراط ان يكون محل العقد قابلاً للتعامل ، وهذا يرجع إلى الفرض الذي خصص الشيء له فما يتنافى معه لا يجوز ، وإلا كان جائزاً ، وعلى ذلك لا يجوز بيع جانب من الطريق العام او شاطئ البحر وان كان يجوز للدولة اجارته (٢) .

وفي حكم هذا النوع من الأراضي الأوقاف سواء كانت على الجهات العامة كالوقف على الفقراء وعلى المرضى ونحو ذلك من الأوقاف التي يقصد منها تليك المنفعة على الموقوف عليهم ، او كانت من الاوقاف الخاصة كالمساجد والمقابر والمشاهد المشرفة كمشهد الرسول (ص) والائمة من ذريته (ع) وغيرهما من

١ - انظر المكاسب مبحث شروط الموهبين .

٢ - انظر الكتاب المذكور ص ٣٦٢ .

الاقواق ، وقد أجمع الفقهاء على عدم جواز بيع الاوقاف بجميع اصنافها وانواعها ، وجاء في جملة من النصوص ما يؤكد هذا الحكم (١) .

ويبدو من النصوص الفقهية ان الذي يمنع عن بيع الوقف هو الأمور الثلاثة التالية :

الأول : حق الواقف حيث انه جعل الموقوف صدقة جارية لينتفع بثوابه ما دام موجوداً وصالحاً للانتفاع .

الثاني : حق الطبقات المتأخرة في المنفعة او الانتفاع ، ذلك الحق الذي جعله الواقف لهم بمقتضى صيغة الوقف التي تدل على ثبوت هذا الحق لجميع الطبقات .

الثالث : حق الله سبحانه لأن الوقف لا بد فيه من التقرب لله ، ولأجل ذلك كان اقرب إلى العبادات من المعاملات .

والظاهر ان الاجماع الذي بدعاه الشيخ الانصاري وغيره على عدم جواز بيع الوقف لا يشمل جميع انواع الوقف ، فما كان من نوع المساجد والمقابر والمدارس ونحو ذلك من الاوقاف في وجوه الخير ، والتي لم يقصد الواقف من وقفيتها إلا الانتفاع بالعين الموقوفة ، وليس فيها ما يشبه التملك لفئة من الناس او لطبقة من الطبقات التي تتصل به بنسب أو سبب ، هذا النوع من الاوقاف هو المتفق على عدم جواز بيعه عند الفقهاء ، أما الاوقاف التي تكون على الطبقات ولا

١ - قال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب : لا يجوز بيع الوقف اجماعاً محققاً في الجلة ومحكياً ، واذن الى ذلك . ان على بن راشد قال سألت ابسا الحسن (ع) : قلت جعلت فداك اني اشتريت ارضا الى جنب صيغتي فلما عمرتها خبرت انها وقف ، قال (ع) : لا يجوز شراء الوقف ، ولا تدخل الفلة الى ملك ادفعها الى ما وقفت عليه ، قلت لا اعرف لها ربا . قال تصدق بغلتها .

تختص ببطقة دون أخرى ، والتي هي أشبه من هذه الناحية بالتملك لجميع البطون بنحو الترتيب ، فليس في النصوص الفقهية الحاكية لآراء الفقهاء ما يؤكد إجماعهم على عدم جواز بيع هذا النوع من الموقوفات ، مع العلم بأن الأدلة والنصوص المروية عن الأئمة (ع) بالنسبة إلى الوقف وأحكامه وبخاصة فيما يتعلق بعدم جواز التصرف فيه بالبيع وغيره من التصرفات الناقلة بمقتضى إطلاقها تشمل جميع أنواعه وأصنافه ، وبما يدل على أن الفقهاء لم يجمعوا على عدم جواز بيع الوقف بجميع أنواعه ، أن جماعة منهم قد صرحوا بجواز بيع الوقف في بعض الحالات وفيما لو طرأ عليه ما يعرضه للتلف ، وقد أورد الفقهاء في مجاميعهم الفقيه مجموعة من الظروف الطارئة التي تسوغ للموقوف عليهم أو لولي الوقف بيع الموقوف وصرفه لمصلحة الموقوف عليهم أو استبداله بغيره بنحو تتحقق الفائدة التي قصدتها الواقف (١) .

وكما لا لا يصح بيع الوقف لخروجه عن ملك الواقف ولعدم كونه مملوكاً لأحد ، كذلك لا يصح بيع العين المرهونة ، لأن سلطنة المالك عليها لا تتسع لمثل هذا النوع من التصرف بعد أن تعلق للغير حق بالعين المرهونة ، والمراد من عدم صحة البيع في مثل ذلك ، هو عدم استقلال المالك في البيع ، كما نص على ذلك أكثر الفقهاء ، فإذا باع المالك لا ينفذ البيع إلا بعد إجازة الراهن ، كما واث النصوص التي تعرضت لحكم الأعيان المرهونة لا تدل على بطلان العقد الواقع عليها ، فقد جاء عن النبي (ص) : أن الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف ، .

ومن الجائز القريب أن يكون المراد من منعها من التصرف ، هو عدم استقلال كل منها بالتصرف فيها تصرفاً يزاكم حق الآخر ، وهذا لا يمنع من صحة تصرف كل منها إذا أجاز له الآخر ووافق عليه ، على أن النصوص التي تدل على صحة الفضولي بالأجازة من المالك ، تدل على صحة التصرف الواقع من المالك إذا

١ - انظر المكاسب للشيخ الأنصاري الفصل الذي عقده في مسوغات بيع الوقف.

أجازه الراهن بالاولوية .

هذا بالاضافة إلى ان الإمام (ع) قد أجاب من سأله عن فكاح العبد بدون إذن من سيده : ان العبد لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا أجاز فهو له جائز ، والمقصود من ذلك ان ما يكون منهياً عنه من جهة حقوق الناس ، هذا النهي لا يوجب بطلان العمل ولا المسؤولية والمؤاخذه عليه إذا رضي صاحب الحق وأجاز التصرفات الواقعة بغير اذنه ، لذا فان جماعة من متقدمي الفقهاء ومتأخريهم قد ذهبوا إلى صحة العقد الواقع من المالك إذا أجاز الراهن ، وصحته من الراهن لو أجاز المالك (١) .

ويظهر من الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد : ان هذين الشرطين لا بد من توفرهما في محل العقد ، فلقد جاء في الكتاب المذكور : ان الاشياء التي لا يقع عليها العقد منها ما هو خارج عن العقد بطبيعته ، ومنها ما يخرج عن التعامل بحكم القانون ، وقد مثل لأول بالاشياء التي لا يمكن لاحد ان يستأثر بها ، وذلك كالمباحات التي يشترك بالانتفاع بها جميع الناس ولا يمنع منها احدهم الآخر ، كالماء والهواء وأشعة الشمس وغير ذلك من المباحات العامة ، ومثل للثاني بالاموال العامة ، والاعيان الموقوفة .

قال : والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي اولاً الاشياء التي ورد بشأنها نص خاص يمنع التعامل فيها سواء كان ذلك نظراً للغرض الذي خصص له الشيء كما في الاموال العامة والاعيان الموقوفة ، ام كان نظراً للخطر الناشئ عن التعامل فيه كالحوانات الموبوءة والحشيش والافيون ، وأضاف إلى ذلك : ويخرج عن التعامل بحكم القانون ايضاً الاشياء التي يعتبر التعامل فيها مخالفاً للنظام العام والآداب ولو لم ينص القانون على اعتبارها خارجة عن التعامل وقد مثل لذلك

١ - المكاسب مبحث عدم جواز بيع الاعيان الرهونة ، ونهج الفقهة ومنية الطالب .

بأعضاء الانسان وبيوت القمار .

وفيما يتعلق بالشرط الاول الذي ذكرناه وهو مالية العوضين ، قال ان الحقوق غير المالية تعتبر خارجة عن التعامل فلا يجوز بيعها ولا التعامل عليها بأي عقد من العقود التي تشبه البيع في نتيجتها ، ومثل لذلك بالحقوق السياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح في الانتخابات وحق الحرية الشخصية وحرية العمل والرأي والولاية والسلطة الزوجية ونحو ذلك (١) .

وهذه الحقوق لا يصح بيعها ولا يقع التعامل عليها لانها ليست مالا ولازم ذلك ان كل ما ليس بمال سواء كان من الاعيان الخارجية او من الحقوق لا يصح العقد الواقع عليه ولا يصلح لان يكون عوضاً في المعاملات .



مركز تحقيقات كليات علوم إسلامي

*

* *

١ - انظر نظرية العقد للدكتور مرقس ص ١٩٠ و ١٩١ .

من شرائط المحل القدرة على التسليم

٣٠

ومن الشروط التي يجب ان تتوفر في محل العقد ان يكون كل من الثمن والمبيع في تصرف البائع والمشتري ، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء كما نص على ذلك المحقق الكركي في جامع المقاصد ، والعلامة الحلي في التذكرة وغيرهما ، ومن أمثلة ذلك بيع الطير في الهواء والسمك في الماء ونحو ذلك .

واستدلوا على ذلك بما جاء عن النبي (ص) : انه نهى عن بيع الغرر ، والمراد من بيع الغرر هو البيع المشتمل على تقرير البائع أو المشتري من حيث اقدامهما على ما لا يوثق بمحصله أو على مجهول لأحدهما بنحو لا يطمئن كل منهما بوجود المقابل لماله ، ويؤيد ذلك ما جاء عن الأزهري : من ان بيع الغرر ما كان على غير عهدة وثقة ، كالبيع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول وغير مقدور .

وجاء عن علي (ع) : ان الغرر هل ما لا يؤمن معه من الضرر ، وبما لا شك فيه ان بيع غير المقدور يؤدي إلى الإضرار بالمشتري لا سيما إذا كان جاهلاً بأن البائع لا يتمكن من تسليم المبيع إليه .

قال الشيخ مرتضى الأنصاري : وبالجمله فالكل متفقون على أخذ الجهالة في معنى الغرر ، سواء تعلق الجهل بأصل وجوده ، أم بمحصله في يد من انتقل اليه ،

ام بصفاته كما وكيفاً .

ويظهر من النصوص الفقهية : ان الفقهاء قد استدلوا بالحديث على بطلان العقد إذا لم يكن العوضان في تصرف البائع والمشتري وتحت سيطرتها ، وفي ذلك ما يشعر بأن الغرر الذي نهى عنه النبي (ص) يتسع لصورة ما إذا لم يكن في مقدور كل منهما تسليم العوض إلى الآخر ، على ان ما جاء عن علي (ع) في تفسير الغرر يؤكد اتساع الغرر الذي نهى عنه النبي (ع) لصورة ما إذا لم يكن كل من المتعاقدين قادراً على تسليم العوض إلى الآخر .

ومن جملة الأدلة على عدم صحة العقد إذا لم يكن كل منهما متمكناً من تسليم العوض إلى الآخر ، ان الغرض من البيع هو انتفاع كل من الطرفين بالعوض ، وإذا لم يكن في وسعها تسليم العوضين لا تحصل الغاية المقصودة من العقد ، هذا بالإضافة إلى ان البائع إذا لم يكن قادراً على تسليم المبيع إلى المشتري يكون بذل الثمن في مقابله سفهاً ، وتدخل المعاملة في المعاوضات السفهية .

ومها كان الحال فالذي يبدو من النصوص الفقهية ان الفقهاء متفقون على اعتبار هذا الشرط في صحة المعاملة ، ولكن القدرة على تسليم المبيع إلى المشتري ليست معتبرة لذاتها ، بل من حيث وصول كل من العوضين للآخر ، ولذا لو كان المشتري قادراً على استلام المبيع والبائع قادراً على التوصل إلى الثمن يصح العقد ولو لم يكن في مقدور كل من البائع والمشتري تسليم العوض إلى الآخر ، ومن أمثلة ذلك صحة العقد على الحيوان الشارد إذا كان المشتري قادراً على الاستيلاء عليه ، وصحة العقد على الطير المملوك للبائع في حالة طيرانه إذا كان المشتري قادراً على التسلط عليه ولو بإصطياده .

ومجمل القول : ان الاعيان التي لا يقدر مالکها على استغلالها وعلى التصرف بها لا يراها العرف من الاموال التي يصح التعامل بها ومقابلتها بالعوض ، ولا تخرج

المعاملة عليها عن السفاهة ، بالإضافة إلى الوجوه المتقدمة ، وفيما لو كان المشتري متمكناً من الاستيلاء على المبيع لا يرى العرف مانعاً من التعامل حتى لم يكن المبيع في تصرف البائع وتحت سيطرته كما مثلنا (١) .

وقد نص على اعتبار هذا الشرط جماعة من فقهاء المذاهب الأربعة ، وبظهر من الدكتور محمد يوسف أن الفقهاء متفقون على أن محل العقد لا بد وأن يكون مقدوراً للمتعاقدين .

قال : ويشترط في محل العقد أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد ، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء جميعاً ، ذلك لأن عقود المعاوضات ليس المهم فيها أن يكون المعقود عليه مملوكاً ، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون المالك قادراً على تسليمه للطرف الآخر ، فالطير في الهواء والسمك في الماء والدار والعقار أو أي شيء آخر في يد الغاصب المستبد ، كل ذلك لا يصح العقد عليه .

وقد نص على ذلك علاء الدين الكاشاني في المجلد الخامس من البدائع ص ١٤٧ وفي المجلد الرابع ص ١٨٧ من كتاب الإجارة نص على أن من شروط الإجارة أن يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة الحقيقية وشرعاً ، كما نص بأنه لو ظهر الأتيق بعد العقد عليه وأصبح باستطاعة المالك تسليمه إلى المشتري لا بد من تجديد العقد عليه (٢) .

والذي يظهر من النصوص الفقهية التي أوردها الدكتور محمد يوسف كشاهد على اعتبار هذا الشرط : أن القدرة لا بد منها حين العقد ، فلو تجددت بعده بأن أصبح المبيع في قدرة البائع بعد أن كان بمتنعه عليه لا يكفي لصحة العقد كما نص

١ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري ، والجواهر للشيخ محمد حسين النجفي كتاب المتاجر .

٢ - انظر الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٣٦٥ .

على ذلك الكاساني في البدائع ، ولا بد من تجديد العقد عليه في هذه الحالة . ومن هنا يبدأ الاختلاف بين الجعفرين وغيرهم من فقهاء السنة ، حيث ان جماعة منهم يكتفون بالقدرة المتجددة بعد العقد .

قال السيد محسن الحكيم في نهج الفقاهة : ولو كانت القدرة معلومة الحصول بعد زمان الاستحقاق بمدة ، فإن كانت يسيرة يتسامح بها فلا ينبغي الاشكال بالصحة ، ولو كانت طويلة مضبوطة لسنة او اكثر ففي الصحة قولان ، ونص المحقق في الشرائع والشيخ النجفي في الجواهر على ان القدرة المتجددة بعد العقد ولو كان الفاصل طويلاً تكفي لصحة العقد كما هو مقتضى الأدلة العامة الدالة على صحة العقود والمعاوضات ، وليس في البين ما يمنع عن العمل بتلك الأدلة إلا الاجماع وحديث نفي الغرر المروي عن النبي (ص) ، وكلاهما لا يصلحان لذلك اما الاجماع فمورده عدم القدرة على العوضين ولا يشمل صورة تجديد القدرة بعد العقد ، هذا بالإضافة إلى انتفائه في المقام مع المخالف ، واما حديث نفي الغرر ، فمع تجديد القدرة ينتفي الغرر ولا سيما إذا علم المشتري بأن البائع سيتمكن من تسليمه المبيع بعد برهة من الزمن .

ويؤكد الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد اتفاق المدينين والشرعيين على هذا الشرط .

قال : إذا كان محل الالتزام اداء عمل او امتناعاً عن عمل وجب ان يكون هذا الاداء او الامتناع ممكناً لأن غير الممكن مستحيل ، ومن تعهد بمستحيل لا يلزم بشيء لأن تعهده يقع باطلاً كما تنص على ذلك المادة ١٣٢ ، وأضاف إلى ذلك : وكذا إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء ، تعين ان يكون نقل هذا الحق ممكناً وإلا لم ينعقد العقد الذي يقصد منه إلى انشاء هذا الالتزام .

والامكان المرادف للمقدور حسب تعبير الشرعيين ، هو ان يكون باستطاعة

كل انسان القيام به ، او كان يستطيع الرجل العادي بملاحظة ظروفه وحالاته ان يقوم باداء العمل او الحق الذي التزم نقله إلى الطرف الآخر ، فإذا لم يكن الشيء الذي تعهد بنقله إلى المشتري مستطاعاً له بملاحظة ظروفه وحالاته ، او لم يكن مستطاعاً لكل انسان كان العقد باطلاً .

وقد فرق السهوري في الوسيط بين ان يكون المحل غير مقدور بالنسبة لجميع الناس وبين ان يكون غير مقدور بالنسبة إلى البائع لا غير ، وعبر عن الحالة الاولى بالاستحالة المطلقة وعن الثانية بالاستحالة النسبية ، ومثل للصورة الاولى بن باع لشخص جبلاً وتعهد بتسليمه إلى المشتري ونص على بطلان العقد في مثل ذلك ، ومثل للثاني بن باع ملك غيره وتعهد بنقله إلى المشتري فوراً وعجز عن الوفاء بتعده بعد صدور البيع فيكون محل الالتزام مستحيلًا في حق البائع لا غير ، وفي مثل ذلك لا يبطل العقد من حيث ان المالك قادر على تسليم المبيع إلى المشتري فيها لو وافق على البيع وأجاز العقد (١) .

وهنا يختلف الدكتور السهوري عن غيره في تحديد الاستحالة المطلقة ، وقد حددها الدكتور مرقس في نظرية العقد : ان يكون محل العقد مستحيلًا بالنسبة إلى الرجل العادي المحاط بمثل ظروف المتعهد العاقد ، والتي منها عدم ملكيته للمبيع بنحو يعجز عن الوفاء بالتزامه ، وهذا المقدار من الاستحالة يكفي لبطلان العقد (٢) .

ومجمل القول : ان محل العقد سواء كان ثمنًا أو مشمنًا إذا لم يكن مقدوراً للبائع أو للمشتري لا يصح العقد الواقع عليه ، وهذا من غير فرق بين ان يكون عدم القدرة عليه لأنه غير مملوك للبائع ، أو لأنه من نوع الحيوانات الشاردة ، أو

١ - انظر الوسيط ص ٢٨٤ و ٢٨٥ من الهامش .

٢ - نظرية العقد ص ١٧٥ و ١٧٧ .

لأنه في يد الغاصب القوي ومن ناحية القدرة ، فالمهم ان يكون مقدوراً للمالك
بنحو يقدر على تسليمه للمشتري ، فإذا لم يكن مقدوراً بالنسبة اليه يبطل العقد
الواقع عليه سواء كان غير مقدور لجميع الناس ، أو لفئة منهم ، أو لمن كان في
مثل ظروف التعاقد ، أو كان مقدوراً لجميع الناس ولكنه كان ممتنعاً بالنسبة
للمالك التعاقد .

وقد ذكرنا ان اكثر الجعفرين يكتفون بالقدرة التي تحدث بعد العقد ،
باعتبار انها ليست شرطاً تعديلاً ، وإنما هي ليتمكن كل منهما من تسليم العوض
إلى الآخر ، ومع حصولها بعد العقد وبخاصة إذا لم يكن الفاصل طويلاً تحصل
الغاية المقصودة للمتعاقدين (١) .



* *

١ - وقد نسب الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد الى الاستاذين محمد ابو زهر
وعلي الخفيف الاكتفاء بالعقد اذا تجددت القدرة على تسليم المبيع بعده ، ص ١٨٠ .

ومن الشرائط العلم بالعوضين

٣١

ومن الشروط التي يجب أن تتوفر في محل العقد ان يكون كل من الثمن والمثمن معلومين للبائع والمشتري .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في مكاسبه : المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدراً ، فلو باع بحكم أحدهما بطل اجماعاً ، كما في المختلف والتذكرة ، وأضاف إلى ذلك : ان كل بيع لم يذكر فيه الثمن باطل بلا خلاف .

والدليل على هذا الحكم ما رواه المسلمون عن النبي (ص) انه نهى عن بيع الغرر ، حيث ان المشتري إذا لم يعلم بالثمن المقابل للمبيع ، والبائع إذا يعلم بالعوض المقابل لماله لا يتحقق منها القصد إلى المبادلة لجواز أن يطلب البائع ما لا يرضى به المشتري ، وان يدفع المشتري ما لا يقبل به البائع ، والظاهر ان بطلان العقد في مثل ذلك متفق عليه بين الفقهاء ، ولم يخالف فيه سوى الشيخ يوسف البحراني في الحدائق اعتماداً على رواية رواها رفاة النخاس عن أبي عبد الله الصادق (ع) ولكن عامة الفقهاء لم يعتمدوا عليها لعدم الوثوق بصورها عن الإمام (ع) ولا شتمها على بعض الاحكام التي لا يمكن الالتزام بها .

وفيا يتعلق بالمبيع فقد نص جماعة من الفقهاء على انه لا بد وان يكون

معلوماً للمشتري ، وان العلم به من شروط صحة العقد عند جميع الفقهاء .

قال في المكاسب : العلم بقدر المبيع شرط في صحة العقد بإجماع علمائنا كما عن التذكرة ، وعن الغنية ان العقد على المجهول باطل بلا خلاف ، وقد نص صاحب الخلاف على ان ما يباع كيلاً لا يصح بيعه جزافاً وان كان مشاهداً للمشتري اجماعاً (١) .

ويبدو من النصوص الفقهية انه لا بد من معرفة العوضين والعلم بهما سواء كانا بما تعارف به بالعد أو بالوزن أو بالكيل وبأي طريق حصل العلم بهما بنحو لا تؤدي المعاملة بين المتعاقدين إلى التفرير والحصومة ، وقد اعتمد الفقهاء بالاضافة إلى نهى النبي (ص) عن الغرر على بعض المرويات عن الائمة (ع) في خصوص ما يباع في متعارف الناس بالكيل والوزن ، وجاء في رواية الحلبي . ان رجلاً اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم ، فقال صاحبه للمشتري : ابتع مني هذا العدل الاخير بغير كيل ، فان فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت ، قال الإمام (ع) : لا يصلح إلا بكيل ، وما كان من طعام سميت فيه كيلاً لا يصح بيعه بجازفة ، إلى غير ذلك من المرويات التي تؤكد ان معرفة العوضين لكل من المتبايعين بالطرق المتعارفة بين الناس لا بد منها في المعاضات (٢) .

والظاهر ان هذا الشرط متفق عليه بين فقهاء المذاهب الاربعة أيضاً .

فقد جاء في الفقه على المذاهب الاربعة : ان من شروط العوضين أن يكون كل من المبيع والتمن معلوماً علماً يمنع المنازعة ، فلا يصح بيع المجهول جهالة تفضي إلى المنازعة ، كما إذا قال البائع : اشترى شاة من القطيع الذي أملكه ، او اشترى مني هذه السلعة بالتمن الذي يحكم به فلان ، فان البيع في ذلك لا

١ - المكاسب مسألة اشتراط العلم بالعوضين .

٢ - المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري .

وقال الدكتور محمد يوسف : يجب ان يكون محل العقد معروفاً بطرفيه ومعيناً بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى الغرر والنزاع بين المتعاقدين ، وهذا شرط متفق عليه بين الفقهاء عامة ، لورود الآثار عن الرسول (ص) بالنهي عن عقد هذا شأنه ، والجهالة قد تكون بسيرة وقد تكون فاحشة ، والعرف هو المحكم في تحديد ذلك (٢) .

وقال القرافي في الفروق : لقد وردت الاحاديث الصحيحة في نهيه (ع) عن بيع الغرر وبيع المجهول ، واختلف العلماء في ذلك فمنهم من عممه لجميع التصرفات وهو الشافعي ، فقد منع من الجهالة في الهبة والصدقة والابراء والصلح وغير ذلك .

وفصل مالك بين ما كان معاوضة خالصة ، وبين ما هو احسان خالص كالهبة والصدقة والابراء ، فالتوع الاول لا بد فيه من العلم بالعوضين ، والثاني لا يشترط فيه ذلك لانه احسان لا ضرر من الجهالة فيه ، ولأن الموهوب له والمتصدق عليه لم يبذلا شيئاً في مقابل المال الذي أخذاه من الواهب والمتصدق ، بخلاف النوع الاول ، فان الجهالة فيه تؤدي إلى تضييع المال المبذول في مقابل العوض الآخر .

أما الزواج فمن جهة ان المقصود الاصيل منه ايجاد رابطة الزوجية ، فلا تضر الجهالة بالمهر فيه . ومن جهة ثانية يمكن أن يكون حاله حال المعاوضات المالية المبنية على المبادلة من الطرفين ، لأن المال وان لم يكن ركناً فيه ، إلا ان الشارع قد اعتبر فيه المال مهراً للزوجة وبذلك يكون واسطة بين ما لا تجوز فيه الجهالة

١ - الفقه على المذاهب الاربعة المجلد الثاني ص ١٦٥ كتاب البيع .

٢ - الفقه الاسلامي ص ٣٦٤ .

وبين ما يجوز فيه ذلك ، فاذا كانت الجهالة يسيرة فلا تمنع من صحته ، واذا كانت بما لا يتسامح العرف فيها فلا يصح العقد معها ، وقد مثل المالكية بما لو تزوج رجل امرأة على جهاز وأثاث بيت فهذا النوع من الجهالة لا يمنع من صحة العقد ، ويتعين الرجوع إلى الوسط بنظر العرف ، وإذا تزوجها على عبق آبق أو بعير شارد فلا يصح العقد في مثل ذلك ولا يجدي الرجوع إلى العرف في مثله (١) .

ومهما كان الحال فتعين العوضين لا بد منه في الفقه الجعفري وغيره . وقد نص على ذلك كل من السنهاوري في الوسيط والدكتور سليمان مرقس في نظرية العقد .

قال الدكتور مرقس : يجب أن يكون محل الالتزام معيناً حتى يرد عليه الاتفاق ، لأن عدم تعيينه يحول دون الوصول إلى اتفاق عليه ، ويستوي في ذلك أن يكون محل الالتزام أداء عمل أو امتناعاً عن عمل ، أو نقل حق عيني ، وأضاف إلى ذلك : انه إذا كان محل الالتزام الذي يراد نشؤه من العقد إعطاء حق عيني ، فإن هذا الحق يتعين بمفعله أي بالشئ المادي الذي يراد نقل حق متعلق به ، وبالتالي يجب أن يكون هذا الشئ ذاته معيناً أو قابلاً للتعيين ، والأشياء من حيث طريقة تعيينها نوعان أشياء معينة بذاتها أو قيمتها ، وأشياء مثلية ، وهي التي تعين بغير الذات ، والأشياء القيمة هي التي يتميز كل منها من غيره بصفات خاصة تعينه تعييناً ذاتياً يجعل غيره لا يقوم مقامه عند الوفاء كالعقارات بوجه عام وكل شئ ينظر فيه إلى وصف ذاتي يميزه عن غيره ، ولا بد من تعيين هذه الأشياء في العقد بصفاتها المميزة لها تعييناً كافياً يحول دون الخلط بينها وبين غيرها . والأشياء المثلية هي التي يوجد لها نظر من جنسها كالعقود والذهب والفضة والحنطة والشعير وغير ذلك مما كان من هذا النوع ، واذا كانت الأشياء المثلية تتفاوت فيما بينها من حيث جودتها وجب أن تعين درجة جودتها ، غير انه لا يشترط أن يعين

الطرفان هذه الدرجة صراحة ويمكن استنباطها من ظروف التعاقد او بالرجوع الى العرف ، وإلا فيفرض انهما قصدا ان يكون المعقود عليه درجة متوسطة كما تنص على ذلك المادة ١٣٣ (١) .

ومجمل القول : ان الفقه المدني يلتقي مع الفقه الشرعي في هذه المسألة التقاء كلياً ، من حيث تعيين محل العقد وكونه معلوماً للمتعاقدين سواء كان قيمياً او مثلياً ، كما وان التحديد الذي ذكره الدكتور مرقس للقيمي والمثلي يتفق مع تحديد الجعفرين لهما .

قال السيد الحكيم في نهج الفقاهة : والمستفاد من كلمات الفقهاء الواردة في تحديدهما ومن النقض على الحدود التي ذكرت لهما ، هو ان المثلي ما يكون وجود مثله في الصفات التي تختلف باختلافها الرغبات ، والقيمي بخلافه ، ومنه يظهر ان الذهب والفضة المسكوكين من المثلي وكذا غير المسكوكين إذا لم يكونا مصوغين ، اما المصوغات فهي من القيمي لإختلاف الصياغة في الصفات الموجبة لتفاوت الرغبات واختلاف المآلية ، وكذا الحديد والنحاس والرصاص (٢) .

ومن هذا الضابط الذي استخلصه السيد الحكيم من النصوص الفقهية تبين ان المثلي هو الذي يشترك مع غيره في الصفات التي تقوم بها مآلية الشيء بحيث يكون له افراد تتفق في أكثر الصفات التي رعب فيها المتعاقدان ، والقيمي هو الذي يختلف عن غيره في الصفات بنحو لا تتساوى افراده من هذه الجهة .

وهذا التحديد هو الذي اختاره الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد ، فلقد جاء فيه : ان المثلي هو الذي يوجد له نظير من جنسه مساوي او مقارب بحيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كما تنص على ذلك المادة ٧٥ ، ومن ذلك النقود

١ - نظرية العقد ص ١٨٧ و ١٨٨ .

٢ - انظر نهج الفقاهة مبحث المثلي والقيمي ص ١٢٩ .

والذهب والفضة والقمع والشعير وخلاف ذلك مما تساوى فيه الصفات ، كما نص على ان الأشياء القيمة هي التي يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة تعينه بنحو لا يقوم كل واحد مقام الآخر عند الوفاء (١) .

وللفقهاء الجعفرين حديث طويل حول المثل والقيمي ، وكما ذكرنا ان نصوص الفقهاء المتعلقة بتحديدهما وبيان الفوارق بينهما ترجع الى ما ذكره السيد الحكيم في نهج الفقاهة .



تحديد نطاق العقد

٣٣

والذي يعنيه هذا العنوان هو تحديد محل العقد وتوابعه وما يدخل في العوضين من التوابع والافصاف ، والمتبع في جميع ذلك بالمرتبة الاولى تنصيب المتعاقدين صراحة في العقد على مقصودهما فيما يعود الى العقد ومحلّه وما يتبع المحل من الشروط والافصاف بنحو يكون تنصيبهما كاشفاً عن ارادة كل منهما ، فلو باع المالك الدار مثلاً ونص في العقد على جميع محتوياتها بالنقد المعين يتعين المحل بما نص عليه المتعاقدان ، وكذلك لو اشترى شيئاً او عين الثمن بغير النقود المتعارفة في بلد المتعاقدين ، ولو اطلق العاقدان ولم يعيّن شيئاً واتسع الاطلاق لبعض الخصوصيات والافصاف الخارجة عن ذات العوضين يتعين الأخذ باطلاق صيغة العقد ما لم يوجد مانع عن العمل باطلاقها ، وفيما عدا ذلك فالعوامل التي يسترشد بها في تحديد نطاق العقد تنحصر بالأمور التالية :

الاول : العرف وقد أقر الشارع الرجوع اليه في تحديد المفاهيم التي ليس له فيها اصطلاح خاص او معنى يخصه ، وبتعبير اكثر وضوحاً انما يصح الرجوع الى العرف في الموضوعات التي ليس له حقيقة فيها ، والتي جعلها موضوعاً لحكمه ولم يتصرف فيها بما يخالف المعنى الذي يدل عليها اللفظ ، واكثر ما يكون ذلك في المعاملات حيث ان الشارع قد أقر فيها الكثير مما كان شائعاً ومستعملاً بين الناس وأمضى

تصرفاتهم المالية وعقودهم ، والرجوع إلى العرف في مثل ذلك لا يعني انه من مصادر التشريع ، وانما هو من حيث ان الشيء اذا كان متداولاً ومستعملاً بين الناس في عصر التشريع ولم يردع عنه الشارع او جعل حكمه على الموضوع المستعمل بين الناس ، ولم يعين ناحية خاصة مع تمكنه وقدرته على البيان ، يكون ذلك منه اقراراً وامضاء لما شاع بينهم وتعارفوا عليه ، وبالتالي لا يكون الرجوع إلى العرف او العادة في مثل ذلك من حيث انها دليلان من أدلة التشريع ، بل من حيث ان الأخذ بهما والرجوع اليهما رجوع إلى السنة التي هي عبارة عن تقرير المشرع الشامل لسكوته في حالة كونه متمكناً من بيان مراده لو كانت مخالفاً لما هو المتعارف بين الناس ، وفيما يعود إلى الاعراف المتجددة والتي تختلف بتبدل الزمان وتجده هذا النوع من الاعراف تحمل عليه الاطلاقات والاستعمالات الجارية بين الناس في كل زمان حسبما هو متعارف عندهم إلا أن ينص المتكلم على ارادة خلافه ، فلو باع المالك داره او عقاره بألف دينار مثلاً ينصرف الدينار إلى النقد المتعارف الشائع في بلاده ، وان كان المطلق يقتضي اطلاقه يتسع لاكثر من صنف واحد من أصناف الدينار ، إلا ان تعارف التعامل بالدينار الورق يوجب ظهور هذا اللفظ في خصوص هذا الفرد من بين أفراد ، وبعد الاحصاء والتتبع في فقه الجعفرين نجدهم يعتمدون على العرف والعادة حتى في الموارد التي يتسع فيها اللفظ لاكثر معنى واحد .

ومن أمثلة ذلك ما لو اتفق المتعاقدان على بيع الدار بمائة دينار مثلاً ولكنها تختلفا في نوعية الدينار الذي وقع ثمناً في عقد البيع ، فقد نص الفقهاء على ان الاطلاق ينزل على الدينار الذي تعارف التعامل فيه ، وعلى الطرف الآخر الذي يدعي بأن العقد وقع على الدينار الذهب مثلاً او الدينار الأجنبي ان يثبت ذلك بأحد طرق الإثبات ، وفيما لو اشترى عيناً ووجد بها صفة لم يكن عالماً بها حين العقد وادعى انها عيب يسوغ له الفسخ ، وانكر البائع ذلك يتعين في مثل ذلك الرجوع إلى العرف لتشخيص ما لو كانت عيباً ام لا ، وفيما لو اشترى فرساً تدخل

البرذعة واللجام مع المبيع إذا حكم العرف بذلك ، كما يدخل الحمل ايضاً لأنه من نوابعها عند العرف ويعد جزءاً منها ، وكذلك لو اشترى بستاناً ، فإن الحائط وغيره من الثوابت يتعين الرجوع فيها إلى العرف فيما لو تنازع البائع والمشتري على شمول العقد لمثل ذلك ، والحال كذلك بالنسبة إلى مفاتيح الدار وأبوابها وما فيها من الرفوف والثوابت .

قال الشيخ محمد حسن النجفي في الجواهر : إذا باع شجرة عليها ثمرة فالثمرة للبائع على كل حال إلا إذا حكم العرف بتبعيتها للشجرة .

الثاني العادة قال في الجواهر : لو باع عيناً واشترط تسليمها بعد مدة ولم يعين المدة في العقد فإن كانت معينة بحسب العادة يكون البيع صحيحاً لأن العادة بمنزلة الشرط الصحيح في العقد .

وقال في خيار الغبن : ان مقدار التفاوت في القيمة يتعين الرجوع فيه إلى المتعارف المعتاد بين الناس ، وهو يختلف بالنسبة إلى الزمان والمكان ونحوهما ، ثم قال : ولو اشترى زيتاً فوجد فيه ثقلًا ، فإن كان مما جرت العادة بمثله لم يكن له رد ولا ارش لأن جريان العادة بمثله يجعله كعلم المشتري به .

وقال في بيع السلم : السادس أن يكون وجوده أي المسلم فيه غالباً بحسب العادة وقت الحلول ولو كان معدوماً حين العقد لصدق القدرة على التسليم بذلك ، إذ العاديات بمنزلة الموجودات ، فلا تقوم المعدومية حين العقد ، وفيما يتعلق بالحل الذي يجب تسليم المبيع فيه قال : ولا يجب تعيين المحل الذي يجب به تسليم المبيع ، وله المطالبة به حيث شاء ، إلا إذا كان هناك عرف يقضي بالانصراف إلى مكان مخصوص فيتبع حينئذ كالمشروط كما هو ظاهر الاصحاب .

وقال المحقق في الشرائع : إذا دفع سلعة إلى غيره ليعمل له فيها ، فإن كان من عادته أن يستأجر لذلك العمل وكان العمل مما يستحق اجرة بحسب العادة ونظر العرف

فله ان يطالب بالاجرة اذا لم يقصد التبرع بعمله ، أما إذا كان العمل بما لا يستحق اجرة بحسب العادة فلا اجرة له وان ادعاها العامل .

ونص الشهيد في الروضة ، والشهيد الثاني في المسالك ، والعلامة في التذكرة : ان الحيوط في الاجارة على الحياطة ، والمداد في الاجارة على الكتابة وكل ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة هو على المستأجر ، إلا إذا قضى العرف والعادة بخلاف ذلك فيكون على المؤجر ، إلى غير ذلك من الأمثلة والشواهد التي نص عليها الجعفرين في فقههم ، والتي يستفاد منها تحكيم العرف والعادة في الموارد التي لم يرد فيها تحديد من قبل الشارع ولا من قبل المتعاقدين ، وقد تردد في بعض نصوص الفقهاء ان المعروف كالمشروط ، وان ما جرت عليه العادة بين الناس كالمأخوذ شرطاً في العقد .

ومن مجموع ذلك تبين ان الفقه الجعفري لا يتنكر للعرف والعادة ، ولا يستغنى عنها في تحديد موضوعات الاحكام وتفسيرها وتعيين ما يتبع العوضين الذي جرى عليها التعاقد إذا لم تنجبه له ارادة المتعاقدين بالتنصيص او لم يكن مدلولاً لصيغة العقد .

مركز تحقيقات كميته علوم اسلامی

الثالث : طبيعة الالتزام ، والمراد من ذلك هو ان المتعاقدين وان لم يتعرضا صراحة في العقد لما هو من ضرورات العوضين كمفاتيح السيارة مثلاً ومفاتيح الدار والطريق الموصل اليها وما اشبه ذلك مما ليس جزءاً من المبيع ولكنه من ضروراته او من توابعه التي لا ينفك عنها كحمل الدابة مثلاً ، فإن الالتزام الحاصل من التعاقد بين الطرفين على المبادلة هذا الالتزام بنفسه يقتضي دخول توابع المبيع التي لا تنفك عنه وتوابع الثمن ايضاً فيها ، لأن طبيعة العقد تقتضي تسليم كل من العوضين للآخر ، ولا يتم ذلك إلا بدخول المفاتيح والطريق الموصل إلى المبيع في موضوع العقد ، وهكذا بالنسبة إلى حمل الدابة فيما لو اشترى دابة حامل ، فان الحمل يتبع المبيع وان لم ينص المتعاقدان على ذلك ، لأن العقد

بذاته على المبيع الواحد لهذه الصفة اي لصفة الحمل يقتضي دخول الحمل في المبيع .

قال السيد ابو الحسن في وسيلة النجاة تحت عنوان ما يدخل في المبيع عند الإطلاق: وإذا باع داراً دخل فيه الأرض والأبنية الأعلى والأسفل والبئر والأبواب والأخشاب المتداخلة في البناء والأوتاد المثبتة فيه ، ولو باع بستاناً دخل فيه الأرض والشجر والنخل والأبنية كسورها وما يعد من توابعها ومرافقها كالبحر والناعور والحظيرة ونحو ذلك (١) .

وكما ان الفقه الجعفري يعتمد على العرف والعادة وطبيعة العقد في تحديد العقود عليه كذلك يعتمد عليها الفقه المدني وفقه المذاهب الإسلامية الأربعة، وقد أورد السنيوري في مصادر الحق وفي الوسيط أمثلة من فقه المذاهب والفقه المدني لإثبات هذه الدعوى .

قال في مصادر الحق : في الفقه الاسلامي كما هو الأمر في الفقه الغربي يستشهد في تحديد نطاق العقد بالعرف والعادة وطبيعة الالتزام ، فيتبع العين ما تستلزمه طبيعتها من ملحقات ، ومن أمثلة ذلك :

ما لو باع المالك بدراهم ودنانير وكان المتعاقدان في بلد اختلفت فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرواج ، انصرف البيع إلى الأغلب لأنه هو المتعارف ، ولو باع التاجر في السوق شيئاً بشمن ولم يصرح فيه بجلول او تأجيل ، وكان المتعارف فيما بينهم ان البائع يأخذ كل جمعة قدراً معلوماً انصرف اليه بلا بيان ، ذلك لان المعروف كالمشروط إلى غير ذلك من الامثلة التي أوردنا جانباً منها عن الجعفرين ، ويبدو من ذلك ان الجعفرين وغيرهم متفقون على مبدأ تحكيم العرف والعادة في تحديد محل العقد، ولكن الجعفرين يرجعون اليه من حيث ان العقد ينصرف إلى ما هو متعارف ومعتاد بين الناس إذا أطلق المتعاقدان ولم يعينا نقداً خاصاً او اجلًا

١ - انظر وسيلة النجاة للسيد ابو الحسن الاصفهاني .

محددًا أو صنفًا خاصًا من نوابع المبيع ، وغيرهم يرون العرف والعادة أصليين من أصول التشريع كغيرهما من أدلة التشريع الأخرى ، وبإلحاق الأحناف في تقديس العرف وقال بعضهم بهذه المناسبة :

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

وذهبوا إلى أن العرف العام يصلح لأن يعارض أدلة الفقه الأخرى ما لم تكن المسألة ثابتة بنص صريح .

ومجمل الأدلة التي اعتمدوا عليها لإثبات أن العرف من أصول التشريع يتلخص بالأمور التالية :

الاول ما جاء عن ابن مسعود : أن النبي (ص) قال ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن ، وقد استدل بهذه الرواية السرخسي وغيره .

الثاني : أن التشريع الإسلامي لم يتنكر للعرف وقد راعى عرف العرب في بعض تشريعاته .

الثالث : أن ما يتعارف بين الناس من قول أو فعل يصبح من نظام حياتهم ، فإذا قالوا أو كتبوا فإنما يعنون المعنى المتعارف بينهم ، وإذا عملوا فإنما يعملون على وفق ما تعارفوه واعتادوه ، وإذا سكتوا عن التصريح بشيء فهو اكتفاء بما يقضي به عرفهم ، ولذا أطلق الفقهاء أن المعروف كالمشروط (١) .

وهذه الأدلة الثلاثة على تقدير صحتها لا تثبت أن العرف والعادة أصلان من أصول التشريع كما يدعيه الأحناف وغيرهم من فقهاء المذاهب الأربعة ، ولا يستفاد منها أكثر من أن الشارع لم يحذف الأعراف والعادات المتبعة بين الناس ،

١ - الأصول العامة للفقه المقارن ص ٤٢٠ و ٤٢١ و ٤٢٢ .

بل أقرهم على ما تعارفوه بينهم في بعض المعاملات والتصرفات وترك اليهم تحديد الموضوعات التي لم يكن له فيها اصطلاح يختص به ، وهذا لا يعني انها من أدلة الاحكام كما توهم أنصار هذا القول .

وقال السنهوري في الوسيط بالنسبة إلى الاعتماد على طبيعة العقد والعرف والعادة لتحديد محل العقد : ان من باع شيئاً يعتبر انه قد باع بالإضافة اليه جميع ملحقاته الضرورية ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله طبقاً لما تقتضيه طبيعة الاشياء ، ومثل لذلك من باع سيارة ، فطبيعة هذا العقد تقتضي ان يتبعها جميع الادوات الضرورية التي لا يمكن استعمالها إلا بها ، وأضاف إلى ذلك ان العرف يجري مجرى القانون ، وكما يكون من عوامل تفسير العقد ، كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه ، فمن باع شيئاً لا يلزم فحسب بالقيام بما هو ضروري لنقل المبيع إلى المشتري ، بل يجب عليه بالإضافة إلى ذلك ان يكف عن أي عمل من شأنه ان يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً عليه ، والمقصود من ذلك ان البائع يجب ان يفسح المجال للمشتري لاستلام المبيع ويسهل له جميع الطرق التي توصله لهذه الغاية ، وبدون ذلك لا يتم التسليم والتسلم المقصودين للمتعاقدين (١) .

مركز بحوث الدراسات والبحوث
مركز بحوث الدراسات والبحوث

١ - انظر الوسيط ص ٦١٩ و ٦٢١ ونظرية العقد ص ٢٢٨ ، وانظر المكاسب في الفقه الشيعي مبحث القبض حيث نص على ان التسليم والتسلم من مقتضيات طبيعة عقد المعاوضة ، وان على المتعاقدين ازالة جميع الموانع التي تحول بين استيلاء المشتري على المبيع والبائع على الثمن .

نظرية تحول العقد

٣٣

هذه النظرية بصيغتها الموجودة عند المدنين لم يبعث عنها الفقه الإسلامي بحثاً مستقلاً بهذا العنوان ، ولكن النتيجة التي يحاول المدنيون التوصل اليها من هذه النظرية ، هذه النتيجة قد تنبه لها الجعفريون في فقههم ، ولكن لم تتوفر العناصر الكافية للاقتناع بها إلا عند القليل منهم كما ينتعرض لذلك .

ومجمل الحديث عن هذه النظرية ، ان الفقه الغربي لم يتعرف عليها إلا بعد ان مر بمراحل طويلة وأصبحت أمثالها من النظريات المستحدثة من مظاهر تطوره واتساعه ، والمقصود منها كما جاء في الوسيط لعبد الرزاق السنهوري ، وفي نظرية العقد لسليمان مرقس وغيرهما : ان العقد الباطل الذي يقصد المتعاقدان ابرامه يمكن تحويله إلى عقد آخر من العقود إذا كانت عناصر الثاني بتمامها موجودة في حطام ذلك العقد الفاسد ، وقد أخذ بهذه النظرية التشريع المصري في التقنين الجديد ، بعد ان لم يكن في القوانين القديمة الفرنسية والمصرية نص على الأخذ بها كمبدأ عام ، وجاء في المادة ١٤٤ من القانون المدني المصري الجديد : إذا كان العقد باطلاً ونوافرت فيه اركان عقد آخر ، فإن العقد الثاني الذي نوافرت اركانه في ذلك العقد الباطل يكون صحيحاً .

ومن أمثلة ذلك تحول عقد البيع إلى عقد الهبة إذا كان بطلانه لعدم ذكر

الثلث فيه ، او لكون الثمن المذكور فيه صورياً ، ذلك لأن عقد الهبة لا يشترط فيه الثمن ، والعاقدان الذان تعاقدتا بلا ثمن او بثمن صوري يغلب فيها ان نيتها قد اتجهت إلى الهبة ، ولا سيما وهما يعلمان بأن البيع باعتباره من المعاوضات لا يتم إلا بذكر الثمن عوضاً عن المبيع ، وحيث ان الهبة لا يشترط فيها لفظ خاص ، وتم بكل ما يدل عليها من قول او فعل ومبنية على الإعطاء من طرف واحد ، فعناصرها بكاملها موجودة بين حطام ذلك العقد الباطل ، فلم يعد ما يمنع من تحول العقد الذي انشأ بعنوان البيع ولم تتوفر فيه العناصر الكافية لصحته ، لم يعد ما يمنع من تحوله إلى هبة من البائع للطرف الآخر .

وقد مثّلوا لذلك بأمثلة أخرى لا يهمننا استقصاؤها ، والذي أردناه من الحديث عن هذه النظرية مع انها لم تدون في الفقه الإسلامي ان فكرة تحول العقد الفاسد إلى عقد صحيح من نوع آخر قد توافرت جميع أركانها وعناصرها ، هذه الفكرة لم تغب عن الشرعيين ودونوها خلال أبحاثهم عن مصير العقود الفاسدة فيما لو نشأ الفساد من جهة التنصيص على عدم الثمن في البيع والاجارة ، إذا قال البائع او المؤجر للطرف الآخر : بعثك بلا ثمن او أجرتك بلا أجر ، وأخذ بها بعضهم فنص على ان البيع في المثال الأول ينقلب هبة والاجارة في المثال الثاني تنقلب عارية ، لأن مرجع البيع بلا ثمن إلى تملك العين للطرف الثاني بدون عوض كما هو نتيجة الهبة ، ومرجع الاجارة بلا أجر إلى إباحة الانتفاع بالعين بدون مقابل كما هو مفاد العارية ، والظاهر ان من بين من تبنى هذه النظرية من الفقهاء الشهيد والحقق ، وهما من أعيان الفقهاء الجعفرين .

والمحصل من جميع ذلك ان القوانين المدنية الحديثة قد انتهت إلى هذه النظرية بعد المراحل الطويلة التي مر بها التشريع المدني ، ولم يغفل عنها التشريع الجعفري بل تنبه لها قبلهم بعشرات السنين ، ولكنه لم يقرها كمبدأ عام في تشريعاته لأن نية المتعاقدين

لم تتجه إلى العقد الثاني ولا بد في العقود من مراعاة قصد المتعاقدين ونيتها كما
رجع ذلك أكثر الفقهاء والذين أخذوا بهذه النظرية من الفقهاء الجعفرين لم
يتكروا لهذا المبدأ ، بل اعتبروا إرادة المتعاقدين في واقعها متجهة إلى المنة
والعارية في المثالين المذكورين (١) .



مركز تحقيقات كميته علوم اسلامی

١ - انظر المكاسب مبحث المقبوض بالعقد الفاسد وشرحها للخونساري الجزء الاول
وانظر الوسيط للنهودي ونظرية العقد ص ٢١٠ و ٢١١ وانظر الفقه الاسلامي في توبه
الجديد لمصطفى الزرقا المجلد الثاني من الجزء الاول ص ٦٦٨ و ٦٦٩ .

العقد شريعة المتعاقدين

٣٤

لقد وردت هذه القاعدة في الفقه المدني الروماني ، وأخذ بها فقهاء القانون الفرنسي القديم ، ونصت عليها المادة ١١٣٤ من التقنين الفرنسي وأصبحت من المبادئ الأولية التي تعبر عن وجوب التقيد بالعقد واحترامه في جميع التشريعات .

والذي تعنيه هذه القاعدة ، هو أن المتعاقدين كلما اتفقا عليه وأدخلاه في نطاق العقد يلزمها التقيد به والعمل بضمونه واحترامه كما لو كانت القانون قد نص على وجوب الإتيان به ، أي أن العقد الجامع للشروط التي اعتبرها المشرع في تكوينه وصحته لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يتهرب بما التزم به ، ولا أن يغير أو يبدل منها شيئاً بإرادته المنفردة ، بل يجب على كل منها أن ينفذ ما التزم به في العقد ويحقق إرادة الطرف الآخر في تنفيذه .

وكما يجب ذلك على كل منها باعتبار أن العقد هو الشريعة التي يجب عليهما الوقوف عندها ، يجب على القاضي أن يحترم تعاقدتهما ، ويلتزم بتطبيقه عليهما عندما يرجعان إليه في الخصومات المتعلقة بذلك العقد ، وليس له أن يغير أو يبدل فيه شيئاً حتى ولو رأى فيه ما ينافي العدالة بنظره (١) .

١ - انظر نظرية العقد ص ٢٢٠ ومصادر الالتزام ص ٢٢٨ ، والوسيط للسنهوري .

وقد اخذ بمحتويات هذه القاعدة الفقه الإسلامي ، وفرض على المتعاقدين إذا تكاملت أركان العقد وشروطه الوفاء به واحترامه بجميع محتوياته ، وليس لاحد حق التصرف فيه بأي نحو كان ، وعلى القضاة العمل على تنفيذه وتطبيقه على المتعاقدين فيما لو ترافعا اليهم في أمر يتعلق بالعقد الواقع بينهما ، وقد تعددت النصوص الإسلامية التي تتفق مع هذا المبدأ روحاً ومعنى ، والتي تؤكد شرعية العقد وإلزام المتعاقدين بالعمل بمضمونه ، ومن ذلك قوله سبحانه :

يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود ، وهذه الآية بصيغتها تدل على وجوب الوفاء والعمل بالعقد بجميع محتوياته ، وتعتبر عما يراد من القاعدة المعروفة في الفقه المدني (١) .

وقد أجاز الفقه المدني الخروج عن هذا المبدأ عندما يتفق المتعاقدان على نقض العقد أو تعديله ، وفي ذلك يقول الدكتور مرقس والدكتور عبد المجيد الحكيم :
أما جواز نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين فهو أمر طبيعي ، لأن توافيق الارادتين هو الذي ينشئ العقد ، وبعبارة أخرى الرابطة العقدية التي سبق لها انشاؤها ، وكما ان القانون القائم يمكن تغييره أو تعديله بقانون جديد ، كذلك يمكن نقض العقد باتفاق جديد بين الطرفين ، وإذا خول العقد منذ ابرامه أحد العاقدين ان يستقل بنقضه بعد مدة معينة يكون حق هذا العاقد في النقض مستنداً إلى الاتفاق عليه في العقد الأصلي (٢) .

ومع ان الفقه الجعفري يقرر النظرية عينها المتعلقة باحترام العقد وتنفيذه بجميع محتوياته وهو من هذه الناحية اكثر تصلباً وتمسكاً بشرعية العقد ، ومع ذلك يفسح المجال للمتعاقدين للتحلل من التزاماتهما اكثر من الفقه المدني ، وقد

١ - انظر المكاسب ، والجواهر كتاب التاجر وغيرهما من فقه الإمامية .
٢ - نظرية العقد ص ٣٣١ و ٣٣٢ - ومصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم ص ٢٢٨ .

أعطى الفقهاء أمثلة كثيرة تبيح للمتعاقدين أو لأحدهما حل العقد والتحلل من الالتزام الذي التزم به ، ومن ذلك اتفاق الطرفين على حل تلك الرابطة التي أوجدها العقد ، ويعبرون عن ذلك بالاقالة ، وجاء في جملة من النصوص ما يؤكد رجحانها ، كما وإن اتفاق المتعاقدين في العقد على أن يكون لأحدهما الحق في نقض العقد بعد مدة من تاريخ إبرامه ، هذا الاتفاق مرجعه إلى إعطاء أحد التعاقدين الحق في فسخ العقد بعد مدة من تاريخ إبرامه ، أو عندما يتم نذر على أحدهما الوفاء بجميع التزاماته ، أو لغير ذلك من الأسباب ، ومن أمثلة ذلك ما لو اشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما الخيار لنفسه خلال مدة من الزمن محددة من حيث البداية والنهاية ، وقد أجمع الفقهاء على صحة هذا الشرط ووجوب الوفاء به ، وهذا من غير فرق بين أن يكون زمان هذا الخيار الثابت لها أو لأحدهما بالشرط متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه ، كما لو تعاقدنا على أن يكون لأحدهما الخيار بعد سنة من تاريخ العقد مثلاً أو بعد شهر ونحو ذلك بحيث يكون العقد قبل مجيء الزمان المعين لازماً على كل منهما .

ولا بد من تعيين المدة التي يحدث الخيار عندها ، فلو كانت مجهولة غير معلومة المقدار ، كما لو جعل أحدهما الآخر الحق في فسخ العقد عند مجيء موسم الحصاد أو عند رجوع المسافرين مثلاً لا يثبت للمشروط له حق إبطال العقد من حيث بطلان الشرط لجهة الجهالة المؤدية للغرر على حد تعبير الفقهاء (١) .

١ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى مبحث الخيار الثابت بالشرط ، والجواهر كتاب المتاجر ، قال في الجواهر : ولا ريب في رجحان الاقالة ومشروعيتها ، وجاء في مروية ابن حمزة عن الصادق (ع) : ايما عبد اقال مسلماً في بيع اقال الله عشرته يوم القيامة واصاف الى ذلك : فهي عندنا فسخ في حق المتعاقدين ، سواء وقعت بلفظ الاقالة او غيره .

نظرية الظروف الطارئة

٣٥

هذه النظرية تحد من القوة الملزمة في العقد وتفسح المجال أمام المتعاقدين لتحلل من سلطان العقد ، وذلك فيما لو طرأت على العقد او على المتعاقدين ظروف لم تكن متوقعة تؤدي إلى اختلال توازنهما الاقتصادي او إلى الاضرار بهما على حد تعبير بعض المؤلفين في الفقه المدني ، وهذه النظرية كما يدعي الدكتور عبد المجيد الحكيم لم تؤخذ بها القوانين الخاصة إلا منذ عهد قريب ، وأول من أخذ بها هو مجلس الدولة الفرنسي ، ولكن القضاء المدني في فرنسا ومصر لم يساير القضاء الاداري في هذا الاتجاه وظل متمسكاً بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) ولم يسمح بتغيير التزامات المتعاقدين . وأول القوانين التي أخذت بها القانون المدني البولوني ، ثم الايطالي والعراقي والقوانين المدنية العربية التي وضعها الدكتور السهوري .

ومجمل القول : ان القوانين القديمة والحديثة كانت إلى زمن قريب تغالي في احترام التزام المتعاقدين وتقديس العقد عملاً بمبدأ «العقد شريعة المتعاقدين» ، مما كانت الظروف ، ومهما طرأ على المتعاقدين من الحوادث المخرجة لها ، ولما كان ذلك يتنافى مع مبدأ العدالة بنظر المشرعين من رجال القانون أقروا هذه النظرية بقصد التخفيف على المتعاقدين اذا كان الالتزام بالعقد محاطاً بتلك الصعوبات المضرة بحالهما ، واجازوا للمحكمة اذا رأت ضرورة لذلك ان تعيد النظر في

أمر العقد وتحدد من قوته الملزمة بنحو يلتقي مع مصلحة الطرفين ، ولو بفسخ العقد .

وتتلخص هذه النظرية بأنها تبيح للمتعاقد التخلص من العقد فيما لو طرأت عليه بعض الحوادث الاستثنائية التي لم تكن متوقعة حين إبرام العقد بحيث أصبح وفائه بالتزاماته محرّجاً له (١) .

قال الدكتور مرقس : لا أثر لهذه النظرية في القانون الروماني ، إذ يرجع أصلها إلى القانون الكنسي فحسب . فقد كان هم فقهاء الكنيسة ان يسود العدل في العقود ، فاشتروا الثمن العادل والأجر العادل وحاربوا الغبن والربا ، وفرعوا على ذلك وجوب التعادل في الالتزامات التبادلية ليس عند إبرام العقد فحسب ، بل عند تنفيذه ايضاً ، وبنوا ذلك على وجود شرط ضمني في كل عقد من مقتضاه ان كلّاً من عاقديه لا يبقى ملتزماً بأحكامه إلا طالما بقيت الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها على حالها ، او على الأقل دون ان يطرأ عليها تغيير جوهري ، اما إذا تغيرت هذه الظروف تغيراً يخل بالتوازن بين التزامات المتعاقدين ، تعين بقتضى هذا الشرط تعديل هذه الالتزامات بما يعيد اليها التوازن .

غير انه لما ازدهر مبدأ سلطان الارادة في القانون الفرنسي القديم ، أدى ذلك إلى اعتبار العقد شريعة للمتعاقدين وحصل التشدد في التقيد به وفي عدم جواز نقضه او تعديله مهما كانت الظروف التي أبرم فيها ومهما أثرت هذه الظروف في كيانه الاقتصادي فاندثرت هذه النظرية وغابت عن الانظار .

وفي القانون الفرنسي الحديث تأثر واضعوه بالقانون الفرنسي القديم ، ونصوا

١ - انظر مصادر الالتزام للدكتور عبد المجيد الحكيم ص ٣٣٩ ونظرية العقد للدكتور مرفس ص ٣٢٢ .

على ان العقد شريعة المتعاقدين ، وأجمع الفقه والقضاء على ان العقد ملزم للطرفين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق جديد، وبقي الفقه والقضاء متمسكاً بسيطرة العقد على المتعاقدين بالرغم من الاضطراب الكبير الذي طرأ على المعاملات قبل الحرب العالمية الأولى وخلالها بسبب ارتفاع الاسعار وندرة السلع، وفرض القيود على الواردات والصادرات مما جعل التمسك بالعقود مع هذه الظروف وفي ظل هذه الحوادث مستصعباً إلى أبعد الحدود ، فأنار ذلك اهتمام المشرعين إلى إعادة النظر في تلك العقود على ضوء الظروف الجديدة الحادثة ، فكان ذلك سبباً في بعث هذه النظرية في الفقه الحديث ، وأصبحت من التقنيات الحديثة المعمول بها في أكثر البلدان الأجنبية والعربية .

ولا بد من تحقق الشروط التالية لتطبيق هذه النظرية على العقود :

الأول : ان يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ كعقد الإيجار ، او العقود الفورية التنفيذ كالبيع بأجل او بضمن مقسط ، والعقود التي هي دورية التنفيذ ، كما لو باع رجل لشخص صنفاً بشرط ان يسلمه له على دفعات خلال مدة من الزمن ، ففي هذا النوع من العقود يمكن ان يحدث خلال المدة الواقعة بين العقد وتمام تنفيذه بعض الحوادث التي لم يكن في الحسبان حدوثها .

الثاني : ان تكون تلك الحوادث الطارئة من الحوادث الاستثنائية العامة ، أي لا تكون تلك الحوادث مختصة بأحد المتعاقدين دون سواه ، ومن امثلة تلك الحوادث العامة الحروب والفيضانات والجراد ونحو ذلك .

الثالث : ان لا تكون تلك الحوادث متوقعة للمتعاقدين عند ابرام العقد ، فلو كانت متوقعة عند ابرام العقد وأقدم المتعاقدان على العقد فلا يكون الزام العاقد بما التزمه للآخر بخلاً بالعدالة .

الرابع : ان يكون تنفيذ الالتزام مع هذه الظروف والحوادث مرهقاً
للطرف الآخر ولا يشترط ان يكون مستحيلاً في حقه ، بل يكفي فيه ان
يؤدي الى الاضرار به الى حد يعسر تحمله غالباً (١) .



(١) انظر المصدرين السابقين .

موقف الفقه الجعفري من هذه النظرية

٣٦

هذه النظرية معروفة في الفقه الاسلامي وبخاصة الفقه الجعفري منذ أقدم عصور التشريع ، مع العلم بأن القوانين الحديثة لم تأخذ بها بصورة عامة إلا بعد الحربين العالميتين الواقعتين خلال القرن العشرين ، وقد أخذ بها التشريع الجعفري في البيع والإجارة وغيرهما من العقود مع أنه يفرض على المتعاقدين الالتزام بالعقد وتنفيذه بجميع محتوياته ما لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة كما يبدو ذلك من الأمثلة التالية :

مركز تحقيق مكتبة آية الله العظمى السيد

لو تلف المبيع قبل قبضه وهو في يد المالك بعد انشاء العقد وتناميته بجميع أركانه وشروطه بنحو كان التلف في الفترة الواقعة بين إبرامه وتنفيذه ، فقد أجمع الفقهاء على أنه يتلف من مال بائعه وهو وحده يتحمل الخسارة وعليه أن يرد الثمن إلى المشتري إذا كان قد دفعه إليه ، وقد علل أكثر الفقهاء هذا الحكم بأن العقد يفسخ قبل التلف ولو بلحظة ، فيعود المبيع إلى ملك البائع ويقع التلف في ملكه ، فيكون الحدث الطارئ موجباً لإفساخ العقد وقد التزم الفقهاء بذلك للتوفيق بين الأصول المتبعة في الضمان وبين تضمين البائع في هذه المسألة ذلك لأن كونه تالفاً من مال البائع لا يتصور إلا برجوعه إلى ملكه ولو قبل التلف بجزء يسير من الزمان .

ومهما كان الحال فتلف المبيع قبل قبضه إذا لم يكن بسبب من المشتري
يترتب عليه الغاء العقد واعتباره بمنزلة العدم كما هو اللازم من اتفاقهم على ان
تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه (١) .

٢ - لو تلف المبيع في يد المشتري وكان له الخيار كما لو كان المبيع حيواناً
او اطلع على عيب فيه بعد ابرام العقد واستلامه ، فلو تلف المبيع في يده يكون
تلفه من مال البائع وعليه ان يرد الثمن على المشتري ، وقد نص أكثر الفقهاء على
ان العقد ينفسخ قبل التلف ويرجع المبيع الى ملك البائع ولو بزمان يسير، فيكون
تالفاً في ملكه (٢) .

٣ - لو اطلع المشتري على عيب في المبيع بعد استلامه كان له الخيار في فسخ
العقد ، وكذا لو اطلع المستأجر على عيب في العين التي استأجرها بحيث تبين انها
لا تصلح لإستغلال المنفعة المقصودة للمستأجر .

٤ - لو تلفت العين المستأجرة بأفة سماوية ونحوها قبل استلامها ، كما لو
استأجر داراً ليسكنها فتهدمت او عقاراً فجرفته السيول ونحو ذلك ، تنفسخ
الإجارة في مثل ذلك عند جميع الفقهاء ، ولعل السبب في ذلك ان عقود
المعاوضات مفادها المبادلة بين المالكين وقيام كل منها مقام الآخر بمعنى ان كلا

١ - وقد استفاد الفقهاء هذه القاعدة من قول النبي (ص) : كل مبيع تلف قبل قبضه
فهو من مال بائعه ، بالإضافة الى ما رواه عقيبته بن خالد عن الامام الصادق (ع) قال سألته
عن رجل اشترى متاعاً من رجل واوجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه فسرق المتاع
من مال من يكون ، قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المال ، فاذا
اخرجه من بيته فالبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله .

٢ - وقد اخذ الفقهاء هذه القاعدة من النصوص المروية عن الائمة (ع) فقد جاء في
مروية عبدالله بن سنان في الامام (ع) : وان كان بينهما شرط اياماً معدودة فهلك في يد
المشتري فهو من مال بائعه ، والمراد من الشرط هو الخيار الثابت للمشتري كما يظهر ذلك
في جملة من النصوص .

منهما يحتل مكان الآخر ، فإذا تلفت العين قبل استلامها ودخولها في يد المستأجر لم يعد بإمكانه ان يتسلط على منفعتها في مقابل العوض الذي دفعه للمالك ، فلا تحصل المبادلة المقصودة للمتعاقدين .

والظاهر ان الفقه المدني يلتقي مع الفقه الشيعي في هذه المسألة ، فقد جاء في مصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم : ان المبيع إذا هلك في يد البائع كان هلاكه عليه ، وفي عقد الاجارة إذا هلكت العين المؤجرة ، فال التزام المستأجر بدفع الاجرة ينتقض ، أي ان المؤجر وحده هو الذي يتحمل تبعه الهلاك لأنه استحالة عليه تنفيذ التزامه ليتمكن المستأجر من الإنتفاع بالعين (١) .

٥ - ولو استأجر انسان داراً او عقاراً في بلد لاستغلال منفعته ، ثم حدث خوف منعه عن السكن في تلك البلد واضطره إلى الهجرة منها ، فقد نص في الجواهر بأنه مخير بين فسخ العقد وإبقائه ، لقاعدة لا ضرر ولا ضرار ، لأن إزماء بالعقد والحالة هذه ضرر عليه ، ولم يستبعد انقياخ العقد في هذه الحالة .

ولو لم يكن الخوف عاماً بأن كان شخصياً بالنسبة لخصوص المستأجر ، فإذا لم يكن المالك قد اشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه ، فلا خيار له حينئذ ، لأنه يتمكن من استيفاء المنفعة بإيجار العين او استئجار من يستغلها لصالحه .

وإذا اشترط عليه استيفائها بنفسه ثبت له الخيار بين الفسخ والالتزام بالعقد ولو منعه الظالم من استيفاء المنفعة ثبت له الخيار في التخلص من العقد والرجوع على الغاصب الظالم بعوض المنفعة .

٦ - ولو استأجر انسان شخصاً لإجراء عملية جراحية ثم ارتفع المرض الموجب

١ - انظر مصادر الالتزام ص ٢٧٧ .

لإجراء العملية ، أو استأجره ليقلع له ضرره فزال الألم عنه ، تنفسخ الإجارة في مثل ذلك .

٧ - لو مات المؤجر أو المستأجر ، فالمشهور بين الفقهاء ان الاجارة تبطل بذلك ، وفصل جماعة بين موت المؤجر وموت المستأجر ، فقالوا بأنها لا تبطل إلا بموت المستأجر (١) .

ولو استأجر شخصاً ليعمل له عملاً في الأخير في اثناء العمل او قبله تبطل الاجارة ايضاً لقوات محلها .

ولو تلف بعض العين المستأجرة تبطل الإجارة بنسبة ما تلف من العين ، ويحدث للمستأجر الخيار بفسخ الاجارة بالنسبة لما بقي من العين المستأجرة ، وقال السيد كاظم في العروة الوثقى : التلف الساهوي للعين المستأجرة او لمحل العمل موجب لبطان الإجارة ، ومنه ائلاف الحيوانات ، وائلاف المستأجر بمنزلة القبض ، وائلاف المؤجر موجب للتخير بسين ضمانه والفسخ ، وائلاف الأجنبي موجب لضمائه ، والعذر العام بمنزلة التلف ، وأما العذر الخاص بالمستأجر ، كما لو استأجر دابة لركوبه بنفسه فمرض ولم يقدر على المسافرة ، او استأجر رجلاً لقلع سنه فزال ألمه او نحو ذلك ففيه اشكال ، ولا يبعد انه يوجب البطان (٢) .

١ - واستدل القائلون بالبطان بما رواه ابراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت الى ابي الحسن (ع) وسألته عن امرأة آجرت ضيقها عشر سنين على ان تعطى الاجرة في كل سنة عند انتهائها لا يقوم لها شيء ما لم يمض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين ، قال (ع) فان لم تبلغ الوقت وبلغت ثلثه او نصفه او شيئاً منه يعطى ودرتها بقدر ما بلغت من الوقت .

٢ - انظر الجواهر كتاب الاجارة وانظر المستمسك شرح العروة الوثقى ص ٢٤ وما بعدها في كتاب الاجارة وفيهما من المجاميع الفقهية فان المتبع يجد مجموعة من الامثلة لانفساخ الاجارة وثبوت الخيار لاحد الطرفين في فسخها .

وقد وضع الفقهاء معياراً مرناً للعدر المسوغ لبطلان الإجارة ولثبوت الحق لأحد الطرفين في فسخها ، فقالوا ان كل عذر لا يمكن معه استيفاء المنفعة او العمل المقود عليه ، اما لموت أحد العاقدين ، او تلف المحل ، او لتعذر استغلال منفعته ، هذا العذر يزول العقد ويفسخ للمتعاقدين او لاحدهما المجال للتعطل من سيطرته وسلطانه .

ويبدو من فقه المذاهب الأربعة انهم متفقون على ان بعض الأعذار توجب بطلان الإجارة وبعضها الآخر وان لم يوجب البطلان إلا انه يجعل للطرف الآخر المتضرر الحق في فسخ العقد فيما لو أراد التخلص منه ، وقد حصر الاستاذ علي الحنيف أسباب انقضاء الإجارة بالأمور الخمسة التالية :

الأول : وفاة المستأجر ، لأن الإجارة التزام بينه وبين المؤجر ولا موجب للإزام ورثته بما لم يلتزموا به .

الثاني : وفاة المؤجر ، لأن العين تنتقل بوفاة إلى ورثته ، وعقد الإجارة يتجدد بتجدد المنفعة بمعنى أنه ينحل إلى عقود متعددة ، وما يتجدد من المنافع ينتقل إلى الوارث تبعاً للعين ، فلا يكون عقد المورث نافذاً عليهم .

الثالث : هلاك العين المستأجرة ، كما لو استأجر انسان دابة معينة لينقل عليها متاعه او يسافر عليها ، فإذا هلكت الدابة ينفسخ العقد لانعدام محله .

الرابع : ما لو غصب العين المستأجرة غاصب ، ولم يتمكن المستأجر من ارجاعها ، ورجع بعض الأحناف في هذه الحالة بقاء العقد وسقوط الإجارة عن المستأجر ما دامت العين في حيازة الغاصب ، ويثبت له الحق في فسخ العقد فيما لو أراد التخلص منه .

الخامس : لو حدث عذر يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة ، او يمنع المؤجر

عن المضي على العقد (١) .

ونص السهوري في مصادر الحق على ان الفكرة التي يقوم عليها العذر في المذهب الحنفي ليست طرو الحادث واستحالة دفعه ، بل هي تحمل العاقد ضرراً لم يدخل في حسابه وقت الإيجار ، فإنه لا يجبر على المضي في العقد في هذه الحالة ، ويظهر من الأمثلة التي أوردها السهوري عن فقهاء الأحناف انهم يتوسعون في العذر المسوغ لابطال العقد اكثر من المذاهب الفقهية الأخرى ، وعد من الاعذار المسوغة لفسخ العقد ما لو أفلس المستأجر فانتقل من السوق او سافر إلى بلد آخر ، او انتقل من حرفة إلى أخرى ، لأن المفلس لا ينتفع بالحنوت فالتزامه بالعقد والحال هذه ضرر عليه ، وكذا لو انتقل إلى حرفة أخرى غير التي كانت يتعاطاها ولو لم يكن مفلساً ، ومن أمثلة ذلك ما لو استأجر رجلاً ليقصر له ثيابه او يخطبها او يهدم له داره او ليقلع له ضرسه ونحو ذلك ثم بدا له ان لا يفعل شيئاً من ذلك فله ان يفسخ الإجارة ولا يجبر على المضي عليها إلى غير ذلك من الأمثلة التي أوردها السهوري عن فقهاء الأحناف للأعذار المسوغة لفسخ العقد (٢) .

والذي سهل على الأحناف هذه التوسعة ان عقد الإجارة ينعقد عندهم على المنافع تدريجياً فكل منفعة تتجدد بتجدد الزمان لها حكم العقد الجديد ، لأن المنافع من حيث انها توجد تدريجياً لا يملكها المستأجر دفعة واحدة كما يملك البائع والمشتري عوضين بمجرد انشاء العقد ، لذلك فان كل عذر يحدث للمستأجر او المؤجر بعد العقد يكون بالنسبة للمنفعة التي لم يستوفها المستأجر بمنزلة العيب الذي يحدث على الاعيان في عقد البيع وعلى المنافع في عقد الإجارة قبل القبض ،

١ - احكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص ١٩٦ و ١٩٧ .

٢ - انظر ص ٩٩ و ١٠٠ و ١٠١ من مصادر الحق للسهوري الجزء ٦ من البدائع ج ٢ ص ٢٩٧ ، ومقتضى هذه الأمثلة التي أوردها الأحناف لفسخ عقد الإجارة ، ان هذا النوع من العقود لا يشبه غيره من العقود اللازمة ، لانه معرض للبطلان لا بسط الأسباب ولو كان السبب هو تبطل ارادة المؤجر او المستأجر ، وبذلك يكون اشبه بالعقود الجائرة .

والعيوب التي تحدث على الأعيان أو المنافع قبل القبض تسوغ للمتعاقدين فسخ العقد كما هو المعروف عند جميع الفقهاء .

ومهما كان الحال فالمذاهب الفقهية الثلاثة الشوافع والمالكية والحنابلة إذا ما قارنا بين آرائهم في العذر المسوغ لإبطال عقد الإجارة أو فسخه وبين ما نقلناه عن الأحناف نجد أنهم لا يعتدون إلا بالأعذار التي توجب عدم التمكن من استغلال المنافع المعقود عليها في الإجارة سواء كان ذلك خلل في العاقدين ، أو في المعقود عليه كما يظهر ذلك من المالكية ، أو في خصوص المعقود عليه كما نص على ذلك الشوافع والحنابلة ، وقد نص الشوافع على أن الخلل الحاصل من غير المعقود عليه لا يوجب الخيار بالغاً ما بلغ ، وقد مثلوا لذلك بما لو استأجر بغيراً للحج عليه ، ثم عجز عن الخروج لمرض أو لعدم تيسر المال الكافي ونحو ذلك لا يفسخ العقد ، ولا يثبت له الخيار ، ولو استأجر حماماً فتعذر عليه الوقود ، أو أرضاً للزراعة ولم يتمكن من استغلالها فليس له أن يفسخ في مثل ذلك لأن المعقود عليه صالح للانتفاع ، والعذر المتجدد بعد العقد لم يؤثر في المعقود عليه ولم يوجب نقصاً فيه ، ونص ابن قدامة الحنبلي في المغني على أن العذر العاصم كالخوف إذا استولى على جميع من في البلد واضطرم إلى الهجرة عنها فإنه يوجب الخيار للمستأجر وإن لم يوجب خللاً ونقصاً في المعقود عليه ، أما إذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر مثلاً فلا خيار له (١) .

قال ابن قدامة في الجزء الخامس من المعني : القسم الخامس أن يحدث خوف عام يمنع من سكن ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة ، أو تحاصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض لزراعتها ونحو ذلك مما يحدث بعد العقد ، فهذا يثبت به الخيار للمستأجر ، لأنه أمر غالب يمنع من استيفاء المنفعة .

وإذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر وحده فلا يملك الفسخ ، لأن هذا العذر لا

١ انظر مصادر الحق جزء ٦ ، ص ١٠٥ و ١٠٦ و ١٠٧ .

يمنع من استيفاء المنفعة ولو بواسطة الغير ، وكذلك لو حبس المستاجر او مرض او ضاعت نفقته إلى غير ذلك من الظروف الطارئة على المستاجر او المؤجر ، والتي لا تتعداهما (١) .

ومن مجموع ما ذكرناه تبين ان الفقه الاسلامي وبخاصة الجعفري منه لم يتنكر لهذه النظرية ، وقد أخذ بها في كثير من الحالات في عقدي البيع والاجارة من غير ان يتحدث عنها بعنوان خاص ، وذلك قبل ان تخطو القوانين المدنية خطواتها الواسعة بمئات السنين ، تلك الخطوة التي وجدت فيها منفساً للتحلل من سلطان العقد وسيطرته .

أجل ان التشريع الاسلامي مع انه تشدد في احترام ارادة المتعاقدين وأكد عليهما بتنفيذ ما أبرماه والتزام به ، ومع ذلك فقد وجد من الضرورة الملحة مراعاة الظروف الاستثنائية التي تعترض المضي في تنفيذ الالتزام العقدي ، فوسع عليهما في التخلص من العقد في مثل هذه الحالات .

مركز تحقيقات كلية الدراسات الإسلامية
بجامعة الإمام محمد باقر
الطوسي

*

* *

١ - لقد ذكرنا رأي الجعفريين في هذه المسألة ، ومجمله ان العذر سواء كان عاما او خاصا يمرض العقد للزوال ، وحيانا يبطل العقد بمجرد طردو العذر كما في الاعذار العامة والحوادث السماوية التي توجب زوال محل العقد احيانا .

الفصل الرابع

في موارد انحلال العقد

٣٧

والمراد بانحلال العقد هو تسلط العاقدين أو أحدهما على فسخ العقد عند وجود الأسباب المسوغة لذلك ، بعد أن يتم العقد بجميع أركانه وشروطه وينتج الأثر المطلوب منه ، هذا النوع من الانحلال لما يتصور بالنسبة إلى العقود التي يجب على المتعاقدين الوفاء بها والالتزام بمضمونها ، أما العقود الجائزة بذاتها فلا تدخل في موضوع البحث عن هذه المسألة ، وهذا التسلط الثابت للمتعاقدين على حل العقد بعد إبرامه هو المراد من الخيار المجهول للمتعاقدين عند وجود أسبابه .

وقد فسر بعضهم بأنه عبارة عن ملك فسخ العقد ، ويدخل فيه بناء على هذا التفسير فسخ العقود الجائزة ، وتسلط المالك على فسخ العقد الواقع على ماله فضولاً ، وتسلط المالك الوارث على إبطال العقد الواقع من المورث في مرض الموت بالنسبة إلى الزائد عن ثلث المال ، عند من يقول بأن تصرفات المريض لا تنفذ إلا في ثلث ماله ، وتسلط العمة والحالة على فسخ عقد الزواج الواقع على بنت الاخت والأخ ونحو ذلك من العقود التي يسوغ فسخها في بعض الحالات مع أن التسلط على الفسخ في هذه الموارد من الأحكام المجمولة للوارث وللمالك في عقد الفضولي وللعمة والحالة بالنسبة لبنت الأخ والاخت ، لا من نوع الخيار ، ولذا لا

تنتقل بالارث ولا تسقط بالإسقاط كما هو الحال في الخيارات، وبذلك تبين ان هذا التعريف للخيار لا يمنع دخول ما ليس منه فيه .

وعرفه آخرون : بأنه ملك اقرار العقد وازالته ، وهذا التعريف لا يختلف عن سابقه ولا يمنع من دخول ما ليس من الخيارات فيها .

ومهما كان الحال فالخيار عبارة عن اعطاء المتعاقدين او احدهما السلطنة على حل العقد وابطال مفعوله من حين صدوره واسترجاع كل من الطرفين العوض إلى ملكه ، مع العلم بأن العقد ينعقد لازماً ويستمر على ذلك حتى في ظرف ثبوت الخيار للمتعاقدين ، بل وحتى بالنسبة إلى الخيارات التي تولد مع العقد كما في خياري المجلس والحيوان ، ذلك لان الخيار مفاده اعطاء المتعاقدين او احدهما السلطنة على حل العقد في حالات معينة ارفاقاً بالمتعاقدين او لدفع الضرر اللاحق باحدهما كما في خياري العيب والغبن او لغير ذلك من الحالات ، ولا يتزعزع العقد إلا إذا نفذ صاحب الخيار الحق المجعول له ، ولو كان مرجع الخيار إلى ان العقد يصبح جائزاً لكان الخيار حكماً شرعياً كجواز الرجوع في الهبة وفي العارية والرديعة ونحو ذلك من العقود الخائزة .

ومهما كان الحال فقد نص الفقهاء على أن الاصل في العقد اللزوم بمعنى ان العرف والشرع لا يجيزان للعاقدين التراجع عن العقد واسترجاع العوضين ، ومن الجائز ان يكون المراد بهذا الاصل هو الاستصحاب الراجع إلى استصحاب بقاء الآثار الثابتة للعقد حتى ولو تراجع أحد المتعاقدين عن العقد وتمنع عن تنفيذ التزاماته مع الطرف الآخر ، كما يمكن ان يكون مرادهم بهذا الاصل القاعدة العامة المستفادة من النصوص القرآنية ومن السنة (١) .

١ - وهي اوفوا بالعقود ، واحصل الله البيع ، ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراضي منكم ، وقوله (ص) الناس مسلطون على اموالهم ، وامثال ذلك من الايات والاحاديث التي استعمل بها جماعة على لزوم العقود وعدم صحة التراجع فيها .

ومع ان كل واحدة من تلك الآيات التي استدلت بها جماعة من الفقهاء على لزوم العقد ، لا تكفي بذاتها لهذه الغاية ، إلا ان الآيات والنصوص بمجموعها تدل على ان المتعاقدين ليس لهما ان يتراجعا عن المعاملة ، وان تراجعها يتنافى مع العمومات ومع الأغراض التي شرعت تلك العقود لأجلها .

ولا نريد ان نستقصي جميع الشبه والاحتالات والنقوض التي أوردها الفقهاء على الاستدلال بهذه الآيات على لزوم العقود ، لا نريد ذلك لاني قد أكدت أكثر من مرة بأني لم أقصد من هذا الكتاب إحصاء جميع الآراء الفقهية وما يرافقها من أخذ ورد بما هو مدون في مجاميع الفقه الشيعي ، وإنما الذي يهمني هو التعريف بفقه الشيعة ومناهجهم الفقهية ، واحسب اني بهذا الأسلوب من البيان وبهذا المقدار من العرض لأصول المسائل الفقهية وأشهر الآراء فيها قد هيأت للقراء وبخاصة العلماء منهم الوقوف على ناحية من نواحي التفكير الشيعي الواسع ، وحصلت على الغاية التي أحاولها من هذه الابحاث .

ومجمل القول ان الخيارات سواء كان مصدرها المتعاقدين أم المشرع ، قد أنماها بعض الفقهاء إلى أربعة عشر خياراً كما جاء في اللمعة للشهيد الاول ، وانماها آخرون من الفقهاء إلى أقل من ذلك ، وعدوا منها خيار المجلس ، وهو من الخيارات المتفق على ثبوتها للمتعاقدين عند فقهاء الإمامية .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب : ولا خلاف بين الإمامية في ثبوت هذا الخيار للمتعاقدين ، والنصوص به مستفيضة ، ولا فرق بين أقسام البيع وأنواع المبيع (١) .

ويبدو من تشريع هذا الخيار للمتعاقدين في مجلس العقد ، بأنه قد فسح لهما

١ - ومن جملة النصوص ما جاء عن النبي (ص) وعن الأئمة (ع) : البيعان بالخيار ما

لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع .

المجال للتروي والتراجع عن العقد فيما لو رأى أحدهما أن المضي على العقد ليس من مصلحته ما دام في المجلس الذي أوقعا به العقد معها طال مجلسها ، فإذا تفرقا وانصرف كل منهما لشأنه فكل مراجعة منها بعد ذلك لا تجديها نفعاً ، ونتيجة إعطاء المتعاقدين التسلط على فسخ العقد انهما ما دام في المجلس لم تنقطع صلة كل منهما عن المال الذي دفعه للآخر عوضاً عن ماله ، وبالتالي لا يكون العقد مبرماً وملزماً لكل منهما إلا بعد انقضاء المجلس بتفرقهما عنه ، وكما ذكرنا أن جعل الخيار للمتعاقدين في هذه المرحلة لا يعني أن العقد الواقع بينهما انعقد جائزاً من تاريخ انشائه ، ذلك لأن أدلة الوفاء بالعقود باطلاقها الأحوالي ، وبعمومها الأفرادي تدل على لزوم العقد في جميع الحالات منذ اللحظة الأولى التي تم فيها الإيجاب من البائع والقبول من المشتري على الوجه الشرعي ، ولازم ذلك استمرار اللزوم ، بمعنى أن العموم الأفرادي المستفاد من قوله سبحانه : أوفوا بالعقود يستتبع العموم الأزمامي بنحو يستمر اللزوم في جميع الأزمنة والأحوال فيكون الخيار المجهول للمتعاقدين في هذه المرحلة من مراحل وجود العقد مخصصاً لتلك العمومات ، ومعنى ذلك أن لكل منهما السلطنة على إلغاء العقد وإبقائه .

وعلى كل حال فالتقدير المنطقي من أدلة هذا الخيار هو ثبوته للعاقدين المالكين ما دام في مجلس العقد ، فلو كانا وكيلين في إجراء العقد ، فقد نص العلامة في التذكرة على أنه لو تعاقد الوكيلان ، فإن كان بحضور الموكلين ثبت لكل منهما الخيار ، وإن لم يحضرا الموكلان مجلس العقد اختص به الوكيلان ، فلو مات الوكيل في المجلس والموكل غائب عنه انتقل إليه الخيار .

والرأي الشائع بين الفقهاء أن الوكيلين أن كانا وكيلين في إنشاء صيغة العقد لا غير فلا خيار لهما ، لأن الوكيل في إنشاء الصيغة أشبه بالآلة التي لا يسند الفعل إليها ، وليس من مصاديق قوله (ص) : البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، ولا يبعد في مثل ذلك ثبوته للموكلين إذا كانا في مجلس العقد لأنهما البائعان حقيقة ، على أن أدلة الخيار مفادها إعطاء كل من العاقدين السلطنة على استرجاع العوض الذي

انتقل عنه إلى الطرف الآخر وليس للوكيل في انشاء صيغة العقد هذه الصلاحية .

ولو تعدت وكالته انشاء صيغة العقد ، كما لو كان وكيلاً بالإضافة إلى ذلك في التصرف بالمال كما هو الحال في أكثر الوكلاء وأولياء القاصرين ونحوهما بنحو يكون وكيلاً مطلقاً في التصرف حسبما يراه متفقاً مع مصلحة الموكل ، فلا اشكال بثبوت الخيار له في هذه الحالة ، لأن وكالته عن المالك تتسع لمثل هذه التصرفات ونحوهما كما هو المفروض .

ولو اجتمع معه الموكل في مجلس العقد ، فلكل منهما ان يستعمل هذا الحق لأن الخيار حق لصاحب المال ، وإنما جاز للوكيل ان يباشر التصرف فيه بصفته نائباً عنه ، فإذا استعمله بنفسه لا يبقى محل لقيام غيره به ، ولا خصوصية للعاقدين من حيث هما عاقدان ، وحينئذ يستمر الخيار للموكلين ما دام في مجلس العقد .

وان لم يكونا في مجلس العقد ، كما لو كانا في مجلس آخر حينما أجراه الوكيلان فلو لم تتخط وكالتهما اجراء العقد بالثمن الذي يراه الوكيل مناسباً فلا خيار في مثل هذه المعاملة للوكيلين ولا للموكلين ، أما بالنسبة إلى الوكيلين ، فلأن الوكيل في الانشاء بمنزلة الآلة ، ونسبة البيع اليه لا تصح إلا تجاوزاً ، ولازم ذلك عدم الاعتداد بتفرقها واجتماعها .

وأما الموكلين فلا خيار لهما ايضاً لعدم حضورهما مجلس العقد ، إذ لا بد في هذا الخيار من اجتماع من لهما الخيار في المحل الذي انشأ فيه العقد كما تشير إلى ذلك النصوص التي أثبتت هذا الخيار ، ولا يكفي اجتماعهما في مجلس العقد مع الوكيلين بعد انشاء العقد ، كما يشير إلى ذلك قول الرسول (ص) : البيعات بالخيار ما لم يفترقا ، فإن المقصود من الحديث ان الخيار يستمر لهما من حين العقد إلى ان يفترقا ، والمفروض ان الموكلين المالكين لم ينشأ العقد ولم يجتمعا

مع الموكلين حين انشائه (١) .

وبما ذكرنا تبين ان خيار المجلس لا يثبت للفضولين ، كما لو كان البائع والمشتري فضولين ، وذلك فانهما وان كانا بائعين بمعنى صدور الايجاب والقبول منهما فضولاً عن المالكين ، إلا انها بمنوعان عن التصرف بأي نحو من أنحاء التصرفات ، ولا يصدق عليها البيعان إلا بنحو التجوز ، هذا بالإضافة إلى ما ذكرناه من ان الخيار سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل منه إلى الطرف الآخر ، بعد الفراغ من تسلطه على ما انتقل اليه والفضوليان لا يملكان هذه السلطنة ، ومن الجائز القريب ثبوت الخيار للمالكين إذا كانا في مجلس العقد وأجازا تصرفات الفضولين ، لأن العقد بعد صدور الاجازة منهما تصح نسبته اليهما ، ومن الممكن الاكتفاء بالنسبة إلى المالكين بمجلس الاجازة لأنها جزء السبب المملك ، وان لم يحضرا مجلس العقد ، لا سيما إذا بنينا على ان التملك يحصل من حينها ، ويتأكد هذا الرأي عند القائلين بأنها عقد قائم بذاته كما رجع ذلك بعض الفقهاء وقد أشرنا إلى ذلك خلال حديثنا عن الفضولي (٢) ، ولكن الذي يمنع من الأخذ بهذا الرأي ، ان النصوص المشرعة لهذا الخيار يستفاد منها ثبوته للبيعين المجتمعين حين العقد ، وليس فيها ما يشير إلى الاكتفاء باجتماع المالكين ولو في غير مجلس العقد ، ومع الشك في ان ثبوته للمالكين المجتمعين حين الاجازة ، يتعين الرجوع إلى إصالة اللزوم في العقود وإلى عمومات وجوب الوفاء

١ - انظر المكاسب مبحث خيار المجلس ، ومنية الطالب للخونساري الجزء الثاني

ص ١٥ و ١٦ .

٢ - وقد احتمل بعض الفقهاء عدم الخيار للمالك بعد الاجازة ، ذلك لان مفاد الاجازة هو الالتزام بالعقد واقراره ، ونجاحة اذا صدرت بلفظ اجزت البيع . ومع الالتزام بالعقد لا يبقى مجال للخيار ، ولكن الذي يبعد هذا الاحتمال ، ان الاجازة لا تفيد اكثر من الرضا بالعقد الواقع من الفضولي ، وبها يؤثر العقد في التملك ، والخيار المجمول للمتعاقدين لا يتنافى مع الاجازة بهذا المعنى .

وبما يتفرع على هذا الخيار ، ما لو كان المتولي للعقد واحداً ، بأن كان وكيلاً عن البائع والمشتري ، او كان وكيلاً عن غيره وأصيلاً بالنسبة لنفسه ، وفي هذه الحالة رجح جماعة من الفقهاء ومنهم الشيخ الانصاري في مكاسبه سقوط الخيار ، بحجة ان النصوص التي دلت على ثبوت هذا الخيار وعلى سقوطه بالتفرق يظهر منها ثبوته للمتعاقدين الممكن في حقها التفرق عن مجلس العقد ، ولا يمكن ذلك إلا بتعددتهما ، والنتيجة الحتمية لاعتبار التفرق الأمد الأخير الذي ينتهي به الخيار ، هي ثبوت الخيار للمتبايعين الذين يمكن الافتراق بالنسبة اليهما ، وإذا كان المتولي لإنشاء العقد إيجاباً وقبولاً واحداً لا يتحقق التفرق الذي اعتبره الشارع مسقطاً لهذا الخيار ، فينتفي الخيار في هذه الحالة بعدم وجود موضوعه لأن الشارع جعله للمتبايعين ما داموا مجتمعين ولم يتفرقا ، ولا يصدق هذا الموضوع لو كان العاقد واحداً ، ولا بد وان يلتزم أنصار هذا الرأي بعدم ثبوت الخيار أيضاً فيما لو تعدد المتبايعان ، بأن كان أحدهما وكيلاً في البيع والآخر وكيلاً في الشراء ، ومات أحد الوكيلين في المجلس ، لأنه بعد تقييد محل الخيار بهذا القيد يختص هذا الخيار بالمحل الذي يمكن فيه افتراق المتبايعين كما ذكرنا .

ومها كان الحال فالظاهر ان خيار المجلس يختص بالبيع من بين سائر العقود ، أما العقود الجائزة فلا مورد للخيار فيها ، لأن الخيار مجعول للمتعاقدين لغرض التسلط على حل العقد واسترجاع كل من العوضين وفي العقود الجائزة لم تنقطع الصلة بين المالك وملكه .

وأما العقود اللازمة كالصلح والإجارة والرهن والقرض وغير ذلك من العقود

التي تلزم بالعقد أو بغيره ، هذه العقود لا يدخلها خيار المجلس ايضاً ، لأن أدلة هذا الخيار قد نصت على ثبوته للمتبايعين ، وليس فيها ما يشير إلى ثبوته في غير البيع من العقود ، ويبدو من النصوص الفقهية ان الفقهاء مجمعون على اختصاص هذا الخيار بعقد البيع من حين العقد ويستمر إلى أن يتفرقا عن المجلس الذي تعاقدوا فيه ، هذا كله بالنسبة إلى بيع غير الصرف والسلم ، أما بالنسبة إليهما (١) فقد نص اكثر الفقهاء على ثبوت هذا الخيار فيهما ، لأن أدلته تشمل باطلاقها جميع أنواع البيع وأصنافه ، ولا بد مع ذلك لمن يقول بثبوت خيار المجلس للمتعاقدين في هذين النوعين من البيع أن يلتزم بوجوب التقايب في مجلس العقد بالنسبة إلى بيع النقدين بمثلها اما لكون العقد مملكاً ، فيكون وجوب التقايب من حيث ان كلا منهما قد ملك العوض ، وأما لكونه غير مملك بدون التقايب ، فيكون وجوبه تكليفاً ، وعلى كلا التقديرين ففائدة الخيار جواز فسخ العقد ، فلا يبقى محل لوجوب التقايب ، وعند من يلتزم بعدم وجوب التقايب في مجلس العقد وجواز تأخيره إلى أن يتفرقا فلا مجال لدخول الخيار حينئذ لأن العقد يبطل بالتفرق بدون القبض وقبله لا يكون مملكاً حيث ان سلطنة كل من المتعاقدين على ماله لا تزال كما كانت قبل العقد ، فلا فائدة من الخيار بناء على ذلك ، قال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب : أما لو قلنا بعدم وجوب التقايب وجواز تركه إلى التفرق المبطل للعقد ففي أثر الخيار خفاء ، لأن المفروض بقضاء سلطنة كل من المتعاقدين على ملكه وعدم حق لأحدهما في مال الآخر (٢) .

١ - والمراد من بيع الصرف هو بيع النقدين الذهب والفضة بمثلهما والمراد من السلم بيع مال في الذمة بثمن معجل ، كان يبيع مقدارا معيناً من الحنطة يستلمها المشتري بعد مدة معينة بثمن يدفعه نقداً .

٢ - وقال الخونساري في منية الطالب : وعلى أي الاحوال لا وجه لتعلق الخيار بالعقد قبل القبض ، لأن الخيار يتعلق بالعقد الدين لولاه لكان العقد لازماً ، فإذا لم يكن كذلك فلا معنى لتعلق الخيار به .

هذا كله بالنسبة إلى الخيار قبل القبض ، أما بعد القبض فلا أشكال بشوته
لأن العقد يتم ويلزم بقبض العرضين ، فتكون فائدة الخيار هي تسلط العاقدين على
حل العقد واسترجاع العوضين .

ومها كان الحال فخير المجلس بعد ان كان حقاً من حقوق المتعاقدين الثابتة
لها فهو كسائر حقوقها المكتسبة التي يعود اليها أمر التصرف فيها ، فلو اشترط
المتعاقدان في العقد اسقاطه يلزمها الشرط ويسقط الخيار المذكور كما يدل على
ذلك قول الرسول (ص) : المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم
حلالاً ، هذا بالإضافة إلى غيره من النصوص الأخرى التي تؤكد وجوب الوفاء
بالشرط ، ولا يتنافى ذلك مع أدلة الخيار ، لأن تلك الأدلة مفادها جعل الخيار
للمتعاقدين بعد اتمام العقد فتكون أدلة الشروط حاكمة على أدلة الخيار ومفسرة
للمراد منها . ونتيجة ذلك ان هذا الخيار إنما يثبت للمتعاقدين إذا لم يشترط
سقوطه ، كما وان هذا الشرط لا يخالف مقتضى العقد كما ادعى ذلك بعض الفقهاء ،
لأن خيار المجلس ليس من مقتضيات عقد البيع ، ولا هو جزء من معناه ، وإنما
يثبت للمتعاقدين بالأدلة الخاصة الخارجة عن العقود وأدلتها ، ويظهر من النصوص
الفقهية ان اشتراط سقوط هذا الخيار إنما يوجب سقوطه إذا كان الشرط قيداً في
العقد ، فلو اتفقا عليه قبل العقد فلا تشمله أدلة الشروط ، لأن الشرط المستقل عن
العقد أشبه بالوعد أو التبرع ، وهذا النوع من الاتفاق لا يسمى شرطاً كما نص على
ذلك اللغويون ، لأن الشرط على حد تعبير الفقهاء هو الإلزام والالتزام المرتبط
بغيره ، ومع الشك والتردد في صدق الشرط على الاتفاقات الابتدائية ، لا يمكن
الاعتماد على أدلة الشروط لإثبات وجوب الوفاء به ، لعدم احراز كونه مصداقاً
للشرط .

وكما يسقط هذا الخيار فيما لو اشترط المتعاقدان سقوطه في العقد يسقط أيضاً

فبإلزام أسقطاه بعد العقد ، وهذا النوع من الإسقاط هو المتيقن من موارد سقوط هذا الخيار عند جميع الفقهاء ، ذلك لأن الخيار من الحقوق الثابتة للمتعاقدين ، ومن أبرز خصائص الحقوق أنها تسقط بالإسقاط كما ذكرنا في المباحث الأولى من هذا الكتاب .

ويسقط أيضاً بفرق المتعاقدين عن مجلس العقد ، كما نص على ذلك قول (ص) : فإذا اختلفا وجب البيع ، ولا بد وأن يكون الاختراق المسقط للخيار بإرادتهما واختيارهما ، كما يستفاد من قوله (ع) : فإذا اختلفا فلا خيار لهما بعد الرضا .

ومن ذلك تبين أنهما لو أكرها على التفرق أو اضطررا إليه لا يسقط هذا الخيار ، ويؤيد ذلك قوله (ع) في حديث الرفع : رفع ما أكرها عليه وما اضطررا إليه ، ومن المعلوم أن المراد من رفع الإكراه والاضطرار هو رفع الآثار الثابتة لتلك الأفعال عن طريق الشارع ، هذه الأفعال لو أوجدها المكره مثلاً بدافع التخلص من ضرر المكره لا يترتب عليها الآثار الثابتة لها ، وحيث إن الشارع قد اعتبر تفرق المتعاقدين عن مجلس العقد كاشفاً عن رضاهما ورغبتها الأكيدة في المضي على العقد ، أحبط حقها من الخيار بعد انصرافها عن المجلس الذي أوقعها به المعاملة ، فإذا أكرها على الانصراف منه أو اضطررا لذلك لا يترتب الأثر الشرعي الذي جعله الشارع في هذه الحالة ، ولازم ذلك بقاء الخيار ولا سيما لو منعها المكره من استعمال الحق الثابت لهما وهما في مجلس العقد ، ذلك لأن تفرقهما والحال هذه لا يكشف عن رغبتها ورضاهما بتلك المعاملة ، وقد جاء في بعض النصوص ما يشير إلى أن التفرق إنما كان الحد الأقصى لهذا الخيار من حيث كونه كاشفاً عن الرضا بالعقد .

هذا كله فيما لو أكره الطرفان على التفرق ، فلو أكره أحدهما دون الآخر ، كما لو أخرج أحدهما وبقي الآخر في مجلس العقد مختاراً ، فقد رجح جماعة من الفقهاء سقوط خيارهما معاً . وذهب آخرون إلى سقوطه بالنسبة لمن بقي في

المجلس وبقائه للمكره الخارج عنه ، واختار فريق ثالث من الفقهاء بقاءه
لهما معاً (١) .

وجاء في بعض النصوص ما يشير إلى انه لو خرج الطرف الذي لم يتوجه له
الاكراه من مجلس العقد يسقط خيارهما معاً . فقد جاء في بعض المرويات عن
الإمام (ع) انه قال : فلما تباعنا قمت فمشيت خطاً ليجب البيع ، وهي بظاهرها
تدل على بقاء الطرف الثاني في المحل الذي وقع به البيع ، فيكون الافتراق من
جانب واحد كافياً في سقوط هذا الخيار بحقهما معاً ، على ان جميع النصوص التي
تعرضت لهذا الخيار قد اعتبرت التفرق هو الحد الاقصى لبقائه ، والتفرق كما يحصل
بمخرجها معاً من مجلس العقد يحصل ايضاً بخروج أحدهما وبقاء الآخر .

ومهما كان الحال فخيار المجلس مع ان النصوص التي تعرضت له رواها السنة
والشيعة عن النبي (ص) ، ومع ذلك فالمذاهب الأربعة لم تتفق على ثبوته للمتعاقدين ،
فقد أثبتته لهما الشوافع والحنابلة اعتماداً على النصوص التي أشرنا إليها ، وجاء في
رواية البخاري بالاضافة إلى ذلك انه (ص) قال : لا يبيع الخيار يقول أحدهما
للآخر اختر ، وقد أثبتته الحنابلة والشوافع في البيع والصلح والاجارة والقسمة
إذا كانت من نوع البيع ، وأنكره الاحناف والمالكية مع اعترافها بصحة
الحديث الذي اعتمدت عليه بقية المذاهب .

١ - وهذا الرأي اقرب للاعتبار من سابقه ، ذلك لان الطرف الذي تعرض للاكراه لا
يسقط خياره من حيث ان خروجه لا يكشف عن رغبته في بقاء العقد ، والطرف الآخر لا
يزال باقياً في المجلس ، والافتراق المقتضى هو الكاشف عن رغبتهما معاً في الالتزام بالعقد
ورضا هما فيه ، كما تشير إليه رواية الفضيل بن يسار عن الامام الصادق (ع) وقد جاء
فيها : البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا متهما ، وبناء
على ذلك لو انصرف الطرف الذي لم يتعرض للاكراه عن مجلس العقد باختياره لا يسقط
خياره ، لان السقوط هو التفرق الكاشف عن رضا الطرفين ، انظر منية الطالب للخنساري
ص ٢١ من مباحث الخيارات .

قال في بداية المجتهد ونهاية المقتصد : وهذا حديث اسناده عند الجميع من
أوثق الأسانيد وأصحها حتى لقد زعم أبو محمد أن مثل هذا الحديث يوجب العلم
وأن كان من طريق الآحاد ، ولكنها لبعض الاستحسانات بنوا على أصالة لزوم
في العقود والتزموا بتأويله .

وأجاب عنه القرافي في الفروق بعشرة أجوبة ، ومن بينها أن المراد من
المتبايعين اللذين لهما الخيار ما دامتا متشاغلين في البيع ، أي قبل تمام العقد ، والمراد
من افتراقهما الذي ينتهي به الخيار هو انتهاءهما من العقد ، وبعد أن أورد في
الفروق الأوجه العشرة التي اعتمد عليها الناقد لهذا الخيار ، استدلل بالحديث
نفسه على عدم الخيار للمتعاقدين في مجلس العقد بما ملخصه : أن القائلين بهذا الخيار
إنما أثبتوه للمتبايعين من حيث هما متبايعان ، وتعليق الحكم على الوصف يقتضي
أن يكون الوصف علة للحكم ، كما وإن انعدام العلة علة لعدم الحكم ، وذلك نظير
الإسكار الذي جعله الشارع علة لحزمة الحر ، فعدمه علة لعدم الحرمة . وقد نص
الحديث على ثبوت الخيار للمتبايعين ، وهذا العنوان لا يصدق حقيقة عليها إلا في
حال تلبسهما في البيع ، فإذا تم الإيجاب والقبول لا يصدق عليهما هذا الوصف إلا
بنحو التجور ، وإذا كان هذا الوصف بمعنى الحقيقي علة لثبوت الخيار فبعد تمام
البيع لا يبقى للطرفين هذا الوصف فتنتفي علة الخيار ، وبانتفاء العلة ينتفي المعلول ،
فيكون الحديث من الأدلة على عدمه كما يدعي القرافي في الفردق (١) .

وبجمل القول أن الأحناف والمالكية متفقون على عدم ثبوته للمتعاقدين ما
داما في مجلس العقد ، ولكن الأحناف قد أثبتوه لهما إذا اشترطاه في أثناء العقد ،
والمالكية أبطلوا العقد والشرط معاً فيما إذا اشترطاه (٢) .

١ - انظر الجزء الثالث حتى الفروق للقرافي ص ٢٧٢ وما بعدها وانظر بداية المجتهد
لابن رشد الجزء الثاني ص ١٧٠ والفتاوى على المذاهب الأربعة المجلد الثاني ص ١٧٢
و ١٧٣ .

٢ - المصادر السابقة .

خيار الحيوان

٣٨

الثاني من الخيارات خيار الحيوان ، وهو من الخيارات المتفق عليها بين فقهاء الإمامية ، ونص أكثرهم على أن هذا الخيار للمشتري وأنه وحده مسلط على حل العقد في الأيام الثلاثة الأولى من تاريخ صدور العقد ، وجاء في جملة من النصوص ما يؤكد بأنه من مختصات المشتري .

فقد روى الفضيل بن يسار عن الإمام جعفر بن محمد (ع) قال قلت له : ما الشرط في الحيوان ، قال : ثلاثة أيام للمشتري ، قلت : ما الشرط في غيره ؟ قال : البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا .

وجاء في رواية بن رثاب عنه (ع) قال : سألت أبا عبد الله الصادق (ع) عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لكليهما ؟ قال (ع) : الخيار لمن اشترى نظرة ثلاثة أيام ، فإذا مضت الثلاثة أيام فقد وجب الشراء . إلى غير ذلك من النصوص التي تعرضت لحكم المشتري في مورد السؤال عن ثبوته لأيهما ، وعلى هذه النصوص قد اعتمد الفقهاء في حكمهم بأن هذا الخيار من مختصات المشتري لا غير ، وقد أثبتته بعض الفقهاء لهما معاً ، كما أثبتته جماعة لمن انتقل إليه الحيوان سواء كان بائعاً أو مشترياً اعتماداً على النصوص التي تشير إلى ذلك (١) .

١ - وقد روى محمد بن مسلم عن الصادق في جواب سألته عن هذا الخيار وأنه قال وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام ، وعلى هذه الرواية اعتمد أنصار القول الأخير .

ولا يتنافى هذا الخيار مع خيار المجلس الثابت للمتعاقدين ما دام في مجلس العقد ، فلو استمر المتعاقدان في مجلس العقد ثلاثة أيام أو أكثر ينتهي خيار الحيوان ، ويبقى لهما حق الاختيار إلى ان يتفرقا ، كما وانه لو تفرقا بعد العقد مباشرة أو قبل مضي الثلاثة يسقط خيار المجلس ويبقى لهما حق الفسخ إلى ان تنتهي الأيام الثلاثة .

وذهب جماعة من الفقهاء إلى ان مبدا خيار الحيوان بعد تفرق المتعاقدين ، أي انه يحدث حيث ينتهي خيار المجلس ، واحتجوا لذلك بأن الخيار انما شرع لأحداث السلطنة للمتعاقدين على حل العقد ، وهذا الحق ثابت لكل من الطرفين ما دام في المجلس الذي انشأ فيه العقد ، ومع الشك والتردد في زمان حدوثه فمقتضى الاستصحاب عدم حدوثه قبل تفرق المتعاقدين عن مجلس العقد ، هذا بالإضافة إلى انه لو قلنا بحدوث هذا الخيار من حين العقد يلزم اجتماع سببين على سبب واحد ، أي يلزم ان يكون للمشتري مثلاً خيارين كل واحد منهما يبيع له حل العقد وتعدد الاسباب يستتبع تعدد المسببات بحكم العقل ، ذلك لأن الاسباب المتعددة إذا تقدم أحدها في الوجود كان هو المؤثر وحده فلا يكون الثاني سبباً ، وان تقارنت الاسباب ، كان كل واحد منها جزء السبب ، ومن مجموعها يتكون السبب المؤثر (١) .

١ - ولكن الانصاف ان هذه النقوض الثلاثة لا تصلح لاثبات المدعى ، ذلك لان اصالة عدم حدوثه قيل تفرق المتعاقدين لا يثبت حدوثه بعد تفرقهما الا باللازمة ، وهذا النوع من الاستصحاب لا يجوز الاعتماد عليه ، كما ثبت ذلك في اصول الفقيه الجعفري ، وفي خصوص اجتماع السببين على سبب واحد ، فالعقل انما يمنع من ذلك في الاسباب التكوينية ، اما الاسباب الشرعية فهي اشبه بالعلامات والعرفات وعندما تعدد يستند التأثير إلى الجميع باعتبارها سبباً واحداً ، على ان تعدد الخيار في المقام ليس عديم الفائدة كما يدعي انصار هذا الرأي ، ذلك لانه اذا استمر المجلس إلى ما بعد الثلاثة يسقط خيار الحيوان ويبقى خيار المجلس ، وبالعكس فيما لو تفرق المتعاقدان بعد العقد مباشرة واسقطا خيارهما .

ويبدو من أدلة هذا الخيار ومن نصوص الفقهاء ان هذا الخيار يسقط فيما لو اشترط المتعاقدان سقوطه في اثناء العقد وفيما لو أسقطاه بعد العقد ، كما يسقط فيما لو تصرف المشتري بالحيوان تصرفاً يكشف عن التزامه ورضاه ببقاء العقد ودوامه ، بنحو يكون التصرف من شؤون سلطنة المالك على ملكه ، وقد اعتمد الفقهاء في هذا الحكم على النصوص الكثيرة التي تعرضت لحال الخيار في مثل هذه الحالات ، ومن هذه النصوص ما رواه محمد بن الحسن المعروف بالصفار عن أبي محمد الحسن العسكري (ع) : قال كتبت اليه أسأله عن رجل اشترى دابة فأحدث فيها حدثاً ، او ركب ظهرها فراسخ ، أله ان يردها في الثلاثة أيام التي له فيها الخيار بعد ان أحدث فيها او ركب ظهرها ؟ فوقع (ع) إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب البيع ان شاء الله .

ومع هذا النص وغيره من النصوص التي تعرضت لهذه المسألة صريحة في ان تصرف المشتري في المبيع مسقط لخياره ولم تشترط فيه ان يكون كاشفاً عن التزام المتعاقدين في العقد ، ومع ذلك لم يكتف الفقهاء بمطلق التصرف ، بل اعتبروا فيه ان يكون كاشفاً عن رغبة المشتري في الالتزام بالعقد وتنفيذه ، ولعل الوجه في ذلك ، ان الاطلاق الموجود في الروايات منزل على الغالب ، حيث ان المشتري إذا كان متردداً في المضي على العقد لا يتصرف فيه غالباً بالتصرفات التي لا تصح إلا من المالكين ، فإذا تصرف بمثل هذا النوع من التصرفات لا بد وان يكون ملتزماً بالعقد ، ومن أجل ذلك أضاف الفقهاء هذا القيد إلى التصرف .

*

* *

الخيار الثابت بالشرط

٣٩

من الخيارات الثابتة لأحد المتعاقدين أو لكليهما ما لو اشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما الخيار لنفسه مدة من الزمن محددة في بدايتها ونهايتها، وقد أجمع الفقهاء على صحة هذا الشرط ووجوب الالتزام به ، ولا يبعد أن يكون اتفاق الفقهاء على لزوم هذا الشرط وترتيب الآثار عليه مستمداً من النصوص العامة التي أكدت وجوب الالتزام بكل شرط إذا لم يخالف الكتاب ولم يستلزم تحريم الحلال وتحليل الحرام .

ثم انه لا فرق بين أن يكون زمان هذا الخيار متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه ، كما لو تعاقدنا واشترطنا أن يكون لكل واحد منهما الخيار في حل العقد بعد شهر أو أكثر من تاريخ إبرامه .

قال العلامة الحلبي في التذكرة : لو شرط الخيار في الغد ، صح عندنا خلافاً للشافعي ، ولا بد من تعيين مدة الخيار ، فلو تراضيا على مدة مجهولة كقدوم الحاج مثلاً أو حصاد القمح بطل الشرط للجهالة المؤدية للغرر ، .

وكما يفسد الشرط فيما لو كانت المدة مجهولة يفسد أيضاً فيما لو قال بعثك الدار بشرط أن يكون لي الخيار، ولم يذكر المدة، لتساويها في الجهالة المؤدية إلى الغرر.

وقد رجع جماعة من الفقهاء صحة الشرط في هذه الصورة ويتعين بثلاثة أيام ،
وادعى بعض الفقهاء الاجماع على ذلك ، ونص الشيخ الطولسي في كتابه الخلاف :
ان تعيين المدة بثلاثة أيام مستفاد من النصوص المروية عن الائمة (ع) ، وبذلك
يرتفع الغرر بسبب التحديد الشرعي لمدة الخيار ، وان لم يتعرض له المتعاقدان .

وجاء في المكاسب ، وحاشيتها للسيد اليزدي وغيرهما : ما يؤكد عدم وجود
اخبار في هذه المسألة بخصوصها ، وان الاخبار التي ادعاها الشيخ الطوسي قد
وردت في خيار الحيوان ، ومنها قد استنتج حكمه في هذه المسألة . وجاء فيها
ان الإمام (ع) قال : الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشتراط او لم يشترط ،
وقد فهم منها ان الشرط في غيره ثلاثة أيام إذا اشتراط الخيار وإن لم يعين المدة (١)
ونظراً لعدم وجود نص في هذه المسألة بخصوصها وعدم كفاية النص الذي
اعتمده الشيخ الطوسي لإثبات صحة الشرط وتعيين المدة بثلاثة أيام ، نظراً لذلك
فان جماعة من الفقهاء لم يترددوا في بطلان هذا النوع من الشروط ، لكونها من
مصاديق الغرر المنهي عنه ، ولعدم وجود النص الشرعي المخرج لهذا النوع من
الجهالة عن الغرر موضوعاً او حكماً .

ولو عين مدة الخيار ولكن لم يعين زمان حدوثه ، فقد ذهب أكثر الفقهاء
إلى انه يحدث بعد العقد مباشرة ويستمر إلى نهاية المدة التي اتفقا عليها لتبادر ذلك
من اطلاقه على حد تعبيرهم .

ورجع فريق من الفقهاء : ان مبدأ حدوثه بعد تفرق المتعاقدين ، أي بعد
انقضاء خيار المجلس ، ذلك لأن المقصود من جعل الخيار أحداث السلطنة على حل
العقد بنحو لولا جعل الخيار يكون العقد لازماً بالنسبة للمتعاقدين ، وقبل تفرق
المتعاقدين يحق لكل منهما فسخ العقد واسترجاع العوض الذي ملكه للآخر ، فلا

١ - انظر حاشية السيد كاظم على مكاسب الانصاري .

يبقى لجعل الخيار من فائدة في هذه المرحلة .

وعلى كل حال فلو علم من حالهما انها قصداه من حين العقد ، او من زمان
التفرق ، او بعد يوم او اكثر تعين العمل بما قصداه ، ولو اطلقا ولم يعينا مبدأ
حدوته فمن الجائز القريب ان يكون بعد تفرقهما عن مجلس العقد (١) .

وكما يصح للمتعاقدين ان يجعلوا الخيار لهما في حل العقد يجوز لهما ان يجعلوا الخيار
لغيرهما واحداً كان او اكثر، لعدم منافات ذلك لأدلة الشروط التي تنص على وجوب
الوفاء بكل شرط إذا لم يخالف الكتاب والسنة، ولم يتنافى مع مقتضى العقد، او
مع حكم منصوص عليه بأدلة التشريع ، ولازم جعل الخيار لأكثر من واحد ان
يكون لكل واحد منها الحق في الفسخ وامضاء العقد، فلو اتفقا على الفسخ والامضاء
نفذ اتفاقهما ، ولو فسخ احدهما وامضى الآخر ، تعين تقديم الفسخ ، لأن مرجع
الاجازة من الآخر إلى اسقاط الخيار المجهول له (٢) .

ولا يبعد في المقام تقديم الاسبق منها ، ولو تقارنا بطلا معاً .
والظاهر ان هذا الخيار متفق عليه عند فقهاء المذاهب الاربعية ، ولهم فيه
خلاف واسع حول المدة التي يحدد بها وبعض النواحي الاخرى ، ويصح اشتراطه
عند الجميع للمتعاقدين ولأحدهما وللأجنبي ، وإذا جعلاه للأجنبي يسقط خيارهما
عند الشوافع والحنابلة ، ويصبح الخيار للأجنبي وحده ، ويشترك مع المتعاقدين في
الخيار بنظر الاحناف ، فان اتفقا على الفسخ او الاجازة نفذ اتفاقهما ، وان
اختلفا ينفذ تصرف الاسبق منها ، وإن تصرفا في آن واحد فأجاز الأجنبي وفسخ
المالك العاقد مثلاً او بالعكس يقدم الفسخ على الاجازة .

١ - انظر المكاسب للشيخ الانصاري والجواهر للشيخ محمد حسن النجفي ، والسرائر

لابن ادرس العلي .

٢ - انظر الجواهر والمكاسب بمباحث الخيارات .

وعند الحنابلة لا يصح جعل الخيار للأجنبي مستقلاً ، فلو جعله أحد المتعاقدين لشخص ثالث لم يصح الشرط ، لأن الخيار شرع لمنفعة المتعاقدين .

ومن ناحية المدة التي ينبغي ان يحدد بها الخيار ، فعند الاحناف إذا كانت المدة غير معينة ، او كان غير محددة بالزمان أصلاً ، يكون من الشروط الفاسدة إذا كان مقترناً بالعقد ، اما إذا كان بعده ، كما لو باع شخص سلعة لآخر ، وبعد اتمام البيع بمدة من الزمن التقى به وقال له أنت بالخيار ولم يعين زمناً ، ففي مثل ذلك يثبت له الخيار ما دام في المجلس الذي اخبره فيه بأن له الخيار .

وإذا حدد زمن الخيار بثلاثة أيام لا غير يقع صحيحاً ويجب الوفاء به ، ولو حدده بشهر او اكثر يقع فاسداً عند أبي حنيفة وصحياً عند صاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن .

وذهب المالكية إلى ان خيار الشرط يلحاظ المبيع ان كان من نوع الاراضي وما يتصل بها من بناء واشجار يصح اشتراطه لمدة تتراوح بين ستة وثلاثين يوماً وثمانية وثلاثين فاذا زادت المدة عن ذلك يقع فاسداً ، وان كان المبيع من نوع الثياب وغيرها من العروض يصح جعل الخيار لأحدهما خلال مدة تتراوح بين ثلاثة أيام وخمسة ، وكذا في الحيوانات التي ليست معدة للركوب والنقل ، وإذا كان المبيع من هذا النوع ، فان كان اشتراط الخيار لغرض التثبيت من غلائها ورخصها فيصح اشتراطه في المدة المذكورة ، وان كان لأجل التثبيت من صلاحيتها للركوب والاستعمال ، ففي البلد الذي جرى فيه العقد لا يصح اشتراط الخيار فيها اكثر من يومين ، وفي خارج البلد يصح اشتراطه إلى مسافة يريد لا غير ، ويفسد الشرط إذا تجاوز الحدود المذكورة .

وقال الشوافع : ان مدة الخيار لا يصح ان تتجاوز ثلاثة أيام ، ولا بد فيها ان تكون متصلة بالعقد ومتوالية ، ورتبوا على ذلك ان البائع لو باع داره وجعل

الخيار للمشتري في اليوم الثاني بطلان العقد والشرط ، وكذلك فيما لو عينها بثلاثة أيام وكان اليوم الأول متصلاً بالعقد واليومان الباقيان منفصلان عنه .

ولم يشترط الحنابلة أمداً معيناً فكما يصح اشتراطه لثلاثة أيام يصح إلى سنة وأكثر منها على شرط ان تكون المدة معينة من حيث المبدأ والمنتهى (١) .

ويصح شرط الخيار عند الاحناف في الاجارة والمزارعة والخلع على مال ، وفي القسمة والرهن والكفالة والحوالة والإبراء من الدين والشفعة والإقالة ونحو ذلك من العقود اللازمة من الطرفين ومن طرف واحد (٢) .

ولا يدخل هذا الخيار عند الجعفرين أي الخيار الثابت بالشرط في الايقاعات كالطلاق والعتق والإبراء والصلح المفيد فائدة الإبراء ، كالصلح على ما في الذمة أو على إسقاط الدعوى القائمة بين المتخاصمين ، أما الصلح المعاوضي فيدخله هذا الخيار كغيره من عقود المعاوضة ، وقد علل جماعة من الفقهاء عدم صحته في الايقاعات ، بأن الايقاعات مبنية بمقتضى وضعها على اللزوم كغيرها من العقود ولولا وجود الدليل المسوغ لدخول هذا الشرط في العقود التي تصح فيها الاقالة ويدخلها الخيار لم نلتزم بصحة هذا الشرط ، أما بالنسبة إلى الايقاعات فلم يعهد عن الشارع انه رخص في التراجع عنها بعد انشائها على الوجه الشرعي ، وإذا لم يكن التراجع عنها مشروعاً فاشتراط الخيار فيها لا يشرع صحة التراجع والفناء تلك الآثار الثابتة لها ، هذا بالإضافة إلى ان الايقاعات تتم بإرادة واحدة ومن طرف واحد ، ولا يصدق الشرط إلا بالالتزام والترابط من الطرفين كما أشرنا إلى ذلك في أوائل هذا الفصل .

ومهما كان الحال فالعقود منها ما لا يدخله هذا الخيار بالاتفاق ، ومنها ما

١ - انظر الفقه على المذاهب الاربعة الجزء الثاني ص ١٧٥ الى ١٨٠ .

٢ - نفس المصدر .

يدخله بالاتفاق ، ومنها ما هو مختلف فيه ، فمن النوع الاول عقد النكاح كما نص على ذلك الشهيد الثاني في المسالك ، والشيخ الطوسي في الخلاف والمحقق الصركي في جامع المقاصد ، ولم يظهر من نصوص الفقهاء ما يشير إلى صحة اشتراط الخيار في فسخ النكاح لأحد الزوجين أو لكليهما ، ولعل ذلك من حيث ان دخول هذا الشرط في النكاح يعرضه لأثر يكون هدفاً لميول الزوجين ، وللزوال في كل لحظة ، وذلك يؤدي إلى عدم استقرار الحياة الزوجية وعدم الاطمئنان إلى الغاية التي يهدف إليها كل من الزوجين بزواجهما .

ومن الثاني عقود البيع بجميع أقسامها والإجارة والمزارعة والمساقات ونحو ذلك بما هو لازم من الطرفين .

ومن الثالث الوقف والهبة والضمان والرهن وبيع النقدين بمثلها المعبر عنه بالصرف في عرف الفقهاء ، هذه العقود لم يتفق الفقهاء على دخول شرط الخيار فيها او عدمه كما يبدو ذلك من المجاميع الفقهية ، مع العلم بأن بقية العقود كالعارية والوديعة والوكالة والجماعة ليست محللاً للبحث من هذه الناحية لجواز الرجوع لكل منها في العقد في جميع الحالات *مركزية كميتر علوم رسيدي*

وقد أطلال الفقهاء في الحديث عن خيار الشرط وأنواعه وشروطه ، وما يتفرع عليه ، ولا يهمننا أن نستقصي جميع تلك المباحث بعد أن عرضنا النواحي الرئيسية من تلك المباحث ، وكما ذكرنا لأكثر من مناسبة أن النهج الذي سلكناه في هذا الكتاب لا يتخطى المسائل الهامة والأركان التي تتكون منها العقود وما يتفرع عنها ، وآراء الفقهاء فيها .

خيار الغبن

٤٠

من الحالات التي يصح لأحد المتعاقدين التراجع عن العقد ، ما لو كان أحدهما مغبوراً فيما انتقل إليه عوضاً عن ماله ، وفي هذه الحالة يصح للمغبون الذي أعطى أكثر مما أخذ جاهلاً بالتفاوت فسخ العقد واسترجاع العوض الذي دفعه للآخر ولأن هذا النوع من المعاوضات لا يتخلو من الخداع في الغالب واستغلال جهل الطرف الآخر بالثمن الواقعي ، أطلق الفقهاء على هذا النوع من المعاملات بالمعاملات الغبنية من حيث أنها لا تتخلو من الخداع في الغالب ، وقد يكون التفاوت بين العرضين ناتجاً عن جهلها معاً بالواقع .

فالمعول على التفاوت بين المالين الناتج عن جهل الطرف الآخر سواء كان البائع مثلاً مخادعاً له أم لا ، والظاهر أن الفقهاء متفقون على أن للمغبون الحق في فسخ العقد وامضائه بالعوض الذي جرى عليه العقد ، واستدل الفقهاء على هذا الخيار بأن التساوي بين المالين في المعاوضات من الشرائط الضمنية المتفق عليها بين المتعاقدين ، فالعقد تام بجميع مقوماته وعناصره ، لم يفقد شيئاً سوى التساوي الذي بني عليه الرضا بتلك المعاملة ، فإذا تبين بعد العقد أن المعاملة فاقدة لهذا الشرط يحق للطرف الآخر إبطالها وله أن يقرها مع هذا التفاوت ، ولا يبعد

إلحاق الشروط الضمنية بالشروط الصريحة من حيث ثبوت الخيار فيها ، ومن أمثلة ذلك ما لو امتنع أحد الطرفين من تسليم العوض إلى الآخر ، فيثبت للطرف الثاني الخيار في الفسخ وان لم يشترط عليه التسليم صراحة في العقد ، وليس ذلك إلا من حيث التباين بين المتعاقدين على التسليم والتسلم بينهما (١) .

واستدل العلامة الحلي على هذا الخيار بقوله تعالى : ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض منكم .

والمغنون إنما أقدم على المعاملة بناء منه على تساوي العوضين ، ولم يرض بها إلا لبنائه على ذلك ، وحيث ان التساوي من الصفات ، وتختلف الصفة لا يوجب أكثر من اعطائه الحق في فسخ العقد .

على ان إلزامه بالمعاملة في هذه الحالة اضرار به ، وأضاف إلى ذلك ان النبي (ص) قد أثبت الخيار في البيع الواقع بين أهل البلد والوافدين عليها ، كما لو اشترى أهل البلد من الوافدين أو باعهم قبل وصولهم إلى الأسواق والتعرف على الاسعار ، وليس ذلك إلا من حيث ان هذه المعاملات لا تسلم من الاستغلال في الغالب (٢)

ومن أدلة هذا الخيار لا ضرر ولا ضرار في الاسلام لو كان اعتبار التساوي بين المالين من الشروط الضمنية كما جاء في منية الطالب ومجمل الاستدلال بالقاعدة : ان التساوي بين المالين لو كان من مقتضيات المعاوضة التي يقوم عليها

١ - وقد انكر الشيخ الانصاري كفاية هذا النوع من التباين في اثبات الخيار واحتج لذلك بان تساوي العوضين في المالية ليس من الاغراض الاساسية في المعاملات ولا هو من اجزاء العقود واركائها ، وانما هو من الدواعي الخارجة عنها كالبيع لوفاء الدين او للانفاق ونحو ذلك مما يدعو للمعاوضة ، وتختلف الدواعي لا يوجب تزول العقد الا اذا كان قيدها صريحا في العقد .

٢ - وقد عبر الفقهاء عن هذا الخيار ، بخيار تلقى الركيان .

نظام الناس في معاشهم ، لم يكن الطرف الآخر المغبون ملتزماً بالغبن والتفاوت الواقع بين المالين ، فالزامه بالمعاملة مع انه لم يلتزم بها مع هذا التفاوت مرفوع بمقتضى لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ، وإذا لم يكن ملتزماً بالمعاملة من هذه الحثية يكون مخيراً بين حل العقد واسترجاع ماله وبين المضي على المعاملة .

أما إذا لم يكن التساوي بين المالين من الشروط الضمنية بأن كان من الشروط البنائية التي لا تقتضيها طبيعة المعاوضة ، أو كان من قبيل الوداعي الخارجية القائمة في نفس المتعاقدين فالضرر لم ينشأ من إلزام المغبون بالالتزام بالعقد ، وإنما حصل من اقدامه على المعاملة ومن بنائه على تساوي العوضين ، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار في الاسلام مفادها رفع الحكم الضروي فيما لو كان الضرر حاصلًا من قبل ذلك الحكم (١) .

ومهما كان الحال فالفقهاء متفقون على ثبوت الخيار للمغبون بين امضاء العقد وفسخه ، وبكفي لاثبات هذا الخيار الاجماع القائم عليه لو افترضنا ان الادلة التي استدل بها الفقهاء لا تكفي لاثباته . ولا بد لثبوت هذا الخيار من شرطين : الاول ان لا يكون المغبون عالماً بالتفاوت بين العوضين ، فلو كان عالماً به ومع ذلك أقدم على المعاملة فلا يكون مغبوناً ، لأنه أقدم على دفع الزائد بإرادته واختياره ، ولا حرج على الانسان ان يتصرف في امواله كما يشاء بإرادته واختياره .

١ هذا ولو بنينا على ان التساوي من الشروط الضمنية التي تقتضيها طبيعة المعاوضة بنحو لم يكن المغبون مقدماً على الضرر وملتزماً به ، ففاية ما يترتب على ذلك عدم التزامه بالمعاوضة من حيث ان الزامه بها والحال هذه ضرر لم يقدم عليه ، وحديث لا ضرر يقتضاه رفع الحكم الضروي فيما لو كان الضرر ناشئاً عن طريق الحكم ، ولا يلزم من ذلك اكثر من تزلزل العقد ، وهذا المقدار لا يثبت الخيار للمغبون بين فسخ العقد وامسائه بتمام الثمن ، لان الغبن كما يندفع بذلك يندفع ايضاً بالالتزام بالعقد واسترجاع التفاوت أو فسخه بمقدار الزائد عن ثمن البيع .

الشرط الثاني: ان يكون التفاوت بين العوضين مما لا يتسامح الناس في مثله عادة ، كما لو باع شخص ما قيمته عشرة دنانير بخمسة عشر دينار معتقداً أن المبيع يساوي هذه القيمة ، فان هذا المقدار من التفاوت لا يتسامح به المتعاقدان في الغالب ، فلو كان التفاوت يسيراً بأن باع ما يساوي عشرة دنانير بأحد عشر ديناراً ، فلا خيار في مثل ذلك لأن هذا المقدار من التفاوت قد يقدم عليه المتعاقدان حتى مع علمهما به ، ولأن المعاوضات مبنية على التكسب والطمع في الربح ، ولا يلزم من الزام المشتري بالمعاملة في مثل ذلك ضرر او اضرار، ويبدو من النصوص الفقهية المنتشرة في كتب الفقهاء : ان الفقهاء بين من يقول بأن ظهور الغبن سبب لثبوت هذا الخيار ، بمعنى ان الخيار يحدث عند اطلاع المغبون على التفاوت بين العوضين ، وبين من يقول بأن ظهور الغبن سبب لثبوت الخيار بمعنى ان الخيار يحدث من حين العقد ، واطلاع المغبون على التفاوت يكون كاشفاً عنه .

قال الشيخ مرتضى الانصاري : وما يؤيد الأول انهم اختلفوا في صحة التصرفات الناقلة في زمن الخيار ، ولم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعة من الغبن قبل اطلاع المغبون على التفاوت الموجب للخيار ، ونص بعضهم على نفوذها في هذه الحالة وان المغبون ينتقل بعد ظهور الغبن فيما لو فسح العقد إلى مثل المبيع او قيمته ، ولو كان ظهور الغبن كاشفاً عن ثبوت الخيار تعين الرجوع إلى عين المال فيما لو فسح المغبون وتبطل التصرفات الواقعة عليه .

وأضاف إلى ذلك الشيخ الانصاري : ان ظهور الغبن سواء كان سبباً لحدوث هذا الخيار أم كان كاشفاً عن حدوثه من حين العقد ، فالآثار الثابتة لهذا الخيار منها ما لا يترتب إلا بعد ظهور الغبن ، ومنها ما يترتب عليه بوجوده الواقعي ، فالتصرف الواقع من المغبون قبل اطلاعه على التفاوت لا يوجب سقوط خياره ، وفي ذلك ما يشعر بأن آثاره لا تترتب عليه إلا بعد وجوده وظهوره ، كما وان حكمهم بصحة اسقاطه بعد العقد وقبل ظهور الغبن هذا الحكم يشعر بأن هذا

النوع من الآثار يترتب عليه بوجوده الواقعي ، ولو كان ظهور الغبن سبباً لحدوث الخيار يلزم ان يكون اسقاطه بعد العقد وقبل ظهور الغبن لغواً ، ومن الجائز ان يكون هذا التفاوت في ترتيب الآثار هو المسبب لهذا التشويش والاختلاف بين الفقهاء في حدوثه من حين العقد او من حين الإطلاع على التفاوت .

ومن مجموع ما تقدم تبين ان هذا الخيار قد شرع لتدارك ضرر العاقد المغبون ، حيث انه لم يقدم على المعاملة وهو يظن بهذا المقدار من التفاوت ، ولم يرض بها إلا على أمل التساوي بين المالين ، لذلك فقد جعل له الشارع الحق في فسخ العقد واسترجاع العوض الذي دفعه للعاقد الآخر ، ونظراً لأن الدافع على تشريع التخلص من الضرر اللاحق بالمغبون ، لا يبعد ثبوت هذا الخيار في جميع المعاوضات المالية اللازمة كالبيع والاجارة والصلح المستعمل في مقام المعاوضات ونحو ذلك كما نص على ذلك جماعة من الفقهاء ، ولم يستثنوا من المعاوضات المالية إلا الصلح الواقع نتيجة للنزاع والتخاصم حيث ان الغاية منه في مثل هذه الحالات قطع الخصومة ، وجعل الخيار لأحدهما في هذا النوع من العقود يتنافى مع الغاية التي وجد من أجلها .

مركز تحقيقات كميته علوم اسلامی

وقد نص بعض الفقهاء : على أن كل عقد وقع من المتعاقدين ، وكان مبنياً على التساهل والتسامح ، هذا العقد أي كان نوعه لا يدخله هذا الخيار ، حتى ولو كان بيعاً ، ولا تشمله أدلة هذا الخيار .

ثم ان هذا الخيار المجعول للعاقد المغبون هل يسقط إذا لم يستعمله عند اطلاعه على الغبن ، او يبقى ولو لم يعلن عن رأيه في المعاملة بنحو يستمر إلى ما بعد زمان الاطلاع عليه ؟ وقد نسب الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب إلى أكثر الفقهاء انهم يرجعون سقوطه إذا اطلع العاقد المغبون على الغبن ولم يستعمل حقه في الفسخ او الامضاء بعد الاطلاع على الغبن .

ولعلمهم يعتمدون في ذلك على ان التسلط على حل العقد إنما هو لأجل تدارك

الضرر اللاحق بالعاقدة المغبون ، فإذا اطلع المغبون على الغبن وكان عالماً بأن الشارع أعطاه الحق ليتدارك الضرر الناتج من هذه المعاملة ، ومع ذلك لم يستعمل هذا الحق يكون راضياً بالمعاملة ومسقطاً لحقه .

وقد حاول جماعة من الفقهاء استنتاج الحكم في هذه المسألة بالرجوع إلى بعض المبادئ الأصولية المدونة في أصول الفقه الجعفري من حيث ان هذه المسألة من مصاديق تلك القواعد المتفق عليها بين الأصوليين ، وتتلخص القاعدة الاصولية بالبيان التالي :

إذا كان العام موضوعاً لحكم من الاحكام يستفاد منه ثبوت الحكم لكل فرد من أفراد ذلك العام ، ويستتبع ذلك عموماً من ناحية الزمان ايضاً ، فان ثبوت الحكم لكل فرد في كل زمان ان كان من حيث دلالة العموم على ذلك ، بمعنى ان العام كما يدل على جميع الافراد يدل ايضاً على ثبوت هذا الحكم لكل فرد في كل جزء من أجزاء الزمن ، فلو كانت دلالة العام على افرادة على هذا النحو وخرج فرد من أفراد العام بالتخصيص ، ولم يتبين ان خروجه في جميع الازمنة او في الزمان الاول ، ففي مثل ذلك يتعين الرجوع إلى العموم بالنسبة إلى الزمن الثاني ، لانا قد فرضنا ان العام بعمومه يدل على ثبوت الحكم لكل فرد في كل جزء من الزمن ، فالشك في خروج الفرد في الزمن الثاني يرجع إلى الشك في التخصيص بالنسبة إلى هذه القطعة من الزمن ، وفي مثل ذلك لا بد من الرجوع إلى العام كما هو مقرر في أصول الفقه الجعفري .

اما إذا لم يتعرض العام بمقتضى عمومه إلا إلى الافراد ، وكان استمرار الحكم في الزمان من حيث انه قد أطلق حكمه ولم يقيده في زمان من الازمنة ، فيستمر الحكم لجميع الافراد ايضاً ، ولكن ليس من جهة دلالة العموم على ذلك ، بل لان عدم التقييد يستتبع استمرار الحكم في جميع الازمنة ، فإذا خرج فرد من العام بالدليل المخصص له وشككنا في خروجه في الزمن الاول او في جميع

الازمنة ففي مثل ذلك لا يصح الرجوع إلى العام بالنسبة إلى الزمن الثاني ، لان هذا الفرد قد خرج من العموم بالتخصيص ، واستمرار خروجه لا يستلزم تخصيصاً جديداً ، فيتعين استصحاب حكم المخصص في الزمن الثاني .

وقد اتجه بعض القائلين بأن الخيار يسقط في الزمن الثاني إذا لم يستعمل المغبون حقه في الفسخ في الزمن الأول ، إلى ان العمومات التي تدل على لزوم المعاملة كما تدل على لزوم كل فرد من أفراد العقود ، تدل أيضاً على لزومها في كل جزء من اجزاء الزمان ، فإذا جاء الدليل وأخرج فرداً عن حكم العام كما هو الحال في هذا الخيار وشككنا في ثبوته في الزمن الثاني بعد الاطلاع على الفبن يتعين الرجوع إلى العمومات القاضية بلزوم العقد بالنسبة للزمن الثاني ، لأن ثبوت الخيار فيه تخصيص زائد للعموم ، ولازم ذلك سقوطه في زمان الشك استناداً لتلك العمومات .

كما اتجه بعض القائلين ببقاء الخيار في الزمن الثاني إلى ان العمومات القاضية بوجوب الوفاء بالعقود لا تدل إلا على وجوب الوفاء بكل فرد من أفراد العقود ، واستمرار وجوب الوفاء في جميع الازمنة إنما جاء من ناحية الاطلاق وعدم التقييد في زمان من الازمنة ، وبما ان العقد المشتمل على الفبن قد خرج عن حكم تلك العمومات بالأدلة المخصصة لها ، ولا يلزم من خروجه في الزمن الثاني تخصيص زائد لها ، وليس في أدلة التخصيص ما يشير إلى خروجه في خصوص القطعة الاولى من الزمان المتصل بالعقد فيتعين استصحاب حكم الخاص في الزمن الثاني ، ولازم ذلك استمرار الخيار (١) .

موقف الفقه المدني من الغبن

٤١

لقد اعتبر المدنيون الغبن من عيوب العقد ، وعرفوه بأنه عبارة عن عدم التعادل بين التزامات كل من العاقدين في العقد الملزم للجانبين ، قال السنهوري :
ويتلخص من هذا التعريف الأمور التالية :

١ - ان الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضات غير الاحتمالية ، اما عقود المعاوضات الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن ، لأن الاولى طيبتها تقتضي بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين ولأن الثانية يعطي فيها أحد العاقدين ولا يأخذ ، فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى .

٢ - ان الغبن يقدر وقت التعاقد فينظر إلى التعادل في ذلك الوقت ، ولا عبء بتغير القيمة بعد العقد .

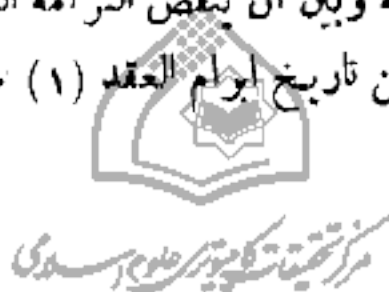
٣ ان الغبن يصعب الاحتراز منه ، فلا بد من التسامح في الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش .

ولا بد مع ذلك من كون المغبون جاهلاً بالتفاوت بين المالين حين العقد ، فلو كان عالماً به وأقدم على البيع بأقل من الثمن لا يكون مغبوناً بالمعاملة .

بهذه الشروط يلتقي الشرعيون والمدنيون التقاء كلياً وقد نبهنا عليها في خلال حديثنا عن الغبن الموجب لتزول العقد في الفقه الجعفري .

وقد ذكرنا ان هذه الشروط إذا توفرت في العاقد المغبون يثبت له الحق في ابطال العقد واسترجاع ماله بمعنى انه يكون مخيراً بين فسخ العقد وبين الالتزام به كما وقع ، وبذلك نصت المادة ٢١ من القانون المدني السويسري .

قال السنيهوري : وتقتضي المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري بأنه في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة ان يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه ، إذا كان قد دُفع إلى هذا الغبن عن طريق استغلال حاجة وقع فيها ، او خفة او عدم تجربة . بينما تنص أكثر القوانين على ان المغبون مخير بين ان يطلب ابطال العقد واسترجاع ماله وبين ان ينقص التزامه الناشء عن العقد ، ويبقى له الحق في ذلك خلال سنة من تاريخ ابرام العقد (١) .



*

* *

١ - انظر الوسيط للنهوي ص ٣٥٦ وما بعدها ونظرية العقد للدكتور مرقس ص ٢٧٠ وما بعدها .

موقف المذاهب الاربعة من هذا الخيار

٤٢

ويبدو من النصوص الفقهية المنسوبة إلى فقهاء المذاهب الأربعة تبايناً في وجهات أنظار الفقهاء في الشروط والموارد التي يثبت فيها هذا الخيار ، فالرأي المشهور بين فقهاء المالكية انه لا يجوز حل العقد لأجل الغبن فيه ولو كان كثيراً فوق العادة إلا إذا توفرت الشروط التالية :

الأول : يكون المغبون وكيلاً أو وصياً ، فإذا وكل شخص انساناً لكي يشتري له سلعة فاشتراها له بأكثر من ثمنها الواقعي بحيث كانت التفاوت فاحشاً فلموكل الخيار بين الرد والإمضاء وكذلك فيما لو وكله أن يبيع له فباع بأقل من الثمن الواقعي .

الثاني : أن يستسلم المشتري للبائع أو البائع للمشتري ، كأن يقول له : اشتري مني كما تشتري من سائر الناس ، فلو اشترى منه وتبين التفاوت بين العوضين ، فلمغبون منها الخيار .

الثالث : أن يستأمن البائع أو المشتري الطرف الآخر ، ثم يتبين له بعد ذلك أن التفاوت بين المالين كان فاحشاً .

والرأي الثاني للمالكية مع انه أكثر اعتدالاً وموافقة للأصول أقل انصاراً من الرأي الأول وملخصه ان التفاوت بين المالين بمقدار الثلث ، لو كان الطرف الآخر عالماً به يحق للمغبون فسخ العقد في مثل ذلك .

ويدعي الحنابلة ان الغبن الفاحش لا يكون سبباً لحل العقد إلا في بيع تلقي الركبان وبيع البخش (١) ، وفيما إذا لم يكن للبائع والمشتري معرفة بالأسعار ولا بحسنان البيع والشراء ، ويقبل قول من يدعي الغبن بعد تحليفه اليمين إذا احتج بأنه لا يحسن البيع والشراء .

اما إذا كان المشتري او البائع ممن يحسن البيع والشراء ولهما خبرة بالأسعار فالغبن مهما كان بالغاً لا يؤثر في جواز الفسخ .

وقال الأحناف : ان الغبن وحده لا يكفي لحل العقد إلا إذا كان فاحشاً لا يدخل تحت تقويم المقومين ، وان يكوي بالإضافة إلى ذلك ناتجاً عن تغير الطرف الآخر كما لو أغراه بالشراء مثلاً ووصف له المبيع ببعض الصفات التي ترغبه في شرائه .

مركز تحقيقات كلية الدراسات الإسلامية

ولم يعتبر الشوافع حداً للتفاوت ، فسواء كان كثيراً أم قليلاً لا يوجب الخيار إلا إذا كان ناتجاً عن التغير والتخادعة .

والمتحصل من فقه المذاهب الأربعة ان الاقوال في هذه المسألة تنحصر في الاقوال الثلاثة التالية :

الاول ثبوت الخيار للمغبون وان لم يكن الغبن نتيجة لتغير الغابن ، لأن

١ - والمراد من بيع النجش ان يقوم شخص بزيادة ثمن السلعة المعروضة للبيع بدافع ترغيب الغير بها واغرائه بشرائها ، فلو اشتراها في هذه الحالة مخدوعاً بالثمن الذي دفعه ذلك الشخص يثبت له الخيار .

الغبن ظلم يجب إزالته بالفسخ فيما إذا كانت العقود قابلة لذلك ، كما نص على ذلك بعض فقهاء المالكية .

الثاني : ان الغبن إنما يوجب الخيار في بيع النجس والمسترسل (١) وبيع تلقي الركبان (٢) وفيما عدا ذلك لا يوجب الخيار كما يدعي الحنابلة .

الثالث : ان الغبن يوجب الخيار إذا كان ناتجاً عن تغير البائع كما ذكرنا بالنسبة إلى العقود الواقعة بين المتعاقدين على أموالهم ، وفيما إذا كانت على أموال الصغير والمحجور عليهم والاقواف وغير ذلك مما يتولاه غير المالك بولايته أو بوكالته ، فالغبن الفاحش يوجب البطلان عند بعضهم ، والفساد عند آخرين (٣) .



١ - المسترسل هو الذي يسلم الأمر إلى الطرف الآخر ولا يحسن المساومة مع جهله بالثمن .

٢ - وهم الذين يقدمون إلى بلد آخر لبيع بضائعهم ، فيتلقاهم الناس إلى خارج البلد ويشتررون منهم بأقل من الثمن ، وقد جاء عن النبي (ص) أن للبائع الخيار في هذه الحالات

٣ - انظر الفقه على المذاهب الأربعة المجلد الثاني ص ٢٨٤ و ٢٨٥ وانظر نظام المعاملات في الفقه الإسلامي ص ٤٠٨ و ٤٠٩ ، واحكام المعاملات لملي الخفيف ص ١٣٩ و ١٤٠ .

خيار التأخير

٤٣

يثبت الحق للبائع في فسخ العقد فيما لو باع المالك شيئاً ولم يستلم الثمن ، ولم يسلم من جانبه المبيع ، ولم يكن بينها شرط يسوغ لهما التأخير إلى أجل معين ، فالبيع ينقصد لازماً ويستمر إلى ثلاثة أيام ، فإن جاء المشتري بالثمن خلال الأيام الثلاثة كان أحق وأولى بالمبيع من غيره ، وإذا مضت الأيام الثلاثة ولم يدفع المشتري الثمن يثبت الخيار للبائع ، ويكون مخيراً بين فسخ العقد وبين إبقائه ومطالبة المشتري بالثمن ، ويبدو أن هذا الخيار متفق عليه بين الفقهاء ، وقد استدل عليه بعضهم بالإضافة إلى الإجماع وحديث لا ضرر ولا ضرار بالنصوص المروية عن الأئمة (ع) ، والتي تدل على أن البائع غير ملزم بالعقد بعد مضي ثلاثة أيام على إبرامه إذا لم يدفع له المشتري الثمن .

وقد جاء في رواية زرارة عن أبي جعفر الباقر (ع) : قلت له الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده ، فيقول له : آتيك بشمنه ، قال (ع) : إن جاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له .

وروى عبد الرحمن بن الحجاج ، قال اشتريت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركت عند صاحبه ، ثم احتسبت أياماً وجئت إلى بائع المحمل لأخذه ، فقال لي : قد بعته . فضحكت ، ثم قلت لا والله لا أدعك أو أقاضيك ، قال : أترضى بأبي

بكر ابن عياش ؟ قلت : نعم . فأتيناه وقصصنا عليه قصتنا ، فقال أبو بكر :
بقول من تحب ان أقضي بينكما أبقول صاحبك او غيره ، قلت : بقول صاحبي .
قال سمعته يقول من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع
له ، إلى غير ذلك من النصوص التي تدل على نفي البيع بعد الثلاثة .

ولأجل ان النصوص التي تعرضت لحال هذا النوع من العقد لم تنص على ان
البائع بالخيار بعد الأيام الثلاثة بل تنص على نفي البيع في مثل هذه الحالات ،
لأجل ذلك اختار الشيخ الطوسي في كتابه المبسوط بطلان العقد بعد مضي المدة
المذكورة وانفاخه بنفسه . ومقتضى الوقوف عند المعنى الظاهر من تلك
المرويات التي نفي فيها الإمام (ع) البيع بين الطرفين مقتضى ذلك الالتزام
بالانفساخ وبطلان العقد ، ولكن الفقهاء بأكثرية الغالبة لم ينفوا عند المعنى
الظاهر من قوله (ع) لا بيع بينهما كما في رواية علي بن يقطين وقوله (ع) لا بيع
له كما جاء في غيره من المرويات عنهم عليهم السلام ، والتزموا بأن النفي هو
اللزوم وحده ، لان التسليم والتسلم ليسا من أركان العقد ، ولا من شروطه ولما
هما من مقتضيات المعاوضة الواقعة بينهما فتكون النصوص مؤكدة لهذه الحقيقة ،
وإذا انتفى اللزوم يكون المتعاقدان بالخيار بين الغاء العقد وبين الالتزام به .

ولا بد من بقاء المبيع والثلث في يد البائع والمشتري كما يستفاد ذلك من
النصوص التي اعتمد عليها الفقهاء في اثبات هذا الخيار ، ولا يمنع من ثبوته استلام
البائع بعض الثمن كما تدل على ذلك رواية ابن الحجاج ، حيث نصت على نفي البيع
مع ان المشتري قد دفع للبائع بعض الثمن كما هو مورد السؤال والخصومة التي
أدت إلى تحكيم أبي بكر بن العياش .

وقد اتفق الفقهاء على ثبوته فيما إذا كان المبيع شخصياً او عيناً من الاعيان
الخارجية ، اما لو كان كلياً في الذمة ، فقد رجح جماعة عدم ثبوت الخيار للبائع في
مثل ذلك ، نظراً لان مورد النصوص هو المبيع الخارجي كما يستفاد من مروية

ندارة عن الإمام الباقر (ع) ، وقد جاء فيها : الرجل يشتري المتاع ثم يدعه عنده . كما نص جماعة من الفقهاء على ثبوته في هذه الحالة ولو كان المبيع كلياً ، لان المورد وان كان ظاهراً في المبيع الشخصي ، إلا ان جواب الإمام (ع) يتسع له ولغيره .

ثم ان تبوت الخيار للبائع بعد الايام الثلاثة إنما هو فيما يمكن بقاءه إلى ثلاثة أيام او أكثر ، فلو كان المبيع مما يفسد بالتأخير كاللحوم والفاكهة ونحو ذلك ، فالخيار يحدث للبائع قبل مضي الثلاثة وقبل طرو الفساد على المبيع ، لان الزامه بعدم الفسخ والحالة هذه يعرضه للضرر ، وكل ما يلزم منه الضرر منفي بمقتضى قوله (ص) لا ضرر ولا ضرار في الدين .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب : ومن هنا يمكن تعدية الحكم إلى كل مورد يتحقق فيه الضرر ، وان كان خارجاً عن مورد النص ، كما إذا كان المبيع مما يفسد في يوم او نصف يوم فيثبت الخيار قبل طرو الفساد المؤدي إلى تضرر البائع .



مركز تحقيقات كليات علوم اسلامی

*
* *

موقف الفقه المدني من عدم تسليم كل من البائع والمشتري للعوضين

٤٤

والظاهر ان الفقه المدني يلتقي مع الفقه الجعفري في إعطاء البائع حق فسخ العقد إذا لم يسلم أحد العاقلين ما وجب عليه بمقتضى العقد التقاء كلياً .

قال الدكتور عبد المجيد الحكيم : تقضي الفقرة الاولى من المادة ١٧٧ من القانون المدني بأنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقلين بما وجب عليه بالعقد جاز للآخر بعد الاذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كانت له مقتضى ، إذا توافرت الشروط الثلاثة التالية :

الاول : ان يكون العقد ملزماً للجانبين ، لان هذا النوع من العقود ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كلا طرفي العقد ، والاخلال بتنفيذ أحد الطرفين هو الذي يبرر حق الفسخ .

الثاني : لا بد لإمكان الفسخ من عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، فما يخالف طبيعة العقود الملزمة للجانبين وعقود المعاوضة ان لا ينفذ أحد العاقلين ما وجب عليه بالعقد مع بقاء الآخر ملزماً بالتنفيذ (٢) .

١ - والمراد في الاذار هو المطالبة والتشديد عليه بتنفيذ ما التزم به بخصوص تسليم العوض للطرف الآخر .

٢ - وهذا الشرط من اركان هذا الخيار عند الجعفريين ، وجميع النصوص التي فسحت المجال للبائع بالتخلص من العقد موردها عدم التنفيذ من كلا الطرفين .

الثالث : ان يكون طالب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه وقادراً عليه ، فإذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد فيجب ان يكون قادراً على رده ، فإذا لم يكن قادراً عليه فلا يجاب إلى طلبه ، وإذا باع الشيء الذي تسلمه بمقتضى العقد امتنع عليه طلب الفسخ (١) .

وقال الدكتور الحكيم : ان القوانين المدنية لم تكن تعترف بحق الفسخ في صورته هذه إلا بعد تطور طويل ، فلم يكن القانون الروماني يعترف به ، فهو لم يكن يربط بين الالتزامات الناشئة عن العقد الملزم للجانبين ، ففي عقد البيع الملزم للجانبين كان التزام البائع بتسليم المبيع مستقلاً عن التزام المشتري بدفع الثمن ، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، لم يكن أمام الآخر إلا ان يجبره على التنفيذ ، ولم يكن باستطاعته ان يطلب فسخ العقد والتحلل من التزامه ، ولكن بعد ان مر القانون الروماني بمرحلة من التطور أدخل فيه شرط يعطي البائع الحق في طلب الفسخ إذا لم يدفع المشتري الثمن ، وانتقل هذا الشرط خلال القرون الوسطى إلى القانون الفرنسي القديم ، فكان فقهاء هذا القانون يقولون يجوز الفسخ ولو لم يوجد شرط صريح في العقد . وأقر في المادة ١١٨٤ حق الفسخ ، وعلمه بوجود شرط ضمني يفرض على كل من تسلم العوض للآخر بدلاً من الشرط الصريح الذي كان يقول به القانون الروماني ، ولا يؤيد الفقه الحديث نظرية الشرط الفاسخ الضمني هذه في تفسير حق الفسخ ، ولكن الفقهاء لم يتفقوا على رأي واحد في تفسير هذا الحق ، وقد علمه بعضهم بأن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لإلتزاماته يفوت على الطرف الآخر الغرض الذي قصده من وراء

١ - وما لا بد منه في الفقه الجعفري ان البائع الذي له ان يتخلص من العقد اذا لم يسلمه المشتري الثمن خلال ثلاثة ايام انما يسوغ له الفسخ اذا كان هو مستعد لتسليم المبيع الى المشتري ، اما اذا لم يكن مستعداً لذلك فليس له فسخ العقد ، ويكون عدم التنفيذ من طرف المشتري حقاً من حقوقه بمعنى ان له ان يمتنع عن التسليم حتى يتسلم المبيع .

وعليه آخرون بأن التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري مرتبط بالتزام المشتري تسليم الثمن ، والنتيجة الطبيعية لهذا الارتباط انه إذا امتنع أحدهما عن تنفيذ ما التزمه للآخر ، ان يمتنع الآخر عن التنفيذ او يتحلل من التزامه نهائياً بفسخ العقد (٢) .

ومن مجموع ذلك تبين ان نظرية فسخ العقد بعد ان انتهت لمرحلتها الأخيرة ، فيما إذا لم يف أحد العاقدين بالتزامه كما لو تمتع المشتري عن دفع الثمن مثلاً بالشروط التي ذكرناها ، هذه النظرية تلتقي مع خيار التأخير المجهول للبائع فيما إذا كان عازماً على الوفاء بالتزاماته نحو المشتري مع فرض بقاء المبيع في يده كما ذكرنا ، غير ان الفقه الجعفري قد أعطى حق الفسخ للبائع بعد مضي ثلاثة أيام من تاريخ العقد وقوفاً مع النصوص التي أعطته هذا الحق ، مع العلم ان فريقاً منهم لم يتقيدوا بها فيما لو كان المبيع لا يصلح للبقاء في هذه المدة كما ذكرنا (٣) .



مركز تحقيقات كليات علوم اسلامی

*

* *

- ١ - ومعنى ذلك انه يلزم من عدم تسليم المشتري الثمن اصرار البائع فيما لو وجب عليه الالتزام بالعقد ، كما نص على ذلك العلامة العلي .
- ٢ - انظر مصادر الالتزام لمبد المجيد الحكيم ص ٣٦٦ الى ص ٣٦٩ .
- ٣ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري مبحث خيار التأخير .

خيار الرؤية

٤٥

لقد اتفق الفقهاء على ان للمشتري الحق في فسخ العقد إذا كان المبيع على خلاف ما وصفه له البائع ، واستدلوا على ثبوت هذا الحق للمشتري بقول النبي (ص) : لا ضرر ولا ضرار في الدين ، حيث ان الزام المشتري بتنفيذ العقد مع ان المبيع فاقد للصفات التي ذكرها البائع اضرار به لأنه قد بذل في مقابله الثمن باعتباره متصفاً بتلك الصفات ، على ان المبيع مع الصفات المحبوبة للمشتري يشجعه على بذل الثمن والإقدام على المعاوضة ، هذا بالإضافة إلى بعض النصوص التي أثبتت الخيار له في هذه الحالة .

فلقد روى جميل بن دراج عن الإمام الصادق (ع) ، قال سألته عن رجل اشترى ضيعة ، وقد كان يدخلها ويخرج منها ، فلما ان نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها ثم رجع واستقال صاحبها فلم يقبله . فقال أبو عبد الله الصادق (ع) : انه لو قلب منها ونظر إلى تسع وتسعين قطعة ، ثم بقي منها قطعة لم يرها كان له فيها خيار الرؤية .

ولا بد في هذا النوع من العقود من ذكر العين الشخصية بأوصافها بنحو لا يكون الإقدام عليها إقداماً على مجهول ، وبدون ذلك يبطل العقد ولا يبقى مورد للخيار .

ورجع جماعة ان مرجع الخيار في المقام الى تخيير المشتري بين حل العقد وبين الالتزام به واسترجاع التفاوت (١) ، كما ادعى آخرون بطلان العقد إذا لم تكن العين موضوع العقد جامعة للصفات ، واحتجوا لذلك بأن المعقود عليه هو العين الجامعة للصفات التي ذكرها البائع ، والذي استلمه المشتري لا ينطبق عليه وصف البائع (٢) .

وكيف كان فهذا الخيار كغيره من الخيارات يسقط باسقاطه بعد الاطلاع على حال المبيع ، كما يسقط بالتصرف فيه بعد العلم بحاله ، لأن التصرف فيه بعد معرفته يكشف غالباً عن الرضا فيه ، ولو تصرف فيه قبل الاطلاع عليه فلا يبعد بقاء الخيار في هذه الحالة ، ذلك لأن التصرف إنما يعبر عن رغبة المشتري ورضاه بالمعاوضة على جميع الأحوال إذا كان محيطاً بحال المبيع ومطلعاً عليه ، اما مع الجهل بحاله فلا يكشف عن الرضا به على جميع التقادير .

ولو اشترط البائع على المشتري سقوط هذا الخيار في ضمن العقد ، فقد اختار الشيخ في المكاسب بطلان العقد والشرط ، لأن اشتراط الأوصاف المعينة في المبيع يرجع إلى ربط الالتزام بالعقد بتلك الصفات التي نص عليها البائع ، ومرجع اشتراط سقوط هذا الخيار إلى الالتزام بالعقد على كل حال وان لم توجد في المبيع تلك الصفات ، وهذان التزامان متنافيان في الواقع لا يمكن تنفيذهما .

ويظهر من النصوص الفقهية ان هذا الخيار يثبت في جميع العقود اللازمة كالبيع والصلح والإجارة وغير ذلك من العقود اللازمة ، فيما اذا تبين ان المعقود

١ - القائل بذلك هو ابن اوديس الحلبي في كتابه السرائر .

٢ - والقائلون بذلك قد فاتهم ان تخلف الوصف لا يوجب التباين بين الوجود والمعقود عليه ، والعرف لا يرى في مثل ذلك أكثر من ان المبيع فاقد للأوصاف التي وصفه بها المالك ، على ان النصوص في المقام قد اثبتت الخيار للمشتري بنحو لا يقبل التأويل والترديد .

عليه فاقد للصفات التي التزم بها العاقد ، لأن الحكم بالخيار في مثل ذلك يحفظ لكل من العاقدين حقهما ولا يعد نقضاً للعقد ، وهذا بخلاف ما لو ابطالنا العقد في هذه الحالة ، او التزمنا بلزومه وعدم الخيار ، فإن البطلان لا يخدم الا مصلحة المشتري واللزوم لا يخدم الا مصلحة البائع ، على ان البطلان لمجرد ان العين المستأجرة مثلاً فاقدة للصفات التي التزم بها المؤجر لا تسانده الادلة ويتنافى مع النهج الفقهي المتبع عند الفقهاء ، فانهم في مثل هذه الموارد لم يلزموا باكثر من الخيار (١) .



موقف المذاهب الاربعة من هذا الخيار

٤٦

الذي يظهر من بعض النصوص الفقهية . ان الشوافع يفتون من هذا الخيار موقفاً سلبياً فلقد جاء في المجلد الثاني من الفقه على المذاهب الاربعة : ان الشوافع لا يصححون بيع الغائب من غير فرق بين ان يكون غائباً عن مجلس العقد ، او موجوداً فيه ولكن المشتري لم يطلع عليه ، وسواء وصفه له البائع ام لا .

وعند الاحناف والمالكية والحنابلة يصح العقد ، ويثبت الخيار للمشتري اذا تبين ان المبيع فاقد للصفات التي التزم بها البائع ، ويتفق المالكية مع الشوافع بالنسبة الى المبيع الموجود في مجلس العقد فلا بد من التعرف عليه مباشرة ويبطل العقد بدون ذلك ولو وصفه البائع بما ترتفع به الجهالة .

وقال الدكتور محمد يوسف : ووقت هذا الخيار هو وقت الرؤية لا قبلها ، ويتفرع على ذلك ان من له الخيار لو اجاز العقد قبل رؤية محله لا تكفي فيه هذه الاجازة ، لانها وقعت قبل ثبوته ومرجعها الى اسقاط ما لم يوجد ، ويبقى للمشتري الخيار بعد رؤية المبيع ويستمر لمن هو له حتى يوجد ما يبطله مباحثات المدة .

وقد عبر عن رأي الاحناف في هذه المسألة ، وجاء في ملاحظته التي ابداهـا

حول هذا الرأي : ان بقاء الخيار واستمراره ضرر وخرج للطرف الآخر، والرأي الفقهي الذي ينص على انه لا يبق الخيار الا فترة يسيرة من الزمن يتمكن فيها من فسخ العقد فاذا لم يفعل يسقط خياره ، هذا الرأي اوفق بحال الطرفين ويحفظ للمشتري حقه ، واذا لم يفسخ العقد بعد الاطلاع على حال المبيع يعتبر ذلك دليلاً على رضاه واجازة للعقد (١) .

والقول بثبوت هذا الخيار من حين الرؤية لا من حين العقد هو المشهور بين فقهاء الشيعة ، كما وان اسقاطه قبل رؤية محله اي قبل الاطلاع على المبيع لا يكفي لسقوطه عند جماعة من الفقهاء كما هو الحال في جميع الخيارات ، لان ذلك اسقاط للشيء قبل وجوده على حد تعبيرهم .

ويدعي الاستاذ الخفيف ان العقد على الاعيان الغائبة يصح للمشتري فسخه قبل رؤية المبيع بسبب الخيار الثابت له ، ولكن الفسخ مع ذلك بسبب كون بالنسبة اليه غير لازم .



مركز تحقيقات مكتبة نور عسدي

*

* *

١ - انظر الفقه على المذاهب الاربعة المجلد الثاني ص ٢١٨ وما بعدها واحكام المعاملات لعلي الخفيف ص ١٤٩ والمدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٤٧٦ و ٤٧٨ .

خيار العيب

٤٧

إذا وجد أحد العاقدين عيباً في المعقود عليه ثماً كان أو مثمناً يثبت الخيار بين الرجوع بالتفاوت وإبقاء العقد وبين فسخه واسترجاع العوض الذي دفعه إلى الطرف الآخر حتى ولو لم يشترط سلامة المبيع أو الثمن من العيوب ، لأنه حينئذ أقدم على المعاوضة لم يقدم عليها إلا وهو مطمئن لسلامة العوض ، وعدم نقصان المبيع أو الثمن عن الحلقة الأصلية .

قال العلامة في التذكرة : الأصل في المبيع من الأعيان والاشخاص الصحة والسلامة من العيوب ، فإذا أقدم المشتري على بذل ماله في مقابلة تلك العين ، فإنما بنى إقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصالة السلامة .

ونص جماعة من الفقهاء على أن المتعاقدين لو اشترطا صحة البيع من العيوب يكون الشرط مؤكداً لهذا الأصل الذي يقتضيه إطلاق العقد ، فلا يؤثر هذا الشرط خياراً آخر غير خيار العيب فيما لو انكشف وجود عيب في المبيع أو الثمن .

وتخير المشتري بين حل العقد وبين الالتزام به واسترجاع التفاوت بين الصحيح والمعيب هذا الخيار الثابت له فيما إذا وجد في المبيع عيباً ينحصر الدليل عليه بالاجماع ، ذلك لأن النصوص التي تعرضت لحكم هذه المسألة لم تتعرض للخيار

بهذا النحر ، وقد جاء فيها : انه إذا وجد في المبيع عيباً وكان قائماً رده على صاحبه وأخذ منه الثمن ، وإن كان قد تصرف فيه يرجع بنقصان العيب على البائع .
فالتخير بين الفسخ والإمضاء بعد استرجاع التفاوت لم يرد في شيء من النصوص .

قال في الجواهر : وليس في النصوص جميعها ذكر الإمضاء مع الارش ، بل ظاهرها الرد خاصة ، وعليه ينحصر الدليل على الخيار المردد بين الفسخ والإمضاء مع الارش باجماع الفقهاء .

وقد نص أكثر الفقهاء على ان هذا الخيار لا يثبت إلا بعد ظهور العيب ، وان ظهور العيب يكشف عن وجوده من حين العقد .

ويسقط هذا الخيار كغيره من الخيارات بالتصرف في المعيب بعد العلم به ، ونص جماعة على انه يسقط بالتصرف وان كان قبل الإطلاع على العيب ، وجاء في بعض الروايات عن الإمام محمد الباقر (ع) ما يؤكد ذلك .

قال (ع) : ايما رجل اشترى شيئاً وبه عيب او عوار ولم ينبه عليه فأحدث فيه المشتري بعد ما قبضه شيئاً وعلم بذلك العوار وبذلك العيب ، فإنه يضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما ينقص ذلك الداء من الثمن .

وقال الشيخ مرتضى وجماعة من الفقهاء : ان التصرف بعد العلم بالعيب مسقط للرد إذا كان دالاً على الرضا بالمبيع ، لأن الالتزام بالعقد كما يكون بالألفاظ يكون بالأفعال ، وربما يكون الفعل أدل على الرضا بالمبيع من القول ، كما لو صدر عن قصد والتفات إلى حال المبيع وحكمه ، اما التصرف الحاصل قبل العلم بالعيب فان كان مغيراً للمبيع بزيادة او نقيصة ، او مغيراً لهيئته كما لو خاط الثوب وطعن الحنطة ونحو ذلك من التصرفات هذا النوع من التصرفات لا يوجب أكثر من سقوط الرد ولا بد من إرجاع التفاوت بين الصحيح والمعيب ، لأن

هذا المقدار من التصرف قد يدل على الرضا بالبيع ولكنه لا يدل على الرضا بالعيب .

ولو كان التصرف من التصرفات المتعارفة التي لا توجب نقصاً في المبيع ولا تغير هيئته كركوب الدابة او السيارة واستغلال ناتج المبيع كحلب الدابة ونحو ذلك هذا النوع من التصرفات لا يدل على الرضا بالمبيع الناقص ، ولا يعد حدثاً ليكون مشمولاً للنصوص التي نصت على سقوط الرد بالعيب فيها لو أحدث المشتري في المبيع حدثاً .

وكما يسقط هذا الخيار بالتصرف في المبيع بعد العلم بالعيب ، يسقط ايضاً فيما لو تلف المبيع او الثمن المشتمل على العيب ، او انتقل عن ملك مالكة بيع او اجارة ، او تعلق به حق لغيره كما لو رهنه المالك ، وذلك لأن النصوص التي صوغت للمشتري ارجاع المبيع لمالكه لا تدل على جواز فسخ العقد والتراجع بالمعوضين في مثل هذه الحالات ، وجاء في رواية جميل بن دراج عن أبي عبدالله الصادق (ع) :

الرجل يشتري الثوب او المتاع فيجده عيباً ، فقال (ع) ان كان قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن ، وان كان الثوب قد قطع او خيط او صبغ رجع بنقصان العيب .

ولم تفرق الرواية بين عروض هذه الحالات على المبيع قبل علم المشتري بالعيب او بعده .

وبما يوجب سقوط هذا الخيار حدوث عيب في المبيع في يد المشتري او البائع .

وبجمل القول في ذلك : ان العيب الحادث ، اما ان يحدث في المبيع وهو لا يزال في يد البائع ، واما ان يحدث عليه وهو في يد المشتري في زمن الخيار او

بعد انقضائه، فان كان قبل القبض او بعده في زمان الخيار الثابت للمشتري ، فلا يكون العيب الحادث موجباً لسقوط الخيار الثابت للمشتري بالعيب القديم ، ذلك لأنه لو حدث والمبيع في يد البائع ، يكون مضموناً عليه باعتبار ان المورد من جزئيات القاعدة المعروفة بين الفقهاء التي تنص على ان المبيع التالف قبل قبضه يتلف من مال بانه ، وكذلك لو حدث العيب بعد القبض وقبل انقضاء الخيار الثابت للمشتري بأحد الأسباب الموجبة له ، فإن ما يعرض على البيع قبل انقضاء الخيار الثابت للمشتري يكون مضموناً على من لا خيار له وهو البائع عملاً بالمبدأ العام القاضي بأن التلف في زمن الخيار بمن لا خيار له . فيكون الخيار مؤكداً لحق المشتري في استرجاع الثمن ورجوع المبيع إلى ملك البائع .

ولو حدث العيب الجديد على المبيع بعد ان استلمه المشتري وبعد انتهاء الخيار الذي كان له ، فالعيب الحادث يمنع من رد المبيع بالعيب القديم عند أكثر الفقهاء الجعفرين ، ونص بعضهم على ان الفقهاء مجمعون على سقوط الخيار في هذه الحالة ، ومن الجائز ان يكون مصدر حكمهم مروية جميل بن دراج عن الإمام الصادق (ع) حيث ان الإمام (ع) لم يسوغ للمشتري الرد بالعيب القديم إلا إذا كانت العين قائمة ، فإذا حدث فيها ما يوجب تغييرها كما في الأمثلة التي ذكرها الإمام (ع) يتعين حق المشتري في استرجاع التفاوت بين الصحيح والمعيب .

على ان العيب الحادث في يد المشتري مضمون عليه وحده ، فارجاع المبيع إلى البائع والحالة هذه بسبب العيب القديم يؤدي إلى الاضرار به ، ومقتضى قاعدة لا ضرر ولا ضرار عدم الزامه بفسخ العقد وارجاع المبيع اليه ، ولا يلزم من ذلك ضرر على المشتري ، لأن تضرره بالعيب السابق الذي سوغ له رد المبيع يمكن تداركه باسترجاع التفاوت بين الصحيح والمعيب عوضاً عن النقص الذي سبب له الخيار (١) .

١ - ولا يبعد ان يكون العيب الحادث في المقام مضموناً على البائع لانه حدث في المبيع في زمن الخيار الثابت للمشتري بمقتضى العيب السابق على العقد ، وكل نقص يطرأ على المبيع في زمن الخيار يكون مضموناً على البائع اذا كان الخيار مختصاً بالمشتري ، ولازم ذلك بقاء الخيار لولا النص والاجماع الذي ادعاه بعض الفقهاء على سقوط الخيار في المقام .

وكما يسقط أحد طرفي هذا الخيار وهو فسخ العقد بالأمور التي ذكرناها
كذلك يسقط الارش وحده ، ويبقى للمشتري الحق في فسخ العقد لا غير في
حالتين :

الأولى منها : فيما لو كان الموضان من جنس واحد ، وتبين عيب في أحدهما ،
فيتعين حق المشتري في فسخ العقد لا غير ، ذلك لأنه لو أراد ان يسترجع منه
مقدار التفاوت بين الصحيح والمعيب يتحقق التفاضل بين المتجانسين ، وبيع
الشيء بجنسه مع الزيادة من أفراد الربا الذي حرمه الإسلام (١) .

الحالة الثانية : إذا لم يكن العيب موجباً لنقصان مالية المبيع ، ففي مثل ذلك
لا مورد للارش ، لأن الشارع قد جعل للمشتري الحق في استرجاع مقدار التفاوت
بين الصحيح والمعيب لتدارك ضرر المشتري فيما لو كان النقص الموجود في المبيع
موجباً لتفاوت قيمته بنظر العرف ، فإذا بقي المبيع محتفظاً بقيمته على التقديرين
لا يثبت للمشتري هذا الحق ، وليس له في هذه الحالة إلا الفسخ او الإمضاء بتمام
التمن .

ويسقط هذا الخيار بكلا طرفيه فيما لو كان المشتري عالماً بالعيب قبل العقد
وأقدم على شراء المبيع بالثمن الذي اتفقا عليه ، لأن الخيار قد شرع لتدارك
ضرر المشتري من حيث عدم الرضا بالمبيع المعيب ، وفي إقدامه على المعاملة
مع علمه بالعيب دلالة على الرضا بالمبيع على ما هو عليه .

١ - وذهب العلامة وبعض الفقهاء الى بقاء الخيار بكلا طرفيه في المقام ، لان التفاضل
في بيع الشيء بجنسه انما يؤدي الى الربا فيما لو كانت الزيادة حين العقد ، والمفروض في
المقام عدم الزيادة حين المعاوضة ، ولو اختار المشتري استرجاع جزء من الثمن في مقابل
العيب ، هذا الاختيار لا يوجب التفاضل المحرم في بيع الشيء بجنسه ، لانه أشبه بالفراصة
الشرعية التي حكم بها الشارع لتدارك ضرر المشتري . انظر المكاسب للشيخ مرتضى
الانصاري .

وكما يسقط الخيار بكلا طرفيه إذا كان المشتري عالماً بحالة المبيع قبل شرائه ، كذلك يسقط أيضاً فيما لو تبرأ البائع من كل عيب في المبيع اجمالاً وتفصيلاً ، ذلك لأن الخيار انما ثبت له من حيث انه قد أقدم على المبيع معتمداً على سلامته من جميع العيوب ، فاذا نص البائع على انه غير مسؤول عن عيوب المبيع مهما كانت ، ومع ذلك أقدم عليه المشتري يكون اقدامه عليه كاشفاً عن رغبته فيه مهما كانت حالته ، هذا بالنسبة إلى العيوب السابقة على العقد . أما لو تبرأ من العيوب الحادثة بعد العقد وقبل القبض التي توجب الخيار ، فقد رجع جماعة سقوط الخيار بذلك أيضاً ، لأن مرجع البرائة من العيوب المتجددة إلى اشتراط عدم الخيار للمشتري مهما طرأ على المبيع ، وأدلة الوفاء بالشروط تدل على لزوم هذا الشرط بالنسبة إلى المشتري ، ولازم ذلك سقوط الخيار الثابت له لولا هذا الشرط .

وتوقف فريق من الفقهاء في سقوط الخيار بمثل ذلك ، لأن التبري من العيوب المستعدة يرجع إلى إسقاط الشيء قبل وجوده .

ومهما كان الحال فمرجع التبري من العيوب إلى عدم ترتيب الآثار الثابتة للعيوب من حيث ذاته لولا التبري منه ، ومعلوم ان الآثار الثابتة للعيوب إذا لم يتبرأ منها البائع هي الخيار بكلا طرفيه ، أما الآثار الأخرى التي تترتب على وجود العيب ، كما لو تلف المبيع بهذا العيب قبل ان يقبضه المشتري أو بعد قبضه ولكن في زمن خياره ، فإنه فيه يكون مضموناً على البائع ولو تبرأ البائع من عيوب المبيع ، وذلك لأن ضمان البائع للمبيع فيما لو تلف قبل القبض أو في زمن الخيار الثابت للمشتري ليس من آثار وجود العيب فيه حين العقد ليكون التبري من العيب رافعاً له ، وانما هو للقاعدتين المعروفتين بين الفقهاء ، وهما قاعدة « التلف قبل القبض من مال البائع » وقاعدة « التلف في زمن الخيار بمن لا خيار له » ولولاهما كان الضمان من المالك .

وبجمل القول : ان التبري من العيوب لا يرفع غير الخيار ، أما ما يحدث على

المبيع بواسطة العيب كالتلف وشبهه فلا يرتفع بالتبري كما ذكرنا .

ويسقط الخيار بكلا طرفيه أيضاً إذا ارتفع العيب قبل علم المشتري به أو بعده لعدم الموجب لهذا الخيار ، حيث انه لا يلزم من إلزام المشتري بالوفاء بالعقد اضرار في حقه ، هذا بالإضافة إلى ان النصوص التي شرعت هذا الخيار يستفاد منها اعطاء المشتري هذا الحق في حال كون المبيع متلبساً بالعيب ، فاذا زال عنه العيب لا يكون مشمولاً لتلك النصوص .

ورجع الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب استحقاق المشتري للتفاوت بين الصحيح والمعيّب في هذه الحالة ، لأن المشتري قد استحق عليه التفاوت من حيث وقوع العقد على المعيب فاذا تحسّن المبيع بعد ذلك وزال عنه العيب ، فلا يوجب براءة ذمة البائع من الأرض الذي ثبت له أولاً ، ووصف الصحة الذي طرأ على المبيع لم يحدث في ملك البائع ليكون مرجباً لعدم استحقاق المشتري للأرض وانما حدث في ملك المشتري فهو كغيره من المنافع التي تتجدد في ملكه ، ولكن الشيخ الانصاري بعد ان قرب استحقاق المشتري للأرض بما يرجع إلى ما ذكرناه ، تردد في اعطاء النتيجة النهائية متخوفاً من مخالفة هذا التفصيل للاجماع ، وأضاف إلى ذلك : ولم اجد من تعرض لهذا الفرع قبل العلامة الحلي أو بعده ، نعم هذا داخل في فروع القاعدة التي اخترعها الشافعي ، وهي ان الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد ، وقد عرفت مراراً ان المرجع في ذلك هو الأدلة ولا منشأ لهذه القاعدة (١) .

ومهما كان الحال فالمشتري يستحق الأرض بمجرد العقد على المعيب ، لأجل تدلّك ضرره ، ولأن وصف الصحة منظور اليه بعين الاعتبار عند العرف ، فاذا زال العيب فقد تجدد هذا الوصف في ملك البائع بعد أن استحق المشتري على

١ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري مبحث خيار العيب ومسقطاته .

البائع شيئاً من الثمن في مقابل العيب إذا لم يبادر إلى فسخ العقد ، ومعنى ذلك ان التفاوت بين الصحيح والمعيب يستحقه المشتري على البائع بمجرد العقد على شرط ان يبقى ملتزماً بالعقد ولا تبرأ ذمة البائع منه بمجرد زوال ذلك العيب .

ومجمل القول ان الفقهاء قد توسعوا في مسقطات هذا الخيار وأطالوا الحديث حولها وتعرضوا لما يسقط به الرد وحده والارش وحده واستعرضوا جميع الآراء حول هذه المواضع ، ونكتفي بما ذكرناه من المسقطات باعتبار انها تعبر عن آراء أكثر الفقهاء ، ويستطيع الباحث بعد الاطلاع عليها والاحاطة بها ان ينظر من خلالها إلى المبدأ العام الذي يعتمده الجعفريون في هذه المباحث ، ويكون منها فكرة عن هذا الخيار ومشتقاته .

وبما لا بد من التنبيه عليه ، ان النصوص التي تعرضت لثبوت هذا الخيار وبعض احكامه لم تتعرض لماهية العيب ، ولا لبيان حقيقته ، ولازم ذلك أن يكون الشارع قد ترك الأمر من هذه الناحية إلى العرف كما هو الحال في جميع الموارد التي رتب فيها احكامه على الموضوعات الخارجية إذا لم يتعرض لبيانها كما وكيفا ، ولأجل ذلك لا بد لنا في المقام من تحكيم العرف والرجوع اليه في موارد الاشتباه والتردد ، ولا يبعد ان يكون الضابط الكلي الذي يقره العرف هو ان العيب الموجب للخيار ، عبارة عن النقص او الزيادة في المبيع بنحو يكون موجباً لنقص ماليته في عرف التجار كما نص على ذلك العلامة الحلي في التحرير والقواعد من غير فرق ان يكون النقص يسيراً أو فاحشاً ، وقد أطال الفقهاء الحديث عن العيب وتحديدده وجاء في رواية محمد بن مسلم عن الإمام الباقر (ع) ما يشعر بأنه عبارة عن مطلق الزيادة او النقص ، حتى ولو لم توجب نقصاً في مالية المبيع (١) . ولكن أكثر الفقهاء لم يلتزموا بأن العيب الذي لا يوجب نقصاً في مالية المبيع

١ - فلقد جاء في مروية محمد بن مسلم عنه انه قال : كل ما كان في اصل الخلقة

فزاد او نقص فهو عيب .

يسوغ للمتعاقدين فسخ العقد او الالتزام به واسترجاع شيء من الثمن في مقابل العيب (١) .

وقد توسع الفقهاء في الفروض المتصورة في مورد النزاع والتخاصم بين المتعاقدين في أسباب هذا الخيار ومسقطاته ، ولا يعني استقصاء جميع ما ذكره في المقام ، ولكن الذي يجب ان لا يفوتنا هو الاشارة إلى الاصول العامة التي اتبعها الجعفيون في فقههم لحل هذا النوع من الخصومات وسيبين ذلك من الامثلة التالية :

لو اختلفا في أصل وجود العيب في المبيع فانكره البائع وادعاه المشتري ، او اختلفا في ان الموجود فيه عيب ام لا ، فالمشتري بوصفه مدعياً عليه ان يثبت ادعائه بالينة الشرعية ، وعلى البائع بصفته منكرأ لوجود العيب في المبيع عليه ان يحلف اليمين الشرعية على عدم وجوده فيما لو تعذر على المشتري ان يثبت ادعائه .

لو اتفقا على وجود العيب في المبيع ولكن المشتري قد ادعى تقدمه على العقد ، وادعى البائع حدوثه بعد العقد ، فالينة على المشتري ، وعلى البائع اليمين فيما لو تعذر على المشتري ان يثبت ادعائه ، وهذا من غير فرق بين العلم بتاريخ حدوث العيب والجهل بتاريخ العقد ، وبين عدم العلم بتاريخ حدوث العيب ، لأن مدعي تأخر حدوث العيب إلى ما بعد القبض قوله هذا موافق لاصالة اللزوم في العقود ومدعي التقدم وهو الطرف الآخر يدعي ذلك ليكون له الحق في فسخ العقد واسترجاع الثمن .

لو تنازع البائع والمشتري في ان المبيع الذي تعاقدوا عليه ، هل هو المعيب أو غيره ، فادعى المشتري ان المبيع هو المعيب الذي بيده ، وادعى البائع أن

١ - انظر مكاسب الانصاري مبحث خيار العيب ، والتاجر من الجواهر للشيخ محمد

حسن النجفي .

المبيع غيره ، فالمشتري هو المدعي المكلف بالاثبات لأنه يحاول في هذه الدعوى فسخ العقد ، والبائع هو المنكر ، لأن في ادعائه ينكر ان يكون المبيع معيباً .

ولو اتفقا على وجود العيب في المبيع ، واختلفا في ان المبيع هو الذي يحاول المشتري رده بالعيب أو غيره ، فادعى المشتري ان المبيع هو الذي بيده وانكره البائع مدعياً انه غير الذي بيد المشتري ، فعلى المشتري أن يثبت بالبينة الشرعية ان العقد وقع على العين التي في يده ، وإذا تعذر عليه ذلك فعلى البائع اليمين ، لاصالة عدم وقوع العقد على هذه العين التي بيد المشتري . إلى غير ذلك من الامثلة التي ذكرها الفقهاء في المقام ، ومن ذلك تبين ان المبدأ العام المتبع في حل هذه الخصومات وأمثالها يتألف من بينة المدعي وبين المنكر ، فالذي يدعي وجود العيب ويطلب من الطرف الآخر شيئاً أو يحاول حل العقد ، عليه أن يثبت السبب المسوغ له ابطال العقد ، والطرف الآخر الذي يتمسك بالمعاملة عليه أن يحلف اليمين الشرعية على نفي السبب الذي بدعيه المدعي .

وأحسن التعاريف للمدعي والمنكر واجمعها ، هو ان المدعي من لو ترك ادعائه لا يطالب بشيء ، والمنكر هو الذي لو ترك لا يتركه الطرف الآخر ويبقى مسؤولاً تجاهه ، وعليه فيكون المدعي لوجود العيب هو المسؤول عن البينة ، لأنه لو ترك لا يطالبه الطرف الآخر بشيء ، والطرف الثاني هو المنكر ، لأنه لو ترك الخصومة لا يتركه الطرف الاول ولا يجدي انكاره إلا إذا عجز المدعي عن تقديم البينة ، وعليه في هذه الحالة أن يحلف اليمين الشرعية في مجلس القاضي الجامع لشروط القضاء .

والظاهر ان هذا الخيار متفق عليه بين فقهاء المذاهب الاربعة ولا خلاف بينهم في أصل وجوده ، كما وان الخلاف بينهم في تحديد العيب لا يتخطى الخلاف الواقع بين الجعفرين فيه .

قال الدكتور محمد يوسف : هذا النوع من الخيار الثابت بشرط المتعاقدين

دلالة على ان سلامة موضوع العقد مطلوبة للعاقد وان لم ينص عليها صراحة، فصارت لذلك كأنها مشروطة ، ومن ثم شرع هذا الخيار الذي يوجب للمشتري في عقد البيع رد المبيع إذا وجد فيه عيباً له خطره ولا يتسامح فيه عادة .

والشروط التي بقلناها عن الجعفرين بالنسبة لهذا الخيار متفق عليها بين فقهاء السنة ، كما وان الاسباب التي تمنع من رد المبيع بالعيب عند الجعفرين بعينها تمنع من رده في فقه السنة ، وقد عددوا منها رضا المشتري بالمبيع المعيب بعد علمه به ، واسقاط الخيار ، وهلاك المبيع في يد المشتري ، وحدث عيب فيه وتصرف فيه تصرفاً مخرجاً له عن ملكه ، وزيادة المحل في يد الممتلك زيادة متصلة غير متولدة على حد تعبيرهم (١) .

ومهما كان الحال فاذا اجتمعت الشروط التي لا بد منها في هذا الخيار ثبت للمشتري الخيار بين فسخ العقد والالتزام به بتمام الثمن ، وليس له المطالبة باسترجاع شيء من الثمن لو اختار الالتزام بالعقد من غير فرق بين أصناف المبيع وأنواع العيوب ، لأن مرجع العيب إلى فوات وصف المبيع ، والاضاف لا يقابلها شيء من الثمن .

وقال المالكية إذا كان المبيع عقاراً او كان العيب كبيراً تخير المشتري بين

١ - والمراد من الزيادة المتصلة هي ما لو قطع المشتري الثوب او خاطه او صبغه ، او خبز الدقيق او اضاف له شيئاً من الحلو ونحو ذلك من الزيادات والمنفصلة المتولدة كالولد والثمرة وغير ذلك ، وتقدر الرد عنهم في مثل ذلك ليس بسبب من المشتري ، بل بسبب شرعي ، ذلك لانه بالنسبة الى الزيادة المتصلة لا يمكن الفسخ بدون الزيادة ، ولا يمكن ان يكون معها لانه انما يرد على محل العقد والزيادة لم تدخل في محل العقد ولا يمكن تركها للبائع للزوم الربا والزيادة المنفصلة تمنع من الرد لسبب شرعي وهو لزوم الربا سواء تركها لنفسه او للبائع .

الفسخ والالتزام بالعقد ، وليس له المطالبة بشيء من الثمن ، وإن كان سيوراً
يتعين على البائع أن يدفع له ما يقابل العيب ، وليس للمشتري الفسخ في هذه الحالة (١)

وعندما يسقط الخيار لسبب من الأسباب التي ذكرناها ، فإن كان السبب
من فعل المشتري كما لو تصرف في العين المعيبة تصرفاً متلفاً أو مغيراً لهيئتها
ونحو ذلك فليس له أن يرجع على البائع بشيء من الثمن ، وإن كان بسبب البائع
أو بأفة سماوية ونحو ذلك ، فله أن يرجع على البائع بمقدار من الثمن في مقابل
النقص الموجود في المبيع .

وقال المالكية أيضاً إذا باع أو رهن أو أجر ونحو ذلك من التصرفات ، فإن
كان ذلك منه قبل العلم بالعيب لا يسقط خياره ، بل يبقى موقوفاً فإن عادت العين
لملكه ثانية ، ولو بسبب إرجاع المشتري الثاني لها بفسخ ونحوه ، تعود الحياة إلى
خيار المشتري الأول وله أن يفسخ العقد ويردها إلى البائع ، ولو دخلها خلال هذه
المدة عيب جديد وهي في ملكه وأراد أن يردّها عليه مع هذا العيب ، فعليه أن
يرد على البائع الأول أرش العيب الجديد . أما إذا تصرف بهذا النوع من التصرفات
ونحوه بعد العلم بالعيب يسقط خياره ولا يرجع على البائع الأول بشيء .

ويدعي الحنابلة أن جميع التصرفات المملّكة توجب سقوط الخيار سواء كانت
قبل العلم بالعيب أم بعده ، نعم إذا وقعت منه قبل العلم بالعيب له أن يرجع على
البائع بحجز من الثمن في مقابل العيب (٢) .

والرأي الفقهي المشهور بين فقهاء الجعفرين : أن التصرف الواقع بعد العلم
بالعيب إذا كان دالاً على الرضا بالمبيع كما هو عليه يوجب سقوط الخيار ، وإذا وقع
من المشتري قبل العلم بالعيب ، وكان مغيراً للعين بزيادة أو نقصان ، أو كان ناقلاً

١ - انظر بداية المجتهد لابن رشد .

٢ - انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات للدكتور محمد يوسف ص ٤٨٤ .

لها عن ملكه بأحد النواقل اللازمة أو الجائزة ، أو نحو ذلك مما يمنع من ارجاع المبيع للبائع هذه التصرفات توجب سقوط الخيار بمعنى انها تمنع من فسخ العقد وارجاع المبيع إلى مالكة الأول ، ويبقى للمشتري مع ذلك الحق في الرجوع عليه بالتفاوت بين الصحيح والمعيب .

والمبدأ العام المتبع في ذلك : ان المبيع إذا كان قائماً بعينه ، فللمشتري الحق في فسخ العقد وإبقائه مع الرجوع على البائع بالتفاوت ، وان لم يكن قائماً بعينه يسقط حقه في الفسخ وارجاع المبيع ، وله ان يرجع على البائع بالتفاوت (٢) .

وقد ذكرنا ان بين فقهاء الجعفرين من يدعي ان التصرف بهذا النحو من التصرفات بعد العلم بالعيب مسقط للخيار بكلا طرفيه الرد والارس .



مركز تحقيقات كميته في علوم اسلامی

٢ - وقد اعتمد الفقهاء في ذلك على رواية جميل بن دراج عن الامام الصادق (ع) وجاء فيها : ان كان المبيع قائماً بعينه رده على صاحبه واسترجع الثمن ، وان كان قد قطع أو خيط أو صبغ رجوع عليه بنقصان العيب لاغير .

الفصل الخامس

في الشروط

٤٨

لقد تعرض الفقهاء لأحكام الشروط من حيث وجوب الوفاء بها وعدمه ، ومن حيث ان أحد المتعاقدين إذا التزم بالشرط ومنع عن تنفيذه هل يوجب ذلك خللاً في العقد الذي هو عبارة عن محل الشرط أم لا ؟ وقد ذكرنا في خلال المباحث السابقة ان الشروط التي يجب الوفاء بها هي عبارة عن الالتزامات التي يرتبط بها المتعاقدان في عقد من العقود ، اما الشروط الابتدائية على حد تعبير الفقهاء وهي التي لا ترتبط بالعقود ، هذا النوع من الشروط لا يجب الوفاء به باجماع الفقهاء ، ولو افترضنا ان الأدلة التي تنص على وجوب الوفاء بالشروط تشمل بعمومها هذا النوع من الشروط ، لو افترضنا ذلك يكون الاجماع مخصصاً لتلك العمومات ، ونتيجة تخصيصها بالاجماع الإقتصار على خصوص الشروط التي يلتزم بها المتعاقدان في العقود اللازمة ، هذا بالإضافة إلى ان الشروط الابتدائية التي لا ترتبط في عقد من العقود خارجة موضوعاً عن تلك العمومات .

ومها كان الحال فالشروط التي يجب الوفاء بها لا بد وان تتوفر بها الأمور التالية :

الأول : ان يكون مقدوراً للمتعاقدين او لأحدهما بنحو يكون الشروط

عليه متمكناً من إيجاد المشروط اما ابتداء وبلا واسطة كما لو اشترط عليه ان يبيعه او يهبه شيئاً ونحو ذلك من الأفعال المقدورة مباشرة ، واما ان يكون مقدوراً له بالتسيب كما لو اشترط عليه ان يملكه شيئاً ، فإن التمليك مقدور للمشروط عليه بالقدرة على أسبابه كالهبه والبيع ونحو ذلك من موجبات التمليك ، ومن أمثلة ذلك ما لو اشترط عليه ان يكون العبد كاتباً والداية حاملاً وغير ذلك مما يرجع إلى اشتراط صفة خاصة في المبيع لأن تسليم المبيع المتصف بهذه الصفات مقدور لمن الزم نفسه بهذا الشرط .

أما إذا لم يكن متمكناً منه ، كما لو اشترى الزرع بشرط ان يجعله سنبلاً ، والغنم بشرط ان تكون ولوداً ونحو ذلك مما لا يدخل تحت سلطته سواء كان المشروط صفة او عملاً خارجياً كما لو اشترط عليه ان يطير في الفضاء فلا يصح الشرط في مثل ذلك لكونه خارج عن امكانيات المخلوق ، وقال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب : ومن افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعاً على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط ، كما لو اشترط في العقد ان تكون فلانة زوجة له وان تكون امرأته مطلقة وان يكون البستان ملكاً له ونحو ذلك بنحو لا يرجع هذا الشرط إلى اشتراط إيجاد السبب ، وذلك لأن الزوجية والطلاق والتمليك والحرية وغير ذلك مما يرجع إلى شرط النتيجة أي المسببات لا يدخل في مقدور الانسان إلا بالاسباب الشرعية التي اعتبرها الشارع اسباباً لهذه الامور ، لذا فان اشتراطها لا يصح إلا إذا رجع الشرط إلى إيجادها بالاسباب المتعارفة .

الثاني : ان يكون المشروط مباحاً بنظر الشرع ، فلو اشترط احد المتعاقدين على الآخر ان يقامر او يشرب الخمر ، او باعه العنب واشترط عليه ان يصنعه خمرأ لا يصح الشرط ولا يجب الوفاء به كما جاء في النص المروي عن الرسول (ص) . المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً وحرم حلالاً .

بالإضافة الى غيره من النصوص الكثيرة التي تؤكد اعتبار هذا الشرط .

على ان الممنوع عنه شرعاً يصبح بسبب المنع عنه خارجاً عن سلطة المكلف من ناحية التشريع فلا يكون مقدوراً للمشروط عليه ، وقد ذكرنا ان القدرة التي لا يدمنها في التكاليف نعم الشرعية والعقلية ، ولذا فان بعض الفقهاء لم يعتبر اباحة المشروط شرطاً مستقلاً في مقابل الشرط الأول وعدا الممنوع منه شرعاً من امثلة غير المقدور (١)

الثالث من الشروط ان لا يكون المشروط مخالفاً للكتاب والسنة كما جاء في بعض الروايات عن الرسول والأئمة (ع) قال (ص) : ما بال اقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، فما كان من شرط اليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل قضاء الله احق وشرطه اوثق .

وفي بعض الروايات عن علي (ع) انه قال : من شرط لإمرأته شرطاً فليف لها به ، فإن المسلمين عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او اصل حراماً .

وروى محمد بن قيس عن الإمام محمد الباقر (ع) انه قال : من تزوج امرأة واشترطت عليه ان بيدها الجماع والطلاق فقد خالفت السنة ووليت حقاً ليست اهلأ له ، وعليه الصداق وبيده الجماع والطلاق .

ومن امثلة الشرط المخالف للكتاب والسنة ، ما لو اشترط احد المتعاقدين في العقد ان يكون الاجنبي وارثاله ، واشترط ان يكون وارثه محروماً من الميراث وان يكون الانسان الحر عبداً مملوكاً ، وان تكون زوجته مطلقة لو تزوج عليها ونحو ذلك من الأمثلة المخالفة لكتاب الله وسنة رسوله (ص) .

والضابط الكلي الذي يمكن الرجوع في تمييز المخالف للكتاب والسنة عن غيره ،

١ - انظر منية الطالب في شرح المكاسب ص ١٠٢ .

ان المشروط اما ان يكون من نوع الوضعيات التي جعلها الشارع للانسان وترك له حرية التصرف بها كالحيارات ، وحق الشفعة ، وحق التصرف في أمواله بالهبة والبيع والشراء ونحو ذلك ، واما ان يكون من الأحكام كما لو اشترط ترك واجب او فعل حرام او مكروه او ترك أمر مرغوب فيه بنظر الشارع ، وقد يكون المشروط من الأمور التي جعلها الشارع ولم يترك للانسان الحق في التصرف فيها ، مثل كون الولاء لمن اعتق وولد الحر حر ، والطلاق بيد الزوج وأمثال ذلك بما وضعه الشارع ولم يجعل له حرية التصرف فيه كما يشاء .

فما كان من نوع الوضعيات التي جعلها الشارع وترك للانسان الحرية في التصرف والاختيار هذا النوع من المجعولات الشرعية لا اشكال بصحة الشروط بالنسبة اليها ووجوب تنفيذها ، إلا إذا نص الشارع على المنع عن بعض التصرفات وحدد من صلاحية الانسان بالنسبة اليها ، كما بالنسبة لبيع الغنم للتخمين ، وبيع السلاح لقتال المسلمين ونحو ذلك مما يستعمل لغاية محرمة ، فاشتراط أمر من هذا النوع يخالف الكتاب والسنة من حيث وجود النص الناهي عن مثل هذه التصرفات ، ولولا ذلك لقلنا بصحة هذه التصرفات بقتضى الأدلة القاضية بجواز تصرف المالك في ملكه بكل نحو من أنحاء التصرف .

وما كان من الشروط متعلقاً بترك واجب او فعل محرم ، يكون باطلاً من حيث مخالفته للكتاب والسنة القاضيين بالتحريم او الوجوب لأن أدلة التحريم والوجوب باطلاقها شاملة لصورة اشتراط ترك الواجب وفعل الحرام ، وأدلة الشروط لا تصلح لإلغاء الأحكام الثابتة لتلك الأفعال ، لأنها متجهة الى ما هو مشروع بذاته ، فلا بد من احراز موضوعها في المرتبة الأولى ، هذا بالنسبة الى الأفعال المحكومة بالوجوب او التحريم ، اما اذا كان الشرط متعلقاً بترك المباح او فعله ، فالالتزام بالفعل او الترك الناتج من الشرط لا يخالف الكتاب ولا السنة ، لأن وجوب الفعل او حرمة بالعرض لا يتنافى مع إباحته الذاتية .

وقد أشكل في منية الطالب على اشتراط ترك المباح او فعله بما حاصله ان الالتزام بترك المباح يلزمه ان يكون المباح محرماً ، كما وان الالتزام بفعله يلزمه ان يكون واجباً ، فيكون الشرط محرماً للحلال ، فيما لو اشترط عليه الترك ، وملزماً بالمباح فيما لو اشترط عليه الفعل فتحصل المخالفة للكتاب والسنة .

وأجاب عن ذلك بأن اشتراط الفعل او الترك إذا كان راجعاً إلى الالتزام بفعله دائماً وأبداً او يتركه مطلقاً وفي جميع الحالات ، فلا يبعد ان يكون هذا النوع من الاشتراط مخالفاً للكتاب والسنة ومحرماً للحلال .

وجاء في بعض النصوص ما يؤكد حرمة الحلف على ترك العصير المباح دائماً ، وبهذه المناسبة قال الإمام (ع) : « ليس لك ان تحرم ما أحله الله لك » . وان كان الالتزام بترك المباح راجعاً إلى ترك مصداق منه او ترك طبيعته ولكن في جزء من الزمن ، فلا يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة ، لأن ترك المباح في جزء من الزمن ليس تحريماً للمباح ، وكذلك الحال بالنسبة إلى الالتزام بترك فرد منه او فعل فرد منه .

ومجمل القول انه إذا كان موضوع الشرط مصداقاً من المباح ، او نوعاً منه في برهة الزمان لا يكون الشرط محرماً للحلال ولا مخالفاً للكتاب والسنة ، وان كان متعلقاً بنوع المباح مطلقاً وفي جميع الأزمنة والحالات ، كما لو اشترط البائع على المشتري في العقد ان لا يتزوج او اشترط عليه ان لا يشرب العصير ، هذا الشرط يتنافى مع الاباحة المطلقة ويخالف الكتاب والسنة ، بدليل قول الإمام عليه السلام : « ليس لك ان تحرم ما أحله الله لك » .

هذا كله فيما لو تبين حال الفعل موضوع الشرط من حيث انطباق أحد العناوين المتقدمة عليه ، ومع التردد في ذلك فلو تعلق به الشرط وحصل لنا التردد في صحته وعدمها فقد رجع الشيخ مرتضى في مكاسبه الرجوع إلى استصحاب

عدم المخالفة للكتاب والسنة بنحو يكون المستصعب العدم السابق لوجود الموضوع ، والاستصحاب بهذا المعنى مرجعه إلى استصحاب العدم الأزلي المعروف عند الأصوليين الجعفرين .

وهذا النوع من الاستصحاب قوبل بهجوم عنيف من جانب فريق من الأصوليين من حيث ان التعبد بالبناء على بقاء المشكوك إلى الزمن المتأخر إنما يصح باعتبار الآثار الشرعية المترتبة على المستصعب ، والعدم الأزلي السابق على وجود الموضوع لم يكن موضوعاً لأي أثر من الآثار الشرعية ، وموضوع الأثر الشرعي في المقام هو العدم النعني على حد تعبير الأصوليين ، أي العدم العارض على الموضوع ، والشرط بهذا المعنى ليس مسبوقاً بالعدم ، لانه اما ان يوجد مخالفاً للكتاب والسنة او غير مخالف لهما .

نعم لو وجد الشرط في زمان غير مخالف للكتاب والسنة ، وحصل لنا التردد في مخالفته لهما في الزمن المتأخر ، فاستصحاب عدم المخالفة للكتاب والسنة هو المتعين في ذلك لان المستصعب مسبوق بالعدم .

وبجمل القول ان العدم السابق على وجود الموضوع ليس موضوعاً للأثر الشرعي ، والعدم بلحاظ كونه وصفاً للموضوع ليس له حالة سابقة ، لانه اما ان يوجد مخالفاً للكتاب والسنة او غير مخالف لهما ، وعليه فالمتعين في مقام التردد في مخالفة الشرط للكتاب وعدمها الرجوع إلى اصالة عدم كون المشروط عليه ملازماً بالشرط (١) .

الشرط الرابع ان لا يكون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد ، وتفصيل ذلك ان الآثار المترتبة على العقد، منها ما يقتضيها العقد بذاته بنحو يكون تجريد العقد عن ذلك الأثر مستلزماً لتجريد العقد عن مدلوله والغاء العقد من أساسه كما لو باع

١ - انظر منية الطالب ص ١٠٦ و ١١١ .

المالك واشتروط على المشتري ان لا يملك ، او ان لا يتصرف في المبيع بأي نحو من أنحاء التصرفات والانتفاعات .

ومنها ما يقتضيه العقد بإطلاقه وعدم تقييده بما يدل على تجريده منها كالتسليم والتسلم ، وكون الثمن نقداً ، وكونه بالنقد الغالب في البلد الذي تم فيه العقد ونحو ذلك من الآثار .

ومنها ما يكون من نوع الأحكام المجعولة للمتعاقدين او أحدهما كخيار الحيوان وخياري المجلس والرؤية وغير ذلك من الخيارات الثابتة بالجعل الشرعي في الموارد المختلفة .

فما كان من النوع الأول مما يقتضيه العقد من حيث ذاته ، والتي ترجع إلى المدلول المطابقي للعقد ، هذه المقتضيات إذا اشترط أحد المتعاقدين عدمها في العقد ، يكون الشرط منافياً ومناقضاً للمدلول المطابقي من العقد ، ولازم ذلك اما بطلان العقد والشرط معاً ، واما بطلان الشرط وحده ، لأن العقد مقصود أولاً بالذات والشرط تابع له ، ولو بني على صحة هذا النوع من الشروط يلزم تجريد العقد عن أبرز خواصه وآثاره والغناء المعاملة في بعض الفروض ، كما لو اشترط عليه ان لا يملك او لا يتصرف في المبيع بكل نوع من أنواع التصرفات .

وما كان منها ثابتاً للعقد من حيث اطلاقه وعدم تقييده بخلافها كآثار الثابتة للعقد من حيث ان العرف العام او الجعل الشرعي قد اعتبر تلك الآثار مترتبة على العقد ومن مقتضياته ، فالشرط المخالف للعقد من هذه الناحية لا يتنافى مع المدلول المطابقي للعقد ، ولا يلزم منه تجريد العقد عن آثاره ، ذلك لأن تلك الآثار إنما كانت ثابتة للعقد من حيث عدم تقييده بما يخالفها ، فاذا ارتفع الاطلاق بسبب الشرط لا يبقى موضوع لتلك الآثار والمقتضيات ، وليس في النصوص الفقهية ما يشير إلى الخلاف بين الفقهاء في ذلك ، وإنما الخلاف الواقع بينهم فيما

يتعلق بهذا الشرط يرجع إلى تشخيص تلك الآثار وانها من أي النوعين هي، وعلى أساس ذلك يحكم بعضهم بصحة بعض الشروط بحجة انها لا تخالف مقتضى العقد، ويحكم آخرون بفسادها بعينها لأنها مخالفة لمقتضاه، وقد أورد الشيخ الانصاري في مكاسبه الأمثلة التالية من الشروط التي اختلف الفقهاء في صحتها :

الاول: لو اشترط البائع على المشتري ان لا يبيع المبيع، ونص على ان المشهور بين الفقهاء فساد هذا الشرط لأنه مخالف لمقتضى العقد .

لو اشترط المعير على المستعير والمؤجر على المستأجر ضمان العارية والعين المستأجرة، وقد نص على ان المشهور بين الفقهاء صحة الشرط بالنسبة إلى العارية وفساده في الإجارة وحجتهم في ذلك ان عقد الإجارة يقتضي عدم الضمان فيها، فاشتراط عدمه يكون منافياً لمقتضى العقد، وعقد العارية يقتضي عدم الضمان بمقتضى اطلاقه فاشتراط الضمان فيها لا يتنافى إلا مع اطلاق عقد العارية، وفي مقابل ذلك رجح جماعة صحة الشرط في الموضعين، لأن العقد من حيث ذاته وبالنظر إلى مدلوله المطابق لا يقتضي الضمان ولا عدمه، وعدم الضمان فيهما مستفاد من اطلاق عقديهما وعدم تقييدهما بوجوب الضمان .

لو اشترطت الزوجة على الزوج أن يسكنها في بلدها، فقد نص جماعة على فساد هذا الشرط ومنهم فخر الدين في الايضاح (١) واحتج لذلك بأنه مخالف لمقتضى العقد، لأن مقتضى عقد النكاح تسلط الزوج على زوجته في الاستمتاع والاسكان وغيرهما بما يرجع إلى شؤون الزوجية .

لو اشترط أحد الزوجين في العقد المنقطع التوارث بينهما، فقد أبطله جماعة

١ - أحد فقهاء الشيعة في القرن الثامن ويعرف بفخر المحققين وهو محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي، وكان والده العلامة يعظمه ويثنى عليه، وقد امره باتمام ما بقي ناقصاً من كتبه، والمعروف عنه انه بلغ مرتبة الاجتهاد قبل ان يصل الى سن البلوغ توفي سنة ٧٧١ هجرية .

لأنه يخالف لمقتضى العقد، وأجازه آخرون لأن المقتضى لعدم التوارث هو إطلاق العقد وعدم تقييده بما يخالف هذا الإطلاق، إلى غير ذلك من الأمثلة التي أوردها الشيخ في مكاسبه كشاهد على اختلاف الفقهاء في تشخيص مقتضيات العقود وتمييزها عن مقتضيات إطلاقها، ويمكن التفرقة بينهما بالإضافة إلى ما ذكرناه أولاً بالتقريب التالي :

وهو أن مقتضيات العقود ثارة تكون مقصودة للمتعاقدين أولاً وبالذات بنحو يدل عليها العقد مطابقة كتمليك الأعيان في عقد البيع والمنافع في عقد الإجارة، والاستمتاع في عقد الزواج ونحو ذلك، وأخرى تكون من مداليل العقد التزاماً مثل كون الثمن بنقد البلد، وكون المبيع سالماً من العيوب ووجوب التسليم والتسلم والتعجيل في الثمن إلى غير ذلك مما يقتضيه العقد بواسطة الظروف والملابسات التي تحيط للمتعاقدين وتقترب بالعقد الواقع بينهما، فإن كان مرجع الشرط إلى عدم حصول المبادلة بين المالكين، أو إلى عدم التملك في المعاوضات المفيدة للملك، يكون الشرط مناقضاً لمدلول العقد، وذلك كما لو اشترط عدم الثمن في عقد البيع وعدم الإجارة في عقد الإجارة لأن حقيقة البيع المبادلة بين المالكين، وحقيقة الإجارة هي تملك المنفعة بالمال فتجريد البيع والإجارة عن هذا المعنى يرجع في واقع الأمر إلى المناقضة بين مدلول العقد والشرط .

ومن ذلك ما لو كان مفاد الشرط سلب جميع الآثار المترتبة على العقد، لأن تجريد العقد عن جميع آثاره يؤدي بالنتيجة إلى أن العقد لغو لم يصدر من العاقد بقصد الانشاء والمبادلة بين العوضين .

وان كان الشرط متعلقاً ببعض الآثار والمقتضيات الخارجية عن مدلول العقد، كما لو اشترط عليه أن لا يبيع المبيع، أو اشترط عليه أن يوقفه أو يهبه، أو اشترطت الزوجة على زوجها أن لا يبطئها، أو اشترط البائع نقداً خاصاً غير النقد الشائع في البلد ونحو ذلك . هذا النوع من الشروط التي يقتضيها العقد بإطلاقه لا يلزم منها إلغاء العقد ولا تجريده عن الآثار المقصودة منه، فإن العقد إنما كان

مقتضياً لهذه الأمور بواسطة اطلاقه وعدم تقييده بما يخالفها ، فاذا جاء الشرط يرتفع الاطلاق المنتج لهذه الآثار ونحوها .

وفى يختص بالآثار الشرعية الثابتة للمعقود عليه من حيث كونه ملكاً للعاقـد كالسلطنة التي أقرها الشارع بالنسبة للمالك ونحوها ، هذا النوع من الآثار ليس من مقتضيات العقود وإنما هو آثار ملكية الانسان للمال من أي ناحية حصل التملك ، فلو اشترط البائع على المشتري ان لا تكون له السلطنة على المبيع ، لا يصح منه هذا الشرط لا من جهة انه يخالف لمقتضى العقد ، بل لأنه يخالف للنصوص التي أثبتت له السلطنة من الكتاب والسنة ، هذا إذا رجع الشرط إلى تجريـد المالك عن سلطنته على ملكه من جميع الجهات ، وان كان مفاده تحديد سلطنة المالك وقصرها على بعض التصرفات ، كما لو اشترط عليه ان لا يبيع المال الذي تعاقداً عليه ، وان لا يهبه إلى أحد ونحو ذلك ، هذا النوع من الشروط لا يخالف مقتضى العقد ولا نصوص الكتاب والسنة ، لانه لا يسلب المالك السلطنة المطلقة الثابتة له ، بل بصرفها إلى ناحية خاصة من انحاء التصرف .

ومن أمثلة هذا النوع من الشروط ما لو اشترطت الزوجة على زوجها أن يسكنها في محل معين ، لأن عقد الزواج لا يقتضي أكثر من استمتاع كل من الزوجين بالآخر ، وتسلب الزوج على اسكان زوجته في أي محل أراد من الحقوق المجعولة له ، فاذا اشترطت عليه في العقد والتزم بهذا الشرط ، يكون التزامه به اسقاطاً لهذا الحق الذي جعله له الشارع . أما الآثار الشرعية المترتبة على العقد كالحيارات المجعولة من قبل الشارع للعاقدين أو لأحدهما ، فلو اشترط أحدهما على الآخر ان لا يكون له الخيار في فسخ العقد ، يصح منه هذا الشرط ، لانه يرجع إلى اسقاط حقه من الخيار الثابت له بالجعل الشرعي . نعم لو كان الشرط راجعاً إلى عدم ثبوت هذا الحق للمتعاقدين لا يصح منها لانه يخالف للنصوص الدالة على ثبوته .

وقد عد الفقهاء من فروع هذه المسألة ما لو اشترط المؤجر على المستأجر والمعيـر

على المستعير ضمان العين المستعارة والمستأجرة ، ونص أكثر الفقهاء على فساد هذا الشرط في عقد الاجارة وصحته في العارية بحجة ان اشتراط الضمان في عقد الاجارة يخالف لمقتضى العقد وفي العارية يخالف لاطلاقه .

ورجع فريق منهم صحته في المقامين فيما لو كانت الاجارة على العمل فاذا تعلقت بالاعيان لاستغلال منفعتها لا يصح اشتراط الضمان فيها ، لان عقد الاجارة يدل بالالتزام على وجوب تسليم العين إلى المستأجر لاستيفاء منفعتها باعتبار انها من الامور التدريجية التي لا يمكن استيفائها إلا خلال مدة من الزمن ، كما لو استأجر الدار للسكن والسيارة لقطع مسافة معينة عليها ونحو ذلك ، وإذا كان العقد مقتضياً لتسليمها إلى المستأجر تكون في يده أمانة بإذن مالكها ، فاشتراط الضمان فيها يتنافى مع المدلول الا التزمي للعقد الذي هو عبارة عن استيلاء المستأجر عليها إلى أن يستوفي منفعتها كاملة غير منقوصة .

وهذا بخلاف الاجارة على الاعمال ، فان عقد الاجارة في هذه الحالة لا يفرض على المؤجر تسليم العين إلى الاجير لان المطلوب هو العمل لا غير ومن الممكن الاتيان بالعمل وهي في يد الملك فاذا استلمه الاجير يكون استلامه بمحض إرادة المالك واختياره لا من حيث انه مدفوع على ذلك من قبل العقد كما هو الحال في الصورة الاولى (١) .

ومها كان الحال بعد أن بينا الفرق بين مقتضيات العقود ومقتضيات اطلاقها أصبح من السهل السير التوصل إلى الحلول المناسبة لكل فرض من الفروض الفقهية التي ذكرها الفقهاء ، والتي يمكن افتراضها في المقام .

ولا بد لنا بعد ان عرضنا هذه المرحلة من المراحل التي تتوقف عليها صحة

الشروط من الاشارة إلى الامور التالية :

الأول : ان الشرط ثارة يتعلق بصفة من صفات المبيع ، وأخرى يتعلق بفعل من الافعال ، كما لو اشترط البائع على المشتري ان يبني مسجداً ، أو يبني شيئاً من أمواله إلى الفقراء ونحو ذلك ، وثالثة يكون المطلوب بالشرط المسببات والنتائج المترتبة على الاسباب الشرعية ، كما لو اشترط عليه ان تكون داره ملكاً للفقراء ، وان يكون عبده حراً وزوجته طالقاً وأمثال ذلك من النتائج التي لا تحصل إلا بأسبابها ، فان كان متعلق الشرط صفة من صفات المبيع كما لو اشترط المشتري أن يكون الشجر مثمرًا وأن تكون الدار على شكل من الاشكال الهندسية المعينة ، فلو تبين ان المبيع فاقد للصفة التي التزمها البائع للمشتري ، يثبت له الخيار في فسخ العقد كما ذكرنا سابقاً ، ولا يجب على البائع ايجاد تلك الصفة ، لأن الشرط لم يتعلق بايجاد تلك الصفة ، وإنما المطلوب بالشرط هو المبيع المتصف بها .

وان كان الشرط متعلقاً بفعل من أفعال المشتري او البائع ، فالمشهور بين الفقهاء كما نص على ذلك الشيخ الانصاري في مكاسبه ، ان الشروط عليه ملزم بالاتيان بالفعل الذي ألزم نفسه به في العقد ، كما ينص على ذلك قوله (ع) : من شرط لأمراته شرطاً فليف لها به ، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم خلاً وأحل حراماً ، وجاء في بعض النصوص :

« المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله » ، ولازم ذلك ان عدم الوفاء بالشرط معصية لله سبحانه .

أما إذا كان المطلوب بالشرط المسببات والنتائج المترتبة على أسبابها بالجعل الشرعي كالامثلة التي ذكرناها فلا يبعد بطلان هذا النوع من الشروط ، لأن تلك النتائج والمسببات قد جعل الشارع لكل واحد منها سبباً مولوداً ولو بالجعل التشريعي ، فاشتراط وجودها بدون الاسباب المولودة لها مخالف للكتاب والسنة ،

نعم بالنسبة إلى النتائج التي لم ترتبط بأسباب معينة ، بل تحصل بكل فعل أو قول مهما كان نوعه اذا اشترطها أحد المتعاقدين بصرح الشرط ويجب الوفاء به كغيره من الشروط المتعلقة بالافعال .

قال الشيخ ورتضى الانصاري في مكاسبه : فالأقوى صحة اشتراط الغايات التي لم يعلم من الشارع اناطتها بأسباب خاصة ، كما يصح نذر مثل هذه الغايات ، بأن ينذر كون المال صدقة ، وكون هذا المال لزيد ونحو ذلك (١) .

الثاني : ان الملتزم بالشرط لو امتنع عن الوفاء به ، هل يجبر على الوفاء به وتنفيذه ام لا يجبر على ذلك ؟ الذي رجحه جماعة من الفقهاء . ان الممتنع عن تنفيذ التزاماته للعالم ولغيره إجباره على الوفاء بشرطه ، لأن الشروط بعد أن التزم به أحد العاقدين أصبح حقاً للطرف الآخر ، ولصاحب الحق أن يتوصل إلى تحصيل حقه بأي طريق كان ولو عن طريق القوة (٢) .

الثالث : لو لم يفي المشروط عليه ، إما لأن الشرط متعذر في نفسه ، وإما عصيانه منه ، فليس للطرف الآخر حق في المطالبة بالتساوت بين العقد على العين مجردة عن الشرط ، وبين العقد عليها مع الشرط ، حتى ولو كان للشرط أثر في زيادة الثمن ، ذلك لأن المعاوضة إنما هي بين المالكين بنظر العرف والشرع ، والثمن ليس موزعاً على اجزاء المبيع فضلاً عن الشروط والصفات وبقيّة الالتزامات ، وفصل العلامة في التذكرة بين ما لو كان الشرط عملاً يقابل بالمال ، وبين ما إذا لم يكن من الاعمال او كان منها ولكنه لا يقابل بالمال ، ففي الصورة الأولى يثبت للطرف الثاني الخيار بين الفسخ وبين الالتزام بالعقد والمطالبة بعوض العمل المشروط على البائع مثلاً أو المشتري .

١ - انظر المكاسب احكام الشرط الصحيح

٢ - وفصل بعض الفقهاء بين ما كان حقاً لله سبحانه وبين غيره ، فما كان لله يجبر على تنفيذه وما كان لغير الله لا يجبر عليه .

قال في التذكرة : لو شرط على البائع عملاً سائغاً فخير المشتري بين الفسخ والمطالبة به أو بعوضه ان فات وقته وكان مما يتقوم ، كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغاً فاتاه به غير مصبوغ ولو لم يكن مما يتقوم فخير بين الفسخ والامضاء مجاًناً (١) .

ويبدو من النصوص الفقهية ان الشرط إذا كان في واقعه راجعاً إلى تحديد أجزاء المبيع ، كما لو باع الأرض بشرط كونها عشرة آلاف متراً ، أو باع الثوب بشرط كونه كذا ذراعاً ، والصبرة بشرط كونها عشرين صاعاً ونحو ذلك ففي مثل ذلك يكون المشتري خيراً بين الالتزام بالعقد واسترجاع التفاوت ، وبين فسخ العقد واسترجاع الثمن بكامله وهذا من غير فرق بين ان تكون أجزاء المبيع متساوية أو متفاوتة (٢) وهذا الرأي يؤيده العرف ، ويساعد عليه الذوق الفقهي ، وتؤكدده بعض المرويات عن الائمة (ع) في هذه المسألة كما جاء في رواية ابن حنظلة . قال سألت عن رجل باع أرضاً على أنها عشرة اجرية ، واشتراها المشتري بحدودها ونقد الثمن وافترقا ، فلما مسح الأرض فإذا هي خمسة اجرية ، قال الإمام (ع) ان شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض وان شاء رد المبيع وأخذ المال كله ، إلا أن يكون له إلى جانب تلك الأرض أرضون فليوفه منها ، ويكون البيع لازماً ، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع ، فلم يشأ المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله وان شاء رد الأرض وأخذ المال كله .

١ - ما ذكره العلامة في التذكرة انما يصح لو كان مؤدى الشرط وقوع المعاوضة على الثوب المصبوغ بنحو يكون العقود عليه هو الثوب المصبوغ ، فيكون المبيع في هذه الحالة هو الثوب والصيغ والثمن في مقابلتهما ، ولكن اشتراط الصيغ لا يؤدي هذا المعنى ، فان الشروط ليست من أجزاء المبيع ، ولا يقابلها شيء من الثمن .

٢ - وفي مقابل هذا الرأي رجح جماعة من الفقهاء عدم مقابلة الشروط بشيء من الثمن مهما كان نوع الشرط ، والمبيع في الامثلة المذكورة ونظائرها هو الموجود الخارجي واشتراط كونه كذا وكذا ذراعاً أو مساحة يرجع الى توصيفه بهذه الصفة ، فلو تبين عدم حصول الشرط يكون المبيع فاقداً لصفة من الصفات المطلوبة للمشتري ، وتختلف الصفات لا يوجب اكثر من الخيار للمشتري واعطائه الحق في فسخ العقد .

وقد طال الفقهاء الحديث عن احكام الشروط والنتائج الفقهية المترتبة عليها ،
ونحن كما ذكرنا أكثر من مرة لا يعني ان نستوعب جميع ما ذكره بعد أن
أشرنا إلى القواعد العامة وأصول المسائل التي منها ينطلق الباحث إلى الفروع
والنتائج المترتبة عليها .

وقد حدد الفقهاء نوعية الشرط المبحوث عنه في باب العقود من ناحية وجوب
تنفيذه وعدمه ، فنصوا على ان الشروط الابتدائية التي لا ترتبط بعقد من العقود
لا يجب تنفيذها ، ويبدو من النصوص الفقهية ان الفقهاء بين من يرى ان هذا النوع
من الاتفاقات خارج عن عنوان الشروط موضوعاً ، بمعنى انه ليس فرداً لقوله
(ص) المسلمون عند شروطهم (١) وبين من يتوسع في مفهوم الشرط لكل اتفاق
يحصل بين اثنين ، ولو لم يكونا في مقام التعامل والتعاقد ، ولكنهم مع ذلك
يرون ان الاجماع الفقهي الحاصل من الفقهاء بالنسبة لهذه الاتفاقات ، هذا الاجماع
يكون مخصصاً لتلك العمومات التي تقرض على كل انسان أن يفى للآخر بما التزم
به ، وبنتيجة التخصيص لا تكون مشمولة لتلك العمومات .

ولو اتفق شخصان على أمر وتعاقدا بنحو كان العقد الواقع منها مبنياً على
الاتفاق الواقع قبل العقد ، ولكنها لم يتعرضا في العقد لشيء مما اتفقا عليه ،
فالمشهور بين الفقهاء الحاق هذه الصورة بالصورة الاولى ، اما لأن هذا النوع من

١ - لان مفهوم الشرط يؤدي معنى الترابط والالتزام من الطرفين وتعليق امر على اخر،
ولا يتحقق هذا المعنى الا اذا وقع الالتزام في عقد من العقود لازمة كانت او جائزة ، وجاء في
الكاسب : ان المشروط عليه ان انشأ التزام الشرط على نفسه قبل العقد كان التزاما
ابتدائياً لا يجب الوفاء به ، فلا تشمل ادلة العقود لعدم كونه جزءاً منها ولا ادلة
الشروط لانه ليس منها .

التباني ليس من الشروط ، فلا تشملها العمومات القاضية بوجوب تنفيذها ، واما
خروجها عن تلك العمومات حكماً بنحو التخصيص بواسطة الاجماع على عدم وجوب
الوفاء بالشروط إذا يلتزم بها العاقدان في العقد صراحة (١) .



١ - ورجح العلامة في المختلف والشيخ الطويس في الخلاف وجوب الوفاء بهذه
النوع من الاتفاقات من حيث ان الرضا بالعاملة مبني ومرتبطة بالاتفاق الحاصل بين
المتعاقدين قبلها ، فلو الفينا الاتفاقات السابق يفقد العقد شرطاً أساسياً من شروطه وهو
الرضا وبدونه لا تصح المعاوضة كما تنص على ذلك الآية الكريمة .

الشروط والمذاهب الاربعة

٤٩

ومها كان الحال فالخلاف الواقع بين فقهاء الإمامية في الشروط التي يجب على المتعاقدين التقيد بها وتنفيذها ، هذا الخلاف بعينه وبشكل أوسع واقع بين فقهاء المذاهب الاسلامية ، فهم بين من أعطى للمتعاقدين الحرية المطلقة ، وسوغ لهما ان يشترطا في العقد كل شرط على شريطة ان لا تقضي الأدلة الشرعية ببطلان ذلك الشرط ، عملاً بالمبدأ العام القاضي بإباحة كل شيء لم ينص الشارع على تحريمه .

وبين من وقف عند الشروط التي رخص الشارع بها ، ولم يجعل للانسان الحق في ان يشترط ما يريد ، ذلك لأن الأصل الأولي في كل شيء الحظر ، بمعنى ان كل شيء لم ينص الشارع على إباحته لا يجوز الإقدام عليه ، وأكثر الفقهاء عملاً بهذا المبدأ هم الظاهرية اتباع داود الظاهري ، واستدل الظاهرية على بطلان الشروط والعقود التي لم يرد من الشارع نص عليها بعينها بما روته عائشة عن الرسول (ص) انه قال : « من عمل عملاً ليس عليه امرنا فهو رد » .

وقال ابن حزم الظاهري : فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الانسان والتزمه ، إلا ما صح ان يكون عقداً جاء النص او الإجماع بإلزامه باسمه ، او بإباحة التزامه بعينه (١) .

١ - انظر الاحكام في اصول الاحكام ج/٥ ص ٢٢ .

واستدلوا أيضاً بما جاء عنه (ص) انه قال : ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرطه أوثق ، والولاء لمن أعتق .

وقد اعتمد الفريق الاول بالاضافة إلى اصالة الاباحة في الاشياء ، على الآيتين الكريميتين :

« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم » .

وقوله تعالى : اوفوا بالعقود وغيرهما من النصوص التي تدل على وجوب الوفاء بما التزمه الانسان من عقود وشروط وانتهوا من مجموع ذلك إلى النتيجة التالية : وهي ان صحة الشرط لا تتوقف على ان يكون الشرط منصوفاً عليه بعينه من الشارع ، بل يكفي عدم المنع عنه إذا لم يكن محرماً للحلال ، او محلاً للعرام .

هذان المبدآن ، مبدأ المنع عن كل شيء حتى يرد به الترخيص من الشارع ، ومبدأ الاباحة لجميع الاشياء حتى يرد المنع عنها ، يتركز عليها الخلاف بين الفقهاء في الشروط التي تقترن بالعقد .

على ان الاحناف قد اعتمدوا بالاضافة إلى اصالة الاباحة في الاشياء ، على العرف في تصحيح بعض الشروط ، واعتبروا تسالم العرف على شرط او عقد كالنص الشرعي عليه ، ورووا في ذلك عن النبي (ص) انه قال : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، . وقال شاعرهم :

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

وادعوا ان العرف العام الذي لا يختص ببلد من البلدان يصح ان يعارض

أدلة الفقه ، إلا إذا كانت المسألة الفقهية ثابتة بنص صريح ، فإن العرف في هذه الحالة لا يقوى على مزاحمة ذلك النص .

وقد قسم الاحناف الشروط إلى ثلاثة ، صحيح وفاسد وباطل . فالصحيح هو الموافق لمقتضى العقد ، والمؤكد لمداول العقد ، والمأذون به من قبل الشارع ، والذي استقر عليه عرف الناس ، ومن أمثلة الموافق لمقتضى العقد ، ما لو اشترط البائع على المشتري ان يسلمه الثمن قبل ان يتسلم المبيع .

ومن أمثلة المؤكد لمقتضى العقد ، ما لو اشترط البائع ان يأخذ رهناً على الثمن ، او يقدم له كفيلاً به إذا كان مؤجلاً .

ومن أمثلة المأذون به شرعاً ، ما لو اشترط الخيار للبائع او المشتري في مدة معينة من الزمن .

ومن أمثلة ما استقر عليه عرف الناس ، ما لو اشترى ساعة او سيارة وشرط على البائع ان يتعاهدها خلال مدة من الزمن بالإصلاح ، فالشرط إذا اتصف بواحدة من هذه الصفات الأربعة يكون جزءاً من العقد ، ويجب تنفيذه لأن الشروط له لم يرض بالمعاوضة بدونه .

والشرط الفاسد ، هو الفاقد لهذه الصفات ، ولكنه مع ذلك يكون مشتملاً على مصلحة لأحد المتعاقدين او لشخص آخر .

ومن أمثلته عندهم ما لو باع المالك داره واشترط على المشتري ان لا يخرج المستأجر منها ، او يشترط عليه ان يبقى هو بنفسه مدة من الزمن بها ، او تشترط الزوجة على الزوج ان تبقى في بيت أهلها ، او يشترط مالك الأرض على المستأجر ان يؤجر قسماً من الأرض لشخص آخر ، فهذه الأمثلة ونظائرها من حيث انها ليست موافقة لمقتضى العقد ولا مؤكدة لمقتضاه ، ولا مأذوناً بها من

شارع ، ولا هي متعارفة بين الناس هذه الامثلة من-أمثلة الشرط الفاسد المفسد للعقد ، لان كلا من المتعاقدين قد رضي بالعقد مع الشرط ، فاذا كات الشرط فاسداً أصبح العقد المجرد عنه فاقداً للرضا على حد تعبيرهم إذا وقع الشرط في عقد من عقود المعاوضات المالية (١) .

اما إذا اقترنت هذه الشروط في غيرها من المعاوضات كالوقف والعارية والهبة والزواج ونحو ذلك فيصح العقد ويفسد الشرط .

والشرط الباطل ، فهو الذي لم يوجد فيه شيء مما يجب ان يكون في الشروط الصحيحة ، ولم يكن فيه منفعة لاحد ، ذلك كما لو باع المالك داره واشترط على المشتري ان لا يسكنها أحد مدة معينة من الزمن ، او باع سيارته واشترط ان لا يستعملها أسبوعاً او شهراً مثلاً ، وحكم هذا النوع من الشروط انه لغو باطل والعقد صحيح يجب الوفاء به ، سواء كان من عقود المعاوضات ، ام من العقود الاخرى ، كالهبة والكفالة والزواج وغير ذلك من أنواع العقود والمعاوضات .

ويبدو ان الحنابلة لا يتشددون في الشروط كالأحناف والظاهرية ، ولذا نجد ان كثيراً من الشروط التي نص الأحناف على فسادها او بطلانها ، نص الحنابلة على صحتها ، ومن ذلك ما لو اشترط المشتري صفة معينة في المبيع ، او اشترط بائع السيارة ان يستخدمها شهراً او أكثر ، او اشترطت الزوجة على الزوج ان لا يتزوج عليها ، او يسكنها في بلد معين ونحو ذلك هذه الشروط وأمثالها ، شروط صحيحة يجب الوفاء بها على من التزمها ، سواء وقعت في عقود المعاوضات ام في غيرها من العقود ، وبكلمة واحدة ، ان الحنابلة يجيزون كل شرط يشترطه احد المتعاقدين إلا في حالتين :

١ - قد علل بعضهم بطلان العقود المقتربة بهذا النوع مسن الشروط ، بان المعاوضة المقتربة بالشرط تنحل الى بيع وشرط ، وقد نهى النبي (ص) عن بيع وشرط كما جاء في بعض الروايات عنه . ومقتضى ذلك بطلان جميع العقود المقتربة بالشروط مهما كان نوعها ، لان كل عقد مشروط ينحل الى بيع وشرط فيشملة النهي المزعوم .

الاولى : ان يكون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد والغرض منه ، كما لو باع شخص داره واشترط ان لا يبيعها مطلقاً ، او باعها على شرط ان لا يقفها ، او بشرط ان يسكن فيها ولا يؤثرها للغير ، هذا النوع من الشروط وان كان فاسداً ، إلا انه لا يفسد العقد .

الحالة الثانية : ان يكون الشرط مخالفاً لحكم الله ورسوله ، كما لو اقتضى الشرط ان يجمع المتعاقدان صفقتين في عقد واحد ، كما لو أقرض شخص مبلغاً من المال على شرط ان يشتري به شيئاً ، او يدفع التاجر مبلغاً من المال لشخص على شرط لا يبيع انتاجه لغيره ونحو ذلك وهذا النوع من الشروط فاسد ومفسد للعقد ، لأن النبي (ص) نهى عن بيع صفقتين في صفقة واحدة ، بالإضافة إلى ان هذه المعاوضة تؤدي في الغالب إلى نزاع بين المتعاقدين في العقد الثاني الذي اعتبره العاقد شرطاً للعقد الأول ، على ان بعض هذه الشروط إذا وقعت في عقد القرض ، تؤدي إلى الربا الذي نهى عنه الشارع ، كما ينص على ذلك قوله (ع) : كل قرض جر نفعاً فهو حرام .

ومع ان ابن تيمية من فقهاء الحنابلة يبدو وكأنه أوسع صدرًا فيما يتعلق بالشروط من شيوخه الحنابلة ، ويقترب من الجعفرين في هذه المسألة ، حيث انه يصحح كل شرط لا يناقض حكم الله ورسوله ولا يتعارض مع مقصود المتعاقدين ، واستدل على ذلك بقول الرسول (ص) : المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً او حرم حلالاً ، وبقوله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وأضاف إلى ذلك : ان الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه نص او قياس ، ومع الشك في بطلان الشرط وعدمه يتعين الرجوع إلى أصالة عدم التحريم .

على ان ما يلتزمه الانسان راضياً مختاراً قد تضافرت الملل والنحل على الوفاء به ، ودل عليه القرآن الكريم والسنة النبوية .

ومن ذلك تبين انه لا يستثنى من الشروط إلا ما خالف حكم الله ورسوله ،
والمقصود من العقد ، ومن أمثلة الأول : ما لو اشترط بائع الجارية ان يكون
نسب ما تولد منها لغير زوجها ، وان يكون ولاءها لغير من اعتقها ، لأن الله
يقول : ادعهم لأبائهم ، والرسول (ص) يقول : الولاء لمن اعتق .

ومثل للثاني : بما لو باع شخص داره واشترط على المشتري ان لا ينتفع بها بأي
نحو من أنحاء الإنتفاعات ، لأن مرجع هذا الشرط إلى الجمع بين المتنافيين ، وفي
غير هاتين الصورتين تصح جميع الشروط والعقود ، سواء أكان ذلك في عقود
المعاوضات أم في غيرها من العقود مهما كان نوع الشرط (١) .



١ - انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات في الفقه الاسلامي ص ٤٢١ و ٤٢٤ وما بعدها
و ٤٢٧ وبداية الجتهاد لابن رشد ، والفقه على المذاهب الاربعية الجزء ٢/ ص ٢٣٠
قسم المعاملات .

الشرط الفاسد وأثره على العقد

٥٠

لقد نص الفقهاء على أن الشرط الفاسد لا تشمله أدلة وجوب الوفاء بالعقود ، ولا الأدلة العامة التي تنص على وجوب الوفاء بالشروط ، أن الشرط المؤدي إلى الجهالة في العقد ، كما لو اشترط المشتري تأجيل الثمن ولم يعين له أمداً ، وكما لو لم يعين الأجل في بيع السلم ونحو ذلك من الشروط المشتملة على الجهالة أو كانت الشرط مستلزماً للمحال على حد تعبير الفقهاء ، كما لو باعه الدار أو العقار واشترط عليه أن يبيعه له ، لأن هذا الشرط يؤدي بالنتيجة إلى عدم المعاوضة من حيث أن ملكية المشتري للمبيع تتوقف على حصول الشرط ، وتنفيذ الشرط من قبل المشتري يتوقف على كونه مالكاً للمبيع ، وكذلك لو كان الشرط مخالفاً للمشروع ، كما لو باعه الدار واشترط عليه أن تكون محلاً للدعارة ، أو باعه العنب واشترط عليه أن يصنعه خمرأ فقد نص الفقهاء على أن هذا النوع من الشروط فاسد ومفسد للعقد .

أما إذا لم يستلزم الشرط خلافاً في العقد ، بأن كان فساداً لمخالفته لمقتضى العقد أو للكتاب والسنة ، أو لكونه لغواً بنظر العرف والعقلاء وغير ذلك من الشروط الفاسدة ، فالفقهاء بين من يرى أن الشرط الفاسد مفسد للعقد ، وبين من يرى أن هذا النوع من الشروط لا يلزم من فساد بطلان العقد ، ولعل هذا الرأي أكثر انصاراً وأوسع شهرة من الأول ، لأن الالتزام بالشرط مستقل عن

الالتزام بالمعاوضة ولولا الشرط لم يكن الالتزام الثاني ، فإذا باع المالك داره واشترط عليه المشتري ان تكون مبنية بالإسمنت المسلح مثلاً ووافق البائع على هذا الشرط ، فقد التزم على نفسه أمراً لا تدل عليه المعاوضة لولا هذا الالتزام ، فيكون تقييد المبيع بكونه مبنياً بالإسمنت قد نشأ من ناحية الشرط ، وإذا بطل الالتزام الثاني لأحد الأسباب الموجبة لبطلانه يبقى الالتزام بالمعاوضة ولا يكون العقد فاقداً للتراضي كما يدعي القائلون بالملازمة ، ذلك لأن التراضي الذي لا بد منه في العقود ، هو ان لا يصدر العقد من المتعاقدين عن جبر وإكراه ، والغاء الشرط من حيث كونه فاسداً لا يوجب شيئاً من ذلك ، نعم لا يكون المشروط له طيب النفس بهذه المعاملة ، والرضا بمعنى طيب النفس ليس شرطاً في صحة المعاوضة كما ذكرنا في مسألة الإكراه على العقد (١) .

ولا يبعد ثبوت الخيار للمشتري فيما لو كان جاهلاً بفساد الشرط ، لأنه قد أقدم على المبيع باعتبار انه جامع للصفة التي اشترطها على البائع ، فالزامه بالمعاوضة والحالة هذه اضرار عليه ، ومقتضى قاعدة لا ضرر ولا ضرار رفع الزوم المسبب لضرر المشتري ، وإذا ارتفع الزوم يصبح أمر العقد بيد المشتري كما رجع ذلك جماعة من الفقهاء (٢) .

والظاهر ان الشرط الفاسد مفسد للعقد عند فقهاء المذاهب الأربعة كما يبدو ذلك من إجماع الفقهية على المذاهب الأربعة (٣) .

١ - هذا بالإضافة الى بعض النصوص المؤيدة لذلك ، فقد روى المشايخ الثلاثة محمد بن يعقوب الكليني ، ومحمد بن الحسن الطوسي ، ومحمد بن بايويه المعروف بالصدوق : ان بريدة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشتريتها عائشة واعتقتها ، وقد اشترط مواليتها للدين باعوها ان ولاتها لهم ، ولما بلغ رسول الله (ص) قال : ان شئت اقامت مع زوجها وان شئت فارقت ، والولاء لمن اعتق ، فافترق العقد ونص على بطلان الشرط .

٢ - انظر المكاسب للشيخ مرتضى ومنية الطهالبي للخونساري مبحث الشروط الفاسدة .

٣ - انظر الفقه على المذاهب الأربعة قسم المعاملات وبداية المجتهد لابن رشد ص ١٦٠ من الجزء الثاني ونقل عن مالك ان بعض الشروط الفاسدة لا تفسد العقد .

ومن الفروع المترتبة على القول بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد ، ان المتعاقدين لو أسقطا الشرط المفسد للعقد ، فلا يكفي ذلك لتصحيحه وإعادة الحياة اليه بعد ان وجد فاسداً ، كما يرى ذلك اكثر الفقهاء من شيعيين وسنيين ، لأن اللازم من فساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكه ، واعراضها عن الشرط بعد أن سرى فسادها إلى العقد لا يعيد العقد إلى حالته الطبيعية المؤثرة في المساواة بين المالين .

نعم لو كان فساد العقد من حيث ان المتعاقدين قد أقدما على العقد ورضيا به مع الشرط ، فاذا تبين فساد الشرط يصح العقد فاقداً للرضا الذي لا بد منه لتصحيح العقد ، لو كان الفساد من هذه الناحية لا يبعد أن يكون تنازلها عن الشرط راجعاً إلى الرضا بالعقد والالتزام به بدون الشرط ، وهذا المقدار من التراضي يكفي لتصحيح العقود ، كما ذهب إلى ذلك بعض فقهاء الشيعة والمالكية (١) .

ولعل الاكتفاء بالرضا المتأخر عن العقد هو الشائع بين فقهاء الإمامية ، ولذا فان أكثرهم يذهب إلى صحة العقد الواقع عن اكراه إذا رضي المكره بالمعاملة ولو بعد مضي مدة من الزمن .

مركز تحقيقات مكتبة آية الله العظمى

١ - انظر منية الطالب ص ١٤٩ والمكاسب مبحث احكام الشرط الفاسد ، وبداية

الجهت لابن رشد ص ١٦١ .

من أحكام الخيار

٥١

لقد تعرض الفقهاء لبعض الأحكام والآثار المترتبة على الخيار وتوسعوا في البحث عنها وتتلخص بالأمور التالية :

الأول : ان الخيار ينتقل إلى الوارث كما تنتقل إليه سائر أمواله وممتلكاته فيما لو مات من له الخيار قبل ان يستعمل حقه في الفسخ أو الإمضاء كما يبدو ذلك من النصوص الفقهية .

قال الشيخ مرتضى الأنصاري في المكاسب : الخيار موروث بجميع أقسامه وأنواعه بلا خلاف بين الأصحاب كما في الرياض والحدائق والتذكرة للعلامة الحلبي وغيرها .

وجمل القول في ذلك ان الملكية عبارة عن اضافة بين المالك والمملوك من أي سبب كانت ، وهذه الإضافة مرتبتان مرتبة قوية ومرتبة ضعيفة ، فالضعيفة كالإضافة الحاصلة بين المرتهن والعين المرهونة وبين من له الخيار ومتعلق الخيار ومن هذا النوع الإضافة الحاصلة بين المالك والأشياء التي لا مالية لها كحبة الخنطة وبعض الأعيان التي ألغى الشارع ماليتها ونحو ذلك والمرتبة القوية هي عبارة عن ملكية الأعيان أو المنافع سواء كانت ماليتها واقعية أو اعتبارية ، والملكية

بقسميها كما تكون بواسطة المبادلة بين الاموال بالطرق المتعارفة بين الناس في مقام المعاوضات ، تكون ايضاً بواسطة تبدل المالك كما في الارث فإن ملكية الوارث لمترركات مورثه مصدرها موت الوارث لا غير .

ثم ان انتقال الخيار بالارث يتوقف على أن يكون من الحقوق التي تقبل الانتقال إلى الغير ، فلو كان حكماً كالأجازة في عقد الفضيولي وجواز الرجوع في الهبة ونحو ذلك ، أو كان من الحقوق التي تقوم بأصحابها كحق الحضانه والمضاجعة وحق القسم بين الزوجات ونحو ذلك ، لا ينتقل إلى الوارث ، ويبدو من النصوص الفقهية ان انتقال الخيار إلى الوارث لا يتوقف على أن يكون وارثاً فعلياً لأموال مورثه ، كما لو كانت الديون التي على المورث تقابل جميع متروكاته ومع ذلك ينتقل حقه في الخيار إلى وارثه كما لو باع شيئاً وقبل أن يستعمل حقه في الخيار توفاه الله ، ولو فسخ الوارث عقد مورثه في هذه الحالة ورجع كل من العوضين إلى مالكة الاول لا يملك الوارث أن يتصرف في المبيع ما دامت الديون محيطة بجميع متروكات المورث .

ولو كان الوارث ممنوعاً من الارث لأنه لا يؤمن بدين مورثه ، أو لأنه قاتل له ، فلا ينتقل اليه الخيار الذي كان لمورثه ، ذلك لأن الأدلة التي تنص على حرمانه من الميراث يستفاد منها انه في هاتين الحالتين بمنزلة البعيد عن الميت الذي لا يرتبط معه بسبب أو نسب والظاهر انه لا خلاف بين الفقهاء في ذلك ، والخلاف بينهم يكاد ينحصر في ارث الزوجة للخيار فيما لو باع الزوج بعض العقارات أو اشترى ونوفي قبل أن يستعمل حقه في الفسخ أو الامضاء بناء على انها لا ترث في العقارات ، وقد رجح جماعة عدم ارثها للخيار سواء كان الزوج بائعاً أو مشترياً ، ذلك لأن الخيار سلطنة على حل العقد واسترجاع العوض ، وليس للزوجة حق في العقار الذي باعه زوجها لأنها لا ترث منه كما المفروض .

واختار بعض الفقهاء ومنهم الشيخ النجفي في الجواهر عدم الفرق بينها وبين

غيرها من الوراثة ، لأن الخيار ليس من توابع ملكية المتعاقدين للعوضين ، وإنما يثبت لهما بالجعل الشرعي أو باشتراطه من أحدهما ، وبذلك يصبح ملكاً للعاقِد ، ولازم ذلك انتقاله إلى جميع الوراثة عملاً بالنصوص القاضية بانتقال ما تركه الميت من حق فهو لوراثته .

ومهما كان الحال فصدر الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى أن إعطاء المتعاقدين أو أحدهما السلطنة على حل العقد ، هل هو لاسترجاع العوضين إلى مالكهما من حيث أن صلة كل منهما لم تنقطع عن ماله ما دام الخيار ، أو لأن هذا الحق قائم بذاته من غير نظر للعاقدين من حيث كونهما مالكيين ؟ فمن اعتبره قائماً بذاته لزمه أن يذهب إلى أنها ترثه الزوجة كما ترث غيره من متروكات زوجها ، ومن بنى على أنه من توابع ملكية العوضين ، وأن الشارع لم يجعل الخيار في موارده المختلفة إلا ليتمكن المالك من استرجاع ملكه ، فمن بنى على ذلك لزمه أن يذهب إلى عدم انتقال الخيار إليها لو عقد المالك على العقار وتوفي قبل انتهاء مدة الخيار لأنها لا تملك من العقارات فلا يشملها دليل الإرث بالنسبة لهذه المسألة .

ونظراً لأن حق الخيار لا يقبل التجزئة كالأعيان الخارجية ، فقد اختار الشيخ مرتضى الأنصاري في مكاسبه وجماعة من الفقهاء أنه لو تعدد الوراث ينتقل الخيار بجموعه إلى مجموع الوراثة بنحو يكون مشتركاً بينهم ، لأن أدلة الميراث مفادها أن مجموع ما يتركه الميت ينتقل إلى وراثته من غير نظر إلى كيفية ثبوته لهم .

ولكن لما كان التوزيع والتقسيم في الأعيان الخارجية ممكناً ، تمين اختصاص كل واحد من الوراثة بحصة شائعة بما تركه المورث ، وفيما لا يقبل التجزئة كحق الخيار مثلاً يثبت لمجموع الوراثة على نحو لا يصح لأحدهم أن يتفرد بالفسخ لا بالكل ولا في البعض إلا إذا رضي الباقيون بذلك ، وحينئذ إذا اتفق الوراثة على الفسخ ، فإن كان الثمن موجوداً بعينه بين أموال مورثهم وجب إرجاعه إلى مالكه ، وإن لم يكن موجوداً وجب عليهم أن يدفعوا عوضه من مال مورثهم حتى ولو كانت الديون التي في ذمته بمقدار متروكاته ، لأن علاقة المالك للثمن لم

تنقطع عنه بعد أن كان العقد خيارياً ، ولذا فإن الممنوع من التصرف بأمواله من جهة الديون المستحقة عليه ، لا يمتنع عليه أن يستعمل حقه في الخيار الثابت له إذا كان سابقاً على التحجير ، وحق القرماء لا يقوى على مزاحمة حق المالك الأول للثمن لكونه أسبق من حقهم .

ومن الآثار المترتبة على الخيار كما نص جماعة من الفقهاء ، أن من ليس له الخيار ليس له أن يتصرف في المبيع تصرفاً يمنع من استرجاعه كالبيع والهبة ونحوهما من التصرفات الناقلة ، لأن المقصود الأصلي لصاحب الخيار هو فسخ العقد واسترجاع ملكه ، والتصرفات المملكة تحول بين صاحب الخيار وبين التوصل إلى الغاية التي من أجلها شرع الخيار .

وفي مقابل هذا الرأي الذي تبناه أكثر الفقهاء كما نص على ذلك الشيخ يوسف البحراني في الحقائق ، في مقابل ذلك ذهب فريق من الفقهاء إلى أن العقد بعد أن كان سبباً لانتقال كل من العوضين إلى البائع والمشتري ، يجوز لمن ليس له الخيار أن يتصرف في العوض الذي انتقل بكل أنواع التصرفات ، ذلك لأن دليل الخيار لا يستفاد منه أكثر من أن صاحب الخيار مسلط على حل العقد واسترجاع ماله ، وتصرفات من ليس له الخيار لا تحول بينه وبين تحقيق هذه الغاية ، لأنه لو فسخ العقد وكانت العين موجودة استرجعها بنفسها ، وإن لم تكن يرجع على البائع بثمنها أو قيمتها ، هذا كله بناءً على أن الخيار لا يمنع من تملك المشتري للمبيع والبائع للثمن ، أما بناءً على أن العقد لا يؤثر في التملك ما دام الخيار موجوداً كما ذهب إلى ذلك الشيخ الطوسي وبعض الفقهاء ، فليس للطرف الثاني أن يتصرف في العوض الذي انتقل إليه بأي نحو من أنحاء التصرفات المتلفة أو الناقلة لبقاء كل من العوضين على ملك مالكه الأول وقد أطال الفقهاء البحث في هذه المواضع واستعرضوا جميع الفروض التي يمكن أن تفرض في هذه المسألة ، وقد اقتصرنا على أشهر الآراء فيها وألصقها بقواعد الفقه وأصوله (١) .

١ - انظر المكاسب للانصاري مبحث احكام الخيارات، والجواهر للنجفي كتاب المتاجر، وجامع المقاصد للمحقق الكركي وغير ذلك من مجاميع الفقه الشيعي .

التلف في زمن الخيار من لا خيار له

٥٢

هذه القاعدة في الفقه الجعفري من القواعد المتفق عليها بين الفقهاء إلى حد أصبحت مرجعاً لمعرفة أحكام الجزئيات في الموارد المختلفة وقد وضع أصولها الائمة كما جاء في بعض المرويات عنهم ، ومنها صاغ الفقهاء هذه القاعدة بشكلها الموجود في مجاميع الفقه الشيعي .

ومجمل الحديث عنها أن الفقهاء قد انفقوا على القاعدة المذكورة بالنسبة إلى خيار الحيوان والشرط ، وفيما عداهما من الخيارات لو تلف المبيع بعد قبضه لا يكون مضموناً على البائع حتى ولو كان التلف في زمن خيار المشتري كما هو المشهور بين الفقهاء .

قال في منية الطالب : وقد صرحوا بأنه إذا مات المبيع لم يكن مضموناً على البائع وإن مات بعد العلم بالمعيب ، وأضاف إلى ذلك : أن المحقق الثاني صرح بأن كون الضمان على البائع في الاقتصاص من العبد الجاني إذا كان في الخيار الخصوص بالمشتري .

وفي مقابل ذلك رجح جماعة من الفقهاء أن هذه القاعدة تجري في جميع الخيارات الثابتة للمشتري .

وقال ابن ادريس الحلبي في السرائر : فكل من كان له خيار فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيار ، لانه قد استقر عليه العقد ، والذي له الخيار لم يستقر عليه العقد .

ويبدو من هذا التعليل ان العلة في كون الضمان على من ليس له خيار ، هي لزوم العقد من جهته وعدم لزومه على صاحب الخيار ، وهذا التعليل يطرد في جميع الخيارات سواء كانت في المبيع أو في الثمن ، كما رجح ذلك جماعة غيره .

قال الشيخ الانصاري في مكاسبه : ومن هنا يعلم انه يمكن بناءً على فهم هذا المناط طرد الحكم في كل خيار من غير فرق بين اقسام الخيار ولا بين الثمن والمثمن ، كما يظهر من كلمات غير واحد من الاصحاب .

وأضاف إلى ذلك الشيخ الانصاري ان التعليل الذي اعتمده أنصار التعميم لا تؤيده النصوص التي تعرضت لحكم التلف في زمن الخيار (١) ذلك لأن موردها الخيارات الثابتة للمشتري كخيار الحيوان والشرط وخيار المجلس بالنسبة إلى المشتري لا غير ، ومع ذلك فهي توحى بأن تضمين البائع للمبيع التالف في زمن الخيار من حيث عدم لزوم العقد على المشتري من حين صدوره ، وهذا لا يكون إلا بالنسبة للخيارات المقارنة لوجود العقد ، أما الخيارات الباقية فأما تحدث من حين أسبابها كما ذكرنا سابقاً فان العقد يوجد لازماً من حين صدوره ويطرأ عليه الخيار عند حصول أسبابه .

ولأجل ذلك وقف أكثر الفقهاء عند الخيارات الثلاثة المقارنة لوجود العقد ،

١ - فقد جاء في مروية عبدالله بن سنان عن الصادق (ع) : الرجل يشتري العبد بشرط الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابة ، على من ضمان ذلك ، فقال (ع) على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة ايام ويصير المبيع للمشتري ، شرط له البائع او لم يشترط وان كان بينهما شرط اياما معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع .

ولم يتعدوا عنها إلى بقية الخيارات ، ويؤيد ذلك ما جاء في المكاسب .

قال : والانصاف انه لم يعلم من حال أحد من معتبري الاصحاب الجزم بهذا التعميم فضلاً عن اتفاقهم عليه ، فإن ظاهر قولهم : التلف في زمن الخيار هو الخيار الزماني ، وهو الخيار الذي ذهب جماعة إلى توقف الملك عليه لا مطلق الخيار ليشمل خيار الغبن والرؤية والعيب وغير ذلك .

ومها كان الحال . فقاعدة التلف في زمن لم ترد بنصها الحرفي الموجود في كتب الفقهاء في الكتاب والسنة ، والموجود في النصوص المروية عن الرسول (ص) (١) ثبوت الضمان على البائع لو مات المبيع أو حدث فيه حدث خلال الأيام الثلاثة التي يسوغ فيها للمشتري رد المبيع إذا كان حيواناً ، وقبل انقضاء المدة التي اشترط فيها المشتري لنفسه الخيار ، كما جاء ذلك في مروية عبد الله بن سنان ، ومروية عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق (ع) فمن استفاد من تلك النصوص أن تضمين البائع من حيث لزوم العقد بالنسبة اليه وعدم لزومه على المشتري ، من استفاد منها ذلك تعدى عن مواردها إلى جميع الخيارات سواء كان التالف للثمن أو المبيع ، واعتبرها من القواعد العامة السارية في جميع الخيارات ، ومن راعى موارد النصوص ونظر إليها بعين الاعتبار لم يتعدى إلى بقية الخيارات ، لا سيما وأن هذا المبدأ مخالف للقواعد العامة ، لأن مقتضاها تضمين المشتري بعد أن ملك المبيع بالعقد واستلمه من البائع .

وقد نص جماعة من مشاهير الفقهاء ومنهم الشيخ الانصاري : بأن التلف الحادث في زمن الخيار ، من جملة الحوادث التي توجب انقضاء العقد وارجاع كل من العرضين إلى ملك مالكة ، فيكون الحكم بتضمين البائع من حيث انه تلف في ملكه ، قال الشيخ مرتضى الانصاري : ان تضمين من ليس له الخيار لا

١ - فلقد جاء عنه (ص) بالنسبة الى العبد اذا مات في زمن الخيار : ان المشتري يستحلف بالله انه ما رضىه ، ثم هو بريء من الضمان .

يكون إلا بتقدير انفساخ العقد قبل التلف ، ولو بزمان يسير فيرجع المبيع إلى مالكه ويتلف من ماله .

وفي مقابل هذا الرأي . نص جماعة من الفقهاء على أن التلف ليس من الاسباب الموجبة لإبطال العقد بعد أن انعقد صحيحاً بملكاً ، فلا بد وأن يكون تضمين البائع للمبيع التالف من جهة النصوص التي صرحت بذلك ، ولولاها لكاث من المتعين تضمين المشتري لأنه قد ملكه بالعقد وأصبح مضموناً عليه بالقبض ، كما تنص على ذلك رواية عقبة بن خالد عن الامام (ع) وقد جاء فيها : ان المتاع يبقى مضموناً على البائع إلى أن يخرج من بيته ، فإذا أخرجه منه يكون مضموناً على المشتري .

على انه لو قلنا بأن تضمين من ليس له الخيار من حيث أن العقد ينفسخ قبل التلف ولو بزمان يسير ويرجع المبيع إلى ملك البائع والتمن إلى ملك المشتري ، لو قلنا بذلك يلزم سقوط خيار المشتري بمجرد التلف ، لأنه أي التلف يكشف عن انفساخ العقد قبله على حد زعمهم ، ولا أظن ان انصار هذا القول يلتزمون بذلك (١) .

مركز تحقيقات كميتر علوم اسلامی

ثم انه بناء على هذا الرأي الذي تبناه أكثر الفقهاء لا محل للبحث عن نوعية الضمان الثابت على البائع ، وانه الضمان المعاوضي الذي هو عبارة عن الثمن الذي اتفقا عليه ، أو الضمان الواقعي ، ذلك لان التلف إذا كان مقتضياً لانفساخ العقد ورجوع المبيع إلى ملك البائع والتمن إلى المشتري ولو قبل التلف بجزء من الزمن ، كما يدعي انصار هذا الرأي ، يتعين أن يكون المراد من الضمان الثابت على البائع هو انه الحُسران عليه وحده لانه تلف وهو في ملكه ، وتسمية هذا النوع من الحُسران بالضمان لا تخلو من التسامح والتجاوز في استعمال لفظ الضمان في المقام .

نعم بناء على الرأي الثاني الذي اختاره جماعة من الفقهاء من أن العقد لا يتزعم بالتلف ، ولولا النص الشرعي لم يكن البائع مسؤولاً عن المبيع بعد أن أخرجه عن ملكه بالعقد وملكه المشتري واستولى عليه ، بناء على ذلك لا يكون الحديث عن نوعية الضمان مستغرباً ، إذ كما يمكن أن يكون مضموناً على البائع ببدله الواقعي الذي هو عبارة عن المثل أو القيمة ، باعتبار أنه قد تلف في ملك المشتري ، يمكن أيضاً أن يكون مضموناً عليه بالبدل الذي اتفقا عليه حين إنشاء العقد ، والذي يسوغ الاحتمال الأول ، أي الضمان بأحد الأمرين من المثل والقيمة ، هو عدم الفسخ من قبل المشتري للعقد ، حيث أنه إذا اختار بقاء العقد يبقى الثمن على ملك البائع في حال كون المبيع مضموناً عليه ، فيمكن في مثل ذلك أن يكون مضموناً بالمثل أو القيمة بعد وجود النص على ثبوت الضمان .

أما لو فسخ المشتري العقد فلا يبقى مجال لإحتمال المثل أو القيمة والحالة هذه ، لأنه بالفسخ يسترد الثمن إلى ملكه ، ويرد المبيع بعينه لو كانت موجوداً إلى البائع .

ومهما كان الحال فالضمان بالمثل أو القيمة في المقام لا ينسجم مع المبادئ الفقهية العامة ولا مع العرف الفقهي ، لا سيما وأن المتعاقدين قد اتفقا على الثمن في عقد صحيح توافرت فيه جميع الأركان والشروط ، هذا بالإضافة إلى أن النصوص التي تعرضت لحكم تلف المبيع في هذه المسألة تشير إلى عدم استقرار ملكية المشتري للمبيع ما دام الخيار موجوداً ، ولازم ذلك عدم استقرار ملكية البائع الثمن (١) .

١ - فقد جاء في مريدة عبدالله بن سنان : ان الضمان على البائع حتى ينقضي شرطه ويصير المبيع ملكاً للمشتري ، ومعنى ذلك ان الضمان الذي كان ثابتاً عليه يستمر حتى ينقضي الخيار ، ومما يؤيد ان الضمان الذي كان ثابتاً على البائع هو الضمان بالبدل الذي اتفقا عليه .

ويبدو من النصوص الفقهية المنسوبة إلى فقهاء المذاهب الأربعة أن هذه القاعدة ليست من القواعد المتفق عليها بينهم .

فقد جاء في بداية المجتهد لابن رشد عن المالكية والاوزاعي والليث بن سعد :
أن المبيع في زمن الخيار مضمون على البائع ، لأن المشتري لا يخرج عن كونه أميناً على المبيع ، والأمين لا يضمن ما يتلف في يده .

ونسب إلى المالكية قولاً آخر ، وهو أن المبيع إذا تلف في يد البائع كان مضموناً عليه ، وإذا تلف في يد المشتري ، فهو كالرهن والعارية ، فإن تهاون في حفظه يستقر الضمان عليه ، وإلا فالضمان على البائع .

والمشهور بين فقهاء الشافعية أن المبيع التالف بعد القبض يتلف من مال المشتري سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري .

وقال الأحناف : أن المبيع إذا تلف في يد المشتري ، فإن كان الخيار للبائع ينسخ العقد ، وعلي المشتري ضمان المبيع بثله أو قيمته ، لأن العقد لم يعد صالحاً للإجازة بعد ذهاب محلها ، وأن كان الخيار للمشتري يسقط الخيار ويملك البائع الثمن ، لأن المبيع قد خرج عن ملكه إلى ملك المشتري والمتحصل من ذلك أن المبيع لو تلف في زمن الخيار يتلف من مال المشتري وكل ما في الأمر أن الخيار لو كان للبائع ، يكون المبيع مضموناً على المشتري بثله أو قيمته ، وإن كان للمشتري يسقط الخيار ، وتستقر ملكية البائع للثمن الذي وقع العقد عليه (١) .

وبعد فاني بعد أن وصلت إلى هذه المرحلة من البحث عن العقود ومتعلقاتها رأيت من المصلحة أن أقف عند هذا الحد ، لأن نطاق هذا الكتاب يضيق عن

١ - انظر بداية المجتهد لابن رشد الجزء الثاني ص ٢٠٨ و ٢٠٩ ، والمخل للدراسة .
نظام العاملات للدكتور محمد يوسف ص ٤٧٢ .

عرض جميع المسائل والنظريات التي يختص بها كل عقد بمفرده . وقد عرضت في هذا الكتاب أصول النظريات والمسائل المهمة من عقد البيع وغيره وانجهدت في الغالب باعتباره من أكثر العقود تداولاً وانتشاراً بين الناس ، ولأنه يشترك مع بقية العقود في أكثر الأركان والشروط ، ويلتقي معها في مخطط واحد ، وقبلما توجد نظرية من النظريات التي عرضناها لا تتصل بالعقود الباقية كالإجارة والصلح والهبة وغير ذلك .

على اني لم أستوعب جميع المسائل التي دونها الفقهاء في مجاميعهم حول عقد البيع ، ولم أستقصى في الغالب جميع النقوض والخلافات حتي في المسائل التي عرضت رأيي الجعفرين فيها ، لم أصنع ذلك خوفاً من التطويل الممل ، ولاني أحسب ان الذي عرضه من تلك النظريات والمباحث يلقي الضوء الوهاج على بقية المسائل ، وينقل القارئ إليها وإلى أحكامها بدون تعب واستقصاء .

وأسأله سبحانه أن يوفقني لإخراج حلقة ثانية تستوعب جميع العقود والحقوق والإلتزامات ومنه سبحانه أستمد العون والتوفيق .

مركز تحقيقات كميته علوم اسلامی

مصادر الكتاب

القرآن الكريم

المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري

الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي

الرياض للسيد محمد بحر العلوم

بلغة الفقيه للسيد بحر العلوم

نهج الفقاهة للمرجع الأعلى للطائفة الشيعية السيد محسن الحكيم

كتاب الاجارة من المستمسك له ايضاً

الحدائق للشيخ يوسف البحراني

العروة الوثقى للسيد كاظم اليزدي

حاشية المكاسب للسيد اليزدي

وسيلة النجاة للسيد ابو الحسن الاصفهاني

البيع للشيخ هادي الطهراني

منية الطالب للشيخ موسى الخونساري

حاشية المكاسب للشيخ محمد حسين الاصفهاني

مسالك الافهام للشهيد الثاني
 حاشية المرزا محمد تقي على المعالم في أصول الفقه الجعفري
 الفروق لشهاب الدين القرافي
 تهذيب الفروق للشيخ محمد ابن الشيخ حسين مفتي المالكية
 بداية المجتهد لابن رشد القرطبي
 الكنى والألقاب للشيخ عباس القمي
 الفقه على المذاهب الاربعة قسم المعاملات لعبد الرحمن الجزيري
 أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية
 الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد لمصطفى الزرقا
 الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى
 الاصول العامة للفقه المقارن للسيد محمد تقي الحكيم
 منار السبيل للشيخ يوسف مرعي الحنبلي
 مصادر الحق في الشريعة الاسلامية للدكتور السنهوري
 الوسيط للسنهوري
 نظرية الالتزامات للسنهوري
 نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس
 النظرية العامة للالتزامات للدكتور أنور سلطات
 الموجز في شرح القانون المدني للدكتور عبد المجيد الحكيم
 المبادئ العامة في الفقه الجعفري للسيد هاشم معروف الحسني
 تاريخ الفقه الجعفري
 الامام الصادق لأبي زهرة
 تاريخ التشريع الاسلامي للخضري

غاية المنتهى في الفقه الحنبلي
أحكام المعاملات الشرعية لعل الخفيف
أحكام القرآن للجصاص



مركز تحقيقات کتب و نشر علوم اسلامی

فهرست

صفحة

٧	المقدمة
١٣	الاسباب التي أدت إلى تجاهل الفقه الجعفري
١٥	السنهوري يدعو إلى الاخذ بجميع المذاهب الفقهية .. بحوث تمهيدية
١٧	الاجتهاد عند الشيعة - ما هو الاجتهاد
١٨	وجوب الاجتهاد
١٩	الادلة على فتح باب الاجتهاد
٢٠	المراحل التي مر بها الاجتهاد عند السنة والشيعة
٢٣	الاسباب التي دعت إلى سد باب الاجتهاد
٢٥	النتائج التي ترتبت على حصر المذاهب في الاربعة
٢٧	مع أبي زهره والدكتور محمد يوسف حول الاجتهاد عند الشيعة
٢٩	العناصر التي يتكون منها الاجتهاد
	الحق والحكم والفوارق بينها
٣١	الفرق بين الحق والملك

٣٢	أنواع الحقوق
٣٤	الحق والحكم بنظر القرافي في الفروق
٣٥	المذاهب الأربعة والحقوق
٣٨	الفرق بين الحق والرخصة والمنزلة الوسطى عند السنهاوري
٤١	المراتب الثلاثة في الفقه الغربي
٤٣	الحق الشخصي والعيني
٤٤	أمثلة من فقه الجعفرين وغيرهم للحقوق
٤٥	الفرق بين الحق الشخصي والعيني
٤٧	الموارد التي يلتقي بها الفقه الغربي مع الفقه الجعفري
٥٢	الذمة في الفقه الجعفري
٥٣	الذمة عند الشرعيين والمدنيين
٥٤	أهلية الإنسان للوجوب والأداء
٥٥	المراحل التي يمر بها الإنسان من حيث صلاحيته لمباشرة أعماله
٥٥	وتعلق الضمان بذمته
٥٧	موقف القرافي من الذمة
٥٩	الذمة تتلاشى بالموت وموقف المذاهب الأربعة منها
٦٠	موقف الفقه الشيعي من الذمة بعد الموت
٦٣	عوارض الأهلية
٦٤	الجنون
٦٦	المعتوه والسكران
٦٩	المعتقة

٧٠	التحجير على السفية عند الجعفرين
٧٤	السفه والمذاهب الأربعة
٧٥	موقف الفقه المدني من تصرفات السفية
٧٥	اتفاق الجعفرين والمدنيين في مراتب الاولياء وصلاحياتهم
٧٨	المذاهب الأربعة والأولياء
٨٢	المفلس وشروط التحجير عليه ومصير أمواله
٨٥	موقف المذاهب الاسلامية من المفلس وتصرفاته
٨٦	المرض وآثاره على التصرفات المالية
٨٨	تصرف المريض في ذمته
٩٠	المرض الذي يحد من سلطنة المالك
٩٣	الإقرار الصادر من المريض وآراء الفقهاء فيه
٩٦	اقرارات المريض بنظر المذاهب الأربعة
٩٨	فصول الكتاب

مركز تحقيقات كميته علوم اسلامی

الفصل الاول

٩٩	في تكوين العقد
١٠٠	تحديد معنى العقد
	الفرق بين العقود الملزمة لكل من المتعاقدين والعقود الملزمة لأحدهما في الفقه الغربي والجعفري
١٠٢	

١٠٤	رأي الجعفرين في الفروق التي وردت في الفقه المدني
١٠٥	الاتفاق والعقد في الفقه المدني
١٠٨	تصنيف العقود في الفقه الجعفري
١١٠	العقود المستحدثة
١١٢	موقف التشريع الإسلامي من العقود والمعاملات
١١٤	أمثلة من عقود التأمين
١١٨	موقف الفقه الجعفري من عقود التأمين
١٢٢	صيغة العقد
	التعبير عن الإرادة بالكتابة والإشارة والألفاظ التي
١٢٤	يصح استعمالها في العقود
١٢٦	موقف الفقهاء من صيغ العقود
	مع الأستاذ وحيد الدين سوار حول ما نسبته إلى
١٣١	الإمامية
١٣٢	صيغ العقود والمذاهب الأربعة
١٣٧	التعبير عن الإرادة بغير الألفاظ
١٣٩	الإشارة والكتابة وغيرهما من الوسائل
١٤١	مع الأستاذ وحيد الدين سوار
١٤٤	موقف الفقه الغربي من هذه الوسائل
١٤٦	أقسام الكتابة عند الشافعية
١٥٠	التعبير عن الإرادة بالتعاطي
١٥١	عرض لآراء الجعفرين حول المعاطاة

١٥٩	مع الدكتور السهوري ووحيد الدين سوار
١٦١	المعاطاة في غير البيع من العقود
١٦٣	متى تصبغ المعاطاة عقداً لازماً
١٦٤	لو مات المتعاطيان أو أحدهما
١٦٦	المعاطاة والمذاهب الأربعة
١٦٨	مع الاستاذ وحيد الدين سوار
١٦٩	المعاطاة عند الاحناف والشافعية
١٧٢	حرمة البيع بالتعاطي عند الشوافع
١٧٣	الترتيب بين الإيجاب والقبول
١٧٥	موقف الإمامية والمذاهب الأربعة من هذه المسألة
١٧٧	اتصال القبول بالإيجاب
١٧٩	موقف الفقه المدني والمذاهب الأربعة من هذه المسألة
١٨٣	التعليق في العقود وآراء المذاهب والفقه المدني منه
١٨٦	الموافقة بين الإيجاب والقبول عند الجعفرين
١٨٩	آراء المدنيين في المقام بقاء المتعاقدين على صفة الأهلية إلى ان يتم العقد
١٩٢	موقف الفقه المدني والمذاهب الإسلامية من هذا الشرط
١٩٥	

الفصل الثاني

٤
صفحة

١٩٨	الارادة وأثرها في العقود
١٩٩	وسائل الكشف عن الارادة ومراعاة قصد المتعاقدين
٢٠١	السكران والمهازل وتصرفاتها
٢٠٢	الإرادة الظاهرية والحقيقية
٢٠٣	موقف الأحناف والشافعية من العقد الصوري
٢٠٤	العقد الباطل والفاسد بنظر الأحناف
٢٠٥	عقود الخاطئ وآراء المذاهب فيها
٢٠٨	الغلط وأقسامه عند المدنيين
٢١٠	موقف الجعفرين من الغلط بجميع أقسامه
	نظرية السبب في العقود
٢١٢	السبب عند الفلاسفة والمتكلمين
٢١٣	المراحل التي مرت بها نظرية السبب
٢١٧	السبب عند الجعفرين
٢١٨	موقف الفقه الجعفري من السبب في الفقه المدني
٢١٩	أمثلة فقهية يلتقي بها الجعفريون والمدنيون
٢٢٢	مراعاة قصد المتعاقدين
٢٢٥	عيوب الرضا بالعقد

٢٢٦	الغلط والتدليس
٢٢٨	الاستغلال والاكره
٢٣٠	الإكراه الذي يعد عيباً في العقد
	إذا نتج الإكراه على المعاملة من الظروف التي تحيط
٢٣٢	بالعقد
٢٣٣	إذا أمكن التخلص من الضرر بغير العقد
٢٣٥	أمثلة من الفروع الفقهية لها صلة بالإكراه
٢٣٧	الإكراه على الطلاق
٢٣٩	إذا رضي المكره بالعقد بعد صدوره منه
٢٤٣	الإكراه والمذاهب الأربعة
٢٤٤	موقف المالكية والشوافع والحنابلة من الإكراه
٢٤٥	موقف الأحناف منه
٢٤٧	الإكراه في الفقه المدني
٢٤٩	شروط الإكراه عند المدنيين
٢٥٢	الفضولية في العقود
	الأدلة على صحة الفضولي بالاجازة
٢٥٣	من المالك
٢٥٧	الأدلة التي استدل بها خصوم الفضولي
٢٥٩	لو باع الفضولي لنفسه
٢٦٢	الفضولية بالتعاطي
٢٦٤	اجازة المالك لعقد الفضولي

- الوجوه المتصورة في الاجازة والفرق بينهما ٢٦٥
- لو خرج المالك عن أهلية التعاقد قبل الاجازة ٢٦٨
- هل يكفي الرضا من المالك بالعقد أم لا بد من الاجازة الصريحة ٢٧٠
- موقف الوارث من العقد لو مات المورث قبل الاجازة ٢٧٣
- المطابقة بين الاجازة والعقد الواقع فضولاً عن المالك ٢٧٥
- المجيز لعقد الفضولي ٢٧٧
- لو كان المالك حين العقد غير المالك حين الاجازة ٢٧٨
- لو باع الفضولي لنفسه ثم ملك المبيع وتمنع عن اجازة العقد ٢٧٩
- لو باع ملك غيره فتبين انه ولى عليه أو مالك له ٢٨٣
- إذا تصرف المالك في المبيع تصرفاً يتنافى مع الاجازة ٢٨٦
- في أحكام الثمن المدفوع للبائع والمنافع التي استوفها المشتري ٢٨٩
- إذا امتنع المالك عن الاجازة ٢٩٤
- الفضولي والمذاهب الاربعة ٣٠٠
- الفضولي والفقهاء المدني ٣٠٢
- شروط الاجازة في الفقه المدني

٣٠٣	العقود الموقوفة والفضالة في الفقه المدني
٣٠٦	موارد الالتقاء بينهم وبين الجعفرين

الفصل الثالث

في محل العقد

٣٠٨	الشرط الاول مالية العوضين
٣١٠	الثاني ان يكونا مملوكين للمتعاقدين
	موقف المذاهب الاربعة والفقه المدني من هذين
٣١٨	الشرطين
٣١٦	الشرط الثالث القدرة على تسليم العوضين
٣١٧	الادلة على هذا الشرط
٣١٩	القدرة في الفقه المدني
٣٢٢	الشرط الرابع العلم بالعوضين
٣٢٤	موقف المدنيين والشرعيين من هذا الشرط
٣٢٦	المثلي والقيمي في الفقه الجعفري
٣٢٨	تحديد نطاق العقد
٣٢٩	العرف

٣٣٠	العادة
٣٣١	طبيعة الالتزام
	موقف المذاهب الأربعة والفقهاء المدنيين من العرف
٣٣٢	والعادة
٣٣٥	نظرية تحول العقد
٣٣٦	موقف الجعفرين والمدنيين من هذه النظرية
٣٣٨	العقد شريعة المتعاقدين
٣٤٠	الإقالة في الفقه الجعفري
٣٤١	نظرية الظروف الطارئة
٣٤٣	المراحل التي مرت بها هذه النظرية
٣٤٥	موقف الجعفرين منها
٣٤٦	أمثلة من الفقه الجعفري لهذه النظرية



الفصل الرابع

٣٥٣	في موارد انحلال العقد
٣٥٤	أصالة اللزوم في العقود
٣٥٦	خيار المجلس
٣٥٧	الوكيلان في إجراء العقد

٣٦١	متى يسقط هذا الخيار
٣٦٣	موقف المذاهب الأربعة من خيار المجلس
٣٦٥	خيار الحيوان
٣٦٦	هل يختص هذا الخيار بالمشتري
٣٦٨	خيار الشرط
٣٧٠	لو جعل المتعاقدان الخيار لغيرهما
٣٧١	موقف المذاهب الأربعة من هذا الخيار
٣٧٢	العقود التي يدخلها هذا الخيار
٣٧٤	خيار الغبن وأدله
٣٧٦	شروط الغبن
	هل يسقط هذا الخيار إذا لم يستعمله المغبون فوراً أو يبقى
٣٧٨	مستمراً إلى الزمن الثاني
٣٧٩	العموم الافرادي والزماني والفرق بينها
٣٨١	موقف الفقه المدني من هذا الخيار
٣٨٣	المذاهب الأربعة وخيار الغبن
٣٨٦	خيار التأخير وأدله
٣٨٧	متى يثبت هذا الخيار
٣٨٩	موقف الفقه المدني من هذا الخيار
٣٩٢	خيار الرؤية
٣٩٥	المذاهب الإسلامية وخيار الرؤية
٣٩٧	خيار العيب

٣٩٨	لو تصرف من له الخيار في الميعب
٣٩٩	لو طرأ على المبيع الميعب عيب جديد
٤٠٠	الموارد التي يسقط فيها هذا الخيار
٤٠٢	لو تبرأ البائع من العيوب
٤٠٤	ما هو العيب الموجب لحدوث الخيار
٤٠٥	أمثلة من الفروض الفقهية تتعلق بخيار العيب
٤٠٦	المدعي والمنكر وتحديد معنهما
٤٠٨	موقف المذاهب الأربعة من هذا الخيار



مركز تحقيقات كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

٤١٠	في الشروط
٤١١	الشروط التي لا بد منها لصحة
٤١٢	الشرط المخالف للكتاب والسنة
٤١٥	الشرط المخالف لمقتضى العقد
٤١٧	الفرق بين ما يقتضيه العقد بحسب طبيعته وما يقتضيه بإطلاقه
٤١٩	لو اشترط المؤجر والمعير على المستأجر والمستعير الضمان
٤٢٨	نماذج من الفروع الفقهية تتعلق بهذا الشرط
٤٢٢	الفرق بين اشتراط الأوصاف والأسباب والمسببات
٤٢٤	الشروط والمذاهب الأربعة

٤٣٢	الشرط الفاسد وأثره على العقد
٤٣٥	من أحكام الخيارات
٤٣٦	هل ينتقل الخيار إلى الوراث أم لا
٤٣٧	هل توث الزوجة من الخيار أم لا
٤٣٨	التصرف في زمن الخيار
٤٣٩	التلف في زمن الخيار وأحكامه
٤٤١	هل تختص القاعدة ببعض الخيارات أم تسري في جميعها
٤٤٤	موقف المذاهب الأربعة من هذه القاعدة
٤٤٥	اعتذار



مركز تحقيقات كميوتير علوم إسلامي

تفہیم

ان الارقام المتسلسلة تحت مواضيع الكتاب تنتهي بالرقم الثامن وقد ألحقها
الناشر سهواً .



مرکز تحقیقات کتب و تاریخ علوم اسلامی